

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVERO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUADERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Gustavo **GRAU FORTOUL**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Ana Cristina **NÚÑEZ**, Luis **ORTIZ ÁLVAREZ**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Carlos **URDANETA SANDOVAL**, Daniela **UROSA MAGGI**

#### COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan D'STEFANO, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Enrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Enrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PEREZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **UGGERI RODRÍGUEZ**, Magdalena **SALOMÓN DE PADRÓN**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

#### CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Julio R. **COMADIRA**, Alberto R. **DALLA VIA**, Agustín **GORDILLO**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Néstor Pedro **SAGÜES (Argentina)**, José Mario **SERRATE PAZ (Bolivia)**, Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Celso Antonio **BANDEIRA DE MELLO**, Marcelo **FIGUEIREDO (Brasil)**, Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, Jaime **VIDAL PERDOMO (Colombia)**, Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ (Chile)**, Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO (Costa Rica)**, Joffre **CAMPAÑA**, Javier **ROBALINO ORELLANA (Ecuador)**, Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ (España)**, Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Mario **GARCÍA LA GUARDIA (Guatemala)**, Héctor M. **CERRATO**, Edmundo **ORELLANA (Honduras)**, Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADES (México)**, Carlos Alberto **VÁSQUEZ (Panamá)**, Luis Enrique **CHASE PLATE (Paraguay)**, Jorge **DANOS ORDÓNEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE (Perú)**, Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H. (República Dominicana)**, Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO (Uruguay)**

#### Revista de Derecho Público

Email: [revistadederechopublico@bblegal.com](mailto:revistadederechopublico@bblegal.com)

**Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Caracas, Venezuela. Telf. (58) 212 762-25-53 / 38-42/ Fax. 763-52-39  
Apartado N° 17.598 – Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: [fejb@cantv.net](mailto:fejb@cantv.net)

Pág. web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público  
N° 1 (Enero/marzo 1980)  
Caracas, Venezuela

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley  
Depósito Legal: pp 198002DF847  
ISSN: 1317-2719  
1. Derecho público-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana o las de sus directores.

Esta Revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,  
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21x12.5

Impresión litográfica: Anauco Ediciones  
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

*Normas para el envío de originales*

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la dirección de email de sus directores o a la Revista de Derecho Público: [revistadederechopublico@bblegal.com](mailto:revistadederechopublico@bblegal.com)

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de un breve resumen.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Av. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Apartado 17.598, Caracas, 1015, Venezuela, Teléfono 762-25-53/762-38-42/ Fax: 763-52-39 o por librería virtual en la página web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir a la Fundación Editorial Jurídica Venezolana a las direcciones antes indicadas.

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México.

revista  
de  
**derecho**  
publico

Nº 106

Abril – Junio 2006

Director Fundador: Allan R. Brewer-Carías  
Editorial Jurídica Venezolana

---

SUMARIO

---

**ESTUDIOS**

**Artículos**

- Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la “regulación” del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva “expropiación regulatoria” (creeping expropriation) de la banca venezolana: ¿Una obra en marcha?*,  
José Antonio **MUCI BORJAS** ..... 7

**Comentario Monográfico**

- La intermediación inmobiliaria como servicio privado de interés colectivo y la necesidad de articular un sistema formal para la prestación de ese servicio en Venezuela*, por Alejandro Enrique **OTERO M.** ..... 35

**LEGISLACIÓN**

**Información Legislativa**

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el segundo trimestre de 2006*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** ..... 85

## DOCTRINA

### Doctrina Administrativa

<i>Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el segundo trimestre de 2006</i> , por José Ignacio <b>HERNÁNDEZ G.</b> .....	99
--	----

## JURISPRUDENCIA

### Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): segundo trimestre de 2006</i> , por Mary <b>RAMOS FERNÁNDEZ</b> y Mariabella <b>VILLEGAS SALAZAR</b> .....	117
--	-----

## ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i> .....	287
--	-----

# ESTUDIOS



## Artículos

### *Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la “regulación” del negocio bancario Algunas reflexiones sobre la furtiva “expropiación regulatoria” (creeping expropriation) de la banca venezolana: ¿Una obra en marcha?*

José Antonio Muci Borjas  
Profesor de Derecho Administrativo en la  
Universidad Católica Andrés Bello

**Resumen:** *En el artículo se reflexiona detenida y metódicamente sobre diversas medidas estatales que gravan el negocio bancario y le impiden a los accionistas de la banca operar, administrar y disfrutar su inversión. Por la naturaleza de las cosas, esas medidas pudieran llegar a producir efectos análogos a los de una expropiación. A la luz de los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones, se analiza la legalidad de esas medidas y se discurre sobre la consecuente responsabilidad patrimonial del Estado venezolano.*

#### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. EL CONTENIDO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA
  1. La creación de una “cartera mínima”. 2. La fijación de una “tasa activa máxima”. 3. La imposición de un producto financiero único o estándar. 4. La identidad del acreedor y la persona a favor de quien ha de constituirse la garantía hipotecaria. 5. Los nuevos préstamos a deudores que incumplieron obligaciones previas. 6. La mora del deudor y el derecho a pagar sólo parcialmente. 7. La amortización del crédito.
- II. LA CARTERA MÍNIMA CREADA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA
  1. La cartera agrícola. 2. La cartera de microcréditos. 3. La cartera turística.
- III. LA TASA PREFERENCIAL PREVISTA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA
- IV. LAS NORMAS PRUDENCIALES Y EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA
- V. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR
- VI. LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PARA EL PAGO DEL PRÉSTAMO
- VII. LA IDENTIDAD DEL DEUDOR Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA
- VIII. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA

IX. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA Y SU “CONFORMIDAD” CON EL DERECHO. UN CATÁLOGO DE GRAVÁMENES Y EL DERECHO APLICABLE

1. *El Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones. 2. Otros Tratados Internacionales para la Promoción y Protección de Inversiones suscritos por Venezuela. 3. La vigente Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana.*

X. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CONSECUENCIAS DEL ILEGÍTIMO “CONTROL” ESTATAL SOBRE LA BANCA

XI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN. EL CONTENIDO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

Tomando como punto de partida la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda<sup>1</sup>, en vigor desde el día 3 de enero de 2005, en este breve ensayo pasamos revista a un conjunto de normas que tienen por objeto regular el negocio bancario, para así determinar si tales normas, dictadas con el propósito de ejercer *control* o *mando* sobre las actividades de intermediación realizadas por la banca, son razonables, esto es, legítimas.

Como su propio nombre lo sugiere, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda disciplina, ese es su propósito, las *condiciones fundamentales* en las que la banca puede -y debe- conceder *créditos hipotecarios para vivienda* (artículo 1°)<sup>2</sup>. A los efectos del presente análisis, la Ley contiene un conjunto de previsiones -de *orden público* (artículo 7°)- dignas de mención, a saber:

1. *La creación de una “cartera mínima”*

El artículo 29 establece que las instituciones financieras autorizadas para conceder créditos hipotecarios (denominadas en lo adelante, por *mor* de brevedad, la banca) se encuentran obligadas a conceder “...créditos hipotecarios destinados a la adquisición, construcción, autoconstrucción, ampliación o remodelación de vivienda principal... en un porcentaje de su cartera de crédito anual que será fijado por el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI)...”.

1 *Gaceta Oficial* N° 38.098, del 3 de enero de 2005.

2 La Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda se inscribe en el marco de las regulaciones creadas por: (i) la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (*Gaceta Oficial* N° 37.600, del 30 de diciembre de 2002), en la que se declara que las necesidades de vivienda de la población serán atendidas mediante créditos, incentivos y otras modalidades de auxilio (artículo 18, numeral 13); (ii) la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (*Gaceta Oficial* N° 37.066, del 30 de octubre 2000), sancionada para determinar las bases de la política habitacional del Estado (artículo 2°); y, (iii) la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.204, del 8 de junio de 2005, que regula la obligación del Estado venezolano “...de garantizar el *derecho a la vivienda* y hábitat dignos, y asegurar su protección como contingencia de la seguridad social y *servicio público* [¿?] de carácter *no lucrativo*...” (artículo 1°).

En ejecución del artículo 29 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, mediante Resolución N° 012, dictada por el Consejo Nacional de la Vivienda en fecha 26 de febrero de 2005, se fijó "...en un diez por ciento (10%) el porcentaje mínimo sobre la cartera bruta de crédito que, con carácter obligatorio, deben colocar los bancos... en el otorgamiento de créditos hipotecarios en las condiciones establecidas en la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario"<sup>3</sup>. Los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda deben, pues, representar como mínimo el diez por ciento (10%) de los créditos concedidos por la banca. Según la aludida Resolución, ese porcentaje debe distribuirse así: a) hasta un tres por ciento (3%) debe destinarse a créditos hipotecarios a largo plazo; y, b) no menos de un siete por ciento (7%) debe concederse a través de créditos hipotecarios de corto plazo (artículo 1°). La cartera bruta de créditos con base en la cual han de calcularse tales porcentajes, así lo contempla la Resolución citada, es la existente al 31 de diciembre de 2004 (artículo 2°). Finalmente, en la Resolución en referencia se establece que el aludido porcentaje sería revisado en el mes de enero de 2006<sup>4</sup>. La regulación que de la "cartera mínima" de crédito hizo la Resolución N° 012 -hasta un tres por ciento (3%) para créditos a largo plazo, y no menos de un siete por ciento (7%) para créditos a corto plazo, repetimos- se ha mantenido en el tiempo. Para constatarlo basta revisar las Resoluciones números 25 y 013-06, expedidas por el Ministro para la Vivienda y Hábitat en fechas 31 de octubre de 2005 y 4 de abril de 2006, respectivamente<sup>5</sup>.

Los porcentajes de la "cartera mínima" fueron objeto de ulterior regulación a través de sendas Resoluciones administrativas, dictadas por el Ministro para la Vivienda y Hábitat. Veamos:

A. Primero, una Resolución s/n de fecha 30 de junio de 2005<sup>6</sup>, en la que se establece que a los fines de aplicarles la tasa de interés social sólo pueden ser contabilizados dentro del porcentaje establecido en la Resolución 012 "los préstamos hipotecarios a largo plazo... dirigidos a grupos familiares cuyos ingresos mensuales no superen las quinientas unidades tributarias (500 U.T.)...".

Esta Resolución modifica de manera sobrevenida el régimen legal con base en el cual la banca había venido obrando hasta ese momento para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y de sus actos de ejecución.

---

3 *Gaceta Oficial* N° 38.140, del 4 de marzo de 2005.

4 La Resolución 012 fue derogada a través de la Resolución N° 020, expedida por el Ministro para la Vivienda y Hábitat en fecha 31 de octubre de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.303, de esa misma fecha.

5 La Resolución N° 25 fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.305, del 2 de noviembre de 2005. Por su parte, la Resolución N° 013-06 apareció publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.415, del 7 de abril de 2006. Con respecto a esta última Resolución resulta pertinente hacer una observación: De acuerdo al artículo 3°, para el 2006 los porcentajes han de calcularse "...sobre la base del total de la cartera de crédito bruta al 31 de diciembre de 2005".

6 *Gaceta Oficial* N° 38.223, del 7 de julio de 2005.

B. Segundo, una Resolución s/n del 10 de agosto de 2005<sup>7</sup>. Según esta nueva Resolución, que regula la porción de créditos a corto plazo:

1° Dos tercios (2/3) del referido porcentaje debe necesariamente destinarse a viviendas que vayan a ser adquiridas por grupos familiares cuyos ingresos mensuales no superen las cincuenta y cinco (55) unidades tributarias (U.T.).

2° El tercio (1/3) restante debe ser destinado a viviendas a ser adquiridas por grupos familiares cuyos ingresos mensuales estén comprendidos entre las cincuenta y cinco (55) y las ciento cincuenta (150) unidades tributarias (U.T.)". Esta segmentación fue luego ratificada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat mediante la Resolución administrativa 013-06, citada en el párrafo que antecede.

De la Resolución 013-06, dictada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat el 4 de abril de 2006, resta por subrayar cuanto sigue: Del siete por ciento (7%) que debe ser destinado a créditos hipotecarios a corto plazo, para el día 30 de junio de 2006 la banca debía como mínimo haber cubierto el cuarenta por ciento (40%); para el día 30 de septiembre el porcentaje de cumplimiento debía alcanzar como mínimo el setenta por ciento (70%); finalmente, para el 31 de diciembre de 2006 la banca debe haber satisfecho -esto es, efectivamente erogado- el cien por ciento (100%).

## 2. La Fijación de una "tasa activa máxima"

El artículo 42 dispone que "...la tasa de interés fijada para créditos de vivienda principal... [será] una tasa de interés social". Los parámetros para la determinación de la tasa de interés social máxima prevista por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda se encuentran regulados en el artículo 43 *eiusdem*. El artículo 42 agrega que los criterios para determinar la tasa social serán fijados por el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), "...de acuerdo con lo establecido en esta Ley"; que el cálculo de dicha tasa "...será realizado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo..."; y, que una vez calculada la tasa ésta será presentada al Banco Central de Venezuela "...para su aprobación y publicación...".

En ejecución de los artículos 42 y 43 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, el Ministro de Estado para la Vivienda y el Hábitat, autoridad cuya falta de competencia legal para "determinar" la aludida tasa de interés social es ostensible -ostensible, insistimos, porque según la Ley esa determinación le correspondía hacerla al Consejo Nacional de la Vivienda- fijó en "...once enteros coma treinta y seis centésimas por ciento (11,36%)..." la tasa de interés social máxima a que se refiere la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda<sup>8</sup>. Esa tasa fue luego reducida a "...diez enteros con cincuenta y cuatro centésimas por ciento (10,54%)..." a través de la Resolu-

7 *Gaceta Oficial* N° 38.250, del 15 de agosto de 2005.

8 Resolución N° 005, de fecha 28 de enero de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.117, de fecha 28 de enero de 2005.

ción 005-06, también dictada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat, de fecha 20 de febrero de 2006<sup>9</sup>.

3. *La imposición de un producto financiero único o estándar*

El artículo 30, literal a), establece que los créditos hipotecarios para vivienda principal deben ser documentados por la banca "...de acuerdo con el modelo suministrado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo..." (artículo 30, literal a))<sup>10</sup>.

4. *La identidad del acreedor y la persona a favor de quien ha de constituirse la garantía hipotecaria*

De acuerdo al artículo 24, "los créditos hipotecarios para vivienda principal otorgados... con recursos de la banca privada... quedan garantizados con una hipoteca de primer grado sobre el inmueble... cuyo acreedor hipotecario será el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo...". Sin embargo, en aquellos casos en que medie autorización del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, la garantía hipotecaria constituida por el deudor podrá ser "...compartida con acreedores institucionales" (artículo 25, literal a)), esto es, con otros bancos.

Al margen de lo dispuesto por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda -al margen, decimos, porque la medida que de seguida se menciona difícilmente puede ser reconciliada con la letra de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda-, el Presidente del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (BANAP) le dirigió una comunicación a la Directora General de Registro y Notarías del Ministerio de Interior y Justicia, con el objeto de "interpretar" -*lato et improprio sensu*- las normas que obligan a constituir la hipoteca a favor de dicha entidad<sup>11</sup>. De acuerdo a dicha comunicación, en "...los préstamos hipotecarios... con recursos propios de la banca u operadores financieros... destinados a la adquisición, construcción, autoconstrucción o mejoramiento de la vivienda principal, se deberá proceder a registro con la garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera que otorga el crédito respectivo".

---

9 *Gaceta Oficial* N° 38.385, de fecha 22 de febrero de 2006. Luce pertinente destacar que esa tasa máxima social del 10,54% es inferior a la inflación, medida de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor publicado por el Banco Central de Venezuela. Baste señalar, *gratia argüendi*, que el 2 de octubre de 2006 el Banco Central anunció que la inflación anual acumulada ascendía al doce coma cinco por ciento (12,5%).

10 De acuerdo a la Disposición Transitoria Vigésima Cuarta de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, "dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, se transformará en Banco Nacional de Vivienda y Hábitat..." (Banavih).

11 Comunicación G-05-02650, de fecha 1° de julio de 2005, consultada en original.

5. *Los nuevos préstamos a deudores que incumplieron obligaciones previas:*

El artículo 37 le reconoce al "...deudor hipotecario que haya entregado su vivienda en dación en pago... [el] derecho a recibir un nuevo crédito con fondos provenientes de la misma fuente de recursos usada en el crédito extinguido, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por la institución".

6. *La mora del deudor y el derecho a pagar sólo parcialmente:*

El artículo 38 autoriza al "...deudor hipotecario que se encontrare en situación de atraso o fuese demandado por el mismo concepto... [para] solicitar la rehabilitación del préstamo, cancelando... [una suma] que en ningún momento podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del monto atrasado". La norma agrega que "el acreedor no podrá negarse aun cuando se encontrare el juicio en fase ejecutiva...", y que "...este beneficio lo podrá invocar el deudor sólo una vez durante la vigencia del crédito".

7. *La amortización del crédito:*

El artículo 41 dispone que a solicitud del deudor, la forma de "...pago de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios podrá... ajustarse a la forma de remuneración del deudor hipotecario, sea ésta semanal, quincenal o mensual...".

Los Capítulos que siguen los dedicamos a revisar, una por una, las innovaciones, mencionadas con precedencia, que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contiene.

## II. LA CARTERA MÍNIMA CREADA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

De acuerdo a la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y sus actos de ejecución, ya lo anotamos antes, el diez por ciento (10%) de la cartera de crédito de la banca debe destinarse al financiamiento de créditos hipotecarios para vivienda. Ese porcentaje fue determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda.

Ese porcentaje (forzoso u obligatorio) de cartera de créditos hipotecarios para vivienda se suma a otros tres (3) ya existentes<sup>12</sup>, a saber:

1. *La cartera agrícola:*

En primer término, cabe mencionar la cartera mínima para créditos agrícolas recientemente determinada, de manera conjunta, por los Ministerios de Agricultura y Tierras y de Finanzas. Conforme a la Ley de Crédito para el Sector Agrícola<sup>13</sup>, esta cartera

---

12 Sobre esta materia puede consultarse Badell Benítez, Nicolás, *La Actividad Administrativa de Fomento. Especial Referencia al Ordenamiento Jurídico Venezolano*, abril 2006, pp. 175 y ss., consultada en original.

13 *Gaceta Oficial* N° 37.563, del 5 de noviembre de 2002.

“...en ningún caso podrá exceder del treinta por ciento (30%) de la cartera de crédito [de los bancos universales y comerciales], previa opinión de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras”. En ejecución de dicha Ley, hoy por hoy esta cartera “mínima” de créditos agrícolas oscila entre un mínimo del once por ciento (11%) y un máximo del dieciséis por ciento (16%) de la cartera de créditos, calculados dichos porcentajes sobre la base de la cartera bruta de créditos existente para el 31 de diciembre de 2005<sup>14</sup>.

### 2. *La cartera de microcréditos:*

Resulta digno de mención, en segundo término, el porcentaje del tres por ciento (3%) que la banca *-id est*, los bancos universales, bancos comerciales y entidades de ahorro y préstamo- debe necesariamente destinar a los microcréditos por mandato del artículo 24 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras<sup>15</sup>.

### 3. *La cartera turística:*

En su artículo 65 la Ley Orgánica de Turismo en vigor<sup>16</sup> contempla otra cartera de crédito, una cartera de crédito adicional, que los bancos universales y comerciales deben destinar al sector turismo. Conforme a la Ley en referencia esa cartera, cuya cuantía debe ser determinada por el Ministerio de Turismo, “...en ningún caso podrá ser menor del dos coma cinco por ciento (2,5%) ni mayor del siete por ciento (7%) de la cartera de crédito...”. Con base en la norma de ley citada, mediante Resolución N° 38, del 16 de agosto de 2005<sup>17</sup>, luego ratificada mediante Resolución del Ministro de Turismo N° 053, de fecha 28 de diciembre de 2005<sup>18</sup>, el Ministerio de Turismo fijó la cartera de crédito turística en un dos coma cinco por ciento (2,5%) de la cartera de crédito bruta.

Como se observa, las diferentes carteras, cuatro (4) en total, han sido establecidas por autoridades estatales diferentes: La hipotecaria, establecida en un primer momento por el Consejo Nacional de la Vivienda y, más recientemente, por el Ministerio para la Vivienda y Hábitat. La de microcréditos, determinada directamente por la Asamblea

---

14 Resolución conjunta DM/027 del Ministro de Agricultura y Tierras y DM/1.26 del Ministro de Finanzas, de fecha 30 de enero de 2006, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.368, del 30 de enero de 2006. En función a los ciclos de producción y comercialización, eso es lo que se argumenta en la Resolución, los distintos porcentajes de cartera son los siguientes: Once por ciento (11%) al cierre de los meses de febrero y marzo de 2006; Doce por ciento (12%) al cierre del mes de abril de 2006; Catorce por ciento (14%) al cierre del mes de mayo de 2006; Dieciséis por ciento (16%) al cierre del mes de junio de 2006; Quince por ciento (15%) al cierre de los meses de julio y agosto de 2006; y, por último, dieciséis por ciento (16%) al cierre de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2006.

15 *Gaceta Oficial* N° 5.555 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001.

16 *Gaceta Oficial* N° 38.215, del 23 de junio de 2005.

17 *Gaceta Oficial* N° 38.252, de fecha 17 de agosto de 2005.

18 *Gaceta Oficial* N° 38.346, del 29 de diciembre de 2005.

Nacional a través de norma de ley. La agrícola, establecida por los Ministerios de Agricultura y Tierras y Finanzas dentro del “tope” fijado por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola. La de turismo, finalmente, determinada por el Ministerio de Turismo dentro de los límites, máximos y mínimos, contemplados por la Ley Orgánica de Turismo.

Cuatro (4) carteras, cuatro (4) regulaciones, dictadas por cuatro (4) *autoridades diferentes*. Ese modo de obrar, no hay duda, atenta o conspira contra la *integridad y estabilidad del sistema financiero*, que debiera estar regulado por una autoridad única, dotada de recursos humanos con conocimientos especializados. La regulación de la actividad financiera, *sin orden ni concierto*, por autoridades ajenas al negocio bancario (aludimos, es evidente, al Consejo Nacional de la Vivienda, al Ministerio para la Vivienda y Hábitat, a la Asamblea Nacional, al Ministerio de Agricultura y Tierras y al Ministerio de Turismo), luce contraria al *principio* de Derecho Constitucional conforme al cual del Poder debe hacerse siempre un uso (un ejercicio) *razonable*<sup>19</sup>, esto es, *no arbitrario*.

A esa circunstancia se suma otra igualmente preocupante: Las cuatro (4) *restricciones* en vigor totalizan el treinta y uno coma cinco por ciento (31,5%) de la cartera crediticia de la banca. Casi un tercio (1/3) de la cartera de créditos. Y de incrementarse la cartera agrícola hasta el máximo permitido por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, la sumatoria de esas cuatro (4) carteras obligatorias pudiera representar más del cuarenta y cinco por ciento (45%) de la cartera bruta de la banca. Dicho en otras palabras, la banca tiene hoy en día una muy *menguada libertad*<sup>20</sup>, porque no puede decidir con base en una sana gerencia de riesgos cuál es el destino que más conviene darle a los recursos que sus depositantes decidieron confiarle. La *coactiva “asignación” de recursos* a sectores de la actividad económica *contradice* -es incompatible con- las *mejores prácticas* de administración y gestión de riesgos bancarios que la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras exige sean observadas.

En su conjunto, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y las otras regulaciones mencionadas con anterioridad parcialmente *anulan* el derecho a la libre -y profesional- gestión del negocio bancario, porque a la banca se le *restringen indebidamente* sus opciones, sus alternativas, de negocios. Esas regulaciones, por consiguiente,

---

19 Reconocen la existencia del *principio constitucional de racionalidad*, entre otros, los fallos judiciales siguientes: (i) Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 6 de marzo de 1996 (caso *Cauchos Valery, C.A. vs. Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y el Usuario*); (ii) Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, del 29 de mayo de 1997 (asunto *D.O.S.A., S.A. (DOSA)*); (iii) Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, del 18 de junio de 1998 (caso *Aerovías Venezolanas, S.A. (AVENSA)*); y, (iv) Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de diciembre de 2004 (asunto *Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A. et alter*).

20 De acuerdo al artículo 2° de la Constitución de 1999, la *libertad* es *valor superior del ordenamiento*, esto es, *fundamento y fin* -a un mismo tiempo- del ordenamiento jurídico (Parejo Alfonso, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”, publicado en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 131).

ilegítimamente *alteran, desdibujan o desnaturalizan* la libertad económica y el derecho de propiedad privada garantizados por la Constitución y la ley.

### III. LA TASA PREFERENCIAL PREVISTA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

De acuerdo a la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, los créditos hipotecarios gozan de una *tasa de interés social*, esto es, de una tasa reducida, sustancialmente inferior a las tasas activas que imperan en el mercado. El artículo 42 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda dispone que los criterios para determinar esa tasa deben ser fijados por el Consejo Nacional de la Vivienda; que el cálculo de dicha tasa debe ser realizado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (hoy en día, el BANAVIH); y que la tasa, una vez calculada, ha de serle presentada al Banco Central de Venezuela para su aprobación y publicación.

El régimen legal contemplado por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda choca frontalmente con el artículo 318 de la Constitución venezolana que establece, por una parte, que 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", y por la otra, que es al Instituto emisor a quien incumbe "...regular la moneda, el crédito y las *tasas de interés*...". Esa norma constitucional ha sido desarrollada por la Ley del Banco Central de Venezuela, conforme a la cual es al Emisor, y *sólo* al Emisor, a quien incumbe establecer las tasas de interés<sup>21</sup>.

La Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contraviene la Constitución porque de autonomía no puede hablarse cuando se *invaden* las *competencias naturales* del Instituto Emisor. Dicho en otras palabras, de autonomía no puede hablarse cuando el Banco Central, para ejercer sus competencias, *depende de otros entes*. Y es eso, precisamente, lo que hace la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda al disponer que el Banco debe *limitarse* a "aprobar" y "publicar" la tasa previamente

---

21 La Ley -vigente *rationae temporis*- apareció publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.296, del 3 de octubre de 2001. En un todo conforme con lo dispuesto por la Constitución, la Ley del Banco Central de Venezuela establece: (i) que el Instituto Emisor tiene "...a su cargo las siguientes funciones:... 3. Regular el crédito y las tasas de interés del sistema financiero" (artículo 7°, numeral 3°); (ii) que corresponde al Directorio del Banco Central "...fijar los tipos de descuento, redescuento o interés que han de regir para las operaciones del Banco Central de Venezuela" (artículo 21, numeral 11); y, (iii) que "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" (artículo 49).

En ejecución de la Ley del Banco Central de Venezuela, el Instituto Emisor ha limitado las tasas de interés activas y los intereses (suplementarios) que pueden ser cobrados en caso de mora, fijado mínimos para las tasas pasivas y regulado el cobro de comisiones que la banca puede cobrarle a sus clientes.

calculada -determinada- por otro. De autonomía no puede hablarse cuando mediante norma de ley se establecen *rígidos parámetros y procedimiento* para la determinación de la tasa y, por la naturaleza de las cosas, se *ata de pies y manos* al Instituto emisor. En virtud de la regulación contenida en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, así como en otras normas legales que inciden sobre la intermediación bancaria, el Banco Central ha perdido poder para formular y ejecutar la política monetaria, porque le han "*limitado*" los *instrumentos*, de política monetaria, con los que, por mandato del artículo 318 de la Constitución, debe asegurar la estabilidad de los precios y preservar el valor de nuestro signo monetario. El Banco Central de Venezuela ha dejado de ser la "autoridad" -en singular- a quien corresponde regular el crédito y, más precisamente, fijar el precio del dinero. Al margen de la Constitución, sus poderes han sido restringidos, su "autoridad" desconocida.

A las circunstancias anotadas se agrega otra, de singular gravedad: Las tasas que el sistema financiero puede cobrar pasan a ser determinadas, *por separado*, por *más de una autoridad*: Por la naturaleza de las cosas, esa *dispersión del poder*, del poder para determinar las tasas de interés, conspira contra *la idea de sistema*. La inconstitucionalidad, por *irrazonabilidad*, de las restricciones impuestas a través de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, salta de nuevo a la vista.

El *antecedente* de este régimen de *determinación, en virtud de norma de ley, de los intereses* (máximos) que la banca puede cobrarle a sus prestatarios, lo constituye la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, cuyo artículo 3° también contempla una fórmula que asegura unos intereses preferenciales, esto es, sustancialmente inferiores a los de mercado. Este tipo de tasas, aplicadas a una parte significativa de la cartera de créditos, no hay duda, *puede llegar a comprometer la liquidez y solvencia del sistema financiero*. Este rígido tipo de regulación en virtud de norma de ley contraría, como antes se afirmó, el *principio constitucional de racionalidad* en el ejercicio del Poder Público.

A los regímenes de tasas preferenciales establecidos por la Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda y la Ley de Crédito para el Sector Agrícola se suma también el contenido en la novísima Ley Orgánica de Turismo, cuyo artículo 65 dispone que los créditos de la cartera "mínima turística" también gozan tasa de interés preferencial, "...acordada entre el Ministerio de Turismo y el Banco Central de Venezuela, previa opinión de la Superintendencia de Bancos...".

En síntesis, hoy por hoy más de la cuarta parte de la cartera de créditos de la banca devenga tasas de crédito reducidas, preferenciales.

#### IV. LAS NORMAS PRUDENCIALES Y EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

La banca debe siempre obrar con *prudencia*. La prudencia es uno de los *principios*, de las *reglas básicas*, que informan su actividad, porque la mayor parte de los fondos que la banca administra pertenecen a los depositantes.

De la *codificación* de esos *principios generales* se ha ocupado el Comité de Basilea en materia de supervisión bancaria, cuyas recomendaciones, con base en la Ley General de Bancos u Otras Instituciones Financieras, han sido incorporadas a nuestro Derecho tanto por el Banco Central de Venezuela, como por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras<sup>22</sup>. Establece la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras:

1. Que todos los bancos están sujetos a la *normativa prudencial* que establezcan la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela (artículo 2°).
2. Que "...se entiende por normativa prudencial... todas aquellas *directrices e instrucciones* de carácter técnico contable y legal *de obligatoria observancia* dictadas, mediante resoluciones de carácter general, así como a través de circulares..." (artículo 2°).
3. Que las actividades y operaciones bancarias deben realizarse -esto es, ser- *en un todo* conformes con la *normativa prudencial* (artículo 3°).
4. Que los bancos "...deben mantener un índice de liquidez y solvencia acorde con el desarrollo de sus actividades, preservando una *equilibrada diversificación* de las fuentes de sus recursos y *de sus colocaciones* e inversiones" (artículo 24).
5. Que corresponde a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras dictar las *normas prudenciales* para, por ejemplo, asegurar la necesaria (imprescindible) correspondencia entre la estructura de los activos y los pasivos; para evitar riesgos de iliquidez y de interés; y, para el castigo de créditos (artículos 235, numeral 9°, y 86).

A la luz de esos principios generales, de obligatoria observancia por la banca, que, en ejecución de *deberes fiduciarios*, administra *fondos ajenos*, no luce prudente -en general- la creación de las carteras mínimas, y, por consiguiente, de la cartera mínima obligatoria para créditos hipotecarios para vivienda. A quien, por razones estructurales, sólo puede captar recursos del público a *corto plazo* -y esa es, hoy por hoy, la realidad de la banca venezolana- no se le puede exigir que coloque a *largo plazo* una parte significativa de su cartera de créditos. La imposición *contraria* normas de prudencia elemental. Más sobre lo mismo: La cartera mínima hipotecaria, equivalente a un diez por ciento (10%) de la cartera de créditos bruta, conduce a una *indebida* -inconveniente- *concentración de riesgos* en un solo sector de la economía nacional. Esta última reflexión, es evidente, puede hacerse también por lo que respecta a la cartera mínima prevista por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola. Una nota complementaria, también sobre la cartera mínima hipotecaria: Su fijación no fue hecha en el marco del *procedimiento de consulta* contemplado por la Ley Orgánica de Administración Pública. Esa infracción de ley, que vicia de nulidad la regulación establecida, primero por el Consejo Nacional de

---

22 A título de ejemplo puede citarse la Resolución N° 198, de fecha 17 de junio de 1999 (*Gaceta Oficial* N° 36.726, del 18 de junio de 1999), a través de la cual la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras estableció los porcentajes mínimos de adecuación patrimonial que los bancos deben satisfacer.

Vivienda, luego por el Ministerio para la Vivienda y Hábitat, es particularmente grave por el hecho de que esas autoridades, conocedoras de otras materias, *ignoran el impacto que su regulación puede tener sobre el sistema financiero nacional*.

En resumen, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y sus actos de aplicación pueden *poner a riesgo la liquidez y solvencia del sistema financiero nacional*, porque yendo en contra de lo que la prudencia recomienda, obligan a la banca a concentrar sus riesgos, por una parte, y por la otra, le exigen prestar a largo plazo lo que sólo a corto plazo pudo captar.

## V. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR

Es *irrazonable* -esto es, contrario al *principio constitucional de racionalidad en el ejercicio del Poder Público*- que a la banca se le impida ejecutar al deudor moroso por el solo hecho de que éste decida pagar el cincuenta por ciento (50%) de lo que adeuda (artículo 38 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda). Basta que el deudor moroso pida la “rehabilitación” de su crédito y pague la mitad -sólo la mitad- de lo que debe, para que resulte imposible ejecutar la garantía hipotecaria. A pesar de la mora, contra este deudor la institución financiera *nada puede hacer*. La sentencia que resolvió la controversia sobrevenidamente *pierde valor*, todo su vigor. El crédito que era exigible deja de serlo por voluntad del deudor. Esta previsión no es *ni justa ni razonable*, porque mientras el deudor “abandona” el estado de mora, el banco sigue obligado a mantener el porcentaje mínimo de provisión individual exigido por las *normas prudenciales* codificadas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras<sup>23</sup>. Si a la banca no se le permite recuperar oportunamente los recursos dados en préstamo -*todos* los recursos, y no sólo una parte de los mismos-, se compromete entonces su capacidad para devolverle a los depositantes sus haberes. Es intuitivo, de sentido común, que un sistema financiero sano no puede descansar sobre la premisa de que la mora, esto es, el incumplimiento de los compromisos, no produce consecuencias adversas para el deudor, pues éste, no obstante haber incumplido, puede, en cualquier momento, frustrar la ejecución de sus bienes o haberes.

También resulta *irrazonable* que se obligue a la banca a prestarle nuevamente a quien ya una vez dejó de honrar sus obligaciones. Y eso, precisamente, es lo que contempla el artículo 37 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, que autoriza al deudor que, por no poder cumplir, dio su vivienda en pago de su crédito, para solicitar otro préstamo, un nuevo préstamo. La concesión de créditos al margen de los antecedentes crediticios del prestatario choca contra normas de *elemental prudencia* y, por consiguiente, pone en riesgo el dinero -los dineros- del público.

---

23 El artículo 22 de la “Normas relativas a la clasificación del riesgo en la cartera de créditos y el cálculo de sus provisiones” (*Gaceta Oficial* N° 36.433, del 15 de abril de 1998) establece que el porcentaje mínimo de provisión individual es igual al noventa y cinco por ciento (95%) del crédito hipotecario, cuando el deudor ha dejado de pagar veinticuatro (24) cuotas.

Teniendo presentes las *normas prudenciales*, resulta pertinente subrayar que el Tribunal constitucional alemán ha considerado que el legislador obra de manera irrazonable cuando dicta normas que no son funcionales, esto es, *inadecuadas*, porque contradicen el *principio de proporcionalidad*. Ello ocurre, por ejemplo, en aquellos en los que a uno de los sujetos de una relación se le impone, por ley, un sacrificio (excesivo), mientras que al otro u otros la ley no les impone carga alguna comparable<sup>24</sup>.

La regulación *no es razonable* y, por ello, puede llegar a comprometer tanto los recursos del público, como el capital de la banca, esto es, la solidez del sistema financiero.

## VI. LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PARA EL PAGO DEL PRÉSTAMO

La Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda faculta al deudor para exigir que la forma de "...pago de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios..." se ajuste "...a la forma de remuneración del deudor hipotecario, sea ésta semanal, quincenal o mensual..." (artículo 41). De esa norma interesa destacar dos circunstancias, a saber:

1. Primero, que al autorizarse al deudor para realizar pagos semanales, se introduce una práctica extraña al negocio bancario, que impone costos de administración y manejo (adicionales), no compensados por la "tasa de interés social" que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contempla. Ese tipo de costos, que no pueden ser compensados por las tasas preferenciales fijadas por el Estado, conspiran contra la salud -el vigor- del sistema financiero venezolano.
2. Segundo, que luce *incongruente* que se disponga, por una parte, que el deudor puede realizar *pagos semanales*, y por la otra, que el crédito hipotecario para vivienda ha de amortizarse (necesariamente) mediante *cuotas mensuales*.

## VII. LA IDENTIDAD DEL DEUDOR Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA

En ejecución de lo dispuesto por los artículos 24 y 25 -literal a)- de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, mediante Oficio de fecha 2 de marzo de 2005, distinguido con las letras y números G-05-01191, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo le remitió a la Asociación Hipotecaria de Venezuela el "...modelo del Contrato de Crédito Hipotecario de Vivienda Principal, otorgado con recursos propios de la Banca u Operadores Financieros", aprobado por la Junta Directiva de dicho Banco<sup>25</sup>. De acuerdo al Modelo, para garantizarle a la banca "...la oportuna devolución de la cantidad de dinero recibida [así como sus accesorios]... *“El Deudor Hipotecario”*... constituye *Hipoteca de Primer Grado*... a favor del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, Institu-

---

24 Elia, Leopoldo, *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional*, obra coordinada por Antonio López Pina, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987, p. 78.

25 De acuerdo al Oficio G-05-01191, el Modelo de Contrato en referencia fue aprobado en la Reunión de Junta Directiva del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo N° 1.825, de fecha 11 de febrero de 2005, mediante Punto de Cuenta N° 10.

to Autónomo, domiciliado en la ciudad de Caracas... la cual será *compartida* con el Acreedor Financiero...”, esto es, con el banco que por haber concedido el préstamo con fondos propios corre (asume) los riesgos derivados del contrato de préstamo.

A la luz de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y del modelo contractual queda clara una cosa: La hipoteca que garantiza o asegura el pago del crédito ha de ser constituida a favor del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, a pesar de que éste no ostenta la condición de acreedor financiero. Es el *Banco Nacional de Ahorro y Préstamo* (hoy en día BANAVIH) quien ostenta la condición de *acreedor hipotecario*. Lo que ni la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda ni el aludido modelo contractual aclaran es cuál es el alcance de los *derechos* que el acreedor financiero detenta por el hecho de *compartir* la hipoteca con el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo. Dicho en otros términos, comoquiera que *compartir* -esta es la voz empleada por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda- significa repartir, dividir o distribuir algo en partes, también participar en algo, surgen, entre otras, las siguientes preguntas, de difícil solución:

1. ¿La solicitud de ejecución de hipoteca puede ser propuesta por el banco que prestó los fondos?; o, por el contrario,
2. ¿Para interponer la solicitud de ejecución debe el banco (el acreedor financiero) contar con la autorización previa del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (acreedor hipotecario)?; o, finalmente,
3. ¿Debe la solicitud de ejecución de hipoteca ser formulada, conjuntamente, por el acreedor financiero y el acreedor hipotecario, porque ambos conforman un “litis consorcio activo necesario”?

La regulación contenida en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y el Modelo de contrato de crédito hipotecario de vivienda principal, otorgado con recursos propios de la banca, generan *incertidumbre*, confusión, y con toda seguridad dará lugar a *inconvenientes controversias* judiciales que pueden afectar de manera adversa al sistema financiero. Más aún, en virtud de esa *regulación* se puede llegar a *comprometer* la capacidad del banco para ejecutar garantías y, por consiguiente, devolverle sus haberes, de manera oportuna, a sus depositantes. Producto de esta irreflexiva regulación, la banca corre el riesgo de *perder control* sobre su *negocio*.

A la confusión generada por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y el Modelo contractual citado precedentemente se agrega la incertidumbre, la zozobra, que puede llegar a generar la comunicación G-05-02650, de fecha 1 de julio de 2005, a través de la cual el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo solicita que se inscriban en registro las garantías hipotecarias constituidas a favor de la banca por quienes soliciten créditos para la adquisición, construcción o mejoramiento de viviendas, porque la legalidad -esto es, la validez- de las garantías registradas con base en esa solicitud, pudiera ser puesta en entredicho el día de mañana por el deudor al que se le ejecute la hipoteca.

## VIII. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA

A la banca le han venido siendo impuestas *severas restricciones* que le impiden administrar, a su mejor saber y entender, su patrimonio y los haberes del público. En efecto, con lo expuesto *supra* ha quedado determinado:

1. Que el destino de casi un tercio (1/3) de la cartera crediticia ha sido determinado por el Estado, no por los administradores de las instituciones financieras: Dos coma cinco por ciento (2,5%) para los créditos turísticos, tres por ciento (3%) para los microcréditos, diez por ciento (10%) para los créditos hipotecarios y entre un once por ciento (11%) y un dieciséis por ciento (16%) para los créditos agrícolas.
2. Que también las tasas de los créditos hipotecarios para vivienda principal han sido fijadas por Estado por debajo de las que prevalecen en el mercado. Otro tanto cabe decir de las agrícolas y de las turísticas.
3. Que a la banca, además, se le impide diseñar sus productos financieros, porque al conceder créditos hipotecarios debe necesariamente emplear el modelo de contrato elaborado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo<sup>26</sup>. Ese modelo, predeterminado por el Estado, sustituye la autonomía de la voluntad del deudor y del banco, *anula* por completo su *libertad negoci*cial.
4. Que conforme a la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y al modelo de contrato elaborado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, en lo adelante la garantía hipotecaria no puede figurar a nombre del acreedor financiero.

En resumidas cuentas, a *la banca* le resulta cada vez más difícil gestionar sus riesgos, porque, *producto* de las crecientes *regulaciones estatales*, ya *no controla* (de manera íntegra) *su negocio*. Lo que antes eran decisiones de negocios, ahora son imposiciones estatales. Es el Estado quien decide para qué se debe prestar, cuánto se puede cobrar por el préstamo, y cómo puede prestarse. Es el Estado quien fija las políticas de créditos. Los riesgos del negocio, empero, quedan en manos de la banca.

La sumatoria de las decisiones, legislativas y administrativas, que el Estado venezolano ha venido adoptando puede y debe ser analizado a la luz de cuanto enseña la doctrina comparada: Si la autoridad, enseña la doctrina comparada, "...pudiese deshojar el derecho de propiedad [y demás derechos constitucionales], como si se tratase de una alcachofa, para privarlo, uno tras otro y de manera indemne, de sus atributos, no vemos qué garantía representa la norma constitucional..." que asegura la titularidad y ejercicio

---

26 Adicionalmente, en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat se establece que para promover el desarrollo "...del mercado primario y secundario de crédito hipotecario, el Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat deberá:... 5. Garantizar la *estandarización* de los instrumentos hipotecarios, fundamentalmente en relación a la *documentación*, las condiciones de los créditos, las garantías y los riesgos" (artículo 136, ordinal 5.)

de los derechos fundamentales<sup>27</sup>. En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia venezolana<sup>28</sup>. El derecho de propiedad y la libertad económica de nada sirven si el Estado puede *eliminar* esos derechos *por partes* con total impunidad. De manera sistemática, los atributos del derecho de propiedad y la libertad económica de la banca y de sus accionistas están siendo *paulatinamente eliminados*, suprimidos. Vienen siendo rebanados, uno tras otros, como si de una hogaza de pan se tratara.

#### IX. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA Y SU “CONFORMIDAD” CON EL DERECHO. UN CATÁLOGO DE GRAVÁMENES Y EL DERECHO APLICABLE

En los Capítulos que anteceden analizamos la Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda a la luz del *Derecho interno*. Por tanto, nos corresponde ahora reflexionar dejando de lado por un momento la Constitución de 1999 y las demás leyes y resoluciones nacionales. Dicho en otras palabras, de seguida enjuiciaremos la *validez* del conjunto de regulaciones mencionadas en los Capítulos que anteceden -y, muy particularmente, las contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda- y la consecuente *responsabilidad patrimonial* del Estado venezolano, a la luz de una serie de *compromisos internacionales* asumidos por la República a lo largo del tiempo. En concreto, centraremos nuestra atención en los instrumentos, de Derecho Internacional, que se citan de seguida:

1. En primer lugar, el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones<sup>29</sup>. De este Acuerdo Internacional resultan dignas de mención las normas que se mencionan a continuación:

A. El artículo X, que de manera expresa se ocupa de las Inversiones en Servicios Financieros<sup>30</sup>. El artículo X *sólo* autoriza a los países signatarios para adoptar frente a la banca *medidas razonables por razones prudenciales* que tengan por objeto:

- 1.- Mantener la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras; o
- 2.- Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de la Parte Contratante.

---

27 Crapanzano, Alessandro y Crapanzano, Andrea, “Le espropriazioni per causa di pubblica utilità”, en *Rivista L’Amministrazione Italiana* N° 2, Soc. Tipográfica Barbieri, Nocchioli & C., Empoli, 1987, p. 221.

28 Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 12 de agosto de 1994 (asunto “José Muci-Abraham”), entre otras.

29 *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.207, de fecha 20 de enero de 1998.

30 El Acuerdo define la expresión *servicios financieros* como “...servicios de naturaleza financiera, incluyendo seguros, y servicios incidentales o auxiliares de servicio de naturaleza financiera” (Artículo I, literal (c)). También define la expresión *institución financiera* como “...cualquier intermediario financiero u otra empresa autorizada a hacer negocios y regulada o supervisada como institución financiera de acuerdo con la legislación de la parte Contratante en cuyo territorio se encuentra” (Artículo I, literal (d)).

Conforme al Acuerdo, las medidas en materia de servicios financieros que no obedezcan a razones prudenciales están prohibidas. Otro tanto cabe decir de las medidas prudenciales sobre tales servicios que no sean razonables. Y, la verdad sea dicha, las *graves restricciones* al destino que puede dársele a los fondos captados (carteras mínimas y obligatorias de crédito por sectores) no califican como medidas prudenciales. Lo mismo cabe decir de las tasas máximas que pueden ser cobradas y de la imposición de productos financieros prediseñados por la autoridad. En síntesis, esas reglas *no pueden ser reconciliadas* con el artículo X del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones. En el caso de la especie, la degradación que de los derechos de los inversionistas se hace no puede ser justificada.

B. El artículo II, numeral (2), en virtud del cual Venezuela, "...de acuerdo con los principios del derecho internacional...", se compromete y obliga a brindarle a los inversionistas canadienses "...un *trato justo y equitativo y protección y seguridad completas*".

Para los tribunales internacionales, un Estado incumple la obligación de brindar o asegurar un trato justo y equitativo, por ejemplo, cuando el marco normativo que se dicta no es ni transparente ni previsible<sup>31</sup>. Y puede argumentarse que las reglas, verdadero aluvión de normas, dictadas en ejecución de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, lejos de generar seguridad y certeza, ha creado dudas, gran confusión. Para muestra un botón: No puede calificarse como previsible a un marco normativo en el que haciendo caso omiso a lo que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda expresamente dispone en torno a la identidad de la persona a favor de la cual puede y debe constituirse la hipoteca, se le pide luego a los registros y notaría, mediante norma que no es objeto de publicidad alguna, que autoricen el registro de las hipotecas en las que figure como acreedor hipotecario una persona distinta al Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, hoy Banco Nacional de la Vivienda y Hábitat. No puede tampoco calificarse como previsible a un marco normativo en el que, a mediados del 2005, se modifican de manera sobrevenida las reglas del juego y se excluyen, de la cartera de créditos hipotecarios que la banca debía conceder, todos aquellos que no reunían los nuevos criterios contenidos en las Resoluciones de fechas 30 de junio y 10 de agosto de 2005<sup>32</sup>.

C. El artículo III, numeral (1), en virtud del cual Venezuela le asegura a los inversionistas canadienses "... un trato no menos favorable que aquel que, en circunstancias similares, otorga a inversiones o ganancias de inversores de cualquier tercer Estado".

En virtud de esta norma, los inversionistas amparados por el Acuerdo Internacional con el Canadá pueden invocar *-exempli gratia-* el artículo 3, numeral 1) del Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Vene-

---

31 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/97/1, del 30 de agosto de 2000.

32 Sobre el contenido de la Resoluciones citadas consúltese *supra* el Capítulo I, § 1. literales A y B.

zuela y el Reino de los Países Bajos<sup>33</sup>, que establece textualmente que cada una de las Partes Contratantes garantizará "...un *trato justo y equitativo* a las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante y [consecuentemente] *no obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición* de las mismas por tales nacionales"<sup>34</sup>.

En el ámbito del Derecho Internacional por *medida arbitraria* debe entenderse cualquier decisión que *carezca de justificación legítima*<sup>35</sup>, que sea *manifiestamente injusta*<sup>36</sup>. Y en el caso de la especie, no hay duda, la creación de una cartera mínima de créditos hipotecarios para vivienda es una medida manifiestamente injusta, porque no tiene por objeto ni mantener la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras, ni tampoco asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Consecuentemente, esa medida contraría abiertamente el artículo X del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones. Análogas reflexiones cabe hacer respecto de otras gravosas limitaciones, a la administración y disfrute de la inversión, contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda.

D. El artículo VII, que prohíbe la expropiación y las *medidas de efecto equivalente* a una expropiación "... excepto para un fin público, conforme al debido proceso de ley, de manera no discriminatoria y mediante una compensación pronta, adecuada y efectiva".

Como enseña la jurisprudencia internacional, la expresión *medidas de efecto equivalente*, empleada -entre otros- por el artículo VII del Acuerdo con Canadá, engloba los *regulatory takings*,<sup>37</sup> esto es, aquellas odiosas restricciones a derechos producto o resultado de normas o reglas estatales inválidas, porque violan o quebrantan los límites del legítimo *poder de policía* que el Derecho le reconoce a la Administración. Dicho en otras palabras, las restricciones derivadas de normas o reglas estatales que no pueden ser consideradas regulaciones *bona fide*<sup>38</sup>. Habida consideración de su ilegitimidad, tales

33 *Gaceta Oficial* N° 35.269, del 6 de agosto de 1993.

34 Para un sector de la doctrina, ésta es una formulación restrictiva, más específica, de la regla del *trato justo y equitativo* contenida, por ejemplo, en el artículo II, numeral 2., del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones (en propósito Migliorino, Luigi, *Gli Accordi Internazionali sugli Investimenti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 61).

35 *International Investment Agreements: Key Issues, Volume I*, United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), New York and Geneva, 2004, pp. 235 y ss.

36 *Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/00/3, del 30 de abril de 2004.

37 *Marvin Feldman v. México*, Caso N° ARB(AF)/99/1, del 16 de diciembre de 2002.

38 *International Investment Agreements: Key Issues, Volume I*, United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), New York and Geneva, 2004, p. 240. También *Methanex Corp. v. USA*, citado en *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, del 17 de marzo de 2006.

regulaciones no tienen por qué ser toleradas por el particular. Y de la ilegitimidad de las regulaciones, contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, que, como quedó dicho, no califican jamás ni nunca como *medidas prudenciales*, porque exceden los límites del poder de policía, no hay duda alguna, pues tales medidas contravienen abiertamente el artículo X del Acuerdo suscrito por Venezuela y Canadá.

Las severas limitaciones contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, de manera individual o en conjunto, desdibujan o desconocen el derecho de propiedad del inversionista -del propietario-, porque a su empresa, a su inversión, le niegan sus derechos a decidir para qué se presta; a fijar el precio del dinero que se presta; a documentar el préstamo de manera tal que, a juicio de la institución, queden debidamente asegurados sus derechos y, por vía de consecuencia, los de los depositantes cuyos recursos fueron dados en préstamo; a desechar la solicitud de crédito presentada por quien en el pasado no honró su contrato de crédito; y, a reclamar el pago íntegro de lo todo adeudado, y no sólo de un cincuenta por ciento (50%) de lo adeudado.

Esa negación de derechos, máxime cuando se toma en consideración que a ella se suman a otras decisiones estatales, que en el pasado han impuesto o en el presente imponen incisivas limitaciones, odiosas restricciones, a los derechos de propiedad de los inversionistas amparados por el Tratado, pudieran en su conjunto producir *efectos equivalentes* a los de una *expropiación*, una expropiación parcial -velada, paulatina, progresiva- de derechos de contenido económico, una expropiación de hecho, no de Derecho, porque la titularidad no se transfiere.

De esas otras decisiones estatales, que han impuesto o que imponen gravosas limitaciones a los derechos del inversionista son dignas de mención las siguientes:

1° La Resolución N° 329.99, expedida por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras el 28 de diciembre de 1999. De acuerdo a dicha Resolución el cincuenta por ciento (50%) de las utilidades de la banca debe ser necesariamente registrado "...en una cuenta patrimonial denominada "Superávit Restringido"...", en el entendido que "los montos incluidos en esta... cuenta no podrán ser utilizados para el reparto de dividendos (sic.) en efectivo, y sólo podrán ser utilizados para aumentar el capital social"<sup>39</sup>. Por obra de la Resolución 329.99, a la banca le ha sido prohibido tomar en cuenta la mitad de las utilidades a los fines del decreto de dividendos en efectivo. Esa gravosa medida administrativa -gravosa, decimos, porque restringe los derechos de los accionistas de la banca, porque les impide disfrutar de su inversión- arbitrariamente *congela rentas* de forma indefinida *-sine die*<sup>40</sup>.

39 *Gaceta Oficial* 36.859, del 29 de diciembre de 1999. A pesar de haber sido concebida como una limitación temporal, esa gravosa medida, adoptada por causa de la inflación que afecta a la economía nacional, "perdura" desde hace ya casi siete (7) años.

40 De acuerdo al artículo 167 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 1993 (*Gaceta Oficial* N° 4.649 Extraordinario, del 19 de noviembre de 1993), vigente *rationae temporis*, la prohibición de decretar dividendos sólo podía ser dictada cuando una persona jurídica sometida a la supervisión y control de la Superintendencia se hallaba en alguno de los siguientes supuestos: "1) Diere fundados motivos para suponer que podría incurrir en situaciones de iliquidez

También el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 25 de abril de 2006, mediante el cual fue revocada la medida cautelar (previa) que había suspendido los efectos de la (ilegítima) Resolución 329.99<sup>41</sup>. Por obra de dicho fallo judicial, revocatorio de la cautelar previamente decretada, readquirió vigor la Resolución 329.99 y la restricción que ella contempla.

2° El fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 24 de enero de 2002, a través del cual -concluido un *irregular proceso judicial*- se declaró que los contratos con refinanciamiento de intereses para la adquisición de viviendas, mejor conocidos como créditos indexados, amparados -entre otras normas- por expresa previsión de la Ley de Política Habitacional, eran contrarios a la Constitución venezolana<sup>42</sup>. Y, como producto de dicha declaración, el Tribunal Supremo de Justicia decretó que los intereses (frutos civiles) pagados “en exceso” por los deudores debían ser imputados al capital adeudado.

En virtud de esa decisión judicial, intereses devengados y refinanciados dejaron de ser rentas para el banco -intereses para los deudores- y se transformaron en capital pagado por los prestatarios. De un día para otro, los bancos vieron confiscadas parte sus rentas o ingresos -y, por vía de consecuencia, de las utilidades- obtenidas al amparo de norma expresa de Ley. Esa decisión judicial no puede ser reconciliada con el Derecho: Un claro supuesto de *confiscación*, del que fue autor el máximo garante de la Constitución. En una suerte de proceso alquímico, pero a la inversa, lo que para la banca venezolana eran rentas y para sus accionistas

---

que pudieran ocasionar perjuicios para sus depositantes o acreedores o para la solidez del sistema bancario. 2) Hubiere incurrido en infracciones graves o recurrentes a las disposiciones de esta Ley, de la Ley del Banco Central de Venezuela, del Código de Comercio y de los Reglamentos o de las resoluciones o instrucciones generales o particulares de la Superintendencia o del Banco Central de Venezuela. 3) Presentare situaciones graves de tipo administrativo o gerencial que afecten o pudieren afectar significativamente su operación normal, o la solvencia y liquidez de la institución financiera. 4) Hubiere cesado en el pago de las obligaciones derivadas de su condición de institución financiera. 5) Presentare durante al menos dos (2) semestres continuos, pérdidas de capital, equivalentes a un porcentaje comprendido entre el quince por ciento (15%) y el veinticinco por ciento (25%) del capital pagado” (artículo 166 *eiusdem*). Por increíble que parezca, la Resolución 329.99 no se funda en ninguno -ninguno, insistimos- de esos supuestos de hecho (véase Muci Facchin, Gustavo y Martín Ponte, Rafael, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 247 y 248).

- 41 Asunto *Venezolano de Crédito, Banco Universal, C.A. et alter vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras*. La medida cautelar original, de fecha 25 de septiembre de 2002, había sido ratificada *-rectius*, extendida a terceros- en repetidas oportunidades (aludimos a los fallos del 14 de noviembre de 2002, 30 de enero y 27 de febrero de 2003 y, finalmente, 14 de agosto de 2004). Para el momento de su revocatoria que da al traste con la línea jurisprudencial cierta establecida a través de las cinco sentencias apenas citadas, la medida cautelar, la suspensión de efectos, amparaba a las siguientes instituciones financieras: Venezolano de Crédito, S.A., Banco Universal; Banco Mercantil, C.A.; Banco Exterior, C.A., Banco Universal; Banesco Banco Universal, C.A.; Banco del Caribe, C.A., Banco Universal; Corp Banca, C.A., Banco Universal; y Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal.
- 42 Asunto *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. El Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y el Usuario (Indecu) y la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (Sudeban)*.

ingresos -ingresos a título definitivo, pues con base en aquéllas decretaron y cobraron dividendos- dejaron de ser rentas e ingresos.

Una nota final: Por increíble que pueda parecer, en ese proceso judicial no figuraron como partes los bancos que sufrieron los rigores de la determinación judicial. Trátase, por tanto, de un caso de denegación de justicia (*denial of justice*), de injusticia manifiesta, por la flagrante violación de la garantía del debido proceso<sup>43</sup>.

3° La Resolución del Banco Central de Venezuela N° 060402, de fecha 18 de abril de 2006<sup>44</sup>, que impone *limitaciones adicionales* a los *ingresos* que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras pueden percibir por sus servicios. La Resolución, por ejemplo, prohíbe a la banca -ésta es la regla general- "...efectuar cobro alguno... por concepto de comisiones, tarifas o recargos derivados de la tenencia de cuentas de ahorro, así como por cualquier transacción, operación o servicio efectuado respecto de dichas cuentas, cuando éstas estuvieren directamente relacionadas con las mismas" (artículo 1°). La aludida Resolución también prohíbe "...efectuar cobro alguno por concepto de comisiones, tarifas o recargos a sus clientes o al público en general..." por otros conceptos, tales como el pago de cheques emitidos o cobrados en plazas distintas de aquélla en la que sus clientes mantienen la respectiva cuenta corriente (artículo 5°, literal b)) o la devolución de cheques (artículo 6°). A las prohibiciones se agregan otras medidas, que imponen límites a lo que la banca puede cobrar, por concepto de comisiones, tarifas o recargos, a quienes no mantienen saldos mínimos en cuenta corriente (artículo 4°), o la comisión máxima por las operaciones de compra de facturas o de arrendamiento financiero (artículo 9).

A esas gravosas limitaciones, que desvalorizan la libertad económica, se añaden las contempladas en la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 060801<sup>45</sup>, que *congela* las comisiones, tarifas o recargos que la banca puede cobrarle a sus clientes. En efecto, de acuerdo a la Resolución 060801, la banca sólo puede modificar las comisiones, tarifas o recargos contemplados en sus "tarifarios" al 23 de agosto de 2006, publicados en la página *web* del Banco Central, previa autorización del Instituto emisor. Más aún, no pueden crear comisiones, tarifas o recargos distintos a los previstos en tales "tarifarios" sin la previa autorización del Banco Central.

4° La Resolución N° 06-09-02<sup>46</sup>, dictada por el Banco Central de Venezuela en fecha 7 de septiembre de 2006, contentiva de las nuevas "Normas que Regirán el Encaje Legal". Antes de proseguir no está de más observar, por una parte, que el encaje es un instrumento de política monetaria, porque permite al Banco Central de Venezuela reducir el dinero en circulación, y por la otra, que la Ley del Banco Central de Venezuela establece que el dinero depositado por la banca en el Ente Emisor para cumplir con las normas de encaje puede estar re-

---

43 *The Loewen Group, Inc. et alter v. Estados Unidos de América*, Caso N° ARB (AF)/98/3, del 26 de junio de 2003.

44 *Gaceta Oficial* N° 38.419, del 18 de abril de 2006.

45 *Gaceta Oficial* N° 38.507, del 24 de agosto de 2006.

46 *Gaceta Oficial* N° 38.527 del 21 de septiembre de 2006. Esta Resolución deroga la N° 06-07-01, del 19 de julio de 2006 (*Gaceta Oficial* N° 38.482, del 19 de julio de 2006).

munerado<sup>47</sup>. Pues bien, como íbamos diciendo, en las novísimas “Normas que Regirán el Encaje Legal” el Banco Central de Venezuela dispuso que la banca debe “...mantener, un encaje mínimo del quince por ciento (15%) del monto total de la Base de Reserva de Obligaciones Netas”<sup>48</sup>. Dispuso, además, que en lo adelante la banca debe “...mantener un encaje mínimo del treinta por ciento (30%) del monto total correspondiente al Saldo Marginal”<sup>49</sup>. Resta por observar que en la actualidad el dinero depositado en el Banco Central de Vene-

- 
- 47 Sobre el encaje véase Grau Fortoul, Gustavo A., *El Encaje como Mecanismo de Política Monetaria, Sujeto en su Instrumentación a la Legalidad (Una contribución al estudio jurídico de la actividad de intervención estatal en materia económica)*, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Septiembre-Diciembre 1998, Editorial Sherwood, Caracas, pp. 79 y ss. De acuerdo al Artículo 32 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras en vigor, «los bancos... 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 otra parte, el artículo 54 de la Ley del Banco Central de Venezuela establece que «la porción del encaje depositada en el Banco Central de Venezuela podrá ser remunerada por razones de política monetaria y financiera, en los términos y condiciones que, a tal efecto, establezca el Directorio del Banco Central de Venezuela».
- 48 Artículo 13. Las “Normas que Regirán el Encaje Legal” definen la Base de Reserva de Obligaciones Netas así: “Es el monto total de las Obligaciones Netas contabilizadas al 14 de julio de 2006” (artículo 1°). Además, define las Obligaciones Netas en los siguientes términos: “Obligaciones Netas: Se refiere a todos los depósitos, captaciones, obligaciones u operaciones pasivas, incluyendo los pasivos derivados de operaciones de mesa de dinero y los provenientes de fondos administrados en fideicomiso, excluidas las operaciones a que se refiere el artículo 4° de la presente Resolución” (artículo 1°). El artículo 4° citado en la anterior definición establece textualmente: “No se computarán a los efectos de la constitución del encaje: las obligaciones de las instituciones provenientes de créditos obtenidos del Banco Central de Venezuela; las derivadas de operaciones de asistencia financiera del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria; las originadas de los fondos recibidos del Estado u organismos nacionales o extranjeros para financiamiento de programas especiales para el país, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las originadas de los fondos recibidos de instituciones financieras destinadas por Ley al financiamiento y la promoción de exportaciones, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las contraídas en moneda extranjera como producto de las actividades de sus oficinas en el exterior, y, las que se originen en operaciones con otros bancos y demás instituciones financieras, y por cuyos fondos estas últimas instituciones, a su vez, hayan constituido encaje conforme a la presente Resolución. Tampoco se computarán a los fines indicados, los pasivos provenientes de recursos del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda previsto en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, administrados en fideicomiso por las instituciones financieras”.
- 49 Artículo 15. En el artículo 1° de la Resolución se define el Saldo Marginal en los siguientes términos: “Saldo Marginal: Se refiere al monto correspondiente del incremento que se genere tanto en las Obligaciones Netas como en las Inversiones Cedidas respecto a sus Bases de Reservas, según corresponda, determinado de acuerdo a la información suministrada semanalmente por cada concepto”. En las Normas la expresión Inversiones Cedidas es definida así: “Inversiones Cedidas: Se refiere a la cesión de los derechos de participación sobre títulos o valores efectuadas por las instituciones financieras autorizadas para realizar operaciones del mercado monetario, contabilizados en su balance en el activo con signo negativo” (artículo 1°). Finalmente, las Normas entienden por Base de Reservas de Inversiones Cedidas “...el monto total de las Inversiones Cedidas contabilizadas al 14 de julio de 2006” (artículo 1°).

zuela para satisfacer las normas de encaje no es remunerado por el Instituto Emisor. Para la banca ése, el del encaje, es hoy en día dinero improductivo.

El novedoso encaje legal del treinta por ciento (30%) sobre el Saldo Marginal grava, penaliza, el crecimiento de la banca, que se torna extremadamente costoso, irrazonablemente costoso, y dificulta grandemente la creación de nuevas instituciones financieras, porque crea una barrera de entrada (oficial) que resulta muy difícil de superar<sup>50</sup>. Y al penalizar el crecimiento, el novedoso encaje del treinta por ciento (30%) se traduce en una arbitraria limitación de la libertad económica, que favorece el mantenimiento del *status quo*, porque restringe la libre competencia, esto es, la competencia -efectiva y sin trabas- entre las distintas instituciones financieras por los haberes del público. Esta barrera, por tanto, atenta contra la libre competencia, porque hace extremadamente oneroso el crecimiento, porque tiende a “congelar” las cuotas de mercado.

2. Otros Tratados Internacionales para la Promoción y Protección de Inversiones suscritos por Venezuela<sup>51</sup>. Si bien es cierto que la regulación, especial o particular, que

---

50 Con el objeto de remediar el problema creado por la regulación en materia de encaje legal, que de manera velada prohibía el crecimiento (artículo 15 de la Resolución N° 06-07-01, del 19 de julio de 2006), en su más reciente regulación el Banco Central de Venezuela estableció que el encaje del treinta por ciento (30%) no se hace exigible si el crecimiento no supera la cantidad de Noventa Mil Millones de Bolívares (Bs. 90.000.000.000,00). El Parágrafo Único del artículo 15 de la Resolución N° 06-09-02 establece textualmente: “En el supuesto de que la suma de Obligaciones Netas más Inversiones Cedidas no supere la cantidad de noventa mil millones de bolívares (Bs. 90.000.000.000,00), las instituciones financieras no estarán sujetas a lo previsto en el presente artículo”. En lugar de prohibir el crecimiento, se optó por ponerle un techo a dicho crecimiento. Ese, empero, no es un remedio. El crecimiento, por obra de la eficacia en la gestión del negocio bancario, no puede ser penalizado, no puede ser prohibido.

51 Para el momento en que culminamos esta investigación Venezuela ha suscrito más de dos docenas de instrumentos internacionales relacionados con la promoción y protección recíproca de inversiones. En orden cronológico, de esos instrumentos interesa destacar los siguientes: Acuerdo CJTI-175, suscrito con los Estados Unidos de América (*Gaceta Oficial* N° 34.511, del 17 de julio de 1990); Reino de los Países Bajos (*Gaceta Oficial* N° 35.269, del 6 de agosto de 1993); República Argentina (*Gaceta Oficial* N° 4.801, del 1° de noviembre de 1994); Confederación Suiza (*Gaceta Oficial* N° 4.801, del 1° de noviembre de 1994); Ecuador (*Gaceta Oficial* N° 4.802 Extraordinario, del 2 de noviembre de 1994); Chile (*Gaceta Oficial* N° 4.830 Extraordinario, del 29 de diciembre de 1994); República Portuguesa (*Gaceta Oficial* N° 4.846 Extraordinario, del 26 de enero de 1995); Barbados (*Gaceta Oficial* N° 4.853 Extraordinario, del 8 de febrero de 1995); República Checa (*Gaceta Oficial* N° 36.002, del 17 de julio de 1996); Reino de Dinamarca (*Gaceta Oficial* N° 5.080 Extraordinario, del 23 de julio de 1996); República de Lituania (*Gaceta Oficial* N° 5.080, del 23 de julio de 1996); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (*Gaceta Oficial* N° 36.010, del 30 de julio de 1996); República del Perú (*Gaceta Oficial* N° 36.266, del 11 de agosto de 1997); República Federativa del Brasil (*Gaceta Oficial* N° 36.268, del 13 de agosto de 1997); Reino de España (*Gaceta Oficial* N° 36.281, del 1° de septiembre de 1997); República del Paraguay (*Gaceta Oficial* N° 36.301, del 29 de septiembre de 1997); Reino Unido de Suecia (*Gaceta Oficial* N° 5.192 Extraordinario, del 18 de diciembre de 1997); Canadá (*Gaceta Oficial* N° 5.207 Extraordinario, del 20 de enero de 1998); República de Costa Rica (*Gaceta Oficial* N° 36.383, del 28 de enero de 1998); República Federal de Alemania (*Gaceta Oficial* N° 36.383, del 28 de enero de 1998); República Oriental del Uruguay (*Gaceta Oficial* N° 36.519, del 18 de agosto de 1998); Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (*Gaceta Oficial* N° 37.357, del 4 de enero de 2002);

de los servicios financieros contiene el Acuerdo Internacional suscrito con Canadá, no es común en la red de Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BIT's) suscritos por Venezuela, no es menos cierto que dicha previsión puede ser invocada por los inversionistas de otros países si el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones que les ampara contiene la cláusula de la nación más favorecida *-rectius*, del individuo más favorecido<sup>52</sup>. Entre otros, contienen la cláusula de la nación más favorecida los Tratados que se mencionan a continuación:

- A. El Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. A tenor del artículo IV del Acuerdo, “cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante” (numeral 1.-), y, más aún, “este tratamiento *no será menos favorable* que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado” (numeral 2.-).
- B. El Acuerdo entre la República de Venezuela y la República Federativa del Brasil para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Establece el artículo 3, numeral 2., que “cada Parte Contratante acordará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversores o a los de cualquier tercer Estado”.
- C. El Convenio para el Estímulo y Protección Recíprocas de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos. Conforme al artículo 3, citado *supra*, “cada Parte Contratante garantizará un trato justo y equitativo a las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante y no obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición de las mismas por tales nacionales” (numeral 1)), y “más particularmente, cada Parte Contratante otorgará a tales inversiones plena seguridad física y protección, la cual no será en ningún caso inferior a la otorgada a las inversiones de sus propios nacionales o a inversiones de nacionales de cualquier tercer Estado, lo que sea más favorable al nacional interesado” (numeral 2)).

No obstante las diferencias, unas de forma, otras de fondo, que median entre los diferentes Tratados para promover y proteger inversiones suscritos y ratificados por Venezuela, la cláusula de la nación más favorecida contribuye a brindarle un conjunto de garantías mínimas comunes, homogéneas -una suerte de *ius commune*- a los inversionistas extranjeros que pueden invocar sus normas.

---

Francia (*Gaceta Oficial* N° 37.896, del 11 de marzo de 2004); República de Cuba (*Gaceta Oficial* N° 37.913, del 5 de abril de 2004); y, República Islámica de Irán (*Gaceta Oficial* N° 38.389, del 2 de marzo del 2006).

52 Ayala Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los Tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinada por Méndez Silva, Ricardo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 98, México, 2002, p. 55.

3. La vigente Ley de Promoción y Protección de Inversiones<sup>53</sup> venezolana. La Ley es digna de mención porque en su artículo 10, por obra del principio de progresividad de los derechos humanos<sup>54</sup>, se remite o reenvía al Derecho Internacional a los efectos de determinar cuáles son los derechos, y su alcance, reconocidos a las inversiones hechas en territorio nacional por un inversionista venezolano. En efecto, establece el artículo 10 que “las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares”. Dicho en otras palabras, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda le brinda o reconoce a los inversionistas nacionales los derechos y las garantías concedidas a los inversionistas internacionales a través de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. En virtud del artículo X, los derechos de unos y otros se equiparan. No obstante lo ya dicho, la Ley de Protección de Inversiones reproduce, *mutatis mutandis*, algunas de las previsiones contenidas en los Tratados para la Promoción y Protección de Inversiones. En concreto:

A. El artículo 6° establece que “las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de *medidas arbitrarias* o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación”.

B. El artículo 11 dispone que “no se decretarán ni ejecutarán *confiscaciones*, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas *medidas de efecto equivalente a una expropiación*, por causa de utilidad pública o de interés social, *siguiendo el procedimiento legalmente establecido* a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una *indemnización pronta, justa y razonable*”.

C. El artículo 24 establece que “lo previsto en el presente Decreto-Ley no impedirá... 2) La adopción de medidas en el campo de los servicios financieros que tengan por objeto: a) La protección de los inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, titulares de pólizas, titulares de reclamaciones de pólizas o personas a las que les es debida una responsabilidad fiduciaria por una institución financiera; b) El mantenimiento de la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad de las instituciones financieras; y, c) Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero en Venezuela”.

---

53 *Gaceta Oficial* N° 5.390, de fecha 22 de octubre de 1999.

54 Subraya Ayala Corao que en virtud del principio de la progresividad, el intérprete debe siempre acoger “...la interpretación *pro cives, pro hominis, pro libertatis*, ello es, en definitiva, la interpretación que resulte más favorable a la persona” (Ayala Corao, Carlos M., *Op. Cit.*, p. 57). Sobre la propiedad como derecho humano puede consultarse, entre otros, a Brewer-Carías, Allan Randolph, *The Amparo Suit: Judicial Protection of Human Rights in Latin America (A Comparative Constitutional Study of the Suit for “Amparo”)*, Volume I, Columbia Law School, Columbia University in the City of New York, 2006, p. 13.

#### X. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CONSECUENCIAS DEL ILEGÍTIMO “CONTROL” ESTATAL SOBRE LA BANCA

Los distintos Tratados para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que integran la *red de tratados* suscritos y ratificados por Venezuela tienen una nota común digna de mención: Son, todos ellos, instrumentos para el *control “de legalidad” del ejercicio de la autoridad*, del Poder Público, por el Estado en que el inversionista extranjero realizó su inversión. Dicho en otras palabras, los Tratados autorizan al inversionista extranjero para proponer *demanda* al *pago de daños y perjuicios* contra el *Estado* receptor de la inversión por la violación de los derechos y garantías consagrados por dichos Tratados, por el *ilegítimo ejercicio del Poder Público*<sup>55</sup>.

De esa demanda, por la infracción de normas de Derecho Internacional, conoce un Tribunal arbitral internacional. La controversia escapa, pues, de la competencia de los jueces nacionales. Más aún, los *fallos* dictados por ese Tribunal autónomo e independiente pueden inclusive ser *ejecutados, fuera de Venezuela*, por los tribunales nacionales de otros países<sup>56</sup>.

#### XI. CONCLUSIONES

1. La cartera mínima -obligatoria- de créditos hipotecarios para vivienda, igual al diez por ciento (10%) de la cartera crediticia, se agrega a otras carteras ya existentes (las de créditos agrícolas, microcréditos y turismo). Esas carteras de créditos, determinadas, sin orden ni concierto, por cuatro (4) autoridades distintas, “anulan” el derecho a la libre (y profesional) gestión del negocio bancario.

2. A la creación de las carteras obligatorias se suman otras gravosas medidas, como son la fijación de tasas preferenciales para los créditos agrícolas, hipotecarios de vivienda y turísticos, y la imposición de modelos contractuales preelaborados o predeterminados por la Administración, por sólo citar algunas, que desconocen la libertad económica de la banca y del derecho de propiedad de sus accionistas.

3. A las *medidas estatales* mencionadas en el numeral que antecede se suman otras, igualmente ilegítimas, por *arbitrarias*. Aludimos a la reciente regulación del encaje legal y a las limitaciones de las comisiones, dictadas por el Banco Central de Venezuela; a la Resolución, dictada por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, que sin base legal congela utilidades y prohíbe decretar dividendos; y, finalmente, la decisión judicial pronunciada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justi-

---

55 Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, en *European Journal Of International Law (EJIL)*, 17 (2006), Oxford University Press, p. 131.

56 Este es el caso, *exempli gratia*, de los laudos dictados contra un país que haya suscrito y ratificado la Convención de Washington que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas de Inversiones (CIADI) o la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, *Op. Cit.*, p. 134.)

cia, a través de la cual se declaró la ilegalidad de los créditos indexados y, consecuentemente, se decretó la confiscación de rentas obtenidas por la banca con base en ese producto financiero.

4. En su conjunto, las regulaciones que el Estado ha venido imponiendo resultan contrarias a la letra y el espíritu tanto de la red de Acuerdos, Tratados o Convenios internacionales suscrita por la Nación para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, como de la Ley de Protección de Inversiones, y, de acuerdo a las circunstancias, constituyen o pueden llegar a constituir una *velada expropiación (parcial) de la banca*.



## Comentarios Monográficos

### LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA COMO SERVICIO PRIVADO DE INTERÉS COLECTIVO Y LA NECESIDAD DE ARTICULAR UN SISTEMA FORMAL PARA LA PRESTACIÓN DE ESE SERVICIO EN VENEZUELA

Alejandro Enrique Otero M.\*  
Abogado

*Resumen: Se analiza, en el presente estudio, la actividad de intermediación inmobiliaria, y más específicamente, el corretaje en ese mercado. Tal actividad es considerada un servicio privado de interés colectivo en el cual debe privar el régimen de autonomía de la voluntad de las partes. Asimismo, se esbozan los principios de la regulación que debería implementarse a fin de garantizar el correcto desenvolvimiento de la actividad que desarrollan los operadores inmobiliarios, especialmente en beneficio de usuarios y clientes del servicio.*

#### I. INTRODUCCIÓN

La intermediación o corretaje inmobiliario, es una actividad incidida por múltiples variables del entorno de mercado y por otras circunstancias que desde un punto de vista tanto material como virtual, hacen que se constituya en un oficio que requiere de altos niveles de experticia por parte de los agentes que la desarrollan.

La realidad descrita exige entonces, que los sujetos que pretendan inmiscuirse en el tráfico de las actividades y relaciones de corretaje inmobiliario (ya sean personas naturales o jurídicas), cuenten con una regulación especial de naturaleza normativa lo suficientemente amplia, que permita garantizar la prestación de un servicio con altos estándares de calidad, que brinde seguridad a los usuarios o clientes y que deje en claro los diversos tipos de responsabilidad que podrían generarse si se incurriera en prácticas que desnaturalicen la esencia misma de la actividad y por la trasgresión de los deberes que se fijen para el corredor inmobiliario (*orden, seguridad y transparencia*).

Al respecto explica Rodríguez Ruiz de Villa, refiriéndose a la situación concreta en España, que:

**“...la actividad de mediación inmobiliaria no sólo se manifiesta en etapas de expansión inmobiliaria, sino que también tiene gran relevancia -ciertamente más cualitativa que cuantitativa, en ocasiones- cuando nos encontramos en etapas recesivas de demanda inmobiliaria, con exceso de oferta.** El sector inmobiliario es un mercado de oferta inelástica, pues ante incrementos de demanda muy puntuales no es capaz de ofertar inmediatamente

---

\* Abogado (UCAB). Especialista en Derecho Administrativo. Director del Instituto de Mejoramiento y Capacitación del Abogado (IMCA). E-mail: aotero@imca.org.ve.

más viviendas y locales, produciéndose, a la inversa, un exceso de inmuebles ofertados cuando se producen súbitos descensos de demanda. [Precisamente en las] (...) fases de exceso de oferta y atonía de demanda (...) es entonces cuando el intermediario inmobiliario se hace más necesario para ofertar los productos de las empresas inmobiliarias, por dos razones: de un lado, el intermediario está especializado y volcado en el fomento de la contratación; de otra parte, se produce un importante ahorro de costes en las empresas inmobiliarias, que, de lo contrario, deberían contar con los costes fijos -en ocasiones posiblemente improductivos- de la organización de un estable y agresivo sistema de marketing, encaminado a publicitar sus ofertas; así, a través de la mediación, las empresas inmobiliarias externalizan, en su beneficio, parte de sus gastos, pues como el intermediario inmobiliario sólo cobra cuando tiene éxito su gestión -esto es, cuando se contrata, el cliente del intermediario se ahorra costes inútiles en los casos de fracasos de la actividad mediadora, que de acometer directamente debería soportar. Desde una perspectiva del análisis económico del Derecho, tan en boga en los últimos años *vid.* Paz-Ares, Cándido: "Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica)", *La fe pública*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1994, pp. 81-89, para quien **la existencia de los mediadores en las transacciones se explica porque los costes que añade la transacción se ven compensados por las utilidades netas que proporcionan las partes contratantes; tales utilidades se manifiestan también en el sentido de que la mediación funciona como una institución que, operando en el mercado de los servicios transaccionales -el mercado de la información-, acorta la divergencia entre los mercados reales e ideales; además, desde una perspectiva estrictamente económica, de análisis de costes, la actuación en el mercado de los mediadores profesionales reduce los costes de búsqueda de clientela**"<sup>1</sup>. (Resaltado nuestro).

Efectivamente, la intermediación o corretaje inmobiliario es un componente fundamental para el desarrollo social y económico de cualquier Estado, pues constituye una pieza elemental dentro su sistema de inversión y financiamiento, al punto de constituirse en una fuente de captación de recursos para la República y Municipios<sup>2</sup>. En razón de ello, es indispensable contribuir a su formalización como parte del desarrollo en el mercado inmobiliario y del sistema económico-social venezolano en general.

No obstante lo anterior, nos resulta obligado aclarar desde ya, que cualquier propuesta donde se formule la génesis de una corporación integrada por la universalidad de sujetos anejos a la actividad de intermediación inmobiliaria, no debería formar parte de la estructura estatal y no necesariamente tendría que ser pública, pues precisamente la intervención del Estado debería limitarse simplemente a garantizar la prestación de un servicio de calidad<sup>3</sup>, con fundamento en la autorregulación de los intereses comunes de

1 Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, *El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*, 2ª Edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 25, nota al pie N° 1. Vale acotar lo maravilloso de la obra presentada por el referido autor, la cual se constituye en la más completa referencia doctrinal que exista hasta ahora -en habla hispana-, al contrato de corretaje inmobiliario, la intermediación y asuntos conexos.

2 *Vgr.* Artículo 180 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal: "Corresponde al Municipio la recaudación y control de los impuestos que, sobre transacciones inmobiliarias, creare el Poder Nacional. El Municipio lo regulará por ordenanza.

3 *Vid.* Artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

dicho grupo de sujetos, más sin embargo, permitiendo mediante habilitación expresa e “incorporación”, la posibilidad de que una corporación de eminente naturaleza privada pueda emanar “actos de autoridad”, susceptibles de regular e incidir directamente al sector de corretaje inmobiliario y en especial a sus integrantes.

El Estado Venezolano entonces, debe hacerse eco de la progresiva formalización universal de la actividad de intermediación inmobiliaria, mediante la regulación de los agentes que ejecutan el servicio de corretaje destinado a la adquisición, transferencia, venta, cesión, uso, usufructo, permuta, a título oneroso, de inmuebles o derechos sobre inmuebles; para lo cual deberá, mediante los mecanismos idóneos, en aras de salvaguardar derechos fundamentales de usuarios y clientes, y de sus propios intereses estatales, restringir en cierto grado, la actividad informal de los agentes inmobiliarios en el territorio del nacional.

Con base en lo anterior, hemos considerado relevante y justificado, hacer un estudio que permita detectar las fallas existentes en la actividad de intermediación o corretaje inmobiliario, para lograr que sean corregidas las respectivas deficiencias y así garantizar una verdadera protección a la propiedad, economía, seguridad jurídica y demás derechos fundamentales involucrados, pues insistimos, se trata de una actividad que incide de manera directa en aspectos socio-económicos esenciales como tendremos la oportunidad explicar con mayor detenimiento.

Podemos decir entonces que, mediante el presente trabajo se detectará, cuál es la actual situación de la intermediación inmobiliaria en Venezuela, su regulación legal, y en definitiva, cuál es la fórmula organizativa más adecuada para articular un sistema de regulación flexible, que permita garantizar el efectivo y eficiente desarrollo de una actividad que como premisa mayor y para adelantarnos un poco, nos atrevemos a calificar de “servicio privado de interés colectivo”.

Para lograr lo anterior, haremos un análisis sucinto de los elementos que envuelven a las operaciones inmobiliarias desde una perspectiva de derecho constitucional, sin descuidar los rasgos que le son propios según el derecho ordinario (civil /mercantil), para luego adentrarnos en aspectos propios del derecho público y en especial del derecho administrativo. De igual forma, se acudirá a la comparación del sistema venezolano de corretaje o intermediación inmobiliaria, con los sistemas existentes en algunos ordenamientos jurídicos y se esbozará una alternativa de derecho público para materializar una verdadera regulación del sector.

## II. ESTADO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA EN VENEZUELA Y LOS RASGOS PROPIOS A SU NATURALEZA

En la actualidad, Venezuela adolece de un sistema formal y especial que regule la actividad de intermediación inmobiliaria.

Dicha actividad, viene desarrollándose a través de agentes privados en ejercicio estricto de una actividad comercial (excepcionalmente civil), que tiene por objeto facilitar

el tráfico de relaciones entre los interesados en negociar con su propiedad inmobiliaria y aquellos que requieren, por una u otra razón, ocupar un inmueble a título oneroso.

No existe uniformidad en la actividad de intermediación inmobiliaria en Venezuela, pues, por un lado, se ubican aquellas personas que de manera espontánea e informal se aventuran a la tarea de servir como empíricos “gestores” inmobiliarios con el objeto de percibir una “retribución dineraria” (*success fee*), y por otro, personas naturales o jurídicas organizadas y capacitadas, para prestar un servicio que incide de manera categórica en aspectos socioeconómicos del Estado, sin perjuicio de la remuneración que reciban por su gestión.

Son notables las diferencias que existen entre ambos grupos de sujetos, dentro de los cuales caben destacar: el adiestramiento, la pericia, la organización, el establecimiento de líneas concretas de acción, la previa elaboración de un serio análisis de mercado comparativo, la posibilidad de ofrecer garantías por daños eventuales, el empleo de fórmulas contractuales con aspectos especiales preestablecidos y consensuados, la existencia de tarifas preestablecidas y la formación continua, entre otras; en pocas palabras, los medios y herramientas de trabajo con que cuentan las personas dedicadas al oficio de agentes inmobiliarios de manera organizada, distan exponencialmente de los precarios mecanismos con los que cuenta aquel sujeto que se dedica a ofrecer sus servicios como gestor inmobiliario de manera accidental, eventual o al menos no de forma organizada y “con reglas claras”.

No obstante lo anterior, si bien son evidentes las diferencias que existen entre los grupos descritos, la nota común a ambos es la carencia de un sistema general de regulación de la actividad que desarrolla el agente inmobiliario en Venezuela.

Las organizaciones existentes, se traducen en diversas empresas -algunas cuantas de componente trasnacional- que intentan aplicar su *know how* (buen saber) a la realidad venezolana, carente, como se dijo, de regulación general, motivo por el cual, más allá de los procedimientos internos u organizacionales que les son propios a cada una, existe una difuminada “reglamentación privada” entorno a la prestación del servicio, que dependerá en buena medida, de aquello que consideren apropiado o no estas empresas o agrupaciones asociativas de naturaleza comercial y de lo que esté permitido por la ley general (que no especial).

#### 1. *Naturaleza jurídica esencial de la intermediación inmobiliaria*

Tal como pudimos advertir en la introducción del presente trabajo, la intermediación o corretaje inmobiliario es un componente fundamental para el desarrollo social y económico de cualquier Estado, pues constituye una pieza elemental dentro su sistema de inversión y financiamiento, al punto de ser fuente de captación de recursos para la República y Municipios.

Lo anterior, no hace más que reforzar nuestra idea de que se trata de un “servicio privado de interés colectivo”, es decir, de una actividad que si bien en principio es de eminente raigambre comercial en manos de particulares con legítimo animo de lucro,

afecta de manera notable al ámbito general por estar involucrados intereses generales de naturaleza económica y social<sup>4</sup>.

La categorización de servicio privado de interés colectivo es sumamente importante, porque con ella buscamos deslindar desde ya a la actividad de intermediación inmobiliaria, de cualquier pretensión de calificarla como un servicio público y de titularidad en manos del Estado, pero a la vez, asegura que una eventual regulación de la actividad, cuente con determinadas y específicas restricciones y parámetros que garanticen la correcta prestación del servicio y consecución del interés general cimentado en una base socioeconómica que garantice su equilibrio. Estamos hablando entonces de una actividad eminentemente privada donde deberían existir, sin embargo, determinadas cargas públicas y garantías establecidas por la ley.

Respecto a los servicios privados de interés general o público, explica José Ignacio Hernández lo siguiente:

“Así sucede en el ordenamiento jurídico español, (en) el cual se desarrolló una regulación general de esta categoría: el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales se refiere a los servicios privados de interés público sometidos a *autorización*, la cual –como ha entendido la jurisprudencia española- *inserta* al particular en una *reglamentación administrativa*: **el servicio privado de interés público es una actividad ‘... que por la impronta pública que la califica está sometida a autorización administrativa (...) que habilita para el desarrollo de la actividad a la que se inserta en una reglamentación...’**<sup>5</sup>.

Parafraseando a Hernández o quizás yendo un poco más allá, tendríamos que afirmar entonces, que aquellas personas dispuesta a ejercer actividades calificadas como servicios privados de interés general, requerirían de un previo acto de inmersión sectorial, dictado por un ente “regulador”, para poder desarrollar tareas de esa naturaleza. Entonces es necesario, como presupuesto lógico, que exista un verdadero sector donde se aglutine a todos los interesados en ejercer ese tipo de actividad bajo un régimen de libre competencia, más sin embargo, con reglas claras que protejan a los usuarios o clientes y la calidad del servicio ofrecido.

---

4 No obstante nuestra categórica afirmación, existen opiniones contrarias, que, atendiendo al animo de responsabilidad que nos mueve debemos siquiera mencionar. Efectivamente, para Pérez Royo, Javier, refiriéndose al caso español y citado por Rodríguez Ruiz de Villa, no existe interés tal interés público (al que hemos llamado nosotros colectivo): (i) “...pues en el sector de la intermediación inmobiliaria el interés público se limita al campo del ejercicio de la fe pública y la existencia de Colegios Profesionales de Notarios y Corredores de Comercio”; (ii), “ausencia de vínculo de la profesión de API (Agente de la Propiedad Inmobiliaria en España) con un título académico específico, lo que se considera manifestación de la ausencia de un interés público...”; (iii) “Insuficiente rango normativo del Decreto de 4 de diciembre de 1969, al no ser una Ley (España)”. Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, *Ob. Cit.*, pp. 156 y 157.

5 Hernández José Ignacio, “El Régimen de los Servicios Públicos Municipales”, en *Ley Orgánica del Poder Públicos Municipal*, Colección Textos Legislativos N° 34, 1ª Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p.305, nota al pie N° 27.

La intermediación o corretaje inmobiliario, se trataría entonces de una actividad que vendría a satisfacer partes sustanciales de necesidades públicas, con lo cual, se evidencia que esas necesidades "... no son satisfechas sólo mediante la actividad de prestación a cargo del Estado; (pues) también se alcanza aquella finalidad con prestaciones imputables a la actividad privada. El interés público de estas actividades se hace patente y el Estado termina por convertirlas en especial objeto de su atención"<sup>6</sup>.

Araujo-Juárez aclara que:

"la expresión 'servicios de interés económico general' se presenta como una generalización a partir de la fórmula que figura en el artículo 90.2 del Tratado de la Comunidad Europea, que busca ofrecer un cuadro general de todas las actividades clasificadas como servicio público. Es así como en Comunicaciones del 11 de septiembre de 1996, la Comisión la define como actividades de servicio del sector económico o no, '**considerados de interés general por las autoridades públicas, y sometidas por tal razón a obligaciones específicas de servicio público**'. **Se reconoce así, la existencia de tal tipo de actividades, la sumisión a reglas particulares** y la importancia entre los 'valores comunes' de la Unión Europea. Así, en el Derecho Comunitario, para que la actividad confiada a una empresa pueda ser calificada de '*servicio de interés económico general*', **es necesario que exista un interés económico que presente un carácter específico en relación con el que revisten otras actividades de la vida económica.** (Resaltado nuestro)"<sup>7</sup>.

En refuerzo de lo traído a colación por Araujo-Juárez, debe insistirse en que el interés económico presente en la actividad de intermediación o corretaje inmobiliario reviste un carácter específico, pues además de ser pieza elemental dentro del sistema de inversión y financiamiento del Estado, se vincula con derechos fundamentales de naturaleza social.

Efectivamente, si bien la actividad de intermediación podría considerarse como una actividad eminentemente mercantil (excepcionalmente civil), cuando nos encontramos frente a la especie de corretaje inmobiliario –y más específicamente en aquel tendiente a adquirir vivienda- debe imperar el contenido del artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que expresamente se prevé lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. **La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.**

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas" (Resaltado nuestro).

---

6 Araujo-Juárez José citando a Garrido Falla, *Manual de Derecho de Los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 2003, p.111.

7 Araujo-Juárez José, *Manual de Derecho ...*, *Ob. Cit.*, p. 112.

También resulta importante el contenido del artículo 117 del Estatuto Fundamental, inserto en el capítulo referido a los derechos económicos:

**“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 se 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” (Resaltado nuestro).

El artículo 82 citado del Texto Fundamental, evidencia que la actividad de corretaje o intermediación inmobiliaria, es, en lo que respecta a la adquisición de una vivienda bajo cualquier título (propiedad, arrendamiento, etcétera), un servicio privado de interés colectivo, pues, por una parte, reconoce que ese derecho social fundamental debe ser garantizado por el Estado, con lo cual se resalta su impronta como necesidad pública y su indispensable satisfacción.

No obstante lo anterior, la misma norma constitucional deja claramente establecido, que garantizar una vivienda que reúna las condiciones mínimas ahí descritas, no solamente es un deber del Estado, sino una obligación compartida entre él y todos los ciudadanos de la República, con lo cual, los particulares y sus muy específicos intereses, participarían –atendiendo también al contenido del artículo 299 de la Constitución<sup>8</sup>– en la satisfacción de una actividad de eminente interés público, todo lo cual amerita el establecimiento de reglas claras y la necesidad de un mecanismo de regulación especial.

Naturalmente, y como es de esperar, nadie mejor que personas calificadas y adiestradas en el oficio de agente inmobiliario, para garantizar bajo un régimen de abierta y libre competencia (permitido por el propio Texto Fundamental), la prestación de un servicio de calidad, que garantice la adquisición de una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, es decir, la adquisición de un bien de calidad, pues precisamente, se especializan y preparan para ello.

---

8 “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” (Resaltado nuestro).

2. *Visión progresiva acerca de la adquisición de inmuebles con fines comerciales, de inversión o afines*

Si bien hemos hecho referencia a la adquisición bajo cualquier título de una “vivienda” (lugar para vivir) adecuada, no debe pensarse que la intermediación inmobiliaria tendente a la adquisición de inmuebles para fines comerciales o inversión activa deba ser excluida de lo que hemos considerado servicio privado de interés colectivo, pues para nadie es un secreto, que la adquisición de un inmueble verdaderamente adecuado, es un factor determinante para el éxito comercial, éxito comercial que además se traducirá como ya dijimos, en una fuente de captación de recursos para la República y Municipios; alimentándose en consecuencia el sistema de inversión y financiamiento del Estado y la generación de empleos.

Estimamos entonces que, en aras de garantizar los postulados de libertad económica, disposición de bienes y servicios de calidad, y los cardinales fines sociales y económicos del Estado, es importante fomentar y proteger mediante especiales normas regulatorias, la adquisición de inmuebles comerciales o afines, adecuados, seguros, cómodos, higiénicos, con servicios básicos esenciales que incluya elementos propios de la actividad mercantil que se pretenda desarrollar y que faciliten las relaciones comerciales, e insistimos, nadie mejor que un agente privado especializado para garantizar esos estándares mínimos.

La actividad de corretaje e intermediación inmobiliaria, es entonces en nuestro criterio, en la gran mayoría de sus facetas, un servicio privado de interés colectivo, dejando quizás a salvo aquellas adquisiciones hechas como mera inversión pasiva y aquella actividad inmobiliaria tendente a la adquisición de inmuebles que vayan a ser empleados única y exclusivamente para fines de esparcimiento o descanso.

Sin embargo, decimos “quizás”, dado que nos podríamos atrever a afirmar, como en efecto lo hacemos, que los inmuebles adquiridos con ese último objetivo no escapan de fines sociales, pues el derecho al descanso en condiciones adecuadas es un derecho inmanente a la persona humana y si a ese derecho beneficia la adquisición de cualquier tipo de inmueble para el “mero” esparcimiento o retiro, no vemos por qué no incluir la actividad de intermediación tendente a facilitar esas adquisiciones dentro de la categoría de servicio privado de interés colectivo.

De hecho, sin escapar al romanticismo propio de los temas sociales, nos permitimos afirmar que con ello se fomentaría el “derecho a la felicidad”, derecho este que no invocamos por capricho, sino que se encuentra recogido como es sabido, en el preámbulo de la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, donde se afirma expresamente que uno de los objetivos de esa *déclaration solennelle* donde se recogieron los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, era (y es) contribuir siempre al mantenimiento de la Constitución “... *et au bonheur de tous*” (y a la felicidad o bienestar de todos); felicidad que traducida en desarrollo, prosperidad

y bienestar de las personas, debe ser garantizada por el Estado (Social y de Justicia económica) al ser uno de sus fines esenciales, lo cual, insistimos, debe efectuarse de forma compartida por todos los ciudadanos en cada una de sus facetas<sup>9</sup>.

Respecto a lo anterior, es definitivo el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se dispone que:

**“El Estado tiene como fines esenciales** la defensa y **el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad**, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, **la promoción de la prosperidad** y la libertad **del pueblo** y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines” (Resaltado nuestro).

### III. EL CORREDOR INMOBILIARIO

#### 1. *Noción de corredor inmobiliario (lo mercantil y lo civil de la intermediación)*

Dilucidar en calidad de qué actúa un agente inmobiliario cuando desarrolla su actividad, no es algo que pueda establecerse apriorísticamente.

En efecto, la ausencia de una regulación especial que permita encuadrarlos en una figura específica, habilita el que tengamos que aproximarnos a las distintas modalidades previstas en normas generales para poder detectar, bajo qué título ejercen sus actividades esa clase de sujetos.

En ese sentido, cuando nos encontramos frente a un sujeto cuya labor es aproximar a las personas, para que éstas realicen entre sí, algún tipo de negocio jurídico que tenga por objeto la adquisición, transferencia, venta, cesión, uso, usufructo, permuta, a título oneroso, de inmuebles o derechos sobre inmuebles, podríamos estar en presencia de un auxiliar independiente de comercio, que actúa bajo la figura de corredor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 66 del Código de Comercio, no obstante, también podría pensarse que dicho sujeto actúa bajo la figura de la comisión u otras similares como la agencia y la mediación propiamente dicha. Inclusive, de no considerarse mercantil a la actividad desarrollada por el agente inmobiliario, podría estimarse que se está en presencia de la figura del mandato.

---

9 Para un análisis más especial con relación a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, puede acudir a: Ortiz-Álvarez Luis, *Revolución Francesa y Justicia Administrativa*, Editorial Sherwood, Caracas. Obra esta donde el referido autor, remite a una abundante cantidad de bibliografía relacionada con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y donde además, hace referencia expresa al comentado “derecho a la felicidad o bienestar de todos” como un verdadero derecho fundamental. *Vid.* p. 43.

Enseña Rodríguez Ruiz de Villa, que:

“... en el sector inmobiliario existe una creciente “necesidad social” de mediadores cualificados, tanto por razones de falta de tiempo, como de información –también curiosamente exceso de información-, en otras ocasiones, que exige la mediación de un especialista que ayude a discriminar la información útil para contratar- o de conocimientos para encontrar a alguien con quien celebrar un determinado contrato. En el sector de los negocios inmobiliarios se manifiesta con mayor claridad la importancia de la actividad del mediador, porque estamos ante contratos aislados, comúnmente con un elevado importe económico, que se conciertan tras arduas y duras negociaciones y en el ámbito de un mercado especializado (sobre todo por parte de los oferentes) y globalizador (desde un punto de vista de los demandantes), en el que la publicidad desempeña un papel más reducido que en otros mercados, lo que justifica plenamente la necesidad de la intervención de un captador de voluntades interesadas en celebrar los contratos ofertados, que es el mediador.

Sin embargo, a pesar de esta necesidad, observamos la desconfianza con que se mira la figura de cualquier intermediario en España, aún mayor en el caso del intermediario inmobiliario, y el desinterés que la doctrina española, y el propio legislador, muestran por esta figura. En la práctica, los intermediarios inmobiliarios, cuyo número es creciente, se encuentran muy desprotegidos en su actuación aunque, a nuestro juicio, la potenciación de la intermediación inmobiliaria es uno de los mecanismos más interesantes para que las empresas inmobiliarias susciten la demanda”<sup>10</sup>.

Al respecto es importante destacar el contenido de algunas normas del Código de Comercio, a saber:

“Artículo 66: Los corredores son agentes de comercio que dispensan su mediación **a los comerciantes** para facilitarle la conclusión de sus contratos” (Resaltado nuestro).

“Artículo 74: **La profesión (sic) de corredor es libre**. Sin embargo, sólo los corredores con carácter público pueden ejecutar los actos que la ley o una sentencia ordenen que se hagan por su ministerio” (Resaltado nuestro).

De las normas en comentario pueden extraerse los siguientes elementos:

- A. El corretaje puede ser público o privado.
- B. La profesión de corredor puede ser ejercida libremente, salvo algunas limitaciones que son impuestas por ley a los corredores públicos.
- C. Los corredores generalmente son agentes de comercio.
- D. Los corredores cumplen una función de “mediación” entre comerciantes.
- E. El objetivo del corredor es lograr el perfeccionamiento de contratos comerciales.

---

10 Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, *El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*, Ob. Cit., pp. 29-31.

Respecto a la figura del corretaje prevista en el artículo 66 del código de Comercio, ha indicado Morles Hernández lo siguiente:

“La impropiedad de esta definición, que no es sino una repetición del concepto formulado en otros ordenamientos jurídicos, ha sido puesta de relieve por la doctrina extranjera, puesto que ni los corredores son agentes, en el sentido de formar parte de un contrato de agencia, ni todos los corredores llevan a cabo una labor de mediación, en el sentido técnico-jurídico de la palabra. Por otra parte, **la definición del Código de Comercio limita la función del corretaje a las relaciones de intermediación entre comerciantes, dejando fuera de regulación la intermediación entre no comerciantes y entre éstos y los comerciantes. Naturalmente, a los supuestos de intermediación que no correspondan al específicamente considerado en el artículo 66 del Código de Comercio, son aplicables, por analogía, las mismas disposiciones. La única diferencia entre las diferentes situaciones es la condición jurídica del sujeto envuelto en la contratación facilitada por la intermediación, en un caso comerciantes y en otro no comerciantes. Esta diferencia no impide la aplicación de la analogía, pues se está frente a casos francamente semejantes (artículo 4º del Código Civil)**<sup>11</sup> (Resaltado y subrayado nuestro).

Consideramos que el tipo de actividades que realiza un operador inmobiliario, se aproximan rotundamente a la figura del corretaje privado o general regulado por el Código de Comercio, sin embargo, es una realidad que en no pocas oportunidades, estos sujetos sí actúan como verdaderos mediadores.

Así pues, siguiendo lo apuntado por Morles, la actividad de corretaje inmobiliario será o no de naturaleza mercantil (artículo 2 numeral 15 del Código de Comercio), en función de “...la condición jurídica del sujeto envuelto en la contratación facilitada por la intermediación...”, pero además dependerá, de la naturaleza jurídica de la persona que desarrolle la actividad de intermediación.

Efectivamente, si la intermediación inmobiliaria se realiza para facilitar o aproximar el perfeccionamiento de contratos entre comerciantes en el ejercicio efectivo de una actividad comercial y además es ejercida bajo el velo de una sociedad de comercio (o al menos una firma personal<sup>12</sup>), será de naturaleza mercantil. Sin embargo, si esa intermediación va dirigida, verbigracia, a la facilitación de adquisición de una vivienda entre particulares y no es desarrollada ni por una sociedad mercantil ni por una firma personal, no podría ser considerada de naturaleza comercial, no obstante, sería posible, como enseña Morles, aplicar analógicamente las disposiciones referidas al corretaje mercantil, para brindar seguridad jurídica y garantía a las relaciones que se traben entre agentes y particulares.

Por supuesto que en los contratos “de corretaje inmobiliario” que celebren agentes y clientes, podrían incluirse cláusulas que faciliten una verdadera mediación del corredor

---

11 Morles Hernández Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil (Introducción / La Empresa / El Empresario)*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, p.514.

12 *Vid.* Artículo 10; Ordinal 8º del artículo 19 y artículo 26 del Código de Comercio.

u otras especiales, siempre que se destinen a facilitar la gestión encomendada y se preserve la esencia misma del corretaje, pues en definitiva estamos en presencia de una materia en la que rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

A pesar de lo anterior, recordemos que por tratarse en nuestro criterio de una actividad susceptible de ser considerada como un servicio privado de interés colectivo, la regulación que eventualmente se dicte para el sector podrá establecer en cabeza de los operadores inmobiliarios cargas y obligaciones de interés general, sin que ello deba afectar de manera sustancial la naturaleza eminentemente privada de la actividad.

Consideramos entonces que la regulación especial de los operadores inmobiliarios, debería informarse de aspectos propios del corretaje privado previsto en el Código de Comercio, más sin embargo, añadiéndole todos los ingredientes que sean necesarios para considerarlo como una figura propia y especial, dentro del “*elenco*” de contratos “atípicos”.

Dicho lo anterior, consideramos que la intermediación inmobiliaria propiamente dicha, escapa de las características que informan a figuras “similares” como la comisión, la agencia y el mandato (a lo que debemos añadir el contrato de obras y arrendamiento de servicios). Al respecto, Morles Hernández explica que:

“...si bien todas tienen un rasgo en común, la gestión de intereses ajenos en forma profesional, se distinguen por múltiples razones, resumidas así por Broseta Pont:

1. por razón de la *función o naturaleza de la actividad*: el comisionista contrata o estipula por cuenta del comitente (artículo 376 del Código de Comercio); el agente contrata por su representado o aproxima clientes a éste; el corredor busca clientes, pero no contrata con ellos (por supuesto en lo que concierne al “objeto” de la intermediación, lo que no impide la celebración de un contrato para el “corretaje inmobiliario” en sí);
2. por razón de la *estabilidad o permanencia de la relación contractual*: el agente está vinculado a la otra parte por una relación estable y prolongada; el comisionista y el corredor reciben un encargo aislado singular o individual;
3. por razón de la *exclusividad de la función o actividad*: el agente opera normalmente en un área exclusiva; el comisionista y el corredor no soportan actuar con exclusividad para ningún cliente (**esto no debe confundirse con las llamadas cláusulas de exclusividad insertas en contratos de corretaje**);
4. por razón de la revocabilidad del encargo: la comisión y el corretaje son libremente revocables; lo contrario ocurre con la agencia.

También se distingue la correduría del mandato, porque el corredor no presta sus servicios a un mandante, favoreciendo sus negocios y representando sus intereses, sino que actúa de manera imparcial entre dos sujetos con intereses contrapuestos, a los cuales aproxima y trata de poner de acuerdo. Por otra parte, a diferencia del mandatario, el corredor no está obligado

a cumplir el encargo recibido. Cumplir el encargo está en función del interés del corredor, no en función del interés del cliente”<sup>13</sup>.

Podemos decir entonces que agente u operador inmobiliario, es aquel sujeto con capacidad negocial, cuyo oficio privado regular y pericia, se contrae a la correduría civil o comercial, que “resulte” en la adquisición, transferencia, venta, cesión, uso, usufructo, permuta, a título oneroso, de inmuebles o derechos sobre inmuebles, entre particulares, comerciantes<sup>14</sup> o no comerciantes.

Para Rodríguez Ruiz de Villa, es corredor inmobiliario: “...la persona física que se encarga, previo encargo del cliente u oferente, de la realización de la gestión mediadora tendente a la concertación de un contrato inmobiliario con un tercero. El corredor es, pues, como dice la doctrina italiana a propósito del allí denominado *mediatore* una “máquina humana para hacer contratar”<sup>15</sup>.

Nótese entonces que, el corretaje inmobiliario podría ser considerado de naturaleza civil sin necesidad de acudir a la figura del mandato, pues podrían ser aplicadas analógicamente las disposiciones previstas en el Código de Comercio para el corretaje privado comercial. De hecho, por interpretación en contrario del artículo 2 numeral 15 del Código de Comercio, puede deducirse la existencia de operaciones de corretaje en materias distintas a la mercantil, siendo que sólo esta última, es la considerada como un acto objetivo de comercio y aquel que la ejerce de forma habitual es quien debe ser considerado comerciante propiamente dicho, sobre todo, si actúa bajo el velo de una sociedad de comercio o firma personal.

En este sentido, afirma el profesor Morles que “... La ley [Código de Comercio] lo que ha querido excluir de la caracterización de comercialidad son los actos aislados de intermediación, llevados a cabo por corredores no profesionales, en actos o negocios no comerciales. Como la correduría es libre y cualquiera puede dedicarse ocasionalmente a ella (artículo 74 del Código de Comercio), la ley ha tenido el cuidado de declarar mercantil sólo la correduría profesional, la correduría de los ‘agentes de comercio’...”<sup>16</sup>.

Vale acotar con respecto a lo anterior, que:

A. En Venezuela, hasta los momentos, no se encuentra aprobada la “profesión” de corredor, ni mucho menos la profesión de corredor inmobiliario, a pesar de la mención hecha por el Código de Comercio en su artículo 74. En razón de ello, no existe una noción formal de “correduría profesional” ni mucho menos puede afirmarse que quien se dedique al oficio de corredor privado de manera permanente o habitual –sin actuar bajo

---

13 Morles Hernández Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil...*, Tomo I, *Ob. Cit.*, pp.515 y 516.

14 Recuérdese que la participación de comerciantes en el contrato que procura la intermediación, ofrece una presunción sobre la naturaleza mercantil de los contratos periféricos.

15 Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, p. 390.

16 Morles Hernández Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil...*, Tomo I, *Ob. Cit.*, p. 518

el velo de una sociedad mercantil o como firma personal- sea “corredor profesional” y en razón de ello calificarlo extensivamente de “comerciante”<sup>17</sup> (*Handlesmäkler*). De tal manera que no vemos como pudiera determinarse que un agente inmobiliario es comerciante con fundamento en su mera y supuesta “condición de corredor profesional” es decir, con base a una mera interpretación *subjetiva* de estricto derecho mercantil.

B. Consideramos un exceso afirmar que la correduría “profesional”, es exclusivamente la correduría de los “agentes de comercio”, puesto que el atributo de la “profesionalidad”, podría abarcar, de llegar ciertamente a existir, a los actos de intermediación llevados a cabo por quienes ejercen habitualmente el oficio de corredores, en actos o negocios “no” comerciales, y ello, evidentemente, sería insuficiente para calificar a dichos corredores de comerciantes o como “no corredores”, pues aún no siendo comerciantes pueden aplicarse analógicamente las normas del Código de Comercio para atribuirles lo que en esencia serían, “verdaderos corredores”.

C. Efectivamente, rescatando el atributo de “profesionalidad” anteriormente mencionado, sería totalmente plausible que esos “profesionales” se asociaran bajo fórmulas organizativas propias del derecho civil, como asociaciones civiles de profesionales (*Vgr.* caso de los escritorios jurídicos). En todo caso, si esta clase de corredores, que habitualmente no efectúan intermediaciones entre comerciantes, llegare de manera eventual o accidental a ejercer alguna intermediación encuadrable en el numeral 15 del artículo 2 del Código de Comercio, sería plenamente aplicable el segundo supuesto del artículo 1 *eiusdem*, con independencia de la fórmula asociativa que hayan escogido para organizarse.

D. En refuerzo de lo anterior, debe destacarse que el mismo profesor Morles afirma, que “... la definición del Código de Comercio limita la función del corretaje a las relaciones de intermediación entre comerciantes, dejando fuera de regulación la intermediación entre no comerciantes y entre éstos y los comerciantes...”, motivo por el cual, lo determinante para subsumir la actividad de corretaje en el numeral 15 del artículo 2 del Código de Comercio y en consecuencia considerar “comerciante” a un intermediario, “no es una supuesta condición profesional del corredor”, sino, tal como dice el referido autor “... la condición jurídica del sujeto envuelto en la contratación facilitada por la intermediación...”. De tal manera que no puede reputarse como comerciante, al corredor que de manera permanente o habitual, se dedique a la actividad de intermediación entre “no comerciantes” (*Vgr.* para la adquisición de viviendas), y mucho menos si éste no actúa bajo el velo de una sociedad mercantil o firma personal, pues esa actividad no sería propia del comercio al no poder encuadrarse en la necesaria articulación vinculada de las disposiciones recogidas en los artículos 2 numeral 15 y 66 del Código de Comercio.

---

17 Artículo 10 del Código de Comercio “Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles”.

E. No existe en la actualidad ninguna limitación legal para desarrollar la actividad de corretaje general de naturaleza privada en materia inmobiliaria, pues las limitaciones existen sólo para el corretaje público.

En todo caso, las disposiciones especiales que regulen a la actividad de corretaje inmobiliario, deberán atender con especial relevancia a la vertiente comercial y civil del corretaje, dada las implicaciones jurídicas subyacentes. Sobre todo teniendo en consideración, que las grandes empresas dedicadas a la intermediación inmobiliaria, suelen trabajar bajo el esquema de franquicias personales, comerciales, regionales y hasta nacionales<sup>18</sup>, donde uno de los requisitos indispensable que se les exige a los interesados en desarrollar cualquiera de esas modalidades de franquicias bajo un *know how* determinado, es la constitución de una sociedad mercantil o al menos firma personal, con lo cual, la actividad de corretaje quedaría plenamente subsumida en el ámbito comercial en razón de que el propio intermediario sería, de conformidad con la ley, un comerciante que ejerce su actividad con un eminente ánimo mercantil, pasando a un segundo plano entonces, el que los sujetos que se relacionen gracias a la intermediación sean comerciantes o no.

## 2. Características del operador inmobiliario

En función de los comentarios que anteceden, podemos afirmar, siguiendo a Morles Hernández, que las características con las que debe contar cualquier corredor inmobiliario son las siguientes:

A. Debe ser un sujeto imparcial, cuyo objetivo debe ser aproximar a los interesados para que lleguen a un acuerdo que resulte en la adquisición, transferencia, venta, cesión, uso, usufructo, permuta, a título oneroso, de inmuebles o derechos sobre inmuebles.

B. Si bien el contacto inicial se produce con uno solo de los involucrados debe garantizar la igualdad de trato<sup>19</sup>.

---

18 Debe recordarse que en Venezuela se reconoce, con rango constitucional, el derecho a la libertad de asociación, así pues, dispone el artículo 52 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que: “Toda persona tiene derecho a asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho”. Consideramos que no debe existir ningún tipo de limitación legal a la forma asociativa que escojan los interesados para desarrollar el servicio privado de intermediación inmobiliaria, cuestión que en nuestro criterio deberá considerarse al momento que se dicte una ley especial para el sector, sin embargo, lo más apropiado sería que esa regulación se enderezase más bien a asociaciones de estricta naturaleza mercantil o al menos exigiendo la constitución de una firma personal. Haciéndose la salvedad, claro está, de que como mínimo deberán estar integradas por sujetos que de manera formal y a título personal, se encuentren habilitados para el ejercicio de la actividad.

19 En este punto es importante explicar, que el cliente de un corredor inmobiliario, “no necesariamente” será el propietario de un inmueble determinado. En efecto, los clientes o usuarios principales del servicio privado de intermediación inmobiliaria son, en no pocas ocasiones, personas jurídicas

C. El corredor inmobiliario no debe guardar relación de dependencia con ninguno de los involucrados en el objetivo de intermediación.

D. La retribución que se produce por su labor de intermediación debe ser producto de la obtención de un resultado concreto, sin embargo, aunque es poco común, consideramos que podría pactarse que la simple gestión “de algunas diligencias indispensables”, tendientes a facilitar llegar a ese resultado, genere algún tipo de contraprestación independiente o especial (siempre que se pacten como obligaciones accesorias).

E. El corredor inmobiliario no debe asumir la representación de alguna de las partes sino que debe facilitar que los involucrados contraten pura y libremente entre sí.

F. El corredor inmobiliario debe llevar su gestión atendiendo a obligaciones de eficacia, reserva, información, legalidad y rendición de cuentas, es decir, con base al más estricto principio de honorabilidad.

En definitiva el corredor inmobiliario debe constituirse en un “... gestor de intereses ajenos que no asume la representación de ninguna de las partes, así como tampoco asume obligaciones propias porque él no es contratante *nomine proprio*. Como lo expresa Bolaffio de modo gráfico: el corredor trata y hace contratar, pero no contrata”<sup>20</sup>.

La actividad del corredor inmobiliario responde verdaderamente a las características del corretaje previstas en el Código de Comercio –sin perjuicio de algunas particularidades propias de la especialidad-, a diferencia del llamado “corredor de bolsa”, quien realmente es un comisionista<sup>21</sup>.

### 3. *El contrato de corretaje inmobiliario*

Al margen de las normas que regulan de forma general las actividades de los corredores privados, previstas en el párrafo primero de la Sección IV del Título II del Libro Primero del Código de Comercio, a las que de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes se puede acudir para sentar por vía contractual la actividad de intermediación inmobiliaria en un caso concreto, podemos afirmar que en Venezuela no existe un “típico” contrato de corretaje inmobiliario nominado así por la ley.

---

y naturales que requieren adquirir determinados inmuebles, dejando en manos del corredor –por vía contractual- el encontrar un bien que se ajuste a las necesidades requeridas y solicitadas. En estos supuestos, el contrato de corretaje deberá contener ciertas particularidades.

20 Morles Hernández Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil...*, Tomo I, *Ob. Cit.*, p. 515.

21 Debemos advertir, que descartamos completamente la posibilidad de someter al corretaje inmobiliario, a una regulación tan estricta como a la de los corredores de bolsa y bolsas de valores en general, sobre todo en lo referido a la existencia de un ente público que regule la actividad en sí misma. En todo caso, para profundizar en el tema referido al tipo de “función” que desarrollan las Bolsas de Valores, debemos remitir al clásico trabajo de Muci Borjas, José A., “Las Bolsas de Valores como prestatarias de un Servicio Público, Competencias de la Bolsa de Valores para Expedir Actos Administrativos”. En, *Liber Amicorum / Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994.

En efecto, la ausencia de un “típico” contrato de corretaje en Venezuela, ha sido cubierta con las llamadas “Autorizaciones de Venta” o “Contratos de Reserva Inmobiliaria” (mejor conocidos en otros ordenamientos como “Notas de Encargo”), mediante las cuales los operadores inmobiliarios previenen dejar por sentado aspectos sustanciales de la gestión que van a desarrollar. Sin embargo, es bastante común la reticencia de los potenciales clientes en firmar estas “Autorizaciones” o “Reservas”, en tanto que de las mismas y por su eminente naturaleza contractual, se desprenden obligaciones que podrían ser exigidas judicialmente<sup>22</sup>.

La situación descrita ha obligado a que algunos agentes inmobiliarios, se aventuren a proponerle a sus clientes la inclusión de una cláusula especial en los contratos definitivos que procuran, para así poder garantizar su contraprestación por los resultados obtenidos en caso de no haberse firmado previamente la “Autorización de Venta” “Reserva Inmobiliaria” o “Nota de Encargo”, sin embargo, en ese estado de la negociación, solamente la “ética” de los co-contratantes aproximados por vía de intermediación, podría beneficiar o perjudicar al operador que hizo la gestión, haciendo ilusoria o no, su contraprestación.

Por lo general, en Venezuela, la contraprestación pactada en ese tipo de cláusula especial es asumida por el adquirente del inmueble, ya sea porque se sienta en forma de cláusula de adhesión, y como tal, pasa a integrar las condiciones de negociación final y sin la cual ésta se truncaría (*adietus solutionis causa*); ya sea porque “*de facto*”, el propietario traslada el monto de la contraprestación adeudada o estimada por él al agente inmobiliario, al precio o canon del inmueble; por supuesto, siempre bajo el subterfugio de que realmente él ha corrido con el pago de la comisión generada por la intermediación que en efecto el mismo contrató. Pensar lo contrario en la práctica sería muy ingenuo, sobre todo, considerando la falta de una regulación específica en la materia. En todo caso, de producirse ese “traslado”, debería desglosarse al menos en forma de cláusula en el contrato intermediado, y pasar a integrar uno de los aspectos del “precio total” del inmueble, en franca protección al “consumidor o usuario” –abstracción hecha del tema tributario subyacente con respecto al IVA-, con lo cual, si bien no se trastocarían aspec-

---

22 Rodríguez Ruiz de Villa, indica que: “Es preciso reparar en la precaria situación en que, en ocasiones, se encuentran los profesionales de la mediación inmobiliaria, debido a las dificultades de probar su intervención, así como a la decidida voluntad de algunos de sus clientes de “desembarazarse” de la obligación del pago de sus comisiones, precios o corretajes, según la terminología que se emplee, e igualmente a la competencia de otra serie de personas que pululan por el mercado inmobiliario. Además, deben tenerse presentes los problemas planteados por la creciente dedicación a la intermediación inmobiliaria, al calor de los posibles rendimientos que se pueden obtener, de otra serie de personas que, careciendo de cualquier título oficial para ello, “viven” de las transacciones inmobiliarias, con todo los problemas que ello genera, para el prestigio y estabilidad de los API [En España los API son formales Agentes de la Propiedad Inmobiliaria], así como para los terceros que contratan con tales nuevos protagonistas de la mediación inmobiliaria, esto es, para la sociedad en general”. *Vid.* “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, p. 30, nota al pie N° 20.

tos relativos a la “actividad” del corredor, si se incidiría en la autonomía e independencia de un verdadero contrato de corretaje inmobiliaria para pasar a una fórmula mixta.

En este punto es importante recordar que el cliente de un corredor inmobiliario, “no necesariamente” será el propietario de un inmueble determinado. En efecto, los clientes o usuarios principales del servicio privado de intermediación inmobiliaria son, en no pocas ocasiones, personas jurídicas o naturales que requieren adquirir determinados inmuebles, dejando en manos del corredor –por vía contractual- el encontrar un bien que se ajuste a las necesidades requeridas y solicitadas<sup>23</sup>. En estos supuestos, el contrato de corretaje deberá contener ciertas particularidades frente a aquellos que se celebren con propietarios de inmuebles interesados en negociar con dichos bienes.

De manera tal, que “... *el corredor tiene derecho a recibir una remuneración en el caso de que las partes concluyan el asunto en que aquél interviene. No especifica la ley venezolana quién está obligado a pagar, pero como el contrato ha sido posible por la labor llevada a cabo por el intermediario, ambas partes deben considerarse deudoras de éste por igual. Es lo justo y lo lógico*”<sup>24</sup>.

No obstante, la posición de Morles pasa por dilucidar cómo estipular legítimamente en nombre de un tercero absolutamente desconocido –mediatario / tercero no cliente<sup>25</sup>- para el momento del perfeccionamiento del contrato de corretaje, es decir, sin saber si la estipulación lo “favorecerá integralmente”, o al menos, cómo constreñirlo a un pago proporcional sin ser realmente cliente [directo] del corredor inmobiliario, más allá de razones de justicia y de lógica<sup>26</sup>.

Según Rodríguez Ruiz de Villa:

“El mediatario, pues, no está vinculado por relación contractual alguna con el corredor, salvo en el caso de que concurra “doble vínculo” -esto es, existencia de un contrato de corretaje concer-

---

23 En estos casos pareceríamos estar más bien en presencia de una suerte de “mediación” inmobiliaria.

24 Morles Hernández Alfredo, “Curso de Derecho Mercantil...” Tomo I, *Ob. Cit.*, p. 517.

25 “Mediatario es una denominación tomada de la doctrina italiana, para definir a la tercera persona, ajena al contrato de corretaje y distinta al [corredor], a quien el corredor pone en contacto con su oferente o cliente con el fin de que se perfeccione el contrato para cuya celebración se le había solicitado su mediación. Por ello, también se le denomina tercero no cliente pudiendo entenderse que se trata del tercero que se adhiere (*adietus solutionis* causa), en el sentido de que acepta la intervención del mediador y conviene los términos y condiciones del contrato final que éste le proponga”. Rodríguez Ruiz de Villa, “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, p. 391-392.

26 “Existe también la posibilidad de que en el momento de la celebración del contrato intermediado, se pacte por los contratantes una novación subjetiva pasiva o sustitución del deudor del premio del corredor con el consentimiento de éste, o también una distribución de retribuciones entre uno y otro o incluso una asunción cumulativa de la obligación de retribución del corredor por ambas partes”. Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, p.494.

tado por el mismo corredor inmobiliario con cada uno de quienes van a celebrar el contrato intermediado (...)- En cuyo caso el mediario deviene en oferente, con lo que viene obligado a retribuir al corredor con el premio pactado por la conclusión del contrato intermediado<sup>27</sup>.

En definitiva, para este último autor, aludiendo al caso español:

“En el corretaje inmobiliario actual domina, salvo alguna excepción, la tesis doctrinal y jurisprudencial de quien debe pagar la retribución al [corredor] es quien realizó el encargo de mediación, al igual que ocurre en los contratos próximos como son los de comisión o mandato y agencia, e incluso como ocurre también en los contratos en general (...) Lo esencial pues, para determinar el obligado a retribuir es que la obligación de retribuir al corredor recae sobre la persona que “encargó” [a éste] su mediación, sea verbalmente o por escrito, sea para concertar una compra o una venta<sup>28</sup>.

El insuficiente contenido de las “Autorizaciones de Venta” o “Contratos de Reserva Inmobiliaria”, suele ser común para la mayoría de los operadores inmobiliarios, dejando a salvo por supuesto, algunas notas particulares que responden al *know how* (buen saber) que les es propio.

Podemos mencionar dentro de las referencias básicas, las siguientes:

- A. Identificación del operador inmobiliario y el propietario del inmueble (por una parte Oferente / cliente<sup>29</sup>; y, por otra, Corredor). Es importante recordar, como se dijo anteriormente, que el cliente de un corredor inmobiliario, “no necesariamente” será el propietario de un inmueble determinado, sino el sujeto que se acerca al corredor inmobiliario con el ánimo de adquirir un inmueble bajo un título determinado (también oferente /cliente), de tal forma que se evidencia lo insuficiente de estas “Autorizaciones de Venta”.
- B. Identificación del inmueble objeto de negociación.
- C. Cláusula de exclusividad para la gestión inmobiliaria<sup>30</sup>.

---

27 *Íbidem*.

28 Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, pp. 488, 489 y 492.

29 “Entendemos que los dos términos más acertados, y que por tanto debemos emplear, son los de oferente y cliente, puesto que ayudan a diferenciar a este contrato de corretaje inmobiliario de los otros afines (...), al tiempo que reflejan perfectamente la posición de la parte a que se refieren, quien expresa su voluntad al [corredor inmobiliario] de concluir determinado contrato (es oferente) y va a ser quien, en principio, la retribuya (es cliente), después de haberle demandado su mediación. Pues es quien se beneficiará de la actividad mediadora prestada con éxito por el [corredor inmobiliario]”. Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, p. 386.

30 La exclusividad tiene dos aspectos elementales, uno externo y uno interno. Cuando hablamos del aspecto externo de la exclusividad, nos referimos al mandato “legal” que impide a sujetos distintos a formales corredores inmobiliarios, ejercer el oficio. Este aspecto no está previsto en la legislación venezolana, pues no existe norma que obligue a contratar corredurías inmobiliarias –privadas– con sujetos específicos, por el contrario, si existe norma expresa en cuanto al libre ejercicio de la

D. Monto que aspira recibir el propietario del inmueble como producto de la negociación.

E. Cláusula donde se pacta la comisión por las gestiones a realizar (realmente resultado obtenido), cuyo monto suele representarse con un cinco por ciento (5%) sobre el precio de venta que se establece en la opción de compra (de ser el caso), más el impuesto correspondiente vigente para la fecha.

F. Forma de pago de la comisión, la cual por lo general se lleva a cabo con el pago del cincuenta por ciento (50 %) al momento de la firma de la opción de compra (de ser el caso), y el saldo restante, al momento de la protocolización del documento definitivo de venta.

G. Duración de la “Autorización de Venta” y prorrogas (de ser el caso).

H. Obligación del propietario de consignar copia del documento de propiedad ante el operador inmobiliario para facilitar la gestión, entre otros.

Es importante que dentro de este tipo de referencias básicas, se deje constancia –de ser el caso– de la entrega de las llaves del inmueble para facilitar su publicidad *in situ*, lo cual será un grandioso elemento probatorio entorno a la existencia de un verdadero contrato de corretaje y derecho a la retribución del corredor, de igual forma, será de maravillosa ayuda, todo lo relativo a los medios de publicidad *on-line* que se utilicen con respecto al inmueble (*Internet*).

#### **Tesis que formula que la hipótesis legal de mediación es *acontractual***

La necesidad de que la intermediación se traduzca en un resultado concreto, ha motivado la discusión entorno a la naturaleza contractual o no del corretaje, sobre todo, en lo respecta a la doctrina italiana. Al respecto explica Morles Hernández, que para Carraro:

“...el esquema típico (legal) de la mediación consiste en un *acto jurídico* unilateral del mediador que deriva de una obligación *ex-lege*. Antes de que las partes se aproximen, proclama esa tesis, falta el contrato de mediación. Es más, falta toda relación jurídica entre las partes. Para reforzar esta **concepción *acontractual* o no *negocial del corretaje***, se ha agregado que la obligación de remunerar al corredor proviene de la ley y no de un contrato, en que el mediador actúa de modo independiente en su trabajo, y en que el Código no define la mediación sino que explica la actividad del mediador. La mediación puede adoptar la forma de una promesa unilateral de *locatio conducti operis* (contrato de obra), destinadas a transformarse en contrato cuando se concluya el contrato principal. Esta construcción ‘sería aceptable para el *solo* caso de que la relación se presentase como un compromiso asumido por el mediador, de interponerse entre los dos futuros eventuales contratantes, garantizando a la propia contrapartida

---

correduría privada (artículo 74 del Código de Comercio). Cuando hablamos del aspecto interno de la exclusividad, nos referimos a la posibilidad “contractual”, de que las partes, de mutuo acuerdo, pacten que será solamente determinado corredor o determinada agrupación de corredores y no otra, la que tramite la correduría inmobiliaria respectiva. Esta última situación es a la que nos referimos en el punto C que origina la presente acotación.

te encontrarle precisamente el futuro contratante, hasta el punto de entender que, si tal interposición no tiene lugar, o no conduce al resultado de la aproximación en los dos futuros contratantes, el mediador habría faltado a su obligación (Messineo)” (Resaltado nuestro)<sup>31</sup>.

La posición de Messineo pareciera ser insuficiente y no coincidir con el esquema convencional planteado en las “Autorizaciones de Venta” o “Contratos de Reserva Inmobiliaria” anteriormente descritos, sobre todo, si prevalece en ellos una cláusula de exclusividad *ad-intra*<sup>32</sup> a favor del operador inmobiliario, pues de ella podría extraerse la voluntad del propietario, para que en efecto ese operador lo aproxime *-por todos los medios posibles a su persona-* a un eventual contratante y que se produzca un resultado positivo, lo cual generaría en su cabeza la obligación de no contratar con otros para desarrollar una intermediación sobre un inmueble determinado.

De dicha cláusula de exclusividad podría extraerse además, el compromiso asumido por el corredor inmobiliario, de lograr determinado resultado así como cualquier otro tipo de obligaciones de distinto alcance y naturaleza. Posición que reforzaría además, en palabras de Messineo el hecho de que “la mediación [refiriéndose a la existencia de un verdadero contrato donde convencionalmente se regule determinada intermediación] puede tener existencia por sí, aunque después no se siga el contrato entre los dos sujetos puestos en contacto por el mediador”<sup>33</sup>, con lo cual podría hablarse de la posibilidad de que el corredor inmobiliario, no se obligue solamente a obtener un resultado concreto, sino además, “accesoriamente”, a llevar a cabo gestiones indispensables que faciliten el resultado querido y que generen contraprestaciones aisladas a la que se produzca con ocasión del resultado, sin que se desnaturalice la obligación principal –de resultado– del contrato.

Entonces, suavizando un poco por vía contextual las palabras del profesor Morles, se “podría” afirmar que la actividad desarrollada por los corredores puede tener un perfil acontractual o contractual dependiendo, por supuesto, del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Con lo cual, sería excesivo sostener categóricamente “... que es una actividad de hecho que sólo se convierte en prestación cuando se produce en resultado (un *opus*)”, pues precisamente la suscripción de un contrato de corretaje inmobiliario o al menos de una “Autorización de Venta” “Contrato de Reserva Inmobiliaria” o “Nota de Encargo”, develaría la existencia de múltiples “... prestaciones recíprocas”<sup>34</sup>.

La situación anterior, podría llevarnos a pensar, no sin fundamento, que si bien los corredores inmobiliarios en muchos casos actúan gracias a las “Autorizaciones de Venta”, es decir, gracias a una convención, podrían actuar también “de hecho”, cuando ver-

---

31 Morles Hernández Alfredo, “Curso de Derecho Mercantil...” Tomo I, *Ob. Cit.*, p. 519.

32 *Vid.* Nota al pie 39.

33 *Íbidem.*

34 Morles Hernández Alfredo, “Curso de Derecho Mercantil (Los contratos mercantiles)” Tomo IV, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, p. 2469.

bigracia, los clientes optan por no firmar tales contratos, esto es, en función de la tesis que predica que "... la hipótesis legal de mediación es *acontractual* ..."<sup>35</sup>.

No obstante lo anterior, personalmente nos inclinamos más por la tesis contractual del corretaje inmobiliario, con independencia al formal otorgamiento de un contrato denominado: "Autorización de Venta", "Contrato de Reserva Inmobiliaria", "Nota de Entrega" o "Contrato de Corretaje Inmobiliario". Postura esta con la cual, *la tesis acontractual debe ceder ante la tesis de aformalidad o falta de solemnidad*, puesto que la existencia del contrato podría demostrarse mediante otros medios probatorios distintos a un formal *corpus* contractual<sup>36</sup>. Sin embargo, no podemos dejar de aconsejar la efectiva suscripción de una tangible convención, pues con ello se facilitará la prueba de existencia de la gestión y por lo tanto se posibilitará la prueba de la existencia del contrato.

Otro autor, como Rodrigues Ruiz de Villa, afirma que "A veces el mediador, sin encargo previo, indica a las partes la oportunidad de concluir un negocio y éstas, efectivamente, lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador, entendemos que cuando el mediador haya puesto en contacto a las partes sin haberlo convenido estaríamos en presencia de una gestión de negocios ajenos, una prestación de servicios a impulso de beneficencia o liberalidad o un cuasi-contrato, pero no ante una relación de mediación en sentido jurídico"<sup>37</sup>.

#### 4. Características del contrato de corretaje inmobiliario

Partiendo entonces de la naturaleza contractual de la intermediación inmobiliaria en Venezuela, debemos afirmar categóricamente que gozará de las características que a continuación se enumerarán, las cuales se corresponden con las señaladas por Rodríguez Ruiz de Villa<sup>38</sup>, quien se fundamenta en máximas jurisprudenciales del derecho español -plenamente trasladables a nuestro ordenamiento jurídico-, y a las que se refiere además, con influencia absoluta del referido autor, un estudio difundido por el Servicio Municipal de Consumo del Ayuntamiento de Córdoba (España), denominado "Agencias de la Propiedad Inmobiliaria", del cual nos permitimos citar textual y contextualmente<sup>39</sup>:

---

35 Morles Hernández Alfredo, "Curso de Derecho Mercantil..." Tomo I, *Ob. Cit.*, p. 519.

36 Deberá demostrarse entonces la verdadera existencia de una convención de intermediación inmobiliaria; y, que en efecto, la intervención (en mayor o menor grado) produjo un resultado concreto positivo. Se reducirá todo, pues, a un tema de derecho probatorio.

37 Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. "El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria", *Ob. Cit.*, pp. 223- 224.

38 Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. "El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria", *Ob. Cit.*, pp. 222- 301

39 En la versión consultada del referido estudio, de la cual tomamos textual y contextualmente ciertas características del contrato de corretaje inmobiliario, es imposible detectar su autor, motivo por el cual remitimos a la siguiente dirección, donde puede obtenerse en versión de formato PDF: <http://consumo.ayuncordoba.es>. No obstante ello, la influencia de Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, es categórica y a él remitimos en la nota al pie anterior.

A. Se trata de un contrato atípico, aformal e innominado.

B. En principio es “‘*Facio ut des*’: el cliente encarga al gestor inmobiliario un ‘*facere*’, gestiones oportunas encaminadas a encontrar a un tercero al que interese la oferta que esta realizando el cliente (venta, traspaso...), comprometiéndose el cliente a un ‘*dare*’, pagar al gestor el precio que se haya acordado. La mayoría de la jurisprudencia incluye como nota característica del contrato de corretaje inmobiliario ‘*facio ut des*’<sup>40</sup>.”

C. Es un contrato a título oneroso.

D. “Bilateralidad: la bilateralidad depende del número y estructura de las obligaciones que genera el contrato. La tendencia mayoritaria, a la que nos adherimos, tanto jurisprudencialmente como doctrinalmente, defiende la bilateralidad de este contrato ya que supone el nacimiento de obligaciones para ambas partes, gestor y cliente. Independientemente de ello, al ser un contrato atípico, se pueden aceptar los pactos que no vayan contra la naturaleza del contrato”<sup>41</sup>.

E. Es un contrato principal, pues “... para que fuese un contrato accesorio, sería necesario que hubiese una identidad de causa entre el corretaje y el supuesto negocio principal (compraventa, arrendamiento...), cosa que no ocurre. A pesar de ello económicamente, se trata de un contrato accesorio y condicional, ya que si la compraventa, arrendamiento... no se realiza, el contrato de corretaje no tendrá efecto (el gestor no cobrará sus honorarios...).

---

40 Afirma Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, a tono con algunas aproximaciones que hemos efectuado a lo largo del presente estudio, que: “... no nos atreveríamos a calificar esta nota de *facio ut des* como una nota distintiva, pues nada impide que se configure este como un *facio ut facias*, o incluso como un *do ut facias*, para el caso de que el oferente entregue antes de la perfección del contrato deseado en la mediación, una parte o todo el precio al corredor”, sin embargo, explica el autor, que la tendencia jurisprudencial mayoritaria, se inclina por considerarlo *facio ut des*. El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, pp. 229-230. La situación descrita se observa en Venezuela, *vgr.*, cuando se pacta la entrega del 50% del pago por la gestión, al momento de la firma del contrato de opción de compra-venta, de ser el caso.

41 Algunos (autores y jurisprudencia española) hablan de bilateralidad o unilateralidad, dependiendo del caso concreto y de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual parece cierto pero no a rasgos generales; en todo caso: “La bilateralidad se entiende por este sector de nuestra doctrina en el sentido de que el corredor o mediador se obliga a prestar su diligente actividad de búsqueda o captación de contratantes, a guardar secreto del nombre de su cliente y mantenerle informado de la marcha de las gestiones que por su cuenta realiza, pues se considera que la intervención del mediador implica que “cuando el mediador acepta el encargo crea una apariencia y esperanza de gestión”. Incluso, más extensamente, se añade por la doctrina la obligación del mediador de asesorar a su cliente para el buen fin de la operación, al tiempo, que se enumeran como obligaciones del cliente la de suministrar al mediador los datos necesarios para que pueda realizar su gestión y la de pagarle, en su caso, la retribución. Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, p. 238.

En este punto afirma Messineo citado por Morles, que:

“... la figura debe ser vista como un contrato (definitivo) con prestaciones recíprocas. No sería un contrato sometido a condición suspensiva. El cumplimiento del encargo no es un evento que tenga la entidad de *condición*, sino que **debe considerarse, tácitamente, como una contraprestación**” (Resaltado nuestro).

F. Es un contrato consensual<sup>42</sup>.

G. Puede ser un contrato mercantil o un contrato civil: realmente, la mayoría de las veces que nos encontremos frente a un contrato de corretaje inmobiliario, estaremos en presencia de un contrato mercantil, pues como dijimos anteriormente, los corredores actúan bajo el velo de sociedades mercantiles o firmas personales, ya sea por voluntad propia o por serle exigida la constitución de estas fórmulas de operación por empresas franquiciantes<sup>43</sup>, y es que además, dicha actividad –incontestablemente–, es la que habitualmente desarrollan con ánimo de lucro.

---

42 La consensualidad del contrato no se ve afectada en lo más mínimo por su característica *facio ut des*. Lo sostenedores de lo contrario realmente entremezclan de manera confusa “...las cuestiones relativas al momento en que surge el derecho a la retribución (...) (consumación o perfección del contrato mediado) con la naturaleza consensual o real del corretaje (...) En suma, la mediación existe desde el momento en que el [corredor inmobiliario] y el oferente o cliente llegan a un acuerdo sobre el objeto del contrato (finca a que se refiere, precio de la transmisión inmobiliaria y demás condiciones, [prima] que se habrá de pagar al [corredor]) con independencia de que el buen fin de la operación mediada (aquí ya se puede discutir sobre si es necesaria la perfección o la consumación de la misma) dé lugar al nacimiento del derecho al premio por el corretaje” Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, p. 250 (nota al pie N° 195)-252.

43 Tres posiciones diagnósticas Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, sobre este punto, a saber: (i) “Un sector de la doctrina, haciendo caso omiso de la índole mercantil o civil del acto objeto del encargo de mediación, y desde una perspectiva de interpretación del Derecho mercantil de índole predominantemente subjetiva o profesional, sostiene que aunque el contrato de corretaje no esté regulado en el Código de Comercio “será mercantil siempre que el corredor sea un profesional que habitualmente se dedique a promover contratos por cuenta ajena” [caso de los *Handelsmäkler* en Alemania, no aplicable de manera pura y simple ‘en este momento a Venezuela’ como quizás sí podría hacerse en España, en función de que no existe en nuestro país reconocimiento oficial a los corredores inmobiliarios, sin embargo, una vez que exista reconocimiento oficial en Venezuela, sería sumamente apropiada]; (ii) “El carácter mercantil del contrato de mediación se deriva de la naturaleza de los contratos que promueve o facilita el mediador” (...) esta corriente pone el acento en un dato distinto: la naturaleza del contrato que promueve o facilita el mediado, de modo que si este es mercantil también lo sería el de mediación; (iii) la tercera corriente doctrinal sobre la mercantilidad del corretaje, está representada por los que sostienen que el contrato “será mercantil, por analogía con el artículo 244 Ccom [España / Código de Comercio], cuando sea comerciante una de las partes, generalmente el corredor, y mercantil el contrato objeto de corretaje; salvo que la regulación profesional establezca directamente su carácter mercantil (...) Podemos calificar, pues, esta tesis doctrinal de mercantilidad del corretaje por su objeto y por su sujeto protagonista [constitu-

También tendrá naturaleza mercantil, cuando -como dice el profesor Morles en referencia al artículo 66 del Código de Comercio-, los sujetos envueltos en la contratación facilitada por la intermediación gocen de la condición jurídica de comerciantes. Sin embargo, estimamos que el contrato de corretaje podría tener naturaleza civil, cuando el corredor inmobiliario no sea “comerciante” y cuando los sujetos envueltos en la contratación facilitada por la intermediación tampoco sean “comerciantes” (*Vgr.* intermediación para la adquisición de una vivienda), independientemente de que la actividad de intermediación en esos casos sea habitual o eventual. Pensar lo contrario, más recurrir al ya mencionado atributo de la “profesionalidad” u “oficio habitual” con el ánimo de sostener una exclusiva y excluyente naturaleza mercantil de estos contratos, traería como consecuencia, la necesidad de considerar a cualquier profesional liberal (*Vgr.* médicos, abogados, psicólogos, urbanistas, etcétera) que ejerzan habitualmente su profesión, como “comerciantes”.

Tenemos entonces que, “actividad económica”, no es, necesariamente, sinónimo de “actividad comercial”, salvo para lo que concierne al sistema impositivo a las actividades económicas previsto en Venezuela, del que quizás, y haciendo abstracción de recientes pronunciamientos del máximo tribunal, podrían extraerse “similitudes”<sup>44</sup>.

I. “Aleatoriedad: esta nota característica se ha reconocido más por la doctrina que por la jurisprudencia en nuestro país [España]. La aleatoriedad supone que depende del azar que el corredor encuentre un tercero que quiera contratar con su cliente, de modo que puede realizar una intensa actividad, que incluso le genere gastos, y en el caso de que no se llegue a celebrar la operación, no obtendrá resultado alguno”. A pesar de esta característica, es posible pactar en el contrato de corretaje inmobiliario, algunas obligaciones “accesorias” por parte del corredor, de las cuales deriven contraprestación por el mero ejercicio de algunas gestiones indispensables, siempre que prevalezca una principal e inequívoca obligación de resultado en cabeza del “corredor”, pues de lo contrario, consideramos que se desnaturalizaría por completo el contrato de corretaje y generaría la existencia de otro tipo de contrato distinto a él. Pensar que un corredor puede lucrarse sin haberse producido un resultado, conllevaría a pensar que estamos en presencia de un supuesto de enriquecimiento sin causa.

J. Es *intuitus personae o intuitus instrumenti*, otorgado según las características que le son propias a un sujeto dedicado al oficio de corredor inmobiliario (firma personal o no) o a una sociedad mercantil o de naturaleza civil. En este último caso, el cliente confía en que, dicha agrupación aplicará plenamente su *know how*, a través de la universalidad de personas que la integran formalmente.

---

yéndose en la tesis más exigente dada la conjunción de las dos anteriores]”. “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, pp. 257-270.

44 Artículo 179 numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículos 207 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Estas “similitudes” a las que nos referimos, parecieran haber desaparecido conforme a la insólita sentencia N° 781 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha en fecha 06 de abril de 2006.

5. *Fuentes actuales de regulación general del contrato de corretaje inmobiliario en Venezuela*

En la actualidad, el contrato de corretaje inmobiliario en Venezuela, encuentra fuente de “regulación” en las normas contenidas en los artículos 3, 82, 112, 113, 115, 117 y 299 de la Constitución de la República; las normas de carácter general dispuestas en el Código Civil para la regulación de los contratos en tanto le sean aplicables, especialmente las contenidas en los artículos 1133 al 1168 de ese instrumento normativo y con particular énfasis el principio de autonomía de libertad de las partes para contratar; las normas contenidas en el parágrafo primero, de la Sección IV del Título II del Libro Primero del Código de Comercio, en todo lo referido al corretaje privado y las contenidas en los artículos 107 al 132 de ese mismo texto normativo, según sea el caso; en la costumbre; en la aplicación analógica de normas que no desnaturalicen el núcleo duro del corretaje inmobiliario; y, en definitiva, también encontrará fuente de regulación, en las normas que se dicten con respecto al ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria, pues como advertimos en la primera parte de este estudio, se trata de una actividad susceptible de ser considerada como un servicio privado de interés general.

6. *Especial referencia a la responsabilidad en la actividad de intermediación y a la protección de los usuarios*

Vale la pena detenernos brevemente en este punto, pues si bien la intervención inmobiliaria busca brindar seguridad jurídica a los usuarios, conlleva de suyo a la presunción de que es ejercida por gente preparada y experta para ese oficio, en no pocas ocasiones se generan dolosa o culposamente, daños irreparables o de difícil reparación en cabeza de los clientes / oferentes y mediatarios, disparándose en consecuencia, la posibilidad de ejercer acciones judiciales para reclamar la responsabilidad civil y penal de los operadores (formales o informales). Asimismo, existe la posibilidad de solicitar protección especial ante el órgano administrativo regulador de la protección al consumidor y usuario.

Los problemas que podrían plantearse entre un corredor inmobiliario y su cliente, e inclusive frente al sujeto que pretende aproximar, son diversos. Sin embargo, a rasgos generales podríamos señalar los siguientes:

- A. Información y publicidad engañosa respecto al bien inmueble ofrecido.
- B. Recepción ilegítima de cantidades de dinero por parte del corredor inmobiliario con fundamento en reservas de garantía, adelantos de comisión, arras, entre otras.
- C. Incrementos o reducciones al precio del bien inmueble sin autorización del propietario o vendedor.
- D. Problemas con las gestiones administrativas indispensables que deben adelantarse ante órganos y entes administrativos e inclusive particulares, para llevar a cabo el negocio. Estas gestiones, por lo general, suelen dejarse en manos de los propios corredores inmobiliarios o al menos hacen que se faciliten (solicitud de solvencia de impuestos municipales, solicitud de fichas catastrales, documentos de condominio, documentos de

parcelamiento, certificación de gravamen, etcétera). Inclusive, en casos de compra-venta, los gestores suelen involucrarse en la obtención de los recaudos necesarios para la tramitación de créditos hipotecarios o de política habitacional que pretendan solicitar potenciales compradores.

Podemos indicar entonces que el corredor inmobiliario debe actuar siempre de manera diligente, en razón del vínculo contractual que lo une a su cliente (formal o informal pero en todo caso regido por la autonomía de la voluntad de las partes), quedando a salvo entonces la respectiva responsabilidad civil.

De modo tal que, en nuestro criterio, está obligado a ejecutar la correduría con la diligencia de un buen padre de familia y deberá responder por dolo o culpa grave, sobre todo considerándose la naturaleza de servicio privado de interés colectivo que subyace en la actividad de intermediación inmobiliaria.

Asimismo, debe dejarse abierta la posibilidad de que, al formalizarse la actividad de correduría inmobiliaria y exigirse por ley la obtención de algún tipo de certificación con arreglo a un estricto acto de autoridad, dictado en función de conocimientos y evaluaciones pertinentes (*Vgr.* Licencia de corredor), los operadores deban responder hasta por culpa leve o levísima, lo cual, en todo caso, puede ser pactado libremente, aunque es difícil que un corredor inmobiliario lo acepte en la realidad actual venezolana. Lo único imposible de regular mediante convención, es la exclusión de la culpa grave, la cual por orden público, siempre debe prevalecer.

También debemos acotar, que la ausencia de una regulación especial de la correduría inmobiliaria, y la posibilidad de que cualquier sujeto se dedique a ella en estos momentos, ha sido el caldo de cultivo para que personas inescrupulosas timen a usuarios necesitados de la labor de intermediación, produciéndose como consecuencia de ello, por lo general, los tipos delictuales de estafa y apropiación indebida, perseguibles, de conformidad con lo establecido en el Código Penal y Código Orgánico Procesal Penal.

En lo que respecta a la protección que se le debe brindar a los usuarios envueltos dentro de la actividad de un operador inmobiliario debemos insistir en que la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce en su artículo 117, que todas las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de calidad y a una información adecuada y no engañosa.

El precepto constitucional mencionado es ampliamente desarrollado por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, texto normativo absolutamente aplicable al servicio privado de interés colectivo ofrecido por los operadores inmobiliarios, al ser de eminente interés económico y social para todos los involucrados, e inclusive, como se dijo, para el Estado.

En ese contexto debe afirmarse por obvio, que los usuarios del servicio inmobiliario que acudan a operadores de tradición, larga trayectoria y constituidos bajo formas del derecho mercantil (caso de las franquicias inmobiliarias), tendrán mejores expectativas de éxito en la defensa de sus derechos por faltas del servicio, que aquellos que acudan a

sujetos que de manera ocasional y a título personal se dedique al oficio de la intermediación.

Asimismo, es importante dejar en claro que todos los aspectos vinculados a la obtención de un servicio inmobiliario de calidad y a la efectiva obtención de un bien de calidad, es materia de orden público, y por lo tanto, no acepta pacto en contrario. Quedando garantizada entonces la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios.

El artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, dispone expresamente, con respecto a denuncias inmobiliarias, lo siguiente:

“El Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) **conocerá de las denuncias que presenten los compradores o arrendatarios de viviendas u otros inmuebles**, incluso aquellos establecidos en forma de multipropiedad o tiempo compartido. En consecuencia, cualquier interesado o perjudicado en sus derechos o intereses legítimos podrá acudir a estos organismos a exponer las irregularidades e ilícitos inmobiliarios y de otra índole que hubieran cometido las personas dedicadas a la promoción, construcción, comercialización, arrendamiento o financiamiento de viviendas e inmuebles”.

No cabe la menor duda, que el supuesto citado anteriormente, contenido en el Capítulo III de la Ley, denominado “De la Protección de los Intereses Económicos y Sociales”, es plenamente aplicable a los usuarios del servicio privado de intermediación inmobiliaria, el cual debe ejercerse además de formar eficiente y regular.

De igual forma, es importante aclarar que tanto el corredor inmobiliario como su cliente directo (quien provocó la mediación), podrían incurrir en supuestos de responsabilidad compartida como consecuencia de la vulneración de los derechos de aquellos que en definitiva estén interesados en la adquisición de un inmueble –mediatario-, para lo cual habrá que analizar cada caso concreto y el grado de responsabilidad de cada uno. Así pues, las denuncias que se planteen por violaciones a cualquier derecho de los usuarios del servicio privado de corretaje inmobiliario, deberán tramitarse, de conformidad con el procedimiento administrativo especial establecido en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

#### 7. *Métodos alternativos de resolución de conflictos en la intermediación inmobiliaria*

Tal como hemos advertido previamente, en materia de contratación para la intermediación inmobiliaria, rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en razón de lo cual, no existe ningún impedimento para que en “Autorizaciones de Venta”, “Contratos de Reserva”, “Notas de Encargo” o “Contratos de Corretaje Inmobiliario”, se pacten cláusulas arbitrales, de mediación o conciliación, donde se remita a cámaras o centros de arbitraje con reglamentos propios o a una fórmula de arbitraje independiente, ello, claro está, para excluir de la jurisdicción civil cualquier tipo de controversia que pueda suscitarse entre los co-contratantes, siempre y cuando el punto en concreto sea susceptible de transacción (*Vgr.* monto de la comisión del intermediario); posibilidad

esta que podrá materializarse, en la medida de que se dé la efectiva suscripción de una tangible convención.

La posibilidad anteriormente señalada, encuentra fundamento en el segundo párrafo del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de modo general, en la Ley de Arbitraje Comercial.

Igualmente, deben destacarse las fórmulas de solución amigable, conciliación y arbitraje reguladas en los artículos 155 al 162 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Normas estas que permiten expresamente, la resolución de controversias con mecanismos distintos al procedimiento administrativo especial de naturaleza triangular previsto en esa Ley y sin acudir a la vía contenciosa jurisdiccional. Ello procederá, siempre que se trate de una materia donde no esté involucrado el orden público.

## V. INCIDENCIA DEL DERECHO PÚBLICO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA EN VENEZUELA

Como hemos apreciado en el presente estudio, la actividad de intermediación inmobiliaria en Venezuela está impregnada de características sociales y económicas que la hacen susceptible de ser considerada como un servicio privado de interés colectivo. Consideración esta, que habilita al Estado para prestarle mayor atención a aspectos elementales de esa actividad, que necesariamente deben ser regulados sin destruir su naturaleza eminentemente privada y el régimen de autonomía de la voluntad que la envuelve.

En ese sentido, cualquier tipo de regulación debe ser bastante flexible, pero a la vez garantizar condiciones mínimas para el desarrollo de la actividad, que redunden en el desarrollo, prosperidad y bienestar de todas las personas, es decir, en importantes fines colectivos del Estado.

### 1. *Algunos comentarios sobre experiencias extranjeras*

Este tipo de regulaciones a la actividad inmobiliaria, son sumamente comunes en los ordenamientos de los países anglosajones de Norteamérica, donde cada uno de los miembros del sistema federal que los caracteriza, ha adoptado, en líneas generales, regulaciones rigurosas de la actividad.

Efectivamente, en algunos Estados miembros de esos países, se ha impuesto esa rigurosidad, con fundamento en la protección que se debe brindar a los usuarios de la intermediación, frente a los constantes abusos de los cuales éstos eran víctima, llegando al punto de exigirse, la utilización de modelos contractuales tipo que deben ser empleados obligatoriamente por los corredores inmobiliarios en las relaciones que traben con sus clientes, tanto para regular el corretaje, como para el negocio que se procura, modelos éstos que son elaborados por el grupo legal corporativo del ente regulador y que son literalmente vendidos a los operadores (*Vgr. Caso del California Department Real State (DRE) en los Estado Unidos de Norteamérica*).

Aunado a lo anterior, existen rigurosos requisitos que deben llenarse por aquellos que pretenden dedicarse a la intermediación inmobiliaria e inclusive para las posteriores

renovaciones de licencias, dentro de los cuales se encuentra la aprobación de exámenes de suficiencia que ofrecen escuelas habilitadas para ello por el State of California.

Por otro lado, según se explica en un estudio difundido por el Servicio Municipal de Consumo del Ayuntamiento de Córdoba (España), denominado “Agencias de la Propiedad Inmobiliaria”<sup>45</sup>, en España se han presentado dos situaciones producto de la temporalidad de distintas normas con respecto a los corredores inmobiliarios, a saber:

“... 1º.-Situación antes de la entrada en vigor de Real Decreto 4/2000 [de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes]:

Antes de la aparición de este Real Decreto había que cumplir unos requisitos para el ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria, denominándose los profesionales del sector Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (API). Para el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria era necesario:

Hallarse en posesión del título de profesional expedido por el Ministerio de la Vivienda (actualmente Ministerio de Fomento), título oficial al que se accede tras pasar las oportunas pruebas acreditando la suficiente aptitud (para acceder a estas pruebas es necesario hallarse en posesión de un título universitario en el grado de Licenciado).

Estar inscrito en el colegio correspondiente y en la Mutualidad General de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y en posesión del carnet profesional.

#### **2º.-Situación tras la entrada en vigor del Real Decreto 4/2000:**

El art. 3 de esta norma establece que las actividades que antes estaban reservadas al ejercicio de un API, ahora podrán ser ejercidas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenencia a ningún Colegio Oficial. El objetivo fundamental de este Real Decreto es conseguir una mejor asignación de recursos y, por lo tanto, influir positivamente sobre el nivel de precios. Objetivo que en opinión del Presidente del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Córdoba y Provincia no se ha conseguido, pues han proliferado múltiples negocios dedicados a la intermediación inmobiliaria, pero esto no ha supuesto un abaratamiento del servicio para el consumidor. Por ello, hoy conviven en el ejercicio de esta profesión por un lado, los profesionales no colegiados y a los que no se les exige ningún requisito para el ejercicio de su profesión, denominándose comúnmente gestores inmobiliarios... y por otro, los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (API) que cumplen con los requisitos anteriormente detallados (pertenencia a un Colegio Oficial, estar en posesión del título correspondiente...)...”.

---

45 En la versión consultada del referido estudio, es imposible detectar su autor, motivo por el cual remitimos a la siguiente dirección, donde puede obtenerse en versión de formato PDF: <http://consumo.ayuncordoba.es>. Sin embargo, gracias a nuestra investigación hemos podido detectar, que el referido estudio, está sumamente influenciado por la obra de Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, 2ª Edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, a la cual insistimos en remitir.

Explica Rodríguez Ruiz de Villa, respecto a una nueva “gradación” de la normativa citada, que:

“Posteriormente, el referido Real Decreto-ley 4/2000 fue tramitado como Ley, en cuya tramitación inicialmente se desoyeron las propuestas de enmiendas presentadas por el CGCOAPI [Consejo General del Colegio Oficial de Administradores de la Propiedad Inmobiliaria], tendentes a asegurar una formación mínima adecuada a los corredores pero sin exigir título específico, un seguro de responsabilidad civil profesional y su inscripción en un registro oficial, abriendo tal inscripción a otros profesionales que tuviesen esa formación mínima y estableciendo un régimen de colegiación voluntaria. De hecho el proyecto de Ley 121/000005 de medidas urgentes de liberalización del sector inmobiliario y transportes, contiene un artículo 3 que es idéntico al del Real Decreto-ley 4/2000. (...) [En todo caso la], (...) nueva dicción legal deja claro que no podrá exigirse titulación de API para desempeñar tales funciones, pero sí que podrán exigirse, a las personas que no sean API, no a los API, el cumplimiento de determinados requisitos, cuya concreción se deja para una normativa posterior que entendemos podrá ser reglamentaria.

Actualmente esa normativa sigue sin aprobarse y ello pese a que ya se ha hecho patente su necesidad, pues no faltan voces de las Asociaciones de Consumidores, que reconocen que la que acabamos de referir liberalización de la intermediación inmobiliaria acarreó un incremento de las reclamaciones presentadas por los consumidores, defraudados en sus expectativas por intermediarios carentes de toda profesionalidad”<sup>46</sup>.

Como puede observarse, en España las exigencias de unas condiciones mínimas para el ejercicio de actividades como Agente Inmobiliario, cedieron por el ejercicio libre (libertino) de las mismas, con fundamento en la “necesidad urgente de liberalizar el sector” [realmente deslegalización], pues la regulación era de naturaleza pública y en nuestro criterio, verdaderamente excesiva. Sin embargo, se observan algunas posiciones encontradas -como la citada- en torno a las medidas tomadas, pues no se han producido, en la práctica, los resultados pretendidos<sup>47</sup>.

---

46 Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, pp. 74 y 75.

47 El artículo 3 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio de 2000, dispone que: Las actividades enumeradas en el artículo 1 del Decreto 3248/1969, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta General, podrán ser ejercidas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenencia a ningún Colegio Oficial”. Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, arremete de manera constructiva contra el referido artículo 3, al afirmar que: “Dicho precepto supone la defunción aparente de la exclusividad [ad extra], en una solución que el Gobierno dijo tomar para clarificar la falta de jurisprudencia unánime sobre la no exclusividad de los API y por razones de urgencia, pero que resulta criticable porque: 1. Aparta la situación española de la prevista en países próximos, como Italia o Francia, defensores de la profesionalidad de la intermediación; 2. No se aprecia la razón para modificar una norma con más de 30 años de vigencia día para otro, sin consultar tan siquiera con los API; 3. Falta la claridad y el rigor mínimo para, en su caso, haber derogado íntegramente el Decreto de 4 de diciembre de 1969 y haber suprimido la profesión de API; 4. Contradice los debates parlamentarios (...) que dieron lugar a la redacción del Código Penal de 1995 en los que uno de sus objetivos fue penalizar

Consideramos que en el caso español, se cayeron en excesos tanto al momento de regularse el sector, como al momento de “liberalizarse”.

Respecto a la liberalización, afirma José Ignacio Hernández, que:

“En *primer lugar*, la liberalización supone la *presencia necesaria del Estado en el orden económico* como consecuencia directa del sistema de economía social de mercado constitucionalizado. Asunto muy distinto, por supuesto, es cuál es la intensidad que esa intervención alcanza. En *segundo lugar*, que la liberalización no es un fin en sí mismo, sino un mero instrumento para alcanzar bienestar social. Recientes estudios se han pronunciado sobre el impacto favorable que, sobre el bienestar general, supone la liberalización de la economía. Por último, y en *tercer lugar*, la liberalización no debe partir de la preeminencia de la libertad económica y libre competencia sobre la intervención administrativa. Es importante insistir en ello. No cabe afirmar, en Venezuela, contraposición alguna entre la libertad económica y la intervención administrativa. La liberalización no supone, en absoluto, la retirada total de la Administración económica. Tan nocivo puede ser un *exceso de intervención administrativa* como un *exceso de liberalización*. Por ello, reiteramos, la liberalización no aparea la preeminencia de la libertad económica y la libre competencia. Y es aquí donde reside el reto de la liberalización que es, como antes mencionamos, el reto general del Derecho Administrativo: mantener el equilibrio entre la *libertad económica* y las *potestades y prerrogativas de la Administración*<sup>48</sup>”.

Vale la pena destacar, además, el contenido del artículo 403 del Código Penal español (1995), donde se prevé el delito de intrusismo, regulación esta cuyos sujetos pasivos eran precisamente –entre otros–, los que sin ser “formales” Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (API), se dedicaran a la intermediación inmobiliaria, a saber:

“Artículo 403: El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, in-

---

el intrusismo profesional en la intermediación inmobiliaria; 5. Contrasta, sin justificación, con la normativa de la Unión Europea, constante en profesionalizar la intermediación, en general, y la inmobiliaria en particular, exigiendo una titulación de enseñanza superior para el ejercicio de sus funciones (...); 6. Desprecia los legítimos derechos adquiridos de los API incluidos los que habían obtenido el título en la última convocatoria, cuyos resultados se habían hecho públicos, en el mismo BOE y por el Ministerio de Fomento de un Gobierno presidido por la misma persona, hacía pocas semanas; 7. Invoca como justificación la existencia de una jurisprudencia no unánime sobre la exclusividad de los API, lo que, siendo cierto, nada tiene que ver con que se haya de suprimir de facto la profesión; 8. No se lleva a cabo una liberalización sino una deslegalización de la mediación inmobiliaria, actividad que, desde una perspectiva subjetiva, queda al margen de toda regulación legal específica. Liberalizar debe ser permitir que se pueda acceder al ejercicio de una actividad económica, pero ello no implica *per se* que se supriman todos los requisitos para el desarrollo de esa actividad, pues eso es únicamente, deslegalizar”. *Vid.* “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, 2ª Edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 72 y 73.

48 J. I. Hernández, *Revista de Derecho Administrativo* N° 10, (Intervención Económica y Liberalización de los Servicios Esenciales en Venezuela), Editorial Sherwood, Caracas 2000, p. 109 y 110

currirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años<sup>49</sup>.

En todo caso, es bueno señalar, que la regulación Española de los (verdaderos) Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, se encuentra en el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta Central (Decreto N° 3248/69 de 04 de diciembre de 1969, del (para entonces) Ministerio de la Vivienda), donde se dispuso un cuerpo normativo que reguló los siguientes aspectos:

A. En cuanto a los Corredores Inmobiliarios:

- a. Sus funciones y caracteres.
- b. Los requisitos para el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.
- c. La colegiación.
- d. Las situaciones profesionales.
- e. Los derechos, prohibiciones, incompatibilidades, y obligaciones del Agente.
- f. Las normas de contratación.

B. Con respecto a la organización colegial:

- a. Los colegios.
- b. Las juntas generales.

---

49 A despecho de las palabras del Profesor Morles Hernández, cuando en un lenguaje puramente mercantil se refiere al oficio de corredor como una profesión (*Vid.* artículo 74 del Código de Comercio), con el objeto de explicar que sólo será mercantil el corretaje ejercido habitualmente y de forma profesional, debemos indicar que en Venezuela, a diferencia de lo que ocurría en España antes de la “liberalización del sector inmobiliario”, siendo que el oficio de corredor inmobiliario no es realmente una profesión y lamentablemente puede ser llevada a cabo por “cualquiera”, no es posible aplicar el artículo 214 del manuscrito Código Penal, donde se establece que: “Cualquiera que usare indebida y públicamente hábito, insignias o uniformes del estado clerical o militar, de un cargo público o de un instituto científico, y *el que se arrogue grados académicos o militares, o condecoraciones o se atribuya la calidad de profesor y ejerciere públicamente actos propios de una facultad que para el efecto requiere título oficial, será castigado con multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a un mil unidades tributarias (1.000 U.T.)*.”

El juez puede ordenar en estos casos que se publique la sentencia, como se dispone en la parte final del artículo anterior”. (Resaltado nuestro).

C. En relación con la creación de un organismo tutelar, consultivo, coordinador y representativo de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, denominado Junta Central:

- a. Su carácter y funciones.
- b. Su composición y facultades.
- c. Su vida económica.

D. Respecto al régimen disciplinario

- a. El que corresponde a los Agentes de la propiedad Inmobiliaria.
- b. El que corresponde a las Juntas directivas.

De esa forma está constituido el cuerpo normativo de los agentes de la propiedad inmobiliaria en España, sin embargo, “gracias a la liberalización del sector”, no es necesario sino ser un simple y voluntario gestor para llevar a cabo actividades de intermediación inmobiliaria.

Por otra parte, se observa que en Argentina, el corretaje inmobiliario encuentra fundamento normativo en el artículo 77 de la Ley 24.441<sup>50</sup>, y además, se encuentra especialmente regulado por la Ley Nacional de Martilleros 20.266, posteriormente reformada mediante la Ley 25.028<sup>51</sup>. Estas normas, refundidas en solo texto en función de la reforma respectiva, disponen lo siguiente:

“Artículo 32: Para ser corredor se requieren las siguientes condiciones habilitantes:

- a) Ser mayor de edad y no estar comprendido en ninguna de las inhabilidades del artículo 2°.
- b) Poseer título universitario expedido o revalidado en la República con arreglo a las reglamentaciones vigentes y que al efecto se dicten.”

“Artículo 33: Quien pretenda ejercer la actividad de corredor deberá inscribirse en la matrícula de la jurisdicción correspondiente. Para ello, deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Acreditar mayoría de edad y buena conducta;
- b) Poseer el título previsto en inciso b) del artículo 32.

---

50 Dispone el artículo 77 de la referida Ley 24.441, que: “Para la matriculación y el desempeño del corredor no será exigible el hallarse domiciliado en el lugar donde se pretende ejercer. En los casos de corretaje inmobiliario de viviendas nuevas sólo se recibirá comisión del comitente. En las restantes operaciones la comisión al comprador no podrá exceder el 1/2 del valor de compra”.

51 La reforma consistió en una modificación según un anexo numerado 1 y denominado “Reformas al régimen legal de martilleros y corredores”, que es parte integrante de la ley 25.028, y mediante el cual se sustituyeron los artículos 1° y 3° de la Ley 20.266 y se le incorporaron los artículos 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 y 38.

- c) Acreditar hallarse domiciliado por más de un año en el lugar donde pretende ejercer como corredor.
- d) Constituir la garantía prevista en el artículo 3° inciso d), con los alcances que determina el artículo 6°.
- e) Cumplir los demás requisitos que exija la reglamentación local.

Los que sin cumplir estas condiciones sin tener las calidades exigidas ejercen el corretaje, no tendrán acción para cobrar la remuneración prevista por el artículo 37, ni retribución de ninguna especie”.

Como podrá observarse, en Argentina, al igual que lo que ocurre en España con los (“formales”) Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (API), se debe poseer título universitario, expedido con arreglo a las formalidades propias de cada ordenamiento, como requisito previo para la acreditación como corredor inmobiliario, con lo cual se garantiza que los corredores sean sujetos con cierto nivel de instrucción, sobre todo, tomando en consideración la gran cantidad de aspectos complejos de los que deben ocuparse, los cuales exceden una simple y mera gestión. Asimismo, en Argentina, el corredor debe estar inscrito en corporaciones que los agrupan junto a los martilleros, las cuales deben ser creadas mediante ley local y que son dirigidas por los propios miembros que las integran.

En definitiva, países como Estados Unidos, Argentina, Francia, Italia y Bélgica, entre otros (amén del muy particular caso español), cuentan con leyes donde se exige, que cualquier persona que pretenda dedicarse al corretaje de bienes inmuebles debe demostrar sus destrezas en materias, como por ejemplo: el régimen general de la contratación que les sea propio, aspectos generales de contabilidad, elementales principios de tributación sobre bienes inmuebles urbanos<sup>52</sup> y rurales y fundamentos mínimos de arquitectura e ingeniería, destrezas que por lo general son medidas a través de pruebas globales de suficiencia, a cargo de entes de naturaleza corporativa o escuelas privadas y públicas habilitadas para ello.

## 2. *Alternativa para la regulación de la intermediación inmobiliaria en Venezuela (el servicio público de educación en manos privadas)*

En Venezuela se ha dado el fenómeno, que sujetos de estricta naturaleza privada, se han encargado de ofrecer cursos básicos formativos que permiten a los interesados, obtener herramientas elementales para desarrollar el oficio de corredor dentro del *mercado inmobiliario*. Estos cursos, por lo general, son dictados por cámaras inmobiliarias<sup>53</sup> de

---

52 *Vgr.* Dispone el artículo 180 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que: “Corresponde al Municipio la recaudación y control de los impuestos que, sobre transacciones inmobiliarias, creare el Poder Nacional. El Municipio lo regulará por ordenanza”.

53 Las Cámaras Inmobiliarias, son básicamente -y por lo general- Cámaras de Comercio redireccionadas hacia una materia específica, en este caso, la materia inmobiliaria. En este sentido, le son aplicables plenamente las disposiciones contenidas en los artículos 45 al 48 del Código de Comercio.

distinto alcance territorial, e inclusive, por sociedades mercantiles que ofrecen servicios inmobiliarios bajo el esquema de franquicias, a las que por supuesto, les interesa transmitir su *know how* con el objeto de que se desarrolle cabalmente.

Los cursos de certificación, suelen estar inspirados en “reglamentos privados” estatuidos por las distintas cámaras inmobiliarias en función de objetivos que les son propios a la institución (éticos y de funcionamiento general), a los que se someten los interesados por una vía eminentemente contractual y voluntaria de naturaleza privada, en la medida que sean socios de las empresas inmobiliarias inscritas en la cámara respectiva, por lo tanto, no son –generalmente- cursos abiertos al público ni de obligatorio cumplimiento. Además, las certificaciones son temporales, revocables, de naturaleza privada, y en definitiva, innecesarias, pues la actividad de corretaje inmobiliario, en la actualidad, puede ser ejercida libremente en Venezuela, sin la más mínima experticia y capacitación. Sin embargo, es evidente que “...si tales cursos se ofertan y se demandan en la mediación inmobiliaria, es porque existe una conciencia social de su necesidad, una conciencia social de la necesidad de aprehensión de una capacitación profesional, que tales cursos ofrecen”<sup>54</sup>.

En todo caso, los potenciales usuarios del servicio privado de corretaje inmobiliario, podrán gozar de mayores garantías y seguridad, cuando acudan a corredores inmobiliarios que, por curiosidad, necesidad o verdadera vocación, se hayan tomado la molestia de “capacitarse” a través de los cursos privados de certificación inmobiliaria que ofrecen sujetos de naturaleza privada.

Lo dicho hasta los momentos, permite diagnosticar que en Venezuela se requiere una regulación mediante la cual, se le dé formalidad a la actividad de corretaje inmobiliaria. Sin embargo, no consideramos prudente caer en excesos, pues de ello es un ejemplo el mencionado caso español, donde un sector evidentemente *publicado*, tuvo que ser justificada o injustificadamente, liberalizado.

Como premisa mayor de nuestra propuesta, estimamos que la actividad debe dejarse en manos de entes privados, más sin embargo, sin perjuicio de que éstos se encuentren regidos, en algunos aspectos muy puntuales, por normas de derecho público. Es decir, no se debe hablar de la necesaria publicación del sector, sino de una autorregulación sujeta a normas de múltiple naturaleza, pues a diferencia de lo comentado por Pérez Gómez<sup>55</sup>, no hemos sido contagiados por la “... epidemia *ius publicista* cuyo principal efecto es una infinita ansiedad de ver en toda actuación privada algo de administrativo, descalificando de antemano toda explicación propia del derecho común sobre el carácter privado de la misma”. Pero a despecho, tampoco sufrimos de una tara hereditaria que nos impida

---

54 Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. “El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria”, *Ob. Cit.*, p 161.

55 Pérez Gómez Augusto J, *Los Actos Administrativos de Origen Privado (Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a la luz del Derecho Administrativo Clásico)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 136.

encontrar una fórmula de regulación mixta y flexible donde se conjuguen normas de derecho privado y de derecho público, es decir, una fórmula que procure al menos la generalmente ansiada protección integral.

En todo caso, compartimos plenamente con el autor citado, el que la posibilidad de dictar “actos de autoridad”, debe restringirse única y exclusivamente a los casos en que sujetos de derecho privado, ejecuten un (verdadero) servicio público y además estén investidos de prerrogativas públicas, condiciones que deben presentarse de forma concurrente y no alternativa.

Respecto a las corrientes doctrinales francesas que intentaban explicar la naturaleza administrativa de actos de origen privado sobre las dos condiciones señaladas anteriormente, comenta Pérez Gómez lo siguiente:

“... la discusión mostró tres corrientes doctrinales, la primera sin autor definido, sostuvo que el Consejo de Estado francés siempre dio especial importancia a la misión de servicio público atribuida al ente privado para poder hablar de actos administrativos; la segunda liderizada especialmente por Waline y seguida por Sabourin y Chapus, argumentaba que a la hora de determinar la naturaleza administrativa de un acto de origen privado sólo la existencia de prerrogativas públicas tenía importancia; y, en fin, la tercera corriente que en definitiva privó, brillantemente expuesta por Jean Paul Negrin en su tesis doctoral, mantuvo que ambas posiciones eran concurrentes. Esta última posición fue finalmente admitida incluso por el propio Waline en 1974 y hasta la fecha nadie se ha sentido capaz de refutarla”<sup>56</sup>.

Lo dicho anteriormente, pasa por un análisis profundo acerca de lo que debe considerarse servicio público y por un estudio minucioso entorno al alcance y determinación de la noción de prerrogativa pública, que evidentemente exceden del presente trabajo, pero a las que el autor citado se aproxima en la obra ya mencionada, a la cual remitimos. No obstante ello, tal y como afirmara Chavero Gazdik con respecto a las dos condiciones concurrentes mencionadas:

“...con esta delimitación no queda resuelto el problema de los ‘actos de autoridad’, debido a que las mayores dificultades las encontramos, precisamente, en la interpretación de las mencionadas condiciones. Así, en algunos casos la actividad prestada por un determinado particular será considerada como servicio público, y tarde, en circunstancias similares, puede dejar de serlo o viceversa (...) (Efectivamente), en algunos casos la consideración de servicio público puede estar controvertida, más aún cuando la actividad administrativa ha incursionado en la industria y en el comercio con la finalidad de obtener una fuente de ingresos segura, de manera que en oportunidades no se sabrá –con certeza- cuando estamos en presencia de un servicio público. Similares dificultades las encontramos a la hora de determinar cuando un acto es dictado en uso de prerrogativas exorbitantes concedidas por ley (...) Igualmente, en ocasiones se plantan dudas para determinar la existencia de una habilitación legislativa, además de si esa delegación tiene que ser expresa o permite habilitaciones genéricas”<sup>57</sup>.

---

56 Pérez Gómez Augusto J, *Los Actos Administrativos de Origen Privado...*, *Ob. Cit.*, p 175.

57 Chavero Gazdik Rafael J, *Los Actos Administrativos de Autoridad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 90 y 91.

Las palabras de Chavero nos obligan a preguntarnos entonces, si la actividad de corretaje inmobiliario es un servicio público en Venezuela, ante lo cual debemos responder inmediatamente que -por ahora- no y así esperamos que se mantenga. Esta respuesta negativa, a su vez, implica que, acogidos como estamos al criterio de la no alternabilidad de las condiciones -concurrentes- que definen la existencia de los actos de autoridad, nos preguntemos, si en la regulación que se dicte para formalizar la actividad de corretaje inmobiliario, podrían incluirse la existencia de verdaderos actos de autoridad, ante lo cual, y sin temor a caer en contradicciones, nos atrevemos a responder que sí, pero esta respuesta afirmativa, amerita algunas afinaciones.

Con el ánimo de resolver la paradoja planteada, podríamos decir simplemente, que la condición de servicio privado de interés colectivo que le hemos atribuido a las operaciones de corretaje inmobiliario, puede asimilarse a la noción de servicio público en sentido material, en función de ese interés general socioeconómico subyacente, lo que permitiría concluir a su vez, de manera ligera -y hasta burda-, que una eventual regulación donde se atribuyan prerrogativas públicas a un ente regulador de la actividad, sería suficiente para la emanación de actos de autoridad. Posición esta que descartamos de inmediato, puesto que en Venezuela la creación y supresión de verdaderos servicios públicos es materia de la reserva legal<sup>58</sup>.

---

58 Los verdaderos servicios públicos, en esencia, tienden a restringir -que no impedir- la libertad ilimitada de participación general en la economía, esas restricciones, con el objeto de ser tildadas de constitucionales, deben ser impuestas mediante un acto legislativo con rango de ley en sentido formal a tenor de lo establecido en los artículos 112 y 115 de la Constitución, y cuando se trate de materias consideradas de carácter estratégico, mediante la "ley orgánica" respectiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Estatuto Fundamental (reservas estratégicas de servicios). De igual forma, y en función del poder constituyente, pueden crearse verdaderos servicios públicos de manera directa en el propio Texto Fundamental. Asimismo, la necesidad de dictar una norma con rango de ley en sentido formal, para la creación de servicios públicos, se deriva, por interpretación en contrario, del artículo 196. 6 de la Constitución, norma esta última de carácter estrictamente excepcional, que sólo puede hacerse operativa en casos de "urgencia comprobada", pues el Presidente de la República o el funcionario del Ejecutivo Nacional que haga sus veces, podrá Decretar, gracias a una simple autorización otorgada por la Comisión Delegada, cuya naturaleza evidentemente no se corresponde con la de una ley habilitante, la creación, modificación o suspensión de servicios públicos. En efecto, no debe dejarse pasar por alto, que si bien el Presidente de la República se encuentra facultado para dictar Decretos-Leyes (artículo 236. 8 de la Constitución de 1999), requiere para dictarlos, de la previa *habilitación legal* otorgada por las "tres quintas partes" de la "Asamblea Nacional" (ley habilitante). Ahora bien, la Comisión Delegada se encuentra integrada tan solo por el Presidente y los dos Vicepresidentes de la Asamblea Nacional, más los Presidentes de las Comisiones Permanentes, los cuales, en principio, no son más de quince, por lo tanto, es evidente que, la autorización dada por las *dos terceras partes de la Comisión Delegada* al Ejecutivo Nacional en materia de servicios públicos, *no tiene naturaleza de ley habilitante*, y en consecuencia, los Decretos dictados por el Ejecutivo Nacional con ocasión de tales servicios públicos, *no son Decretos-Leyes propiamente dichos*, todo lo cual, nos hace concluir, que en este tipo de situaciones, los Decretos Especiales de Urgencia dictados en materia de servicios públicos, *no permiten reservar en exclusividad un determinado sector al Estado*, pues precisamente lo que justifica dictarlos es una situación excepcional y bajo un régimen jurídico sumamente "particular" y

En nuestro criterio, tal y como lo hemos advertido en alguna otra oportunidad en referencia a autores españoles:

“La “... noción de servicio público tiene un significado que mantiene desde sus orígenes, que es la reconducción de un sector de actividades socio-económicas a la órbita del poder público, con un marcado carácter instrumental, por cuanto, al margen del distinto régimen jurídico por el que se opte, lo que se pretende es imponer la obligatoriedad de la prestación y la regularidad y continuidad en la misma, así como reafirmar los poderes de la Administración pública titular del servicio... Ante todo, por ser “servicio” la calificación de servicio público debe recaer sobre actividades económicas o sociales que sean prestadas de una manera continua y regular por una organización, destinada a aportar una utilidad, y por ser “público”, dicha prestación debe ser gestionada en nombre de la colectividad y ofrecida a la misma. Con esta primera aproximación se engloban dos distintas concepciones de servicio público: una subjetiva, por la que la titularidad de esa actividad o servicio recae en una Administración Pública, y otra objetiva en la que lo importante es que la actividad se preste bajo un régimen jurídico exorbitante, sin importar la titularidad. Además, por suponer una injerencia en la actividad susceptible de gestión privada, parece lógico requerir, *para que una actividad pueda ser calificada como servicio público, que se produzca una declaración formal expresa, una publicatio, a través de una norma con rango de ley*<sup>59</sup> (Cursivas y resaltado nuestro)”.

En ese contexto, afirma Hernández-Mendible, que:

“...existe un consenso en identificar los elementos configuradores de los servicios públicos. En tal sentido la doctrina científica ha identificado tres elementos esenciales”: **1. El elemento orgánico o subjetivo**, que supone que el servicio público es titularidad del Poder Público, en sus diferentes niveles de manifestación desde el punto de vista vertical; **2. El elemento material, objetivo o sustancial**, implica la existencia de un interés general que el titular de la actividad ha asumido satisfacer, para beneficio de todas las personas, de la colectividad, conforme a la concepción del Estado, que se ha calificado de Social de Derecho. Este interés general puede ser satisfecho directamente por el Poder Público o indirectamente por los particulares, conforme a los supuestos establecidos en la Ley, y; **3. El elemento formal o normativo**, se observa al existir un régimen jurídico exorbitante al de derecho civil, que es aplicable a las relaciones jurídicas que se establecen entre el Poder Público y los usuarios de los servicios públicos<sup>60</sup>”.

---

distinto a ley en sentido formal, la cual, una vez transcurrida la urgencia, deberá regularizar la situación, ya sea manteniendo el servicio público creado durante la urgencia, ya sea suprimiéndolo. En todo caso, bajo el régimen ordinario y general –aclarado el tema excepcional de la urgencia comprobada-, sólo mediante ley podrán crearse servicios públicos, los cuales podrán estar o no, reservados al Estado, pero que en todo caso podrán ser prestados bajo mecanismos habilitantes como la concesión.

59 Garcés San Agustín Ángel citado por Alejandro Enrique Otero M, “Las Fórmulas Organizativas de Regulación e Intervención Estatal sobre los Espacios Acuáticos (La Autoridad acuática)”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 16, Editorial Sherwood, Caracas, Enero-Junio 2003, p. 240.

60 Hernández-Mendible citado por Alejandro Enrique Otero M, “Las Fórmulas Organizativas de Regulación e Intervención Estatal sobre los Espacios Acuáticos (La Autoridad acuática)...”, *Ob. Cit.*, p. 242.

Así pues, para que podamos estar en presencia de un verdadero servicio público, debe existir *publicatio*, es decir, un acto estatal por medio del cual una actividad o ámbito social es declarado como servicio público, *más no necesariamente bajo régimen de reserva exclusiva*<sup>61</sup>. Declaración que puede ser concebida tanto por el poder constituyente como por el poder constituido, pero en definitiva, por el sujeto *qui ius publicandi habuit*. En el primero de los casos, la declaración quedará recogida en el Estatuto Fundamental del Estado, con todas las implicaciones de gradación normativa que ello implica. Cuando la declaración proviene del poder constituido, la regla general es que emane del Poder Legislativo a través de un acto normativo con rango de ley formal, sin embargo, en no pocas ocasiones, la declaración surge del Poder Ejecutivo a través de Decretos-Leyes producidos con ocasión de Leyes Habilitantes y de manera excepcional cuando se produce una emergencia comprobada, gracias a la respectiva autorización del poder legislativo<sup>62</sup>. Entonces, la nota común es que el servicio público siempre encuentra génesis en actos normativos de rango privilegiado, a saber, normas constitucionales o de rango legal (orgánicas u ordinarias).

Ahora bien, debe referirse que:

“No toda *publicatio*, sin embargo, tiene el mismo alcance y finalidad. Hay supuestos en que la *publicatio* tiene por objeto reservar la titularidad de una actividad o servicio a la Administración para que sea gestionada por ésta, bien directamente, o bien indirectamente a través de particulares. Otros supuestos no tienen por finalidad reservar a esa actividad a la Administración, sino simplemente controlar y asegurar la prestación de esa actividad porque satisface un interés general (...) la apreciación de cuándo una necesidad se ha colectivizado y constituye una “necesidad pública indispensable” corresponde al Estado, mediante ‘Ley’<sup>63</sup>”.

Así pues, debe advertirse que no existe en Venezuela norma constitucional o con rango de ley formal, que publique con grado alguno de reserva la actividad de intermediación inmobiliaria, de hecho, en los supuestos en los que esa actividad se desarrolla para la adquisición de una vivienda, que es donde podría detectarse una categórica posibilidad de encontrarnos en presencia de un servicio público en sentido material, la constitución advierte en su artículo 82, que “La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos”, excluyendo de entrada la existencia de titularidad exclusiva en manos del Estado.

---

61 Con esta alusión queremos manifestar que pueden existir actividades consideradas como servicio público, que no necesariamente son de la exclusiva titularidad del Estado.

62 Decretos especiales de urgencia dictados en materia de servicios públicos, que tal como se explicó anteriormente en la nota al pie respectiva, “no son decretos leyes” ni establecen reservas en manos del Estado con respecto a determinada materia (artículo 196.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

63 Garcés San Agustín Ángel citado por Alejandro Enrique Otero M, “Las Fórmulas Organizativas de Regulación e Intervención Estatal sobre los Espacios Acuáticos (La Autoridad acuática)...”, *Ob. Cit.*, pp. 241 y 242.

En definitiva, no se trata de que en Venezuela la intermediación inmobiliaria se encuentra liberalizada, sino que de hecho, jamás ha estado o está publicada; no es ni ha sido un servicio público, ni mucho menos mediante la figura de las “*reservas estratégicas de servicios*” prevista en el artículo 302 del Texto Fundamental, figura esta que para algunos autores, por cierto, es la única fórmula a la que se puede acudir para dejar en manos del Estado la verdadera titularidad de un determinado servicio público, pues entienden –validamente– que *publicatio* no es sinónimo de reserva<sup>64</sup>.

Explica Montero Pascual, adentrándose en el tema de la titularidad de los servicios de interés general, que:

“En los EE.UU., y en general en el mundo anglosajón, los servicios de interés general son ofrecidos por empresas privadas bajo el control de comisiones independientes. Este es un régimen jurídico muy distinto de la concepción continental europea del servicio público, - piedra angular del derecho administrativo-, cuyo núcleo es la reserva de la actividad por parte de autoridades públicas (...) Uno y otro modelo tienen su origen en dos tradiciones históricas, en dos modos de entender el interés general. Por un lado está la noción de “interés común”, resultado de la combinación de los intereses particulares de los ciudadanos. Por otro lado, aparece la noción de “interés público”, diferente y superior a la mera combinación de intereses privados, definido especialmente como el bien de la nación por encima de intereses particulares. Estas diferentes concepciones del interés general, que tienen su precedente más lejano en la filosofía griega, han conducido a diferentes modos de organizar las actividades destinadas a la satisfacción del interés general”<sup>65</sup>.

---

64 Afirma Hernández José Ignacio, que: “No parece necesario insistir sobre la posición terminológica del término servicio público ni volver sobre diversas teorías esbozadas en torno a esa figura, tarea que (...). Basta con señalar, ahora, que la expresión servicio público suele emplearse para referir a actividades prestacionales de interés general. Sólo que, -y esto es relevante- hay cierta tendencia a señalar que la declaración o calificación de una actividad de servicio público implica su ‘asunción por el Estado’, es decir, la llamado *publicatio*. Bajo esta teoría, que hemos denominado *subjetiva*, la expresión servicios públicos alude a actividades prestacionales de interés general cuya gestión ha sido asumida por el Estado, de forma tal que la participación de la iniciativa privada es posible a través de la correspondiente concesión. Frente a esta posición se erige otra, que niega que la sola declaratoria de una actividad como servicio público implique su reserva al Estado. La tesis es denominada *objetiva*, en tanto lo cardinal no es la asunción del servicio por parte del Estado, sino por el contrario, la obligación del Estado de asegurar la gestión de esos servicios, al envolver prestaciones esenciales para la convivencia social (...). En nuestra opinión, servicio público y reserva no son términos coincidentes, en tanto la declaratoria de una actividad como servicio público no entraña, siempre, su reserva al Estado. Para ello se requiere de una *específica, clara y determinante* declaración por parte del Legislador quien, conforme al artículo 302 [de la Constitución], deberá expresar inequívocamente la decisión de reservar al Estado determinada área del quehacer económico. La sola declaratoria de una actividad como servicio público es, pues, insuficiente a fin de entender que esa actividad se encuentra reservada al Estado. *Vid.*, “El Régimen de los Servicios Públicos Municipales”, en *Ley Orgánica del Poder Públicos Municipal*, Colección Textos Legislativos N° 34, 1ª Edición, Caracas, 2005, pp.287, 288 y 291.

65 Montero Pascual, J. J. “Titularidad Privada de los Servicios de Interés General”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 092, CD Editado por la Editorial Civitas, octubre-diciembre, Ma-

Hecha la distinción y no obstante sus implicaciones, consideramos que sí hay verdaderos servicios públicos, que orbitan -o al menos podrían orbitar- alrededor de la actividad de intermediación o correduría inmobiliaria, y que éstos deberían “incorporarse” en la eventual regulación de la actividad, sin convertirla a ella, en sí misma, en un servicio público, regulación que además deberá contener puntuales prerrogativas públicas atribuidas a entes privados -y quizás hasta verdaderas cargas públicas-, con el objeto de garantizar el correcto y eficaz funcionamiento del servicio privado de correduría inmobiliaria, sobre el cual impactan, como se ha dicho desde el inicio del trabajo, elementos socioeconómicos de interés general que deben ser protegidos mediante ley.

A mayor abundamiento, explica Montero Pascual, que:

“El modelo de “interés común” es el predominante en los EE.UU. La prestación de servicio de interés general está encomendada a personas privadas, las cuales, en régimen de competencia, persiguen la satisfacción de su propio interés particular, al mismo tiempo que satisfacen el de sus clientes y el de la comunidad en general. La función de las autoridades públicas es garantizar que el enfrentamiento de intereses particulares no es corrompido por prácticas injustas que impiden la satisfacción del interés común, así como intervenir en el caso de que el mercado no sea plenamente eficiente, imponiendo obligaciones directamente a los prestadores del servicio de interés general. El regulador impone obligaciones o cargas jurídicas a los prestadores privados del servicio público, que adquieren de este modo una responsabilidad jurídica.

**El modelo de “interés público” es el dominante en Europa.** Este interés público **no puede ser definido y perseguido por personas privadas, pues éstas están sólo encaminadas a la consecución de sus intereses privados.** Por esto es necesario que un ente superior defina y gestione la consecución del bien público. Las autoridades públicas son las únicas con legitimidad y poder suficiente para cumplir esta función, y por ello están legitimadas para realizar una reserva de la actividad (*publicatio*) que les permite gestionar directamente, en régimen de monopolio, los servicios públicos (...) (Sin embargo), La gestión de los servicios de interés público podría ser encargada a una persona privada en régimen de concesión, persona que se regiría por el derecho mercantil (evolución que supuso la crisis del concepto ortodoxo de servicio público), pero los servicios serán siempre de titularidad pública, y sólo por decisión de esa autoridad pueden ser delegados” (Resaltado nuestro)<sup>66</sup>.

Concretamente en lo que se refiere a Venezuela, consideramos legal y constitucionalmente posible, que se dicte una ley especial que regule la actividad de intermediación inmobiliaria, atendiendo a los más elementales principios del corretaje privado, más incluyendo algunas particularidades propias de la actividad inmobiliaria.

En lo que concierne a la regulación de la actividad, estimamos contraproducente la creación de un ente público regulador que encuentre fuente de inspiración en el comentado modelo europeo de “interés público”, pues no sólo lo consideramos innecesario,

---

drid 1996, contenido de los 100 primeros números de la Revista Española de Derecho Administrativo.

66 *Íbidem*.

sino que, nos mueve un verdadero ánimo de hacer prevalecer la esencia privada y mercantil de la actividad de corretaje inmobiliario sin acudir a fórmulas *concesionales*. Con fundamento en ese mismo ánimo, descartamos de plano el sistema de corporaciones creadas mediante ley (local en el caso de Argentina), similar al de los colegios profesionales en Venezuela<sup>67</sup>.

Nos inclinamos entonces, por una ley donde se atribuya de manera expresa a las distintas cámaras inmobiliarias (de indiscutible naturaleza privada<sup>68</sup>), la posibilidad de desarrollar “el servicio público de educación” de manera formal, a tenor de lo establecido en los artículos 102, 103, 104, 105, 106, 117 y 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con el objeto de que, bajo el auspicio del Ministerio de Educación Superior y Consejo Nacional de Universidades<sup>69</sup>, una vez fijados los *pensa* respectivos y cumplidos los requisitos pertinentes, puedan, en el ejercicio de verdaderas prerrogativas públicas, dictar completos cursos de capacitación a cualquier persona [que forme parte o no de la respectiva cámara]<sup>70</sup> que deseen dedicarse al “formal oficio” de

---

67 De crearse un verdadero colegio que pretenda agrupar a los habilitados para el ejercicio de la correduría inmobiliaria, consideramos que la colegiación debe ser estrictamente voluntaria.

68 Dispone el artículo 106 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que: “Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla permanentemente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste”. Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Educación, indica que: “La educación, como medio de mejoramiento de la comunidad y factor primordial del desarrollo nacional, es un servicio público prestado por el Estado, o impartido por los particulares dentro de los principios y normas establecidas en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquél y con su estímulo y protección moral y material”.

69 Dispone la Ley de Universidades, que: “Artículo 20: Son atribuciones del Consejo Nacional de Universidades: 1. Definir la orientación y las líneas de desarrollo del sistema universitario de acuerdo con las necesidades del país, con el progreso de la educación y con el avance de los conocimientos.

Con respecto al especial régimen de las universidades privadas, deben consultarse los artículos 173 al 183 de la Ley de Universidades.

70 Lo que justifica el modelo de ensayo educativo en las cámaras inmobiliarias, es precisamente aprovechar toda la experiencia de éstas en la materia. Por lo cual, queda abierta la posibilidad de que otros entes privados o públicos sean habilitados para ello. Sin embargo, consideramos importante que los cursos dictados por las cámaras, sean en principio, abiertos al público, para no “vulnerar” la libertad de asociación prevista en nuestro Texto Fundamental y además no caer, *mutatis mutandi*, en una suerte de pre-colegiación ante un sujeto eminentemente privado. Cualquier tipo de inscripción en entes públicos o privados de naturaleza corporativa, debe ser, insistentemente “voluntaria”. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del “costo” de los referidos cursos, pues con abiertos al público no queremos decir “gratuitos”, ni con “vulneración” a libre asociación queremos caer en exageraciones que lleven a pensar que tal derecho fundamental se vería vulnerado, verbigracia, por la existencia de colegios profesionales. Entiéndase entonces que lo que querido es mantener a la actividad de corretaje inmobiliario, con un grado de incidencia atenuado de derecho público, sin descartarlo, obviamente.

corredores inmobiliarios, con la posibilidad, además, de certificar a los concursantes de manera unilateral (ejecutiva y ejecutoria) y con fuerza *erga omnes*, en atención a los resultados de sus respectivas evaluaciones y meritos, es decir, habilitarlos “realmente” para el ejercicio de sus actividades e inclusive llevar un registro formal de corredores, ya sea a nivel nacional o regional<sup>71</sup>.

En este sentido, se le otorgaría a las cámaras, una regulación “similar” a la de un instituto educativo privado de nivel “técnico superior” (o alguna figura similar como la de un curso avanzado de habilitación de agentes inmobiliarios), pero con la flexibilidad que amerita el caso y para un supuesto bien limitado, es decir, cursos y certificaciones para ejercer actividades en el sector inmobiliario (acto de inmersión)<sup>72</sup>. En todo caso, el tema del refrendo de las certificaciones por parte del Ejecutivo Nacional, podría ser similar, o no, al establecido en la Ley de Universidades, pero ello es un tema que defini-

---

71 Aunque no compartimos plenamente la forma en que fueron abordados algunos aspectos referidos a los “actos autoridad” por Muci Borjas, José A, en su trabajo “Las Bolsas de Valores como Prestatarias de un Servicio Público. Competencia de la Bolsa de Valores para Expedir Actos Administrativos”, es importante la referencia general que hace este autor en el sentido siguiente: “El Legislador, con la finalidad de facilitarle a los particulares la prestación del servicio público que se le encomienda, y a fin de garantizarle a la comunidad la *eficacia, continuidad y regularidad* en la prestación del servicio, confiere a (...) sujetos [privados o particulares], mediante texto expreso de ley, *poderes exorbitantes*, facultándolos así para expedir actos de autoridad. Nos hallamos frente a la denominada descentralización por colaboración y –conforme a la doctrina del Consejo de Estado francés– en estos casos debe aplicarse el Derecho Administrativo al ejercicio de los poderes delegados, ya que se trata de actividades cuya realización compete, en principio, a la Administración Pública, pero que son atendidas por particulares en beneficio de toda la comunidad. En consecuencia, existen supuestos en los cuales personas de Derecho privado quedan habilitadas por ley para expedir actos de autoridad, *en ejercicio ‘delegado’ del poder de imperium del Estado*, y tales actos, por ser verdaderos actos administrativos, dictados –según los casos– en uso de funciones normativas, administrativas o jurisdiccionales, son manifestaciones unilaterales de voluntad con carácter *imperativo*, amparadas por la presunción de *legitimidad, veracidad y legalidad* y, al mismo tiempo, dotadas de *ejecutividad y ejecutoriedad*. Como es lógico y natural, el ejercicio de poderes o potestades públicas por parte de particulares debe rodearse de las mayores garantías, con la finalidad de evitar las arbitrariedades y atropellos a los derechos subjetivos e intereses legítimos de terceros. A título de ejemplo, puede afirmarse válidamente que, en atención al principio de legalidad, el particular sólo puede ejercer las potestades públicas con fundamento en *norma expresa* de ley; que en los casos en que el acto administrativo pueda llegar a incidir desfavorablemente en la esfera jurídica de un tercero, el particular habilitado para el ejercicio de funciones administrativas debe respetar el derecho constitucional a la defensa que asiste a aquél, y debe también respetar la garantía constitucional del debido proceso; y, finalmente, que los actos expedidos por los ‘*particulares investidos de función pública*’, como les denomina la doctrina administrativa en Italia, deben ser necesariamente motivados. Vid., *Liber Amicorum / Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 202-204.

72 Como se dijo anteriormente, estos cursos ya existen, de modo que la ley realmente definiría su adecuación a un plan de estudios formal establecido por el organismo público competente y la posibilidad de habilitar a los corredores para el ejercicio del oficio, entre otras. Con lo cual estaríamos en presencia de un supuesto de incorporación de un sujeto privado al esquema público, frente a su dotación de verdaderas prerrogativas públicas en la ejecución de un servicio público.

tivamente deberá establecerse en la ley especial respectiva, así como también lo será, el que las certificaciones puedan ser expedidas por otros institutos educativos de naturaleza pública.

Adicionalmente, en ejercicio de ese exclusivo, particular, sectorial y especial servicio público de educación, que permitiría un sistema de habilitaciones y registro para el ejercicio formal del oficio, se les atribuiría a las cámaras inmobiliarias, la posibilidad de aplicar sanciones establecidas previamente y de manera común a todas en la ley especial, para castigar la vulneración del catálogo de las obligaciones del corredor inmobiliario, pues, como es obvio, estas obligaciones deben formar parte del esquema ético formativo del que deben estar compuestos los *pensa* respectivos.

En todo caso, lo importante a retener, es que no todas las actividades de las cámaras inmobiliarias serán servicio público, ni mucho menos todas las actividades que desarrollen en ejecución del servicio público de educación estarán envueltas de prerrogativas públicas<sup>73</sup>, en razón de lo cual, la posibilidad de dictar autos de autoridad, se circunscribiría a algunos aspectos cardinales referidos a los cursos, certificaciones, habilitaciones, registro, inscripciones y sanciones, en función de la incorporación<sup>74</sup> de esos entes privados al sistema educativo formal<sup>75</sup>, y como tal, en ese único aspecto, a los lineamientos del organismo público competente, con lo cual, tampoco estaríamos en presencia de un sistema estrictamente idéntico al modelo de “interés común” predominante en los EE.UU, pues sí hay *publificación* del servicio educativo en Venezuela, y de hecho, es de rango constitucional.

---

73 Efectivamente, “...el vocablo ‘prerrogativas públicas’ abarca no solamente los privilegios que puede gozar un organismo sino también las obligaciones que los mismos pueden verse sometidos; igualmente que aquellas ‘prerrogativas’ que derivan del sólo hecho de prestar un servicio público son aquellas ‘sujeciones exorbitantes’ y no facultades exorbitantes; y, en fin, que son las cualidades de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos la verdadera prerrogativa pública que permite catalogar como administrativo las manifestaciones de voluntad, conocimiento o juicio de los particulares que realizan una actividad de servicio público; y, que tales prerrogativas se traducen en la potestad de tomar decisiones unilaterales susceptibles de modificar el ordenamiento jurídico y afectar de mayor o menor manera, directa o indirectamente, los derechos personales o patrimoniales de los destinatarios, en forma tal que puedan ser impuestas a terceros y que presentan para estos un carácter obligatorio, dada la presunción de legalidad, del valor provisional de las decisiones que otorgan un beneficio de autotutela a su autor, del privilegio de ejecución de oficio o forzosa.” Pérez Gómez A., “Los Actos Administrativos de Origen Privado...” *Ob. Cit.*, p. 193.

74 Según explica Pérez Gómez A., En cuanto al fenómeno de la “incorporación”, “para de Corail (Louis-Jean de Corail), uno de los autores contemporáneos que más ha dedicado al estudio de la noción de servicio público, en particular desde la publicación de su tesis de grado en 1954: “*La crise de la notion juridique de service public*”, considera que el servicio público se caracteriza –y por ende se identifica– más que por su aspecto material por su vinculación o “incorporación” a un ente estatal, como toda organización que “dependa” de alguna forma de una colectividad pública”. “Los Actos Administrativos de Origen Privado...” *Ob. Cit.*, p. 67.

75 Sólo esta reducida parcela de actos serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estaríamos entonces en presencia de una regulación a la venezolana – como debe ser en nuestro criterio-, de la actividad de intermediación o corretaje inmobiliario, considerada a la sazón como un estricto *servicio privado de interés colectivo*, pero alrededor del cual orbitaría –o más bien al que se incorporaría- un verdadero servicio público, el educativo.

De esta forma pues, se estarían garantizando dentro de la actividad de intermediación inmobiliaria, prestaciones esenciales para la “armonía o convivencia” socioeconómica colectiva, sin *publicar* el contenido mismo de esa actividad privada, pues se acudiría a un servicio público preexistente por mera incorporación.

En lo que concierne a los contratos de corretaje, deben establecerse reglas mínimas o condiciones “generales” que permitan brindar garantías eficaces a los usuarios del servicio, sin que se perjudique, en todo caso, la libre autonomía de las partes para contratar y donde prevalezca que la intervención de los corredores inmobiliarios, siempre será voluntaria, por lo cual, nadie puede ser obligado a recurrir a ellos para contratar, más sin embargo, sólo a ellos podría acudirse si así se deseara.

Adicionalmente, nada obsta para que, verbigracia, se generen verdaderas cargas públicas en cabeza de las cámaras inmobiliarias y operadores inmobiliarios, como sería el caso de brindar asesoría educativa gratuita en materia protección inmobiliaria durante un número de horas previstas en la ley y hasta la posibilidad de quedar obligados a un número limitado de corredurías sociales, gratuitas o a precios simbólicos, a lo cual podría sumarse, la verdadera existencia de un servicio universal donde se garanticen asesorías y gestorías gratuitas, por supuesto, con sus debidos límites.

Nótese entonces, como sin convertirse la actividad de servicio inmobiliario en un verdadero servicio público, más aún, prevaleciendo su naturaleza de servicio privado, podría garantizarse una actividad con altos niveles de eficiencia, calidad y garantía, habilitándose a sujetos privados especiales para la prestación de un servicio público preexistente, que en efecto puede ser ejecutado por particulares con ánimo de lucro de conformidad con la Constitución, donde se prevé expresamente, que la educación es un proceso fundamental para alcanzar el desarrollo de la persona, el respeto a su dignidad y la prosperidad del pueblo, es decir, la prosperidad, bienestar y felicidad de todos (artículo 3), y en donde además se establece, que la satisfacción progresiva del derecho a la obtención de una vivienda adecuada, es una obligación compartida entre los ciudadanos y el Estado “en todos sus ámbitos” (artículo 82), y; como si fuera poco, que el Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional (...) 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 (artículo 299).

3. *Esquema básico propuesto para la ley*
  - A. Los Corredores Inmobiliarios:
    - a. Condiciones habilitantes para ejercer la correduría inmobiliaria.
    - b. Inhabilidades para ejercer el corretaje inmobiliario.
    - c. Incompatibilidades con el oficio de corredor inmobiliario.
    - d. Funciones y facultades del corredor inmobiliario.
    - e. Deberes y derechos del corredor inmobiliario frente al oferente y al mediatario.
    - f. Normas mínimas para la contratación.
  - B. Funciones de las cámaras inmobiliarias en la correduría inmobiliaria
    - a. La formación educativa de los corredores inmobiliarios
    - b. La licencia de corredor inmobiliario.
      - a. El registro de oferentes y clientes.
      - b. Régimen sancionatorio.
    - c. Aspectos sociales de las cámaras inmobiliarias.
    - d. El servicio universal de correduría inmobiliaria.

## CONCLUSIONES

1. La actividad de intermediación inmobiliaria y más específicamente el corretaje en ese mercado, es un servicio privado de interés colectivo donde debe privar el régimen de autonomía de la voluntad de las partes.
2. La actividad de intermediación inmobiliaria no es un servicio público en sí misma, pues la incidencia del derecho administrativo sobre la actividad, debe limitarse a regular los aspectos formativos y habilitantes para el ejercicio del oficio de corredor inmobiliario, con fundamento en un esquema de “incorporación” al sistema educativo formal venezolano.
3. Es necesaria una regulación especial que garantice el correcto desenvolvimiento de la actividad que desarrollan los operadores inmobiliarios, al encontrarse incidida de aspectos socioeconómicos esenciales protegidos por el Estatuto Fundamental, sobre todo en beneficio de usuarios y clientes del servicio.
5. Debe evitarse la publicación del sector más no la autorregulación.
6. Cualquier aproximación al corretaje inmobiliario debe hacerse desde una perspectiva contractual de derecho mercantil, sin perjuicio de que excepcionalmente pueda predicarse su naturaleza civil, pero siempre contractual.

7. Debe permitirse mediante acto de rango de ley formal, que las cámaras inmobiliarias, con fundamento en su extensa experiencia en la materia, ejecuten el servicio público de educación, en lo concerniente a cursos de capacitación, certificaciones y habilitaciones para el ejercicio del oficio de corredor inmobiliario, en ejercicio de verdaderas prerrogativas públicas y en aras de su formalización. Dejando a salvo la posibilidad de que otros entes privados o públicos, puedan, a futuro, certificar a corredores inmobiliarios.

## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2006

Recopilación y selección  
por Marianella Villegas Salazar  
*Abogado*

### SUMARIO

- I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
  1. *Poder Ejecutivo Nacional: Administración Pública Nacional. 2. Poder Judicial: Tribunales (Régimen procesal transitorio). 3. Poder Público Municipal.*
- II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO
  1. *Administración Financiera. 2. Sistema Impositivo. A. Impuestos. a. Deberes: Productores de Bebidas Alcohólicas. b. Impuesto al Valor Agregado. B. Tasas y otras Contribuciones: Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas.*
- III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA
  1. *Sistema de Identificación. 2. Política de Relaciones Exteriores. A. Tratados, Acuerdos y Convenios. a. Acuerdos y Tratados Multilaterales. b. Acuerdos y Tratados Bilaterales. B. Integración Latinoamericana y Caribeña. 3. Seguridad y Defensa. A. Fuerza Armada. B. Seguridad Ciudadana.*
- IV. DESARROLLO ECONÓMICO
  1. *Régimen Cambiario: Adquisición de Divisas. 2. Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras. 3. Régimen del Mercado de Capitales. 4. Régimen del Comercio Interno. A. Programa Venezuela Móvil. B. Precio Máximo de Venta al Público. 5. Régimen de Energía y Petróleo. 6. Régimen de Desarrollo Agropecuario.*
- V. DESARROLLO SOCIAL
  1. *Educación: Aumento de matrícula y mensualidades. 2. Salud. A. Enfermedades: Normas. B. Vacunación. C. Mortalidad: Notificación. 3. Trabajo. A. Ley Orgánica del Trabajo: Reglamento. B. Ley de Alimentación: Reglamento. C. Sueldos y salarios. D. Jubilaciones y Pensiones. E. Registro Nacional de Empresas y Establecimientos. 4. Cultura. 5. Ciencia y Tecnología. 6. Régimen de la Vivienda: Congelación de Alquileres.*
- VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO
  1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. 2. Régimen de las Telecomunicaciones: Sistema de Comunicaciones de la Defensa Nacional. 3. Régimen del Transporte y Tránsito. A. Transporte y Tráfico Aéreo. B. Transporte y Tráfico Marítimo: Régimen de los Puertos.*

## **I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO**

### *1. Poder Ejecutivo Nacional: Administración Pública Nacional*

Decreto N° 4.595, mediante el cual se dicta el Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 38.464 de 22-6-2006.

### *2. Poder Judicial: Tribunales (Régimen procesal transitorio)*

Resolución N° 2006-0043 del Tribunal Supremo de Justicia, por la cual se prorroga por siete meses contados a partir del 23 de marzo de 2006, la vigencia del régimen procesal transitorio de los Tribunales del Trabajo de las Circunscripciones Judiciales de los estados Barinas, Cojedes, Guárico, Sucre y Táchira. *G.O.* N° 38.429 de 4-5-2006.

### *3. Poder Público Municipal*

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.421 de 21-4-2006.

Ley de los Consejos Comunales. *G.O.* N° 38.416 de 10-4-2006. (Véase *G.O.* N° 5.806 Extraordinario de esa misma fecha).

## **II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

### *1. Administración Financiera*

Decreto N° 4.464 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento N° 3 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público Sobre el Sistema de Tesorería. *G.O.* N° 38.433 de 10-5-2006.

Providencia N° ONT-1.748 del Ministerio de Finanzas, que regula la incorporación de información para la emisión de pagos por concepto de Fondos en Avance o Anticipos. *G.O.* N° 38.469 de 29-6-2006.

Providencia N° ONT-1.749 del Ministerio de Finanzas, que regula la emisión y control de pago de las asignaciones legales correspondientes al Situado Constitucional, Ley de Asignaciones Económicas Especiales (L.A.E.E.) y Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES). *G.O.* N° 38.469 de 29-6-2006.

### *2. Sistema Impositivo*

#### *A. Impuestos*

##### *a. Deberes: Productores de Bebidas Alcohólicas*

Providencia N° SNAT/0165 del Seniat, mediante la cual se Establece el Régimen Simplificado de los Deberes a Cargo de los Productores de Bebidas Alcohólicas Obtenidas de Manera Artesanal. *G.O.* N° 38.423 de 25-4-2006.

b. *Impuesto al Valor Agregado*

Ley Reforma Parcial de la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.435 de 12-5-2006.

B. *Tasas y otras Contribuciones: Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas*

Resolución Conjunta N° DM/1742, DM/0175, DM/084, DM/114 y DM/048 de los Ministerios de Finanzas, de Industrias Ligeras y Comercio, de Agricultura y Tierras, de Salud y de Alimentación, por la cual se establece el Régimen de Administración de Contingentes Arancelarios para los productos que ella se especifican. *G.O.* N° 38.452 de 6-6-2006.

### III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Sistema de Identificación*

Ley Orgánica de Identificación. *G.O.* N° 38.458 de 14-6-2006.

2. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios*

a. *Acuerdos y Tratados Multilaterales*

Ley Aprobatoria de las Enmiendas a la Constitución y el Convenio de la Unión Internacional de Comunicaciones (1992). *G.O.* N° 38.419 de 18-4-2006.

Resolución N° 122 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos relativo a la celebración de la Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de Personas, llevada a cabo del 14 al 17 de marzo de 2006. *G.O.* N° 38.435 de 12-5-2006.

Ley Aprobatoria de la “Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono”. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

Ley Aprobatoria del Convenio Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

Ley Aprobatoria del “Protocolo Modificador del Convenio Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento”. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006. (Reimpresión según *G.O.* N° 38.458 de 14-6-2006).

Ley Aprobatoria del “Protocolo Modificador del Convenio Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento”. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.458 de 14-6-2006.

b. *Acuerdos y Tratados Bilaterales*

Resolución N° DM 128 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo respecto al Proyecto de Bambú entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Popular China. *G.O.* N° 38.441 de 22-5-2006.

Resolución N° DM 136 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia, relativo a la Nueva Televisión del Sur, C.A. *G.O.* N° 38.443 de 24-5-2006.

Resolución N° DM 137 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Comunicado Conjunto sobre el Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Guinea Bissau. *G.O.* N° 38.443 de 24-5-2006.

Resolución N° DM 138 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Comunicado Conjunto relativo al Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Congo. *G.O.* N° 38.443 de 24-5-2006.

Resolución N° DM 139 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Comunicado Conjunto sobre el Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado de Entrea. *G.O.* N° 38.443 de 24-5-2006.

Resolución N° DM 140 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Ucrania, referente a la Supresión del Requisito de Visa para Titulares de Pasaportes Diplomáticos y de Servicio. *G.O.* N° 38.443 de 24-5-2006.

Ley Aprobatoria del “Acuerdo de Cooperación en Materia de Ciencia y Tecnología e Industrias Básicas y Minería, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental de Uruguay”. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

Ley Aprobatoria del Acuerdo en el Ámbito del Desarrollo del Programa VENESAT 1 (Sistema Satelital Simón Bolívar) para el Uso Conjunto de la Posición Orbital 78° solicitada por la República Oriental del Uruguay para el Programa URUSAT-3 entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay; suscrito en la ciudad de Caracas, el día 14 de marzo de 2006. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

Ley Aprobatoria del Convenio para el Desarrollo Social entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

Ley Aprobatoria del “Convenio de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, en el Área de Vivienda”. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

Ley Aprobatoria del “Acuerdo de Cooperación en el Campo de la Salud y Medicina, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay”. Número 38.455. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Comercial entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular Democrática de Corea. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

Ley Aprobatoria del Convenio Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba. *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

#### B. *Integración Latinoamericana y Caribeña*

Resolución N° DM 212 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo de Cooperación Energética Petrocaribe entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Haití. *G.O.* N° 38.470 de 30-6-2006.

### 3. *Seguridad y Defensa*

#### A. *Fuerza Armada*

Resolución N° DD-035790 del Ministerio de la Defensa, por la cual se dictan las Disposiciones que Regirán el Programa Piloto para la Profesionalización del Personal de Tropa Alistada Perteneciente a la Fuerza Armada Nacional. *G.O.* N° 38.451 de 5-5-2006.

#### B. *Seguridad Ciudadana*

Resolución N° 189 del Ministerio del Interior y Justicia, por la cual corresponde al Ministerio del Interior y Justicia, en su carácter de Coordinador de los Órganos de Seguridad Ciudadana, la supervisión, vigilancia, seguimiento, evaluación y establecimiento de Alcabalas y Puntos Policiales de Control Móvil en áreas Urbanas en las vías, lugares o establecimientos públicos en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. *G.O.* N° 38.441 de 22-5-2006.

## IV. **DESARROLLO ECONÓMICO**

### 1. *Régimen Cambiario: Adquisición de Divisas*

Providencia N° 075 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), que reforma la Providencia N° 064, mediante la cual se establecen los Requisitos, Controles y Trámites para la Adquisición de Divisas destinadas al Pago de Consumos en el Exterior. *G.O.* N° 38.468 de 28-6-2006. (Reformado según *G.O.* N° 38.513 de 1-9-2006).

2. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*

Resolución N° 013-06 del Ministerio para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se fija en un diez por ciento (10%) el porcentaje mínimo sobre la cartera de crédito bruta que, con carácter obligatorio, deben colocar con recursos propios, los Bancos; Instituciones Financieras y cualquier otro ente autorizado por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, en el otorgamiento de créditos hipotecarios destinados a la adquisición, construcción autoconstrucción; ampliación o remodelación de vivienda principal en las condiciones establecidas en la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y demás regulaciones dictadas por los organismos competentes.- (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.415 de 7-4-2006.

Resolución N° 06-04-02 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que 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, autorizados para recibir depósitos de ahorro, no podrán efectuar cobro alguno a sus clientes por los conceptos que en ella se señalan, en los términos que en ella se indican. (Reformada por la Resolución N° 06-08-01 de la *G.O.* 38.507 del 24-8-06). *G.O.* N° 38.419 de 18-4-006.

Providencia N° SNAT/2005/1181 del Seniat, por la cual se informa que la tasa de interés activa promedio fijada por el Banco Central de Venezuela para el mes de septiembre de 2005, ha sido de 15,06%. *G.O.* N° 38.423 de 25-4-2006.

Resolución N° 233.06 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se establece un Índice de Solvencia Patrimonial a los bancos y demás instituciones financieras. *G.O.* N° 38.439 de 18-5-2006.

Resolución N° DM/022 del Ministerio de Turismo, por la cual se fija que el cumplimiento del porcentaje mínimo del dos coma cinco por ciento (2,5%) sobre la cartera de crédito bruta al 31 de diciembre de 2005, que los bancos comerciales y universales deben destinar al financiamiento del sector turismo, se efectuará en la forma que en ella se señala. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.455 de 9-6-2006.

3. *Régimen del Mercado de Capitales*

Resolución N° 038-2006 de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se dictan las Normas Relativas a la Oferta Pública y Colocación Primaria de Obligaciones, Papeles Comerciales y Títulos de Participación por Parte de Entes Multilaterales. *G.O.* N° 38.428 de 3-5-2006.

#### 4. *Régimen del Comercio Interno*

##### A. *Programa Venezuela Móvil*

Resolución N° DM/0180 del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, por la cual se establecen las normas, condiciones y modalidades para la venta, información, publicidad y demás características del vehículo participante en el Programa Venezuela Móvil. *G.O.* N° 38.465 de 23-6-2006.

##### B. *Precio Máximo de Venta al Público*

Resolución Conjunta N° DM/0173, DM/054 y DM/079 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio, de Agricultura y Tierras y de Alimentación, por la cual se fija el precio de la Sardina (sardinilla aurita) y de sus diferentes presentaciones. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.445 de 26-5-2006.

#### 5. *Régimen de Energía y Petróleo*

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos. *G.O.* N° 38.443 de 24-5-2006. (Reimpresa según *G.O.* N° 38.493 de 4-8-2006).

Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas en el Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos. *G.O.* N° 38.419 de 18-4-2006.

Resolución N° 049 Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se establecen los Requisitos que deberán cumplir las personas naturales o jurídicas que estén interesados en importar productos derivados de hidrocarburos, de la manera que en ella se especifica. *G.O.* N° 38.411 de 3-4-2006.

Decreto N° 4.524, mediante el cual se exceptúan de la aplicación de las normas contenidas en el Decreto N° 1.648 de fecha 15 de enero de 2002 publicado en la *G.O.* N° 37.429 de fecha 24 de abril de 2002, a las actividades de exportación de gasolina y gasoil destinados a los Departamentos fronterizos de la República de Colombia. *G.O.* N° 38.446 de 29-5-2006.

Resolución N° 119 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se aplican las disposiciones de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y su Reglamento a los yacimientos de gas natural asociado, salvo a las reservas de crudos o condensados. *G.O.* N° 38.447 de 30-5-2006.

Resolución N° 138 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se establecen los fletes para el transporte de las gasolinas de motor y combustible diesel automotor, desde las plantas de suministro propiedad de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA). *G.O.* N° 38.462 de 20-6-2006.

#### 6. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas. *G.O.* N° 38.419 de 18-4-2006.

### V. **DESARROLLO SOCIAL**

#### 1. *Educación: Aumento de matrícula y mensualidades*

Resolución Conjunta N° DM/0181 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Educación y Deportes, por la cual se fija para el año escolar 2006-2007, un índice porcentual de quince por ciento (15%), como límite máximo de aumento en el cobro de la matrícula y mensualidades en los planteles educativos privados, que imparten enseñanza en los niveles de educación inicial, básica, media diversificada y profesional, ubicados en todo el territorio nacional. *G.O.* N° 38.468 de 28-6-2006.

Resolución Conjunta N° DM/0182 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Educación y Deportes, por la cual se establece el procedimiento mediante el cual la Sociedad de Padres, Madres y Representantes, determinará el aumento de la matrícula y mensualidades de cada plantel educativo privado, en los niveles de educación inicial, básica, media diversificada y profesional. *G.O.* N° 38.468 de 28-6-2006.

#### 2. *Salud*

##### A. *Enfermedades: Normas*

Resolución N° 049 del Ministerio de Salud, por la cual se dispone tener como oficial el Tomo I contentivo de las Normas para el Manejo y Tratamiento de las Enfermedades Cardiovasculares Priorizadas: Hipertensión Arterial, Cardiopatías Isquémica y Enfermedades Cerebrovasculares (2006). *G.O.* N° 38.411 de 3-4-2006.

##### B. *Vacunación*

Resolución N° 067 del Ministerio de Salud, por la cual se declara obligatoria la vacunación contra el Sarampión y la Rubéola, para todas aquellas personas mayores de seis meses de edad, de nacionalidad venezolana o extranjeros residentes en la República Bolivariana de Venezuela y que se trasladen fuera del continente americano a través de aeropuertos o puertos internacionales del país. *G.O.* N° 38.425 de 27-4-2006.

##### C. *Mortalidad: Notificación*

Resolución N° 076 del Ministerio de Salud, por la cual se declara la mortalidad materna e infantil (niñas y niños menores de cinco años), como suceso de notificación obligatoria, por parte del personal de los establecimientos médico asistenciales públicos y privados de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 38.428 de 3-5-2006.

### 3. Trabajo

#### A. *Ley Orgánica del Trabajo: Reglamento*

Decreto N° 4.447 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. *G.O.* N° 38.426 de 28-4-2006.

#### B. *Ley de Alimentación: Reglamento*

Decreto N° 4.448 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores. *G.O.* N° 38.426 de 28-4-2006.

#### C. *Sueldos y salarios*

Decreto N° 4.446 de la Presidencia de la República, mediante el cual se unifica el salario mínimo para las empresas de menos de 20 trabajadores, conserjes y trabajadores domésticos y se establece el salario mínimo que regirá a partir del 1 de septiembre de 2006, en los términos que en él se indican. *G.O.* N° 38.426 de 28-4-2006.

#### D. *Jubilaciones y Pensiones*

Ley de Reforma Parcial de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. *G.O.* N° 38.426 de 28-4-2006. (Reimpresión según *G.O.* N° 38.501 de 16-8-2006).

#### E. *Registro Nacional de Empresas y Establecimientos*

Resolución Conjunta N° 4606, 015 y 221 de los Ministerios del Trabajo, para la Economía Popular y para la Vivienda y Hábitat, por la cual se concentra en el Registro Nacional de Empresas y Establecimientos, adscritos al Ministerio del Trabajo, la recopilación de requisitos comunes necesarios para la obtención de las solvencias que otorgan los distintos organismos adscritos al Ministerio del Trabajo, Ministerio para la Economía Popular y Ministerio para la Vivienda y Hábitat. *G.O.* N° 38.439 de 18-5-2006.

### 4. Cultura

Decreto N° 4.522 del Presidente de la República, mediante el cual se dispone que la Fundación “La Casa de Bello”, se denominará en lo adelante “Casa Nacional de las Letras Andrés Bello”. *G.O.* N° 38.446 de 29-5-2006.

### 5. Ciencia y Tecnología

Resolución N° 349 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por la cual se dictan las Bases mediante las cuales se regirá el Otorgamiento del Premio Nacional de Ciencia y Tecnología, en su Edición del año 2006. *G.O.* N° 38.417 de 11-4-2006.

Resolución N° 350 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por la cual se dictan las Bases mediante las cuales se regirá el Otorgamiento del Premio Nacional al mejor trabajo Científico, Tecnológico y de Innovación, en su Edición del año 2006. *G.O.* N° 38.417 de 11-4-2006.

Resolución N° 351 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por la cual se dictan las Bases mediante las cuales se regirá el otorgamiento del Premio Nacional a la Inventiva Tecnológica Popular “Luis Zambrano”, en su Edición del año 2006. *G.O.* N° 38.417 de 11-4-2006.

#### 5. *Régimen de la Vivienda: Congelación de Alquileres*

Resolución Conjunta N° 0165 y 048 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Infraestructura, por la cual se prorroga por seis (6) meses la medida de congelación de alquileres contenida en la Resolución Conjunta 152 y 046, de fecha 18 de mayo de 2004, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.941, de fecha 19 de mayo de 2004. *G.O.* N° 38.437 de 16-5-2006.

## VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

#### 1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*

Resolución N° 216 del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, por la cual se dictan las Normas sobre Aprovechamiento de la Especie Samán. *G.O.* N° 38.443 de 24-5-2006.

Resolución N° DM/078 del Ministerio de Agricultura y Tierras, por la cual se crea la Guía Única de Despacho para Movilización de Animales, Productos y Subproductos de Origen Animal. *G.O.* N° 38.445 de 26-5-2006. (Derogada según *G.O.* N° 38.524 de 18-9-2006).

#### 2. *Régimen de las Telecomunicaciones: Sistema de Comunicaciones de la Defensa Nacional*

Resolución N° DD-035791 del Ministerio de la Defensa, por la cual se dicta la Directiva General que Regula el Otorgamiento de Concesiones o Permisos en las Estaciones Repetidoras del Sistema de Comunicaciones de la Defensa Nacional. *G.O.* N° 38.451 de 5-5-2006. (Reimpresa por la Resolución N° DG-036621, publicada en la *G.O.* 38.518 de 8-9-2006).

#### 3. *Régimen del Transporte y Tránsito*

##### A. *Transporte y Tráfico Aéreo*

Providencia N° PRE-CJU-046-06 del Instituto Nacional de Aviación Civil (INAC), por la cual se dispone que el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil regulará a través de los Derechos Aeronáuticos la valoración económica por prestación de servicios causados

para la expedición de las Licencias y de los Certificados Médicos del Personal Técnico Aeronáutico venezolano, actividades conexas y otros servicios prestados por este Instituto. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.446 de 29-5-2006.

B. *Transporte y Tráfico Marítimo: Régimen de los Puertos*

Resolución N° 056 del Ministerio de Infraestructura, por la cual se suspende en todo el territorio nacional, el otorgamiento de concesiones, habilitaciones y autorizaciones para construir, mantener, operar o administrar puertos. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.450 de 2-6-2006. (Derogada según Resolución N° 079, publicada en la *G.O.* N° 38.495 de 8-8-2006).



# DOCTRINA ADMINISTRATIVA



# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Segundo Trimestre Año 2006\**

Recopilación y selección  
por José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Montevila,  
Universidad Central de Venezuela y  
Profesor Invitado del Instituto de  
Estudios Superiores de Administración (IESA)*

### SUMARIO

#### **I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA**

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* A. Concepto y funciones de la competencia. B. El test del monopolista hipotético. C. Naturaleza y funciones de la SPPLC.
2. *Ámbito de aplicación de la LPPLC.*
3. *El mercado relevante.* A. Concepto de mercado relevante. B. Definición de mercado producto. C. Definición de mercado geográfico.

#### **II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA**

1. *La prohibición residual.*
2. *Prácticas exclusionarias.*
3. *Boicot.*
4. *Manipulación de factores de producción.*
5. *Decisiones colectivas.*
6. *Acuerdo entre competidores.*
7. *Concentraciones económicas.* A. Concepto de concentraciones económicas. B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas.
8. *Contratos verticales.*
9. *El abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio. B. Condiciones de procedencia del abuso de la posición de dominio.
10. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. Presupuestos de procedencia de la competencia desleal. C. Simulación de productos.

---

\* Abreviaturas utilizadas: DA/RDP: Doctrina Administrativa contentiva de las Resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia publicada en esta Revista. LPPLC: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. SPPLC: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El texto de las Resoluciones ha sido tomado de la página [www.procompetencia.gob.ve](http://www.procompetencia.gob.ve).

Para facilitar el análisis concordado de las Resoluciones de la SPPLC, nos referimos, cuando sea pertinente, a las Resoluciones de la SPPLC contenidas en anteriores recopilaciones aparecidas en esta Revista.

## I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Conceptos claves de la libre competencia*

#### A. *Concepto y funciones de la competencia*

Caso: Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press.<sup>1</sup>

Resolución N° SPPLC/0026-2006                      22-06-06

#### **Las franquicias y el Derecho de la Competencia**

Es evidente entonces, que en el caso del contrato de franquicia el legislador nos indica que los mismos, luego de ser analizados por medio de la regla de la razón, son considerados como acuerdos verticales que aumentan el nivel de eficiencia en la organización productiva y en la distribución, en donde los efectos benéficos para el desarrollo de los bienes o servicios de que se trate y, por ende para el consumidor, derivados de esa eficiencia económica, superan en forma contundente a sus posibles efectos anticompetitivos.

Tomando en consideración todo lo antes expuesto, se evidencia que todo contrato de franquicias que presente una o más de estas restricciones no será considerado, en principio, limitativo de la libre competencia, sin embargo, siempre existirán algunos casos, donde dichas restricciones impuestas por el franquiciante excedan los límites normales de supresión de la competencia, produciendo entonces un daño al mercado y por tanto que sea susceptible de ser sancionable por esta Superintendencia.

#### B. *El test del monopolista hipotético*

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros<sup>2</sup>

Resolución N° SPPLC/0017-2006                      25-04-06

#### **El test del monopolista hipotético**

Con la finalidad de determinar si un monopolista hipotético está en posición de ejercer poder de mercado, es necesario evaluar las posibles respuestas de la demanda y de la oferta ante un incremento significativo y no transitorio en el precio de los productos. Los consumidores podrían neutralizar y hasta anular un incremento hipotético de precios, al comenzar a demandar otros productos que satisfagan las mismas necesidades o comenzar a adquirir el mismo producto elaborado por otras empresas ubicadas en otras áreas geográficas. La naturaleza y magnitud de este tipo de respuesta de demanda y oferta determinan el mercado producto y del mercado geográfico respectivamente.

---

1 Sobre las franquicias, *Vid.* DA/RDP N° 104, p. 58.

2 En relación con este punto, *Vid.* DA/RDP N° 104, p. 59.

C. *Naturaleza y funciones de la SPPLC*

Caso: Productos Agroindustriales, C.A. vs. Grupo Dicprocher, C.A.<sup>3</sup>  
Resolución N° SPPLC/0028-2006 06-06-06

**Las funciones de la SPPLC**

Ahora bien, es conocido que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia ha sido creada con el objeto de que funja como ente regulador en materia de competencia en Venezuela, tiene a su cargo la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia, y destacan entre sus atribuciones la de determinar la existencia o no de prácticas o conductas prohibidas.

De manera que, es el organismo competente para conocer de todos los asuntos inherentes al ejercicio del derecho a la libertad económica en el marco de los postulados sobre libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores.

Caso: Productos Agroindustriales, C.A. vs. Grupo Dicprocher, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0028-2006 06-06-06

**La incompetencia de la SPPLC para dirimir conflictos subjetivos de propiedad intelectual**

Es decir, en materia de derechos intelectuales, la Superintendencia no emite opinión acerca de la validez o no de un registro de patente, pero sí, sobre cualquier asunto inherente a la simulación de productos, pero en el caso en particular lo que se discute es el derecho marcario que tiene o no la sociedad mercantil Proaica sobre las etiquetas números 96.237-F, 96.238-F, 61.840, por lo que no es la Superintendencia la facultada para conocer sobre ello, sino el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI).

2. *Ámbito de aplicación de la LPPLC*<sup>4</sup>

Caso: Productos Agroindustriales, C.A. vs. Grupo Dicprocher, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0028-2006 06-06-06

**Operadores económicos sometidos a la LPPLC**

De conformidad con el artículo transcrito *ut supra*, uno de los elementos necesarios para determinar cuáles son los sujetos que están sometidos al imperio de la Ley que tutela la libre competencia, es que se realicen actividades económicas, entendiéndose por ello toda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos, según lo dispone el artículo 3 *ejusdem* (...).

---

3 En sentido similar, *Vid.* DA/RDP N° 103, p. 72.

4 Véase DA/RDPN° 105, p. 65.

### 3. *El mercado relevante*

#### A. *Concepto de mercado relevante*<sup>5</sup>

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros  
Resolución N° SPPLC/0017-2006      25-04-06

##### **Definición del mercado relevante**

Conceptualmente, el mercado relevante se define como el grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia.

#### B. *Definición de mercado producto*

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros  
Resolución N° SPPLC/0017-2006      25-04-06

##### **Definición del mercado producto**

La determinación del mercado producto busca establecer cuál es el conjunto mínimo de productos o servicios, cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética, para poder lograr un aumento de precios rentable y sostenible en el tiempo. (...) Dentro de este conjunto estarán incluidos aquellos productos a los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores, si se produjera un incremento dado en el precio cualquiera de ellos. De igual forma, dicho conjunto abarca aquellos productos que, como resultado de la reacción de otras empresas competidoras frente al aumento, se convertirán en alternativas ciertas para el consumidor a corto plazo. Estos dos grupos de productos se determinan a través de la sustituibilidad por el lado de la demanda y la sustituibilidad por el lado de la oferta.

#### C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros  
Resolución N° SPPLC/0017-2006      25-04-06

##### **Definición del mercado geográfico**

Conceptualmente, el mercado relevante se define como el grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia.

---

5. No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el segundo trimestre de 2006.

## II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *La prohibición residual*

Caso: Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press.

Resolución N° SPPLC/0026-2006            22-06-06

#### **Carácter residual del artículo 5 de la LPPLC**

Sobre el artículo transcrito anteriormente, quiere esta Superintendencia señalar, que ya en varias Resoluciones anteriores (ver Resoluciones N° SPPLC/0049-2000, N° SPPLC/0001-99, SPPLC/ 035-99, entre otras) se ha establecido que el mencionado artículo tiene carácter residual y sólo se aplica a todas aquellas conductas contrarias a la libre competencia que no previó expresamente el legislador.

Dicho carácter residual opera, por tanto, en el caso de prácticas no contempladas en alguna prohibición particular. En tal caso, la parte que formula la denuncia debe indicar expresamente en su escrito el supuesto, práctica, estructura corporativa o arreglo que no encuadra en los demás, así como los argumentos que la sustentan.

### 2. *Prácticas exclusionarias*<sup>6</sup>

Caso: Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press.

Resolución N° SPPLC/0026-2006            22-06-06

#### **Las condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias**

En el artículo arriba transcrito, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, prohíbe las prácticas conocidas en la doctrina como prácticas exclusionarias, prácticas éstas, que implican intentos por parte de un agente económico de eliminar a sus competidores para lograr una mayor posibilidad de ejercer poder de mercado.

### 3. *Boicot*<sup>7</sup>

Caso: Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press.

Resolución N° SPPLC/0026-2006            22-06-06

#### **El concepto de boicot**

Entonces, en el campo de la competencia, el boicoteo se refiere en específico al tercero de los supuestos planteados, es decir, la actuación dañosa ejecutada por un tercero,

---

6 Cfr.: DA/RDA N° 105, pp. 66.

7 DA/RDP N° 105, p. 66.

a instigación de otro, a fin de lograr un beneficio que este último pretende obtener con el daño. En conclusión, cuando el boicoteo es ejecutado por un grupo de competidores, esto es castigado como acuerdo horizontal; en el caso de ser producto de una posición dominante, a través de la prohibición de abusar de ella; y cuando es ejecutado a través de un tercero incitado, es prohibido como un boicoteo en sí mismo, es decir, en sentido estricto. Es el último de los sentidos explicados donde se inscribe el artículo 7° de la Ley que se comenta, el cual prohíbe aquellas actuaciones que restrinjan la competencia a incitar a terceros sujetos a esta Ley a no ejecutar una serie de conductas que causarían un grave perjuicio al afectado por ellas (...)

#### 4. *Manipulación de factores de producción*<sup>8</sup>

Caso: Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press.

Resolución N° SPPLC/0026-2006                      22-06-06

##### **Concepto de manipulación de factores de producción**

Dentro de este contexto, ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Superintendencia que la manipulación de los factores de producción, restringirá la libre competencia, cuando el manejo de dichos factores por un agente económico tienda a impedir la entrada de nuevos competidores o provocar la salida injustificada de aquellos que compiten actualmente. Además, la manipulación de los factores productivos también podría manifestarse como una práctica de explotación, que afecte no sólo a los competidores sino también a aquellos agentes que dependan del bien o servicio manipulado para desarrollar su proceso de producción. En este sentido es tipificada como una práctica de tipo exclusionaria.

#### 5. *Decisiones colectivas*

Caso: Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press.<sup>9</sup>

Resolución N° SPPLC/0026-2006                      22-06-06

##### **Concepto de decisiones colectivas**

El artículo precedente, plantea la posibilidad de que en el seno de asociaciones se gesten acuerdos que tenga como efecto restringir o impedir la libre competencia entre sus miembros o que en el transcurso de una asamblea de socios se pacte lesionar la competencia inter socios. Con lo cual, es claro que para que una conducta encuadre en el tipo legal la misma debe emanar de una asociación, federación o cooperativa y constar en un acuerdo o convenio, o bien, ser el producto de una decisión tomada en una asamblea de sociedad mercantil.

---

8 Vid. DA/RDP N° 105, p. 66.

9 Vid. DA/RDP N° 97-98, pp. 85 y ss.

6. *Acuerdo entre competidores*<sup>10</sup>

Caso: Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press.

Resolución N° SPPLC/0026-2006                      22-06-06

**Requisitos de ilicitud de los acuerdos entre competidores**

Con respecto al artículo *ut supra* citado, se ha de señalar que ha sido doctrina reiterada de esta Superintendencia establecer que existen tres condiciones necesarias que conllevan a la configuración de una violación de dicho artículo, a saber: a) que su comisión se atribuya a agentes económicos competidores b) que la conducta sea producto del concierto de voluntades que produzca una acción conjunta, y c) el objeto de dicha conducta debe estar previsto en los ordinales del artículo 10 de la mencionada ley.

7. *Concentraciones económicas*<sup>11</sup>A. *Concepto de concentraciones económicas*

Caso: Telvenco, C.A.

Resolución s/N°    09-05-06

**Concepto de concentraciones económicas**

Las operaciones de concentración económica pueden definirse como la modificación con carácter estable de la estructura de una empresa o parte de una empresa, con independencia de que dicha empresa o parte de la misma tenga personalidad jurídica propia (...).

B. *Análisis de las operaciones de concentración económicas*a. *Índice de concentración*

Caso: Telvenco, C.A.

Resolución s/N°    09-05-06

**Índice de concentración en el mercado relevante**

Entonces, el grado de concentración del mercado es un indicador que permite apreciar la estructura del mercado, y en la mayoría de los casos se estima en función de las participaciones de las empresas involucradas en él. Esto es así porque lo que pretende interpretar la participación de mercado es la posibilidad de un agente de adaptarse rápidamente a variaciones en el mercado, aproximándose a su desempeño competitivo.

---

10 *Vid.* DA/RDP N° 105, p. 67.

11 DA/RDP N° 103, p. 77 y ss.

b. *Eficiencias*

Caso: Telvenco, C.A.

Resolución s/N°

09-05-06

**Las eficiencias derivadas de de operaciones de concentración económica**

Las consideraciones sobre eficiencia que toma en cuenta la Superintendencia, sin embargo, se realizan desde la óptica del interés público, de manera que no es suficiente que esas eficiencias sean beneficiosas para las partes que se concentran sino que deben, de alguna manera, traducirse en ventajas económicas para los consumidores, es decir, a la hora de evaluar las eficiencias, en orden de determinar los efectos netos que una operación de concentración tiene sobre el mercado, se tiene que tener presente que dichas eficiencias no puedan ser obtenidas de otras maneras. En efecto, si existe otra forma de alcanzar las eficiencias sin necesidad de que las empresas se concentren, éstas no se tomarán en consideración.

8. *Contratos verticales*Caso: Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press.<sup>12</sup>

Resolución N° SPPLC/0026-2006

22-06-06

**Las condiciones de ilicitud de los contratos verticales**

De la norma transcrita, y siendo criterio reiterado por esta Superintendencia, se pueden establecer los tres requisitos o elementos de tipicidad que deben cumplir para determinar que se ha efectuado la práctica tipificada en el artículo 12:

1. Que se trate de un contrato, ya no, cualquier acuerdo o concertación;
2. Que el objeto del mismo sea la fijación de precios u otras condiciones de contratación para venta de bienes o prestación de servicios a terceros;
3. Finalmente; que los efectos de la práctica sean restrictivos de la libre competencia; en la que debe cumplirse alternativamente con algunas de las siguientes opciones:
  - bien que haya sido suscrito para producir una limitación a la libre competencia,
  - que en efecto la produzca,
  - que la pudiere producir (en estos dos últimos casos, aun cuando la intención o finalidad de los contratantes no fuera entorpecer o limitar la libre competencia).

---

12 Vid. DA/RDP 97-98, pp. 89 y ss.

9. *El abuso de la posición de dominio*

A. *Principios generales del abuso de la posición de dominio*

Caso: Tadeo Anzoátegui, C.A. vs. Lirka Ingeniería C.A.<sup>13</sup>

Resolución N° SPPLC/0018-2006 25-04-06

**Concepto de posición de dominio**

La posición de dominio se refiere o bien a una situación donde una empresa no tiene ningún competidor o bien a una situación donde una empresa actúa con independencia de sus competidores, es decir, sin tomarlos en cuenta por el hecho de que estos no representan una competencia real o efectiva.

Por lo tanto, la posición de dominio se refiere a una situación donde una empresa no tiene competencia, ya sea porque no tiene competidores o porque estos no rivalizan efectivamente con ella.

B. *Condiciones de procedencia del abuso de la posición de dominio*

Caso: Tadeo Anzoátegui, C.A. vs. Lirka Ingeniería C.A.<sup>14</sup>

Resolución N° SPPLC/0018-2006 25-04-06

**Condiciones de ilicitud del ejercicio de la posición de dominio**

Es importante señalar que las conductas enunciadas en los ordinales del artículo 13 de la Ley solo son restrictivas en la medida en que las realice una empresa en posición dominante. Si estas mismas prácticas las realiza una empresa que actúa en un mercado competido, los consumidores o competidores que se vean afectados por ellas pueden recurrir a otros proveedores y, de esta manera, evitar los perjuicios que les causan. Pero si la empresa está en posición de dominio, este tipo de prácticas tipificadas en los ordinales del artículo 13° necesariamente tendrán efectos que habrán de ser soportados por los participantes en el mercado relevante.

Caso: Tadeo Anzoátegui, C.A. vs. Lirka Ingeniería C.A.<sup>15</sup>

Resolución N° SPPLC/0018-2006 25-04-06

**De la imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización**

Entonces, la práctica contenida en el ordinal primero del artículo 13° *ejusdem* es comúnmente conocida con el nombre de discriminación de precios. Esta práctica es

---

13 Vid. DA/RDP N° 105, p. 67.

14 Vid. DA/RDP N° 101, pp. 79 y ss. Véase también la Resolución N° SPPLC/0026-2006 de 22 de junio de 2006, caso *Fábrica de Ganchos La Percha, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías Quick Press*.

15 Vid. DA/RDP N° 103, p. 82.

aquella en la que el vendedor cobra precios diferentes a cada comprador o grupo de ellos, sin que ello pueda justificarse en diferencias de costos o prácticas usuales o comunes del comercio.

(...)

Por lo tanto, los elementos de tipicidad requeridos para que se configure un abuso de posición de dominio por trato discriminatorio son los siguientes:

1. Que la empresa que realiza la práctica detente una posición de dominio en el mercado relevante.
2. Que exista una forma de abuso en el ejercicio de una posición de dominio, expresadas entre otros, a través de la aplicación a los diferentes clientes de diferencias en los precios (sin justificación de diferencias de costos) por la prestación de servicios similares, las cuales no puedan justificarse por razones de comerciales o por prácticas usuales del comercio.

#### 10. *Competencia desleal*

##### A. *Principios generales de la competencia desleal*

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros<sup>16</sup>

Resolución N° SPPLC/0017-2006      25-04-06

##### **La ratio de la prohibición de la competencia desleal**

Podemos comenzar por afirmar que la prohibición de la competencia desleal se dirige a proteger una vertiente esencial del funcionamiento de los mercados, esto es, la reputación comercial y la integridad tanto de los derechos de las empresas como de los consumidores.

Tal aseveración se hace evidente al observar que cuando se agrede con falsa información la reputación de una empresa, o las cualidades de un producto, lo que se está atacando es la condición subjetiva que lleva a cada comprador a relacionar un color, un nombre comercial, un empresario en particular, o una determinada firma, con la calidad del producto que ese empresario vende.

En otras palabras, aquel que realiza el acto de competencia desleal genera un triple daño, a saber; 1.- al sujeto pasivo, que soporta los efectos de la práctica anticompetitiva y que probablemente verá una merma en su clientela, 2°.- el consumidor que resulta engañado (confundido) en cuanto al productor o la calidad del bien o servicio que está adquiriendo y 3.- el mercado, afectado por la conducta desleal del sujeto activo de la relación.

---

<sup>16</sup> Vid. DA/RDP N° 104, p. 62.

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros<sup>17</sup>  
Resolución N° SPPLC/0017-2006 25-04-06

**Estructura del artículo 17 de la LPPELC**

De la simple lectura del artículo transcrito, se puede observar que el mismo se encuentra estructurado mediante dos componentes fundamentales, estos son, en primer lugar, un supuesto general (contenido en su encabezado); y de seguidas una enumeración meramente enunciativa de algunas de las situaciones que se entienden como actos que pueden realizar los agentes económicos para atentar contra el normal funcionamiento de los mercados, esto es, la reputación comercial y la integridad tanto de los derechos de las empresas y como de los consumidores.

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros  
Resolución N° SPPLC/0017-2006 25-04-06

**Los sujetos a quienes aplica la prohibición de la competencia desleal**

Ahora bien, habiéndonos referido al presupuesto subjetivo de necesaria comprobación para la determinación de que se ha realizado un acto de competencia desleal, resulta conveniente referirnos a continuación sobre el presupuesto objetivo (él quien) es el sujeto al cual se le puede atribuir la realización de dicha práctica anticompetitiva, para lo cual, en primer lugar, resulta conveniente señalar que ha sido doctrina reiterada de esta Superintendencia, señalar que el sujeto activo en un caso de competencia desleal es aquel que sea susceptible de desarrollar actividades económicas. (Ver Resoluciones N° SPPLC/0033 -99 de fecha 4 de junio de 1999 - Caso: *SWAGELOK*, N° SPPLC/0049-99 de fecha 10 de Agosto de 1999- Caso: *CATERPILLAR*, N° SPPLC/0074-05 de fecha 28 de diciembre de 2005 – Caso: *DIGITEL vs. MOVISTAR*) entendiéndose por actividad económica, la producción, prestación, comercialización o distribución, de bienes o servicios de cualquier naturaleza. Tal afirmación por parte de esta Superintendencia resulta evidente al observar que en la doctrina (*TANIA GONZÁLEZ*) se señala que para considerar que se ha efectuado un acto de competencia desleal es necesario que se realice un acto de competencia, es decir, que la relación entre quien ejerce la competencia y quien es sujeto pasivo de la misma sea de rivalidad en la conquista de un mismo bien.

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros  
Resolución N° SPPLC/0017-2006 25-04-06

**Clasificación de los actos de competencia desleal**

A los efectos de la presente exposición, vale hacer referencia a la clasificación que de los actos de competencia desleal hace la doctrina española, a saber: a.- Actos contrarios a los intereses de los competidores: denigración, imitación, violación de los secretos, inducción a la ruptura contractual. B.- Actos contrarios a los intereses de los consumido-

---

17 En sentido similar, *Vid.* DA/RDP N° 103, p. 82.

res: confusión, engaño, comparación, discriminación. C.- Actos contrarios al mercado: violación de normas, explotación de la situación de dependencia económica.

Vale aquí aclarar, que la clasificación anterior, no se refiere a una clasificación pura de dichos actos, por el contrario, dicha doctrina reconoce que un acto desleal puede resultar ser una combinación de estos, de tal manera que un acto desleal puede resultar ser contrario a los intereses de los competidores y a su vez un acto contrario a los intereses de los consumidores, ejemplo claro de esto, resulta ser, precisamente, la simulación de productos, y lo que pasaremos a mostrar de seguidas.

B. *Presupuestos de procedencia de la competencia desleal*

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros  
Resolución N° SPPLC/0017-2006                      25-04-06

**Condiciones de ilicitud de los actos de competencia desleal**

De los 3 requisitos concurrentes para que se pueda hablar de acto desleal. En primer lugar debemos recordar que en el presente caso se deben verificar (3) condiciones concurrentes, a saber:

1. Que el presunto infractor sea susceptible de desarrollar actividades económicas, en los términos del artículo 4° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

2. Que la actividad sea esencialmente desleal. Es necesario que la conducta del agente económico sea considerada contraria a los principios éticos que inspiran el ordenamiento jurídico-económico. Uno de esos principios es la estabilidad en el tráfico comercial, que depende de la preservación de las expectativas legítimas de los oferentes para obtener ganancias de sus inversiones productivas y de la preservación de las expectativas de los consumidores para adquirir productos y servicios deseados. La conducta desplegada por el agente económico constituye la medida de legitimidad de la competencia en el mercado, y por ello se exige que las expectativas legítimas de los actores para ingresar al tráfico comercial no sean lesionadas por fraude, dolo o violencia, ya que ello produciría una distorsión del comportamiento leal de los agentes económicos, pudiendo alterar de manera impredecible su actuación, alterando o desviando a los demás agentes económicos participantes.

3. Que la actividad denunciada cause o sea susceptible de causar daños en el mercado. Según la modalidad o naturaleza de determinados actos es suficiente un efecto potencial. En caso de declararse la conducta como desleal, resulta indispensable determinar si la conducta llevada a cabo por un agente económico pudiera tener algún impacto en el mercado, al provocar un cambio en el comportamiento de los consumidores alterando la demanda y produciendo una merma de los derechos de los agentes económicos que concurren al mercado.

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros<sup>18</sup>  
Resolución N° SPPLC/0017-2006 25-04-06

**La competencia desleal y el requisito del daño al mercado**

Valga aquí señalar que sobre el daño, la doctrina extranjera (Cf. DE CUPIS, MESSINEO, ROUBIER) y la reiterada de esta Superintendencia (...) se ha dicho que no se precisa su efectiva concurrencia para que pueda hablarse de competencia desleal, sino, que es suficiente que exista un daño potencial, un peligro de daño que pueda considerarse posible debido a la modalidad o naturaleza de determinados actos.

(...)

Recordando lo que se estableció anteriormente sobre la competencia desleal, vale señalar que el artículo requiere, que además del carácter desleal de la conducta, ésta haya tenido o pueda tener por efecto el desplazamiento de uno o más competidores. En tal sentido, debe señalarse que en muchas ocasiones el mero carácter desleal lleva implícita la posibilidad de causar daño, pues en mayor o menor medida pone en peligro las ventas o reputación de un vendedor, por ejemplo, creando confusión entre los consumidores que dañe la imagen del producto simulado. Dicho lo anterior, y en consonancia con la doctrina y jurisprudencia internacional, esta Superintendencia interpreta que el artículo 17°, ordinal 3° de la Ley, tiene como objeto prevenir la imitación desleal de un producto o de sus características identificatorias, o dicho en otras palabras, promover la diferenciación entre productos.

C. *Simulación de productos*<sup>19</sup>

a. *Concepto y características de la simulación de productos*

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros  
Resolución N° SPPLC/0017-2006 25-04-06

**La simulación de productos**

Ahora bien, en este orden de ideas, resulta oportuno recordar que ha sido doctrina reiterada de esta Superintendencia establecer que a (...) la luz de la competencia desleal, la simulación o imitación consiste en la reproducción de las características formales individualizantes de un producto (de los elementos externos, envoltorios, envases y recipientes utilizados para ello) capaz de crear confusión entre mercancías que provienen de diversas empresas. Se induce así al consumidor en un engaño injusto al momento de la escogencia del producto, pudiendo desviarse la clientela hacia el competidor que ha creado la confusión mediante la imitación, aprovechando la afirmación en el mercado del producto original.

---

18 En relación con este elemento, *Vid.* DA/RDP N° 105, p. 68.

19 *Vid.* DA/RPA N° 105, p. 71.

La confusión es uno de los requisitos necesarios para que se configure un acto de competencia desleal por imitación. (Resolución N° SPPLC/0001-99 de fecha 26 de enero de 1999 – Caso: *COLORES*).

Luego de la presente exposición, podemos observar, que la simulación de productos, produce tal cual el daño al cual nos referíamos al hablar de la competencia desleal en sí, esto es, el sujeto que soporta los efectos de dicha práctica anticompetitiva, verá disminuida su clientela, el consumidor resulta engañado (confundido) en cuanto al productor o la calidad del bien o servicio que esta adquiriendo, y por tanto, se genera una distorsión en el mercado.

Caso: *Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros*  
Resolución N° SPPLC/0017-2006                      25-04-06

#### **Condiciones de ilicitud de la simulación de productos**

Ahora bien, tal y como hemos venido desarrollando en los literales anteriores, observamos que el artículo 17° de la Ley tiene como objeto prevenir conductas que, de manera desleal, reduzcan la competencia en el mercado. En este sentido, para que la imitación de un producto o de algunas de sus características sea considerada contraria al ordinal 3° del mencionado artículo tiene que ser esencialmente desleal. Es importante aclarar que no toda imitación lleva implícito tal carácter, pues la competencia misma sería imposible de no existir la percepción en los consumidores de que el producto rival puede ser un sustitutivo efectivo. Así, cuando una empresa descubre un nuevo producto o servicio se convierte temporalmente en un monopolista, pero con el paso del tiempo verá como otras empresas entrarán a ese mercado procurando fabricar un producto similar al que ella descubrió. En este sentido, “la simulación” del nuevo invento permite que otras empresas entren al mercado, que se cree más competencia y que los consumidores tengan más opciones, lo cual es claramente beneficioso para la sociedad.

Distinta es la imitación o simulación que tiene una naturaleza desleal. Esta tiene lugar cuando una persona o empresa imita o simula los productos de otra, pero no para ofrecer nuevas alternativas a los consumidores, sino para hacerles creer que son un mismo producto o que existe una relación entre ellos. A menudo la simulación desleal es una conducta propia de empresas pequeñas o nuevas en el mercado, que simulan algún atributo que distingue a los productos de otra empresa que ya tiene una reputación entre los consumidores. Este tipo simulación genera confusión y engaño a los clientes y compradores, debido a que los productos del imitador son relacionados con una reputación que no le corresponde, pues no son el resultado de un esfuerzo sostenido para dar a conocer el producto o de una estrategia para ofrecer productos de alta calidad, sino que provienen del aprovechamiento de los esfuerzos de otra empresa. La imitación o simulación desleal, por lo tanto, tiene dos efectos simultáneos: confundir a los consumidores y perjudicar las ventas o reputación de la empresa cuyo producto es simulado.

b. *Los actos de confusión*<sup>20</sup>

Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros  
Resolución N° SPPLC/0017-2006      25-04-06

**Concepto de actos de confusión**

En primer lugar, hemos de señalar que la simulación de un producto, resulta ser, lo que en la doctrina se conoce como un acto de confusión, entendiéndose a estos, cualesquiera que sean sus variantes, como el medio a través del cual se pretende que el público asocie la empresa del imitador con otra u otras que gozan de un prestigio o de una notoriedad de la que el competidor desleal carece por sí, y que quiere apropiarse sin ningún derecho. En segundo lugar, cabe expresar que la confusión como actividad típicamente desleal es prohibida por considerarse fuente de ineficiencias, ya que perturba el funcionamiento competitivo del mercado.

---

20 DA/RDP N° 103, pp. 82 y ss.



# JURISPRUDENCIA



# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2006*

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

Marianella Villegas Salazar  
*Abogado Asistente*

### SUMARIO

- I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO
  1. *El Ordenamiento Jurídico*. A. La Constitución: Interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. 2. *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*.
- II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
  1. *Régimen de los Derechos Humanos: Delitos de lesa humanidad*. 2. *Garantías constitucionales*. A. La garantía de igualdad ante la Ley: Privilegios y prerrogativas del Estado. 3. *Derechos Individuales: Derecho a la libertad de conciencia y objeción de conciencia*. 4. *Derechos Sociales y de las Familias*. 5. *Derechos Políticos: Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional*.
- III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
  1. *Distribución Vertical del Poder Público: competencias nacionales en materia del llamado "amparo policial"*. 2. *El Poder Judicial. Sistema penitenciario: Rehabilitación del penado*. 3. *El Poder Electoral*. A. Consejo Nacional Electoral. Rectores: Antejucio de Mérito.
- IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO
  1. *Propiedad y Expropiación: Expropiación parcial*.
- V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO
  1. *Impuestos Municipales. Impuestos a las Actividades Económicas: Exclusión profesionales liberales*
- VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
  1. *Actos Administrativos*. A. Actos de autoridad. B. Vicios.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos: Cortes de lo Contencioso Administrativo.* 2. *El Contencioso Administrativo de Interpretación.* A. Competencia. B. Admisibilidad. 3. *El Contencioso Administrativo Especial.* A. El Contencioso Administrativo Tributario. a. Órganos: Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario. 4. *El Contencioso Administrativo Funcionarial.* A. Pretensiones. a. Reclamo de prestaciones sociales: Lاپso de caducidad. b. Pago de salarios caídos.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control Concentrado de la Constitucionalidad.* A. Objeto del control concentrado. B. Exclusión de las sentencias del Tribunal Supremo. C. Decisión *in limine* de anulación de “reediciones de actos normativos ya anulados”. D. Acción de Inconstitucionalidad: Emplazamiento de los interesados. 2. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público.* 3. *Acción de Amparo Constitucional: Competencia.*

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *La Constitución: Interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución*

**TSJ-SC (934)**

**9-5-2006**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

**Entre las diversas interpretaciones posibles de una norma legal, deberá prevalecer aquella que mejor se adapte al sentido de la norma fundamental, sin que ello devenga en una infracción de orden constitucional o que su interpretación ofrezca dudas razonables.**

Ello así, se observa que la norma cuestionada es el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral que le reconoce a los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito en los siguientes términos:

*“Artículo 11. Las Rectoras o los Rectores Electorales mientras se encuentren en el ejercicio de sus funciones, gozan de las prerrogativas procesales correspondientes al antejuicio de mérito, contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal para los altos funcionarios de los poderes públicos”.*

Como se desprende de su tenor, la norma consagra la prerrogativa del antejuicio de mérito en beneficio de los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, remitiendo su regulación a las previsiones contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal. Esta disposición legal, según lo argüido por el actor, incorpora sujetos distintos a aquellos previstos en los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional alterando su enumeración, de carácter taxativo.

Por su parte, los apoderados judiciales de la Asamblea Nacional sostienen que de acuerdo con la finalidad de la institución del antejuicio de mérito, la enumeración contenida en el numeral 2 del artículo 266 de la Constitución no tiene un carácter exhaustivo o excluyente que impida al legislador extender la protección extraordinaria del antejuicio de mérito a las máximas autoridades del Poder Electoral.

Precisados los argumentos del actor, así como del Órgano Legislativo Nacional, la Sala estima que el asunto de fondo se contrae a evaluar la libertad que tiene el legislador para extender la prerrogativa del antejuicio de mérito a altos funcionarios distintos a los señalados en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Carta Magna. Para ello, la Sala debe partir de las siguientes premisas:

En casos similares al planteado, esta Sala ha fijado las reglas que rigen el proceso de interpretación que exige estos procedimientos de naturaleza objetiva, haciendo énfasis en la llamada técnica de “interpretación conforme a la Constitución”, que encuentra su fin último en la preservación del orden normativo a través de la armonización de los preceptos legales con la Constitución.

En tal sentido, en sentencia N° 2.855 del 20 de noviembre de 2002, caso: “Federación Nacional de Ganaderos (FEDENAGA)”, la Sala destacó, como lineamiento de su labor interpretativa, que entre diversas interpretaciones posibles de una norma legal, deberá prevalecer aquella que mejor se adapte al sentido de la norma fundamental, sin que ello devenga en una infracción de orden constitucional o que su interpretación ofrezca dudas razonables. En esa oportunidad, la Sala afirmó:

*“Puede ocurrir, sin embargo, que el texto de una determinada disposición normativa se halle, en efecto, conforme a la Constitución, pero sólo en tanto se le interprete de una determinada manera. Es lo que se alude como el principio hermenéutico favor constitucione, conforme al cual, cuando surjan dudas acerca de la incompatibilidad de un dispositivo legal con la Constitución o se intuya la existencia de un conflicto normativo, el operador jurídico debe proceder a la interpretación de aquél en el sentido que se adecue al texto constitucional, logrando la armonía del sistema a través de su labor exegética sin permitir su nulidad; no se trata de erigirse en ‘legislador negativo’, lo importante es asumir una interpretación de acuerdo con los principios y valores que la Constitución expresa.*

*El principio de la constitucionalidad de las leyes, que no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por válida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre que existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconsti-*

*tucional (sic), hay que presumir que sea 'razonablemente posible' que el Legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales (García de Enterría, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, p. 96)".*

Este enfoque presupone una labor dirigida a la integración de la norma en el ordenamiento constitucional, partiendo de su consideración como un conjunto sistemático y orgánico, para lo cual el intérprete deberá, en tanto ello sea compatible con la norma fundamental, preservar la vigencia y eficacia de la norma legal -en tanto se presuma su constitucionalidad- y administrarla de forma coherente y homogénea al sistema que le sirve de base. Esta interpretación deberá hacerse de forma armónica con los principios rectores contenidos en la Carta Magna y siempre que tal labor no desvíe el verdadero significado de la norma legal examinada ante la jurisdicción constitucional, pues su falta de concordancia o la falta de adecuación del precepto normativo a la Constitución, deviene forzosamente en su nulidad por inconstitucionalidad.

El anterior método se inserta dentro del deber de asegurar la integridad de la Constitución -imperativo recogido en el enunciado del artículo 334 de la Carta Magna vigente- y permite a esta Sala, en tanto supremo y último intérprete del ordenamiento constitucional conservar la legitimidad de las normas legislativas -o cualquier otro precepto normativo de igual rango- que se ajustan al orden primario y declarar la nulidad de aquellas cuya aplicación comporta una contradicción o disminución de los principios, valores y normas del Texto Constitucional.

## 2. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

**TSJ-SPA (1448)**

**7-6-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Luis Ernesto Araujo Bracho y María Jesús González Villalobos vs. MARAVEN, S.A., hoy PDVSA PETRÓLEO, S.A.

**La Sala Político Administrativa reitera los lineamientos que la jurisprudencia señala sobre los elementos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de la Administración, los cuales se concretan en los siguientes a) que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de sus bienes y derechos; b) que el daño inferido sea imputable a la Administración con motivo de su funcionamiento; y, c) la existencia obligatoria de una relación de causalidad entre el hecho imputado y el daño producido.**

En el caso de autos se demanda la responsabilidad de MARAVEN S.A., hoy PDVSA Petróleo, S.A., por el daño moral que los demandantes sufrieron con ocasión de la muerte de su hijo Néstor Luis Araujo González, acaecida el día 25 de marzo de 1993, en la planta de gas denominada planta LAMA, ubicada en el Bloque 9 del Lago de Ma-

racaibo, perteneciente a MARAVEN, filial de Petróleos de Venezuela, mientras realizaba trabajos para la empresa Shift, C.A., contratista de Maraven, S.A., y que falleció a consecuencia “...de asfixia por sumersión; quemaduras y traumatismo de cráneo”.

Ahora bien, la Sala observa que la Sociedad Anónima Maraven, S.A.; hoy **PDVSA PETRÓLEO, S.A.**, es una empresa en la cual el Estado tiene participación decisiva, razón por la cual debe entenderse que forma parte de la Administración Pública, lo que constituye un hecho relevante a los fines de establecer el régimen jurídico conforme al cual corresponde resolver el asunto de autos.

En este sentido, debe advertirse que la parte actora fundamenta sus pretensiones en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, los cuales contemplan la obligación de reparar el daño material o moral causado por el hecho o el acto ilícito. Dichos artículos, en ausencia de una previsión constitucional expresa sobre tales supuestos en la Constitución de 1961, servían anteriormente de sustento legal a las declaratorias de responsabilidad del Estado por hechos ilícitos. No obstante, en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la responsabilidad del Estado encuentra un nuevo marco regulatorio que abarca tanto la responsabilidad por funcionamiento anormal o hecho ilícito como la responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración.

En efecto, el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, amplía expresamente el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado “a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”, consagrándose de esta forma, un régimen de responsabilidad que abarca tanto los perjuicios derivados del funcionamiento normal de la Administración como aquellos originados por un funcionamiento anormal de la misma.

Sin embargo, cabe señalar que el régimen de responsabilidad de la Administración, vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos que originaron la demanda de autos, es el previsto en el artículo 47 de la Constitución de 1961, según el cual venezolanos y extranjeros pueden reclamar al Estado indemnizaciones por daños, perjuicios y expropiaciones, cuando éstos fueren causados por autoridades legítimas en ejercicio de sus funciones, al disponer que “*En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública*”.

Respecto a esta norma la Sala, en múltiples decisiones ha señalado:

“...el artículo 47 de la Constitución de 1961, prescribía con relación a la responsabilidad patrimonial del Estado resultante de su actuación cuando ésta comportase daños a los particulares, que “*En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública*”.

*Por interpretación a contrario, el referido texto consagraba un mecanismo de responsabilidad en el cual tanto los venezolanos como los extranjeros podían reclamar indemnización por daños, perjuicios y expropiaciones al Estado, si éstos fueron causados por autoridades legítimas en ejercicio de sus funciones.*

*Por otra parte el artículo 206 de la misma Constitución del 61, atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en la responsabilidad de la Administración, estableciendo de este modo una noción objetiva de responsabilidad; texto que en la vigente Constitución fue incorporado bajo el artículo 259, con la mención, ahora expresa, que también a la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos.*

*Confirman los textos constitucionales citados, que la Administración está obligada a la reparación en toda circunstancia, esto es, tanto por su actuación ilegítima, lo cual resulta obvio, como también cuando en el ejercicio legítimo de sus cometidos ocasiona daños a los administrados, por lo cual resulta válido el principio según el cual la actuación del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones organizativas a través de las cuales ejerce el poder y presta servicios a la comunidad, debe siempre resarcir a los particulares, tanto si como consecuencia de su actuación se produce la ruptura del equilibrio social, manifestado en la igualdad que debe prevalecer entre los ciudadanos ante las cargas públicas, denominado por la doctrina responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, como porque el daño deviene del funcionamiento anormal de la Administración Pública.*

*En la vigente Constitución, el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con su artículo 140, “a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”, consagrando en definitiva y sin margen de dudas, la responsabilidad objetiva, patrimonial e integral de la Administración, cuando con motivo de su actividad ocasione daños a los particulares, no importando si el funcionamiento dañoso de la Administración ha sido normal o anormal, a los fines de su deber resarcitorio.*

*De tal manera que tanto la Constitución de 1961, vigente al momento de producirse el siniestro, como la de 1999, establecen el sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo que le es propio al conocimiento y competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sin que sea necesario recurrir en todo caso a las fuentes del derecho civil sobre el hecho ilícito, para determinar dicha especial responsabilidad. Tal precisión se hace pertinente por cuanto en la evolución histórica de la responsabilidad extracontractual de la Administración, no siempre el Estado resultó ante los administrados responsable por los hechos dañosos que causaba, pues durante mucho tiempo se le dispensó de responsabilidad por parte de los tribunales de justicia, al considerarse que los ciudadanos debían soportar sin reclamo una actividad que por estar destinada a la satisfacción del interés general, suponía un riesgo que los particulares debían afrontar por sí mismos.” (Sentencia N° 00593 del 10 de abril de 2002, Exp. 11.107).*

Como resultado de los razonamientos anteriores, la jurisprudencia venezolana delimitó los elementos que debían concurrir para la procedencia de la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de la Administración, los cuales se concretan en los siguientes a) Que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de sus bienes

y derechos; b) que el daño inferido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento; y, c) la existencia obligatoria de una relación de causalidad entre el hecho imputado y el daño producido.

Establecido lo anterior, a fin de precisar la concurrencia de los elementos antes aludidos, observa la Sala:

a) En cuanto al primer elemento concurrente, es decir, que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de sus bienes y derechos, advierte la Sala que los representantes judiciales de la empresa demandada, en su escrito de contestación, aceptan que el día 25 de marzo de 1993 ocurrió un accidente ocasionado por una explosión ocurrida en la planta de gas denominada “*Planta Lama*” perteneciente a MARAVEN, S.A., ubicada en el bloque nueve del Lago de Maracaibo. Asimismo, la parte demandada en el escrito de informes admite que el ciudadano Néstor Luis Araujo González falleció en el referido accidente.

Igualmente, de la lectura de las actas que conforman el expediente, especialmente, del escrito presentado por la representación judicial de la sociedad mercantil demandada en fecha 28 de marzo de 1996, se desprende que el accidente se produjo en horas laborales y que la empresa demandada no negó que el ciudadano Néstor Luis Araujo González prestara servicios para la empresa Shift, C.A., contratista de Maraven, S.A.

De la misma manera, quedó probado en autos, especialmente con el acta de defunción promovida, cursante al folio 30 del expediente, que el ciudadano Néstor Luis Araujo González falleció el día 25 de marzo de 1993 en el accidente ocurrido “... *en Planta Lama, Bloque 9, en aguas del lago de Maracaibo (...) a consecuencia de ASFIXIA POR SUMERSIÓN; QUEMADURAS TRAUMATISMO DE CRÁNEO...*”; lo cual lleva a esta Sala a concluir que efectivamente ocurrió un accidente el día 25 de marzo de 1993 en el que falleció el ciudadano Néstor Luis Araujo González, mientras prestaba servicios para la empresa Shift, C.A., contratista de Maraven, S.A.

De igual modo se aprecia, que con la partida de nacimiento del ciudadano Néstor Luis Araujo González, cursante al folio 29, la prueba de la relación familiar o de consanguinidad existente entre los demandantes y el fallecido, quien en vida era su hijo y por cuya muerte sus padres pretenden una indemnización por daños morales.

Con base en los elementos probatorios anteriormente analizados, este Máximo Tribunal considera demostrado que el día 25 de marzo de 1993 ocurrió un accidente en la planta de gas denominada “*Planta Lama*”, ubicada en el Bloque 9 del Lago de Maracaibo, donde falleció el ciudadano Néstor Luis Araujo González, a consecuencia de asfixia por sumersión, quemaduras y traumatismo de cráneo, mientras prestaba servicios a la empresa Shift S.A., contratista de Maraven S.A. Así se declara.

b) Corresponde a la Sala analizar el segundo de los elementos concurrentes para la procedencia de la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de la Administración, es decir, determinar si el hecho ocurrido es imputable a la sociedad mercantil demandada Maraven, S.A., para lo cual es necesario verificar si era ésta la propietaria o guardiana de la planta de gas en la cual ocurrió el accidente antes referido en el que se produjo el fallecimiento del hijo de los demandantes. Sobre el particular se observa:

De la lectura de las actas que conforman el expediente y de los escritos presentados por las partes, se infiere que la empresa demandada era la propietaria de la planta de gas denominada “*Planta Lama*” y que ejercía la guarda sobre ella, cuestión ésta que constata de los siguientes instrumentos:

1.- Copias certificadas expedidas por la Inspectoría del Trabajo en el Estado Zulia de la transacción celebrada entre los representantes judiciales de la empresa Maraven S.A. y los familiares del ciudadano Carlos Alberto Márquez, quien, como señala la cláusula segunda de dicha transacción, “...*falleció el 08 de abril de 1993, a consecuencia del accidente ocurrido el 25 de marzo de 1993, en la Planta Lama, ubicada en el sector conocido como Bloque IX de Lago de Maracaibo...*”. En la cláusula novena de dicha transacción se estipula que “...**MARAVEN efectúa el pago de los conceptos a que se contrae la presente transacción, en el entendido de que no podrá imputársele por tal motivo, aceptación de responsabilidad alguna por acción u omisión, que hubiesen sido determinantes para la ocurrencia de dicho siniestro, por cuanto la cláusula de dicho pago viene dada en la presunción legal que establece el Art. 1193 del Código Civil, visto el carácter que tiene como propietaria de la instalación...**” (folios 578 y 580 de la tercera pieza del expediente). (Resaltado de la Sala).

2.- Copias certificadas expedidas por la Inspectoría del Trabajo en el Estado Zulia de la transacción celebrada entre los representantes judiciales de la empresa Maraven, S.A. y los familiares del ciudadano Marco Julio Romero Pérez, fallecido en el siniestro ocurrido en la planta de gas denominada “*Planta Lama*”, donde se señala en la cláusula décima, que la causa del pago allí convenido se efectúa “...*visto el carácter que tiene MARAVEN como propietaria de la instalación...*” (folio 586 de la tercera pieza del expediente).

3- Contratos de servicio, anexos, actas de inicio de trabajo, actas de finalización y actas de aceptación de obra promovidas por la representación judicial de la empresa demandada (folios 119 al 171, 505 al 578 de la primera pieza del expediente, 201 al 233 de la segunda pieza del expediente y folios 172 al 504 de la tercera pieza del expediente, respectivamente).

4- Reconocimiento de documentos por vía testimonial evacuada el 03 de octubre de 1996 con el ciudadano César González en su carácter de representante de la sociedad mercantil Talleres Artebakarra del Zulia, C.A: (TAZCA), en la cual reconoce como suscrito por su representada el contrato N° 09011633920090 de fecha 25 de marzo de 1992 y sus anexos, y el contrato N° 09011633911816; así como las actas de inicio, finalización y aceptación definitiva de la obra del referido contrato (folios 83, 84 y 85 de la segunda pieza del expediente).

5.- Declaración del testigo José Ángel Mora, titular de la cédula de identidad N° 4.517.082, evacuada el día 11 de noviembre de 1996, en la cual expresó que era trabajador de la planta de gas “*Planta Lama*” en la cual ocurrió un siniestro el día 25 de marzo de 1993, y que la empresa demandada le efectuaba mantenimiento preventivo a dichas instalaciones (folios 185 de la segunda pieza del expediente).

6.- Declaración del testigo Miguel Rincón, titular de la cédula de identidad N° 5.061.360, evacuada el día 11 de noviembre de 1996, en la que manifestó que era trabajador de la planta de gas en la cual ocurrió un accidente el día 25 de marzo de 1993, y que la empresa MARAVEN, S.A. le efectuaba mantenimiento “*predictivo, preventivo, correctivo, mantenimiento mayor y mantenimiento mayor especial*” (folios 186 y 187 de la segunda pieza del expediente).

7.- Declaración del testigo José Bladimir Puentes Centeno, titular de la cédula de identidad N° 7.715.147, evacuada el día 11 de noviembre de 1996. En dicha declaración el testigo señaló que “[fue] *el coordinador del comité de investigaciones, (...) que la planta estaba en perfecto orden de mantenimiento (...), que el siniestro ocurrido en PLANTA LAMA, no fue debido a una falta de mantenimiento (...), [ni] a fallas del sistema de seguridad y que le consta que fue (sic) hechos de terceros lo que produjo el accidente...*” (folios 192 y 193 de la segunda pieza del expediente).

8.- Declaración del testigo Iván Segundo Rodríguez, titular de la cédula de identidad N° 3.111.570, evacuada el día 15 de noviembre de 1996, en la cual manifestó que su cargo en MARAVEN, S.A. era el de Superintendente de Asesoría Mecánica, y que fue designado junto a otras personas para investigar la causa del siniestro ocurrido el 25 de marzo de 1993 en la planta de gas denominada “*Planta Lama*”. Enfatizó, que de los análisis realizados se demuestra que las instalaciones de la mencionada planta estaban bien mantenidas, que el siniestro no fue debido a una falta de mantenimiento ni a fallas del sistema de seguridad (folios 196 197 de la segunda pieza del expediente).

9.- Informe presentado por los representantes de la empresa C.A. Constructora Heerema, en el que manifiestan que el 03 de agosto de 1990 suscribieron con MARAVEN, S.A. el contrato N° 09-01-16-31-90-0924, para la realización de trabajos de construcción de plataforma y estructura metálica de bombas P-427 “A” y “B” en la planta compresora de gas “*Planta Lama*”; que en fecha 13 de agosto de 1990 se iniciaron las labores, las cuales finalizaron el 26 de octubre de 1990 y que el 26 de abril de 1991 suscribieron el acta de aceptación definitiva de dicha obra (folios 101 al 103 de la segunda pieza del expediente).

10.- Informe presentado por los representantes de la sociedad mercantil Interlago Transport, en el cual indicaron que el día “*25 de agosto de 1992*” celebraron con la sociedad mercantil MARAVEN, S.A. el contrato N° 09.01.16.33.91.1828, para la realización de trabajos de actividades estacionarias durante el paro de “*Planta Lama*”, y que los trabajos comenzaron su ejecución el “*26 de octubre de 1991*”, finalizaron el 22 de febrero de 1992 y el día “*30 de agosto de 1992*” su levantó el acta de aceptación definitiva de obra (folios 108 y 109 de la segunda pieza del expediente).

11.- Informe presentado por los representantes de la empresa Panamericana de Aislamientos Térmicos, S.A. (PANTERSA) en el que señalan que ejecutaron para MARAVEN, S.A. “*trabajos de aislamientos térmicos a equipos y sistemas paro de emergencia Planta Lama bloque IX-LAGO, según el contrato de obra N° 09-01-16-31-91-1665*”, y que los trabajos se iniciaron el 04 de noviembre de 1991, concluyeron el 31 de agosto de 1992 y el día 08 de diciembre de 1992 se elaboró el acta de aceptación provisional de la obra (folio 112 de la segunda pieza del expediente).

12.- Informe presentado por los representantes de la empresa Talleres Artebakarra del Zulia, C.A. (TAZCA), indicando que el 25 de marzo de 1992 celebraron con la sociedad mercantil demandada el contrato N° 09.01.16.33.92.0090 cuyo objeto era la realización de trabajos de *“reemplazo de bridas y conexiones en recipientes durante el paro de Planta Lama 91 y la reparación de equipos”*, y que dichos trabajos se iniciaron el 15 de marzo de 1992, culminaron el 01 de abril de 1992 y en esa misma fecha se suscribió el acta de aceptación definitiva de obra; que en fecha 12 de diciembre de 1991 celebraron con MARAVEN, S.A. el contrato N° 09.01.16.33.91.1816 para la realización de trabajos de *“reparación de recipientes durante el paro de Planta Lama 91”*, se iniciaron los trabajos el 13 de diciembre de 1991, finalizaron el 13 de enero de 1992 y el 08 de diciembre de suscribió el acta de aceptación definitiva de obra (folios 115 y 116 de la segunda pieza del expediente).

13.- Informe presentado por los representantes de la sociedad mercantil Fisher Rosamount de Venezuela, S.A. (antes denominada Fisher Controls de Venezuela, S.A.); en el que manifestaron que en fecha *“31 de marzo de 1992”* suscribieron con MARAVEN, S.A. el contrato N° 09.01.16.32.91.1882 para la realización de trabajos de *“Inspeccionar, reparar, probar y pintar 275 piezas válvulas de control con sus respectivos accesorios (Marca Fisher)”*, y que los trabajos se iniciaron el *“13 de diciembre de 1991”*, culminaron el *“27 de enero de 1991”* y el *“14 de junio de 1993”* fue suscrita el acta de aceptación definitiva (folio 117 y 118 de la segunda pieza del expediente).

Igualmente, observa la Sala que cursa a los folios 578 al 587 del expediente, copias certificadas de las transacciones efectuadas entre los representantes judiciales de la empresa demandada, Maraven, S.A. y los familiares de otros obreros fallecidos en el mismo siniestro ocurrido en la planta de gas denominada *“Planta Lama”* el día 25 de marzo de 1993, en el cual perdiera la vida el hijo de los accionantes, en las cuales la empresa demandada señaló *“...la causa de dicho pago [la indemnización por daño moral] viene dada en la presunción legal que establece el artículo 1193 del Código Civil, visto el carácter que tiene MARAVEN como propietaria de la instalación...”*.

Todos los elementos probatorios antes indicados, constituyen para esta Sala indicios suficientes que ponen de manifiesto que la empresa Maraven, S.A. detentaba la guarda sobre la referida planta de gas y realizaba operaciones en ella, a tal punto, que efectuaba labores dirigidas a su mantenimiento y conservación, con lo cual el daño inferido se estima imputable a la actuación de la sociedad mercantil Maraven, S.A., hoy **PDVSA PETRÓLEO, S.A.** Así se declara.

Conforme a lo anteriormente expuesto, estima la Sala que han quedado plenamente demostrados los primeros dos elementos concurrentes para verificarse la responsabilidad patrimonial de la Administración, a saber: 1.- El daño moral constituido por el fallecimiento del ciudadano Néstor Luis Araujo González en el accidente ocurrido el 25 de marzo de 1993 en la planta de gas denominada *“Planta Lama”* y, 2.- Que el referido accidente es atribuible a la actuación de la demandada.

c) Seguidamente, pasa la Sala a analizar la concurrencia del tercero de los elementos, esto es, la relación de causalidad entre el daño producido y la actuación de la sociedad mercantil demandada y, en tal sentido, observa:

Aprécia la Sala que los demandantes le imputan a MARAVEN, S.A. la responsabilidad por el accidente ocurrido en las instalaciones de su propiedad y que dio lugar a la muerte de su hijo Néstor Luis Araujo González; por su parte, la sociedad mercantil demandada niega que haya tenido responsabilidad alguna en la ocurrencia del referido hecho, aduciendo que la planta de gas denominada “*Planta Lama*” recibía el mantenimiento preventivo adecuado.

En este sentido, debe precisar la Sala que, tal y como quedó expresado anteriormente, el esquema tradicional de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (basado en criterios de derecho privado) se ha hecho insuficiente para fundamentarla, razón por la cual en la actualidad, atendiendo a principios de derecho público, el acento se ha puesto no en los criterios de culpa sino en la necesidad de garantizar la reparación de quien sufre un daño antijurídico, es decir, aquél daño que el particular no está obligado a soportar sin indemnización, basado en los criterios de falta o falla del servicio; e incluso, del riesgo o daño especial que expresan en alto grado un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, que en menor o mayor medida atienden al daño causado y donde la responsabilidad del Estado, entendida como indirecta, pasa entonces a ser directa. (*Vid. Sentencia de esta Sala N° 2130 del 09/10/03*).

Ahora bien, en anteriores oportunidades, la Sala ha sostenido que el principio de igualdad o equilibrio ante las cargas públicas, previsto en los artículos 21, 133 y 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye el fundamento principal de la responsabilidad extra-contractual de la Administración, y su justificación se encuentra en que la Administración persigue la satisfacción y tutela de los intereses colectivos; por lo que si en ejercicio de sus potestades -por órgano de autoridad legítima- causa un daño a un particular, éste no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la Administración. En consecuencia, no debe en función del colectivo someterse a un ciudadano a una situación más gravosa que la que soportan la generalidad de los administrados y, de ocurrir, el desequilibrio debe restablecerse mediante la indemnización correspondiente. Así, independientemente de que la actividad de la Administración fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si ésta ha causado un daño a un administrado, debe responder patrimonialmente.

Ahora bien, en el pasado la doctrina consideró que el fundamento de esta responsabilidad se encontraba en la Teoría del Riesgo, conforme a la cual quien se beneficie de una actividad deberá soportar las consecuencias que de ésta se deriven. Dicha concepción no se encuentra totalmente superada, ni tampoco es incompatible con el régimen de responsabilidad administrativa a que se ha hecho referencia, por tener su origen en el Derecho Civil.

En cuanto al punto anterior, la Sala ha señalado que la responsabilidad frente a actuaciones de la Administración que, como en el caso de autos, constituyan situaciones de riesgo necesariamente asumidas por el agente a cuyo cargo se encuentra la prestación del

servicio, no se trata de un régimen de responsabilidad subjetiva, esto es, el agente debe responder con absoluta independencia a la conducta culposa por él verificada y al grado de anormalidad en la prestación del servicio, incluso aún probando la máxima diligencia en la prestación del servicio, pues el fundamento de la responsabilidad no es la conducta ilícita, pues ésta se considera irrelevante, sino, el riesgo del servicio (Sentencia de esta Sala de fecha 11 de noviembre de 1999, Caso: *Anauco Margarita S.R.L. y otros vs. C.A. Electricidad de Oriente ELEORIENTE*, expediente N° 1997-14007).

Así, determinado lo anterior, aprecia la Sala que, en el caso bajo examen la empresa demandada no se excepcionó atribuyéndole la responsabilidad del hecho a un tercero, a la víctima o a una causa derivada de un hecho fortuito o fuerza mayor, como causas extrañas no imputables, las cuales en nuestro ordenamiento jurídico constituyen las únicas defensas de las cuales puede hacerse valer el propietario o guardián de una cosa para exonerarse y destruir la relación causal que lo une al daño causado, sino que señaló que había actuado diligentemente en el mantenimiento de las instalaciones siniestradas, hecho que, con base en los razonamientos antes indicados, resulta irrelevante a fin de excluir la responsabilidad de la sociedad mercantil demandada, en virtud de que aquélla deviene en razón de la peligrosidad inherente a la actividad desplegada, como lo es, la operación de una Planta de Gas.

En virtud de las anteriores consideraciones, en criterio de esta Sala, quedó verificada la concurrencia del tercer elemento para la procedencia de la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de la Administración. Así se declara.

Ahora bien, con relación a la pretensión de los demandantes de obtener una indemnización por el daño moral sufrido por la pérdida de su hijo Néstor Luis Araujo González, la Sala observa:

El artículo 1.196 del Código Civil, establece que la obligación de reparación del daño se extiende al daño material o moral causado por el acto ilícito. Asimismo, el último aparte del referido artículo señala que el Juez puede conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

Al respecto, esta Sala ha establecido que los daños morales “*por su naturaleza esencialmente subjetiva no están sujetos a una comprobación material directa, pues ella no es posible*”, y por cuanto consta en autos la muerte del hijo de los accionantes, en las condiciones suficientemente descritas en este fallo, existe para esta Sala la convicción del dolor sufrido por los demandantes como consecuencia del fallecimiento de su hijo (Vid. sentencia de esta Sala de fecha 04 de enero de 2001, caso: *Juan Ramón Melo Lagos y Alejandrina Suárez de Melo vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE)*, expediente N° 12406).

Asimismo, aprecia la Sala de las copias certificadas de las transacciones efectuadas entre los representantes judiciales de la empresa demandada, Maraven, S.A. y los familiares de otros obreros fallecidos en el mismo siniestro ocurrido en la planta de gas denominada “*Planta Lama*” el día 25 de marzo de 1993, que la empresa demandada efectuó pagos por concepto de daños morales a dichos familiares, con lo cual hay una acep-

tación de que la empresa demandada Maraven, S.A causó daños morales a los sobrevivientes y a los familiares de las víctimas fallecidas, al señalar "...El objeto de esta transacción lo constituye el pago a satisfacción de las partes (...) por concepto de (...) Daños Morales, Lucro Cesante, Daños Materiales, Daños Emergentes, Daños Consecuenciales y cualquier otro daño que por su naturaleza sea de difícil conceptualización, también se encuentra incluido dentro de esta indemnización..."(folio 584 de la pieza tres del expediente).

En consecuencia, esta Sala teniendo la convicción de que el dolor sufrido por los padres del ciudadano Néstor Luis Araujo González debe ser reparado, y si bien el daño moral no es susceptible de ser satisfecho mediante una suma de dinero, no existiendo otro medio jurídico distinto sino la indemnización patrimonial para hacerlo, se acuerda una indemnización por la cantidad de SESENTA MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 60.000.000,00), a ser pagada por la sociedad mercantil demandada por concepto de daños morales. Así se decide.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. Régimen de los Derechos Humanos: Delitos de lesa humanidad

**TSJ-SC (1114)**

**25-5-2006**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Lisandro Heriberto Fandiña Campos

**Los delitos vinculados al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sí constituyen verdaderos delitos de lesa humanidad, en virtud de que se trata de conductas que perjudican al género humano, toda vez que la materialización de tales comportamientos entraña un gravísimo peligro a la salud física y moral de la población. Por lo tanto, resulta evidente que las figuras punibles relacionadas al tráfico de drogas, al implicar una grave y sistemática violación a los derechos humanos del pueblo venezolano y de la humanidad en general, ameritan que se les confiera la connotación de crímenes contra la humanidad.**

Habiendo verificado la concurrencia de los requisitos exigidos para la procedencia de la aludida revisión, pasa la Sala a analizar la sentencia que se le ha sometido a su consideración. En tal sentido, y a los efectos de una mayor claridad y sistematización del presente fallo, se realizarán, en primer término, unas breves consideraciones sobre la institución de la admisión de los hechos. En segundo lugar, se llevará a cabo un breve análisis de los tipos penales vinculados al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, específicamente, lo referente al bien jurídico tutelado y a la naturaleza de tales tipos.

Por último, se determinará si existe o no disconformidad entre el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal.

En primer lugar, debe señalarse que el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, establece el régimen del procedimiento especial por admisión de los hechos, conforme al cual en la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el imputado podrá admitir los hechos objeto del proceso y solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. Ante tal supuesto, el Juez deberá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, motivando adecuadamente la pena impuesta. Si se trata de delitos en los cuales haya existido violencia contra las personas, y en los casos de delitos contra el patrimonio público o de los previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (actual Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas), cuya pena exceda de ocho (8) años en su límite máximo, el Juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio.

Ahora bien, siguiendo el criterio establecido por esta Sala en sentencia N° 565/2005, del 22 de abril, cabe destacar que el procedimiento especial por admisión de los hechos constituye una de las formas de auto composición procesal, a través de la cual el legislador patrio creó una manera especial de conclusión anticipada del proceso penal, a través de la cual se le impondrá una condena al imputado con prescindencia del juicio oral y público, aun cuando dicha institución procesal no se encuentre incluida dentro del Capítulo III, Título I del Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal, lo cual no obsta a que pueda ser considerada como una fórmula alternativa a la prosecución del proceso.

Respecto a la institución de la admisión de los hechos, la Sala de Casación Penal de este máximo Tribunal, en sentencia N° 0075/2001, del 8 de febrero, señaló lo siguiente:

“...la ‘admisión de los hechos’, es un procedimiento especial que procede cuando el imputado consiente en ello, reconoce su participación en el hecho que se le atribuye, lo cual conlleva a la imposición inmediata de la pena con una rebaja desde un tercio de la mitad, atendidas todas las circunstancias y considerando el bien jurídico afectado y el daño social causado. La admisión de los hechos supone una renuncia voluntaria al derecho a un juicio, principio garantizado no sólo por el Código Orgánico Procesal Penal sino por instrumentos internacionales ratificados por la República; y al mismo tiempo, tal admisión evita al Estado el desarrollo de un proceso judicial que siempre resultará costoso”.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la admisión de los hechos, cuyos orígenes se remontan al *plea guilty* -figura propia del Derecho anglosajón-, constituye un reconocimiento que realiza el imputado de su culpabilidad en los hechos que se le atribuyen, cuya consecuencia es la imposición de una pena con prescindencia del juicio oral y público. Pero es el caso, que dicha institución trae aparejado como beneficio para el sujeto una rebaja en la pena correspondiente al delito que le ha sido atribuido, toda vez

que para que esta renuncia del imputado al juicio tenga algún sentido, resulta necesario que el mismo obtenga algo a su favor (ver sentencias 4.278/2005, del 12 de diciembre y 227/2006, del 17 de febrero).

El Artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal establece lo siguiente:

“Artículo 376. Solicitud. En la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el juez en la audiencia instruirá al imputado respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra. Este podrá admitir los hechos objeto del proceso y solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, el juez deberá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, motivando adecuadamente la pena impuesta.

Si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, y en los casos de delitos contra el patrimonio público o previstos en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio.

En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia dictada por el juez, no podrá imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente.

En caso de que la sentencia condenatoria sea motivada al incumplimiento por parte del imputado del acuerdo reparatorio, o de las obligaciones impuestas en la suspensión condicional del proceso, no se realizará la audiencia prevista en éste artículo”. (Subyariado del presente fallo)

Del encabezamiento de la anterior redacción legal, se desprende que el beneficio que por regla general trae aparejado la admisión de los hechos, es la rebaja de la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, claro está, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado.

Si bien lo anterior constituye la regla general, no es menos cierto que el propio legislador, en determinados supuestos que se encuentran contemplados en texto del propio artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, limitó tal rebaja de pena, lo cual puede evidenciarse de la lectura del primer aparte de dicha norma, traduciéndose tal limitación en que, cuando se trate de la comisión de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, y en los casos de delitos contra el patrimonio público o previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas (actual Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas), cuya pena exceda de ocho (8) años en su límite máximo, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio.

De igual forma, en el segundo aparte del artículo 376 de la ley adjetiva penal –y estrechamente vinculado a lo anterior-, se dispone que el Juez, al aplicar la rebaja –li-mitada- que corresponde a los delitos establecidos en el primer aparte de dicha norma, cuyas penas excedan de ocho (8) años en su límite máximo, no podrá en ningún momento imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente.

Esa forma de auto composición procesal se manifestó en la presente causa seguida a través del procedimiento ordinario, ya que, luego de admitida la acusación fiscal en la audiencia preliminar por parte del Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, el imputado, ciudadano Lisandro Heriberto Fandiña Campos, le manifestó a dicho juzgado de control, su intención de acogerse al mismo y admitir los hechos, circunstancia que determinó que ese órgano jurisdiccional, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2003, los condenara a cumplir la pena de seis (6) años y siete (7) meses de prisión, más las accesorias de ley, por la comisión del delito de distribución de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 34 de la entonces Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Esta Sala constata que en la decisión sometida a revisión, se desaplicó por control difuso el segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal como único mecanismo viable -a juicio del órgano jurisdiccional- para hacer prevalecer el principio contenido en el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de que su responsabilidad penal sea declarada a través de un juicio oral y público, garantía que estimó el juzgador colide con el segundo aparte del artículo 376 adjetivo penal, señalando al respecto que “...El Estado tiene la obligación de aplicar las normas más favorables a los derechos humanos y de no retroceder desconociendo los progresos consagrados en las normas nacionales e internacionales, tendencia jurisprudencial, doctrinal y constitucional artículo 19 (*sic*) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desmejorando o empeorando la nueva disposición del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, de fecha 14 de Noviembre del año 2001, conculcando lo que atañe a los derechos humanos dentro de los límites vigentes, los que deben ser respetados, bien cualitativo como cuantitativo de libertad (*sic*), a su acceso y al mecanismo de rebaja de pena para la obtención de la misma ...”.

Debe señalarse que el bien jurídico tutelado a través de las figuras punibles establecidas en la derogada Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y en la vigente Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es la salud pública, la cual constituye un valor comunitario esencial para la convivencia humana, y cuyo referente constitucional se cristaliza en el contenido del artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al señalar dicha norma que “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida”.

En este orden de ideas, la regulación de tales conductas por la ley penal, tiene su fundamento en la necesidad de amparar al señalado bien jurídico del peligro -y la ulterior lesión- que implica el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Así, la noción de salud pública hace referencia, según la disposición constitucional antes transcrita, al concepto de vida, siendo ambas objeto de tutela por parte del Derecho penal.

Así, los delitos contemplados en la legislación antidrogas, según algunas corrientes doctrinales, son susceptibles de ser incluidos en el catálogo de los denominados delitos de peligro (*vid.* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tercera edición revisada y ampliada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 666), en virtud del riesgo generalizado que implican para las personas, lo cual ha conllevado que otros sectores autorizados de la doctrina también los hayan catalogado como delitos de consumación anticipada.

De lo anterior se extrae la razón por la cual el Constituyente, en el artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consideró políticocriminalmente apropiado otorgarles el carácter de imprescriptibles a las figuras punibles referidas al tráfico de drogas, así como también someter a confiscación los bienes provenientes de las actividades conexas con aquél.

A mayor abundamiento, y reiterando el criterio expuesto por esta Sala en sentencia N° 537/2005, del 15 de abril, debe señalarse que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece de manera genérica en sus artículos 29 y 271, cuáles figuras punibles son de acción penal imprescriptible. De igual forma, del texto de estas disposiciones se desprende que el Constituyente sólo perfiló algunas de las conductas delictivas respecto de las cuales, por ser susceptibles de ser encuadradas en los conceptos de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, no se extingue, por razón del transcurso del tiempo, la acción para procurar el enjuiciamiento de los responsables por su comisión, así como la sanción penal a dichos partícipes; tal como ocurre en los supuestos de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas -así como las conductas vinculadas a éste-, toda vez que tales especies delictivas, al ocasionar un profundo riesgo -y un perjuicio- a la salud pública, y por ende a la colectividad, son susceptibles de ser consideradas como delitos contra la humanidad.

Sobre este particular, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 359/2000, del 28 de marzo, con relación a los delitos contra la humanidad, estableció lo siguiente:

“...El Estado debe dar protección a la colectividad de un daño social máximo a un bien jurídico tan capital como la salud emocional y física de la población, así como a la preservación de un Estado en condiciones de garantizar el progreso, el orden y la paz pública: se requiere imprescindiblemente una interpretación literal, teleológica y progresiva, que desentrañe la ‘*ratio iuris*’, pueda proteger los inmensos valores tutelados por las normas incriminatorias y esté a tono con el trato de delito de lesa humanidad que reserva la novísima Constitución para las actuaciones relacionadas con las sustancias prohibidas por estupefacientes y psicotrópicas.(*omissis*)

En verdad, si son delitos de lesa humanidad y por tanto de lesa Derecho, ya que causan un gravísimo daño a la salud física y moral del pueblo, aparte de poner en peligro y afectar en realidad la seguridad social (por la violenta conducta que causa la ingestión o consumo de las sustancias prohibidas) y hasta la seguridad del Estado mismo, ya que las inmensas sumas de dinero provenientes de esa industria criminal hacen detentar a ésta un poder tan espurio como poderoso que puede infiltrar las instituciones y producir un ‘narcoestado’: poco importa que sólo sea un Estado ‘puente, o se crea o se finja creer que lo es, porque aun en ese caso se ha establecido que de allí se pasa siempre a estadios más lesivos: Estado ‘consumidor’, ‘productor’ y ‘comercializador’.(*omissis*)

(...) Y no es únicamente Venezuela donde se persiguen tales delitos: la gran mayoría de los Estados actúan igual y lo prueba el que sean suscriptores de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988), que en 1991 pasó a nuestra legislación a través de la Ley Aprobatoria de la Convención de Viena...(omissis)

(...) nadie podrá poner en tela de juicio el derecho de punición que compete al Estado respecto a los delitos del denominado narcotráfico y se comprenderá que éstos son los que violan de modo tan grave como sistemático los derechos humanos del pueblo venezolano y de la humanidad en general, por lo que justicieramente son tenidos por nuestra Constitución como delitos ...de lesa humanidad...(omissis)

La Constitución de la República de 1961, en su artículo 76, establecía la protección a la salud pública como de las garantías fundamentales y por ello todos estaban obligados a someterse a las medidas legales de orden sanitario. Y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en el marco de los Derechos Sociales y de las Familias, en el artículo 83, amplía con creces este tan legítimo derecho social, que incluso forma parte del derecho a la vida. Proteger tales derechos es obligación primordial e ineludible del Estado, que lo debe garantizar sobre la base de leyes nacionales, principiando por la Constitución misma, y por convenios internacionales suscritos y ratificados por la República...”.

El anterior criterio fue reflejado por esta la Sala Constitucional en sentencia N° 1.712, del 12 de septiembre de 2001 (y reiterado en sentencias 1.485/2002, del 28 de junio; 1.654/2005, del 13 de julio; 2.507/2005, del 5 de agosto; 3.421/2005, del 9 de noviembre; 147/2006, del 1 de febrero, entre otras), señalándose al respecto lo siguiente:

“...Los delitos de lesa humanidad, las violaciones punibles de los derechos humanos y los delitos por crímenes de guerra, quedan excluidos de beneficios como lo serían las medidas cautelares sustitutivas, en caso que el juez considerare que procede la privación de la libertad del imputado.

Al comparar el artículo 271 constitucional con el transcrito 29, donde el primero se refiere a acciones penales imprescriptibles y que, al igual que la última norma mencionada, reconoce como imprescriptible a los delitos contra los derechos humanos, la Sala debe concluir que el delito de tráfico de estupefacientes, cuya acción también es imprescriptible, debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad, y así se declara.

Los delitos de lesa humanidad, se equiparan a los llamados *crimen majestatis*, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano, motivo por el cual el tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes ha sido objeto de diversas convenciones internacionales, entre otras, la Convención Internacional del Opio, suscrita en La Haya en 1912, ratificada por la República el 23 de junio de 1912; la Convención Única sobre Estupefacientes, suscrita en las Naciones Unidas, Nueva York, el 30 de marzo de 1961; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988). En el Preámbulo de esta última Convención las partes expresaron: Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad....

Por otra parte, en el Preámbulo de la Convención de Viena de 1961, las partes señalaron, sobre el mal de la narcodependencia:...Considerando que para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes se hace necesaria una acción concertada y universal, estimando que esa acción universal exige una cooperación internacional orientada por principios idénticos y objetivos comunes....

En consecuencia, los delitos relativos al tráfico de estupefacientes los considera la Sala de lesa humanidad.

A título de ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no suscrito por Venezuela, en su artículo 7 se enumeran los crímenes de lesa humanidad; y en el literal K de dicha norma, se tipificaron las conductas que a juicio de esta Sala engloban el tráfico ilícito de estupefacientes”.

Siendo así, es claramente indudable que los delitos vinculados al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sí constituyen verdaderos delitos de lesa humanidad, en virtud de que se trata de conductas que perjudican al género humano, toda vez que la materialización de tales comportamientos entraña un gravísimo peligro a la salud física y moral de la población. Por lo tanto, resulta evidente que las figuras punibles relacionadas al tráfico de drogas, al implicar una grave y sistemática violación a los derechos humanos del pueblo venezolano y de la humanidad en general, ameritan que se les confiera la connotación de crímenes contra la humanidad.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que tales modalidades delictivas implican también una lesión al orden socio-económico, toda vez que las inmensas sumas de dinero provenientes de esa industria criminal son inyectadas a la economía nacional –por ejemplo, a través de la legitimación capitales- ocasionando la distorsión de ésta.

Sin embargo, a mayor abundamiento, esta Sala estima pertinente hacer las siguientes consideraciones:

Actualmente los derechos humanos no encajan en su antigua concepción individualista, con un contenido únicamente civil y político. Por el contrario, los derechos humanos son un complejo integral, interdependiente e indivisible, que abarcan consecuentemente, los derechos civiles, sociales, políticos, económicos y culturales.

Dentro de esa concepción omniabarcante del concepto de derechos humanos, se vislumbra su reconocimiento integral, en el entendido, que la existencia real de cada uno de ellos y su efectividad para su goce, garantizan la integralidad como concepto medular inherente a aquéllos, de lo contrario, los derechos sociales, civiles, políticos, culturales y económicos serían meras categorías formales, siendo que la protección a la salud pública, bien jurídicamente tutelado a través de las figuras punibles vinculadas al tráfico de drogas, lo mismo que el género humano, jamás podrán ser estimadas como categorías formales. De allí la necesaria integralidad, interdependencia e indivisibilidad en cuanto al concepto de los derechos humanos, y de su especial y real contenido.

Desde esta perspectiva, el Derecho internacional, tanto en el ámbito universal como en el ámbito regional, ha reconocido este carácter omnicomprensivo del concepto de los derechos humanos (*Derechos Humanos, Voz: Los problemas actuales de Derechos Humanos*, Héctor Gros Espiell, XI Jornadas J.M. Domínguez Escobar, 1986, p. 18).

Es indubitable la protección universal a la vida y a la dignidad, en líneas generales al género humano, tantas veces desgarrado ayer como actualmente, toda vez que no sólo la guerra y el uso de las armas más sofisticadas y letales hoy extinguen poblaciones humanas enteras, sino también el consumo de drogas, especialmente por la esperanza, por la utopía que encarna la juventud mundial.

Desde este punto de vista, la protección de los derechos humanos no se agota en la acción del Estado. Su polivalencia en este mundo tan complejo y globalizante, exige un análisis pluridisciplinario, que incluye elementos políticos, sociales, jurídicos, científicos, tecnológicos, económicos y culturales que no pueden mineralizarse por omisiones nacionales e internacionales, lo cual se encuentra en correspondencia con el deber del Estado de garantizar a toda persona conforme al principio de progresividad consagrado en el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de dichos derechos, disposición constitucional que debe ser interpretada en forma sistemática con los artículos 22 y 23 de dicho texto constitucional -tal como se explicará *infra*-; siendo en cierta forma trastocado el principio de legalidad penal, ello atribuible a estos particulares casos de delitos letales contra el género humano, situación en la cual debe tener predominancia la progresividad en la protección de los derechos humanos, claro está, respetando en todo caso el conjunto de garantías y exigencias esenciales que constituyen el contenido de tal principio del Derecho penal.

En tal sentido, el peligro que entraña el tráfico y el consumo de drogas al género humano, quedaría fuera del catálogo de tipicidad de lo injusto en su concepción individualista, de allí que sea válido considerar a este tenebroso delito como de lesa humanidad.

Los derechos humanos no son una nueva moral, ni una religión, una nueva política o un fetiche, es la propia esencia del género humano; dijo Gandhi que "... sólo somos acreedores del derecho a la vida...". ¿Qué norma jurídica o legalidad puede desconocer la conservación de la vida? Ello no es concebible ni lo será nunca. Es una norma *supra* legal que reside en la propia existencia de la vida, contra cuya conservación irrumpe

inmoralmente el tráfico, comercialización y el consumo de drogas, aunque este último aspecto es un infeliz final que produce la muerte del ser humano, y por lo menos, le ocasiona una enfermedad o incapacidad permanente que le impide vivir en paz y libertad, menos aún cuando ha perdido su dignidad humana.

¿No es ésta una conducta delictuosa de lesa humanidad? Es incontrovertible que sí lo es.

Su derrumbe será la salvación del género humano y el derecho tiene ese papel protagonista, eso sí, aplicando la ley en justicia. En este orden de ideas, debe señalarse que la interpretación de la ley no puede marchar en asincronía con el contenido de la verdad y la justicia, toda vez que ambas configuran la finalidad última hacia la cual debe apuntar la aplicación del Derecho. Siguiendo las enseñanzas CAPITANT, resulta absurdo desconocer los hechos en nombre de los principios de Derecho, ello sería desviar estos principios de su función. Siendo así, resulta necesario, cuando se trata de interpretar las leyes sociales, temperar el espíritu de éstas, añadiéndole algunas gotas de espíritu social, de lo contrario se arriesga a sacrificar la verdad a la lógica.

En esta misma línea de criterio, BIELSA señala lo siguiente:

“Los privilegios ahuyentan la verdad; de aquéllos está harta la sociedad, y de ésta hambrienta. Relata Primo Levi que el ácido cianhídrico que se usaba en Alemania para desinfectar bodegas, en determinado momento comenzó a emplearse como veneno en las cámaras de gas de Auschwitz. Un brusco aumento en la demanda como el que se produjo a partir de 1942 no podía pasar inadvertido. Debía provocar dudas, y ciertamente las provocó, pero fueron sofocadas por el miedo, por el afán de lucro, por la ceguera y por la voluntaria ignorancia. La historia del breve Reich Milenario puede ser releída como una guerra contra la memoria, una falsificación de la realidad, hasta la huida definitiva de la misma realidad. Todas las biografías de Hitler, los desacuerdos sobre la interpretación que debe darse a la vida de este hombre tan difícil de catalogar, están de acuerdo en que la huida de la realidad es lo que marcó sus últimos años, especialmente a partir del primer invierno ruso. Había prohibido y negado a sus súbditos el acceso a la verdad, envenenando su moral y su memoria; pero, de manera cada vez más creciente hasta la paranoia del Bunker, había ido levantando barreras en el camino de la verdad incluso para sí mismo. Como todos los jugadores de azar se había armado un decorado hecho de mentiras supersticiosas en el que había terminado por creer con fe fanática. Su derrumbe no sólo fue la salvación del género humano sino también una demostración del precio que se paga cuando se manipula la verdad” (BIELSA, Rafael, *La justicia por su nombre*, Javier Vergara Editor, Grupo Zeta, Buenos Aires, 1999, pp. 71-72).

Precisado lo anterior, pasa esta Sala a examinar el punto referido a la alegada inconstitucionalidad, por parte del Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, del tercer párrafo del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, específicamente, si éste atenta contra el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En tal sentido, se hará una breve aproximación al contenido de dicha norma constitucional, y posteriormente, se analizará si existe o no disconformidad entre tales normas jurídicas de distinta jerarquía.

El artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el deber del Estado de garantizar los derechos humanos, principio que debe informar a todas las actuaciones de éste. Dicha norma dispone lo siguiente:

“Artículo 19. El Estado garantizará 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”.

De la lectura de la anterior norma se desprende, que el propio texto constitucional reconoce de manera expresa 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. Tal progresividad se materializa en el desenvolvimiento sostenido, con fuerza extensiva, del espectro de los derechos fundamentales en tres dimensiones básicas, a saber, en el incremento de su número, en el desarrollo de su contenido, y en el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este ámbito cobra relevancia 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 observado de manera aislada, por el contrario, debe ser interpretado sistemáticamente –tal como se señaló *supra*- con los artículos 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales completan el contenido de aquél, articulándose de esta forma la base dogmática general 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.

Ahora bien, debe advertirse que la limitación a la rebaja de pena que se encuentra inserta en el primer y segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, obedece a un criterio de política criminal del legislador, por el cual éste consideró establecer de forma taxativa, que en el supuesto de que la admisión de los hechos gire en torno a ciertas figuras delictivas que impliquen la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de gran envergadura (delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, delitos contra el patrimonio público y delitos previstos en la legislación anti-drogas), el juez no rebajará el quantum de la pena de la misma forma en que lo haría en otros delitos distintos a los allí mencionados, por el contrario, tendrá una limitación legal al momento de realizar tal disminución, ello atendiendo a la gravedad del injusto.

Sobre este particular, estima la Sala necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia N° 1.654/2005, del 13 de julio, según el 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.

Asimismo, encuentra la Sala que la actualización de las normas jurídicas –como es el caso del artículo 376 con la incorporación del primer y segundo aparte, en la reforma de 2000– obedece también a la evolución de los derechos humanos y a la consolidación de los valores universalmente reconocidos, que exige a los Estados un régimen de protección más eficiente respecto de estos valores jurídicos, con la aplicación de sanciones más severas y algunas limitaciones en los beneficios previstos por la norma penal adjetiva para los delitos de lesa humanidad, cuya gravedad lo amerita, lo que conjuntamente con políticas de prevención buscan persuadir la comisión de este tipo de delitos y con ello disminuir la violación de los derechos humanos”.

Se evidencia entonces, que la circunstancia de que el legislador patrio, en el procedimiento especial por admisión de los hechos, haya considerado conveniente limitar la rebaja de la pena en los tres supuestos delictivos antes referidos, no implica un atentado contra el principio de progresividad de los derechos humanos contemplado en el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que no incumplió el deber de garantizar el desenvolvimiento sostenido, con fuerza extensiva, del espectro de los derechos fundamentales, sean los contenidos en el propio texto constitucional, o en instrumentos internacionales; por el contrario, se trata de una decisión de políti-

ca criminal plasmada en un texto legal, que aun y cuando sea de naturaleza adjetiva, tiende a la prevención general del delito, y la cual no tiene incidencia negativa en el desarrollo de los derechos humanos, sea en su número, en su contenido, o en los mecanismos institucionales para su protección, razón por la cual, esta Sala estima que no existe contradicción entre el segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, y el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En atención a los criterios expuestos en el presente fallo, esta Sala Constitucional, considera no ajustada a derecho la desaplicación del segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, efectuada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, toda vez que la redacción de dicha norma adjetiva es clara y precisa al establecer que, cuando se trate de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, y en los casos de los delitos contra el patrimonio público y los establecidos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (actual Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas), cuyas penas excedan de ocho (8) años en su límite máximo, sólo se podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio, siendo que en el caso que hoy nos ocupa, se condenó al acusado por la comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en su modalidad de distribución, previsto y sancionado en el artículo 34 de la entonces Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, delito que era castigado en dicha ley con una pena de diez (10) a veinte (20) años de prisión.

En este sentido, la Sala observa que en la sentencia objeto de la presente revisión, se desaplicó el segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, imponiéndole al acusado una pena de seis (6) años y siete (7) meses de prisión, sin tomar en cuenta que el límite mínimo de la pena para el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en modalidad de distribución, era de diez (10) años de prisión, límite éste hasta el cual podía rebajar la pena.

Con base en los anteriores planteamientos, esta Sala Constitucional anula la decisión dictada el 17 de septiembre de 2003, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, en la que por desaplicación del segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, rebajó la pena aplicable al ciudadano Lisandro Heriberto Fandiña Campos, por la comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en su modalidad de distribución, previsto y sancionado en el artículo 34 de la entonces Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sin respetar la limitaciones contenida en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, siendo que ésta no tiene visos de inconstitucionalidad; así como también se anulan los actos procesales subsiguientes a dicho fallo. En consecuencia, ordena se dicte nueva sentencia en el caso de autos con estricta aplicación del segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal.

## 2. Garantías Constitucionales

### A. La garantía de igualdad ante la ley: Privilegios y prerrogativas del Estado

**TSJ-SC (1104)**

**23-5-2006**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación del último aparte del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

**La materia de privilegios y prerrogativas se encuentra sometida a la reserva constitucional, lo cual equivale a decir que éstas son viables cuando en un determinado momento deba protegerse algún bien o valor jurídico a través de esta Institución. Es por ello, que el Estado, efectivamente, goza de una desigualdad legítima frente a los particulares, privilegio éste permitido por nuestra Carta Magna**

Decidido lo anterior, toca a la Sala pronunciarse sobre el fondo del “recurso” de nulidad interpuesto y, para tal fin, se observa que la disposición cuya inconstitucionalidad se solicita sea declarada es la contenida en el aparte final del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.554 (Extraordinario) del 13 de noviembre de 2001, la cual es del siguiente tenor:

*“Artículo 90. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.*

*Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren. Esta caución deber ser aprobada por la representación de la República”.* (Resaltado de este fallo).

La Sala observa que el recurrente ha denunciado en el escrito libelar que dicha norma es violatoria del artículo 21 de la Constitución vigente, que consagra el principio a la igualdad y a la no discriminación, denuncia que ha sido contradicha en el escrito presentado por la Fiscalía General de la República como se desprende de la narrativa del mismo efectuada *supra*.

Toca a la Sala pronunciarse sobre las denuncias de inconstitucionalidad formuladas tanto por la parte recurrente como por la Fiscalía General de la República respecto a dicha norma, y con tal propósito, se observa lo siguiente:

1.- Denuncia de violación al derecho de igualdad.

Alega el recurrente que la facultad que otorga el aparte final del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley de la Procuraduría General de la República de aprobar una caución en perjuicio de la parte afectada con la medida cautelar, viola el derecho a la igualdad y no discriminación de esta última.

Sobre el particular la representación de la Fiscalía General de la República alegó, que el Estado actuando como litigante en los juicios, goza de ciertas prerrogativas reconocidas por el legislador, en consecuencia, a su criterio, la inconstitucionalidad del aparte final del artículo 90 del citado Decreto con Fuerza de Ley de la Procuraduría General de la República, no deriva de esa causal.

Observa la Sala, que el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ya había sido objeto de interpretación (Sentencia N° 174 del 18-02-2004), y en tal sentido ha sostenido:

*“El artículo 21 constitucional, establece la igualdad de las personas ante la ley, lo que quiere decir que a todas las personas, sean naturales o jurídicas, se les aplica la ley conforme a lo que ella dispone, por lo que en principio, la ley como conjunto normativo que ordena conductas, puede crear situaciones disímiles para las personas y por tanto otorgar derechos privativos a determinadas personas y no a otras que se encuentran en desigual condición.*

*Pero dentro de esa situación, la vigente Constitución prohíbe la discriminación a las personas, fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, o que, en general, tengan por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.*

*Estas condiciones de igualdad para que se ejerzan los derechos, se encuentra reconocida en el proceso en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, aunque allí se acepta la existencia de derechos privativos a cada parte debido a su posición en el proceso, siendo ello una forma de igualdad, al reconocer que debido a la diversa posición que por su naturaleza tiene cada parte, pueda distribuirse entre ellas las cargas, deberes y obligaciones procesales, señalando a las partes cuáles le son específicas.*

*Esta situación que nace del proceso y que atiende a la posición procesal, que es diferente según el puesto que ocupan en él, permite privilegios procesales a favor de algunos litigantes, los cuales pueden no nacer necesariamente de su condición procesal, sino de razones extra-procesales, tal como sucede con los privilegios fiscales que tiene la República, acordados por distintas leyes. Esos privilegios, indudablemente, no corresponden a raza, sexo o credo y, en principio, no menoscaban los derechos y libertades de las personas.*

*¿Son tales privilegios discriminaciones provenientes de la condición social? Ni la República, ni los entes públicos son personas jurídicas con condición social. Éste es un concepto derivado del puesto que ocupan las personas en la sociedad, pero ni a la República ni a los demás entes jurídico-públicos puede reconocérsele una posición social, ya que ellos están por encima de la sociedad, resultando más bien –en cierta forma- rectores de la sociedad.*

*La condición social está referida a los seres humanos, y al puesto que ocupan en la sociedad, pero no a las personas jurídicas o a los entes morales. **Por ello la Sala concluye que los privilegios de la República o de los entes públicos, en principio, no están prohibidos por el artículo 21 citado, a menos que, injustificadamente, anulen derechos de las personas que, en un mismo plano previsto por la ley y que presupone igualdad, se relacionen con ella.** (Subrayado y resaltado de este fallo).*

*Ahora bien, a pesar de lo expuesto la Sala apunta, que los privilegios procesales deben responder a la necesidad de protección de quien goza de ellos, ya que debido a la importancia de la función que cumplen, requieren no ser disminuidos o debilitados; por ello existen privilegios –por ejemplo- a favor de los diplomáticos, de algunos funcionarios públicos a quienes se les preserva en el cumplimiento de la función, así como a algunos entes públicos a fin que no se debiliten y puedan adelantar sus actividades sin cortapisas.*

*Esto último –por ejemplo- justifica la inembargabilidad de algunos bienes, tanto públicos como privados, o la protección que se presta a ciertas personas o sectores sociales que son considerados por la ley como partes de una relación desigual, a fin de equipararseles. La necesidad de protección, la finalidad de evitar el debilitamiento o el menoscabo de aquellas personas (físicas o jurídicas) que prestan servicios al país o al colectivo, o que se encuentran en posición de débiles jurídicos, justifica el privilegio, pero resulta odioso y es una forma de fomentar la desigualdad, el que en materias donde no hay perjuicio para la República o los entes que la conforman y, por lo tanto, no es necesario protegerlos, se otorguen privilegios y se desequilibren a las personas en sus relaciones con el Estado o sus entes”.*

De la anterior interpretación del artículo 21 constitucional, podemos concluir que el Estado goza de ciertas prerrogativas que hace que nos encontremos frente a una desigualdad legítima, por tratar en algún momento de proteger un determinado bien del Estado o un valor jurídico.

Es preciso recordar que la materia de privilegios y prerrogativas se encuentra sometida a la reserva constitucional, lo cual equivale a decir que éstas son viables cuando en un determinado momento deba protegerse algún bien o valor jurídico a través de esta Institución.

Es por ello, que si la Sala debe considerar de manera aislada –tal como lo planteó el recurrente- la solicitud de nulidad por inconstitucionalidad del aparte final del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República con base al argumento de la violación del derecho a la igualdad, de conformidad al criterio anteriormente transcrito se denota claramente que el Estado, efectivamente, goza de una desigualdad legítima frente a los particulares, privilegio éste permitido por nuestra Carta Magna, razón por la cual la Sala desestima la solicitud de nulidad interpuesta con fundamento en este alegato. Así se decide.

Sin embargo, coincide la Sala con el criterio de los representantes de la Fiscalía General de la República, que la inconstitucionalidad del aparte final del citado artículo 90, podría derivar del análisis que de éste se haga a la luz de otras normas constitucionales, pues, tal como lo ha reiterado la Sala en diversos fallos, debe interpretarse que las prerrogativas y privilegios del Estado, requieren de un tratamiento especial, pues éstos

no pueden hacer nugatorio el derecho de los demás, y “...aceptar ello conduciría a consentir un abuso de derecho por parte de los Organismos Públicos que, en virtud de haberse creado legislativamente una prerrogativa, a veces de manera genérica y sin base constitucional, pudiéndose desconocer el derecho de los particulares y las ordenes judiciales”. (Sentencia del 11-07-2003. Caso: Instituto Autónomo de Salud del Estado Apure).

B. *Las garantías del debido proceso: Derecho al juez natural*

**TSJ-SC (1104)**

**23-5-2006**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación del último aparte del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

**El aparte final del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que establece que para suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, tal caución debe ser aprobada por la representación de la República, es inconstitucional y violatorio del debido proceso.**

Denuncian los representantes de la Fiscalía General de la República que la norma impugnada “trasgrede ciertas garantías de las comprendidas en el derecho al debido proceso, entre ellas el derecho a ser juzgado por un tribunal que sea competente y además sea imparcial”.

Además denuncian, “...que la norma impugnada, deja sin efecto el control judicial sobre las medidas cautelares que se dicten en un proceso y las incidencias que surjan con motivo de éstas en un juicio” y que, (t)al facultad, no es más que la expresión de la potestad de administrar justicia definida en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”.

Al respecto observa la Sala, que ha sido jurisprudencia reiterada y pacífica que, efectivamente el ser juzgado por el juez natural es una garantía constitucional y un elemento para que pueda existir el debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así quedó expresado este criterio en sentencia N° 144 del 20 de marzo de 2000:

*“La jurisdicción entendida como la potestad atribuida por la ley a un órgano del Estado para dirimir conflictos de relevancia jurídica, con un procedimiento predeterminado, siendo el órgano capaz de producir cosa juzgada susceptible de ejecución, es ejercida por los Tribunales ordinarios y especiales.*

*A estos Tribunales la ley, o la interpretación judicial que de ella se haga, les asigna un ámbito específico que vincula a ellos a las personas que realizan actividades correspondientes a esas áreas o ámbitos. Se trata de un nexo entre las personas que cumplen esas actividades, y los Tribunales designados para conocer de ellas. Así, aunque la jurisdicción es una sola, la ley suele referirse a la jurisdicción militar, laboral, agraria, etc., para designar las diversas áreas en que se divide la actividad jurisdiccional por razones de interés público. Esto conduce a que los derechos de las personas relativos a las diversas actividades que tutela la jurisdicción, para que les sean declarados en casos de conflicto, tengan que acudir a los órganos jurisdiccionales que les correspondan, y así los militares, en lo concerniente a los asuntos militares, acuden a los Tribunales militares; los trabajadores a los laborales, los menores a los Tribunales de Menores, etc.*

**Los jueces a quienes la ley ha facultado para juzgar a las personas en los asuntos correspondientes a las actividades que legalmente pueden conocer, son los jueces naturales, de quienes se supone conocimientos particulares sobre las materias que juzgan, siendo esta característica, la de la idoneidad del juez, la que exige el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** (Subrayado y resaltado de este fallo).

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

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

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

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

... Omissis...

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

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

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

Por otra parte, la Sala estima que las medidas cautelares se caracterizan -entre otras cosas- por su provisionalidad, esto es, porque las mismas se adoptan con el objeto de asegurar temporalmente la situación jurídica de quien la solicita, y, para que ésta sea acordada debe acompañarse prueba de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), esto es, del derecho que se reclama, presupuesto éste fundamental que, conjuntamente con el peligro en la mora (*periculum in mora*), el juez debe valorar para la adopción de acuerdo con lo solicitado (artículo 585 del Código de Procedimiento Civil).

Más adelante, el mismo Código de Procedimiento Civil en sus artículos 588, Párrafo Tercero y 589 prevén:

*“Artículo 588. En conformidad con el artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa las siguientes medidas:*

*...omissis...*

*Parágrafo Tercero. El Tribunal podrá, atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el Artículo 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del Artículo 589”.*

*“Artículo 589. No se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieren ya decretadas, si la parte contra quien se hayan pedido o decretado, diere caución o garantía suficiente de las establecidas en el artículo siguiente.*

*Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta”.*

De este modo resulta evidente, que al prever el aparte final del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República cuya nulidad por inconstitucionalidad se solicita, que para suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, tal caución debe ser aprobada por la representación de la República, dicha disposición resulta inconstitucional y violatoria del debido proceso, al

prever un requisito adicional de aprobación para la caución que no se encuentra establecido en la Ley Adjetiva que regula la materia, y enervando además la facultad del juez que tiene la potestad atribuida por el artículo 253 constitucional para conocer de las causas y asuntos de su competencia conforme a los procedimientos que determine la Ley, ya que se supone que son éstos los que poseen el conocimiento particular sobre las materias que juzgan, siendo esta característica -la de la idoneidad del juez- la que exige el artículo 255 de la misma Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo por ende la función judicial indelegable.

Por otra parte, el artículo 247 constitucional establece que la competencia de la Procuraduría General de la República es la de asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y ser consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.

Observa la Sala que es la misma Constitución quien delimita las facultades de la Procuraduría General de la República, y de su texto se desprende, que dentro de sus facultades no se encuentra la toma de decisiones a nivel judicial, que como ya se apuntó sólo las dictan los órganos jurisdiccionales sin que pueda delegarse tal función.

Es por ello, que al ser la Procuraduría General de la República parte de un proceso judicial, no podría obrar con imparcialidad y transparencia si debe aprobar las cauciones sustitutivas de las medidas cautelares decretadas, función ésta que como ya se explicó, es potestad del juez natural que debe decidir sobre ella, además de existir una clara usurpación de funciones que son propias de la esfera judicial, lejos de constituir un privilegio procesal a favor del Estado, es –sin lugar a dudas- el condicionamiento del derecho en manos de una de las partes del proceso, lo cual se traduce en un error que no tiene asidero jurídico, que viola además del artículo 49, los artículos 138 y 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, razón por la cual la Sala analizadas los vicios de inconstitucionalidad del último aparte del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República estima que debe declararse con lugar el “recurso” de nulidad interpuesto, con base a la motivación expuesta en este fallo. Así se decide.

Dada la anterior declaración, la norma impugnada que preveía en su único aparte: **“Esta caución deber ser aprobada por la representación de la República”**, queda re-dactada en los siguientes términos:

*“Artículo 90. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.*

*Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren. **Esta caución deber ser aprobada por el juez de la causa**”.* (Resaltado de este fallo).

Ahora bien, corresponde a esta Sala Constitucional de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, determinar los efectos de la presente decisión anulatoria en el tiempo, en tal sentido, esta Sala Constitucional expresó en sentencia N° 359 del 11 de mayo de 2000 (Caso: *Jesús María Cordero Giusti.*), en relación a los efectos de las decisiones anulatorias de normas jurídicas, lo siguiente:

*“(...) de acuerdo con lo previsto en el artículo 119 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se debe determinar los efectos en el tiempo de la decisiones anulatorias de normas. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en tales casos, debe entenderse que produce sus efectos ex tunc, es decir, hacia el pasado. Así, en reciente sentencia con ocasión de decidir la solicitud de ejecución de un fallo que no había fijado los efectos en el tiempo de una sentencia anulatoria, se indicó:*

*‘Ha sido señalado precedentemente que la sentencia anulatoria extinguió la norma por considerarla viciada, sin limitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la anulación en el tiempo, en razón de lo cual, este efecto es ex tunc, es decir hacia el pasado; opera desde el momento mismo en que la norma fue dictada’ (Sentencia de la Sala Político Administrativa del 11 de noviembre de 1999, caso Policarpo Rodríguez).*

*En el caso antes citado, si bien se dio efecto ex tunc al fallo anulatorio, la sentencia fijó los términos de la ejecución, es decir, los parámetros y el tiempo mediante los cuales los afectados por la norma anulada podían ejercer sus derechos.*

*En el caso de autos, esta Sala por razones de seguridad jurídica, para evitar un desequilibrio en la estructura de la administración pública estatal y la preservación de los intereses generales, así como en resguardo de los derechos de los beneficiados por la ley Estadal, fija los efectos ex nunc, es decir, a partir de la publicación de este fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional”.*

Así, en el presente caso, dadas las múltiples actuaciones que eventualmente pudieron haber sido realizadas por los funcionarios adscritos a la Procuraduría General de la República en los diferentes juicios llevados en representación de la República y, los efectos jurídicos que ello pudiere implicar, esta Sala, en aras de la seguridad jurídica, fija los efectos del presente fallo anulatorio *ex nunc* o hacia el futuro, esto es, a partir de la publicación en la *Gaceta Oficial de la República*, incluso para los casos en curso. Así se decide.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 21, aparte 18, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación de esta sentencia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Así se decide.

3. *Derechos Individuales: Derecho a la libertad de conciencia y objeción de conciencia*

**TSJ-SPA ( 0967)**

**20-4-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Ivo Clemente Rodríguez de Souza vs. Ministerio de la Defensa

**El derecho a la libertad de conciencia contemplado en el artículo 61 de la Constitución, prevé que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito. Igualmente señala, que la objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.**

4. *Derechos Sociales y de las Familias*

**TSJ-SC (972)**

**9-5-2006**

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de los artículos 3, cardinal 4, 32, y 39, cardinales 1, 3 y 5, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familias.

**La Sala Constitucional analiza la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, y en especial, la constitucionalidad de las medidas cautelares establecidas en el artículo 39 de la mencionada Ley.**

.....2.2 Tal como se expuso anteriormente, la parte actora afincó su demanda de nulidad en diversos argumentos de violación al Texto Constitucional, bien a derechos fundamentales que están recogidos en la Constitución, bien a principios constitucionales que informan la estructura y organización de nuestro Poder Público. No obstante, se alegó también la violación a una serie de normas de rango legal, específicamente del Código Orgánico Procesal Penal, con la argumentación de que la Ley que se impugnó no podría contradecir o establecer un régimen distinto al de dicho Código adjetivo.

Al respecto, debe esta Sala señalar que puesto que se trata ésta de una demanda de nulidad de normas de rango legal, únicamente resultan pertinentes los alegatos de violación a la Constitución, mientras que cualquier supuesta contradicción que exista entre la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia y el Código Orgánico Procesal Penal respondería, eventualmente, a una colisión de leyes que escapa de este debate procesal en concreto.

En todo caso, debe partirse de la premisa de que la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia es una Ley que regula una materia especial y que preceptúa un régimen específicamente dirigido a la protección de situaciones concretas y, asimismo, especiales. Así, su finalidad, como lo indica el artículo 1° de la Ley, es “*prevenir, controlar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la familia, así como asistir a las víctimas de los hechos de violencia previstos en esta Ley*”. En este sentido, y para lograr ese fin, la Ley estableció el ámbito orgánico de protección contra la violencia doméstica, a través de la regulación de los órganos administrativos que están encargados de la ejecución de las políticas y programas de prevención y asistencia de casos de tales formas de violencia; el ámbito sustantivo de la prevención y control de dichos modos de violencia, a través de la tipificación de las conductas violentas que se consideren delitos y faltas, y, por último, el ámbito procedimental, que abarca los trámites o pautas mediante los cuales pueden realizarse denuncias de comisión de tales conductas, que persiguen la conciliación entre las partes y que, probablemente, den lugar al inicio de procesos penales en los que se juzguen tales conductas.

Dentro de ese procedimiento previo a la acción penal, la Ley regula (artículos 31 y siguientes) los sujetos con legitimación para denunciar, los órganos receptores de denuncias, la gestión conciliatoria y las medidas cautelares que podrán dictarse de inmediato y de forma anticipada al inicio de dicha acción. Por último, la Ley hace remisión al Código Orgánico Procesal Penal –específicamente al procedimiento abreviado y al que establece el título VI, Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal–, para el juzgamiento de los delitos o faltas que tipifica la Ley.

De manera que se trata de una Ley que desarrolla, a través de un régimen especial, los mecanismos de protección de varios derechos fundamentales específicos que son, según su artículo 2, el derecho a la integridad física, psíquica y moral de la persona, el derecho a la igualdad por razones de sexo y el derecho a la protección de la familia y cada uno de sus miembros, derechos que son reconocidos en los artículos 46, 21 y 75 de la Constitución.

Asimismo, se trata de una Ley que no sólo responde al desarrollo de derechos que reconoce el Texto Fundamental, sino, además, a las obligaciones que fueron contraídas por la República en atención a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981, así como a su condición de Estado Parte de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”, cuya Ley Aprobatoria se publicó en *Gaceta Oficial de la República* N° 35.632 de 16 de enero de 1995, y que impone a los Estados Partes (artículo 7) la obligación de “*adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia*” y llevar a cabo, entre otras, las siguientes obligaciones:

“b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

(...)

d. Adoptar las medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

(...)

**f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”** (Destacado de la Sala).

En complemento, el artículo 4, literal g de la misma Convención establece:

“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

(...)

g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”.

De manera que la existencia de un procedimiento previo a la acción penal, mediante el cual se denuncie la existencia de conductas contrarias a la Ley, y en el que tal denuncia pueda ser recibida por diversos órganos receptores, así como la posibilidad de que se dicten medidas cautelares de manera inmediata, responden a un régimen o regulación especial que no es, *per se*, inconstitucional, aunque implique un tratamiento distinto al de otros ámbitos penales. Por el contrario, se insiste, se trata de un régimen especial que responde a la necesidad de que se cumpla con el compromiso internacional de adopción de mecanismos legales eficaces de protección frente a la violencia contra la mujer y la familia, así como el fácil acceso a tales procedimientos y medidas.

Evidentemente, tales consideraciones no resultan, ni mucho menos, suficientes para que se sustente la adecuación a derecho de las normas que se impugnaron; por el contrario, se hace necesario el análisis detallado de si los preceptos que desarrolla el legislador venezolano para el cumplimiento con tales compromisos internacionales se adecuan o no al Texto Constitucional, más aún si se tiene en cuenta que la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia es preconstitucional, pues data del 3 de septiembre de 1998. Lo que se pretende observar en este punto preliminar es que la existencia en sí de un régimen especial previo y cautelar, antes del inicio de la acción penal en la que se juzgue la supuesta comisión de determinados delitos, no es, en este caso, contrario a la Constitución venezolana.

2.3 Asimismo, y antes del pronunciamiento acerca de cada una de las impugnaciones que se realizaron, observa la Sala que los alegatos que se plantearon en este proceso se refieren todos, de manera directa, a la supuesta inconstitucionalidad de las medidas cautelares que preceptúa el artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, pues son éstas las que, en definitiva, supuestamente agravian los derechos fundamentales que se invocaron, mientras que los artículos 3 y 32 *eiusdem* –que también se impugnaron– no serían, *per se*, inconstitucionales, al menos de conformidad con tales denuncias.

Así, el artículo 3 de la referida Ley únicamente expresa, como principio general, la procedencia de medidas cautelares en el marco de protección de la violencia contra la mujer y la familia, cuando señala que “*Los órganos receptores de denuncia podrán dictar inmediatamente las medidas cautelares indicadas en el artículo 39 de esta Ley*”. La posibilidad de que se dicten medidas cautelares no es más que una garantía de eficacia de la prevención y control de actos de violencia contra la mujer y la familia, que es, precisamente y como se indicó, el objeto de la Ley, y, por vía de consecuencia, persigue *el aseguramiento de la eficacia de la tutela judicial*, en este caso penal, que la misma regula. Ante los posibles perjuicios y daños irreparables que la violencia implicaría sobre los derechos de las víctimas, la adopción preventiva de medidas cautelares por parte de los órganos receptores de denuncias es, si no la única, la más importante garantía frente al riesgo que supone el inevitable transcurso del tiempo. De manera que la norma no es inconstitucional, sino que, por el contrario, consigue perfecto anclaje constitucional en el artículo 26 del Texto Fundamental, y lo que, en todo caso, podría implicar una violación constitucional sería su interpretación y aplicación conjunta con el artículo 39 de la Ley, esto es, en tanto el contenido y alcance de las medidas cautelares que preceptúa el artículo 39 fueran contrarias a la Constitución.

De otro lado, tampoco resulta contraria a la Constitución la norma que establece el artículo 32, la cual se limita a enumerar los órganos que pueden fungir como receptores de denuncias. Conviene así, recordar el contenido de ese precepto:

“Artículo 32. **Órganos receptores de denuncia.** La denuncia a que se refiere el artículo anterior podrá ser formulada en forma oral o escrita, con la asistencia de abogado o sin ella ante cualesquiera de los siguientes organismos:

1. Juzgados de Paz y de Familia;
2. Juzgados de Primera Instancia en lo Penal
3. Prefecturas y Jefaturas Civiles;
4. Órganos de Policía;
5. Ministerio Público; y
6. Cualquier otro que se le atribuya esta competencia.

En cada una de las prefecturas y jefaturas civiles del país se creará una oficina especializada en la recepción de denuncias de los hechos de violencia a que se refiere esta Ley.”

De conformidad con esa norma jurídica, los sujetos con legitimación activa según el artículo 31 *eiusdem* –que son la víctima, sus parientes consanguíneos o afines y los órganos públicos y no gubernamentales allí establecidos- pueden denunciar la supuesta comisión de alguna de las conductas violentas que la Ley tipifica como delitos o faltas, ante cualquiera de dichos órganos. El análisis del precepto revela que los órganos receptores de denuncias se agrupan en dos categorías jurídicas:

De una parte, órganos jurisdiccionales, como lo serían los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal y los Juzgados con competencia en materia de Familia. Incluso, en esta categoría están los Juzgados de Paz, los cuales, según ha expuesto esta Sala reiteradamente, son “*un medio alternativo de resolución de conflictos, a través de la conciliación y soluciones de equidad, que, por tanto, implica el ejercicio de la función jurisdiccional, pero que orgánicamente, están fuera del Poder Judicial*” (por todas, *vid.* s.Sala Constitucional N° 3098 de 14-12-04). De manera que son órganos jurisdiccionales más no judiciales.

De otra parte, órganos administrativos en ejercicio de funciones de auxilio a la justicia, como lo serían las Prefecturas y Jefaturas Civiles, órganos de policía y el Ministerio Público.

Que unos u otros órganos puedan recibir denuncias de conductas supuestamente ilegales no es, en modo alguno, una disposición inconstitucional; antes por el contrario, y según antes se señalaba, la urgencia que envuelve el régimen de prevención y control de los casos de violencia doméstica amerita mecanismos eficaces que respondan al principio de inmediación, sin que sea contrario a las funciones de policía administrativa de los órganos de la Administración Pública ni a la función jurisdiccional el que éstos conozcan tales denuncias. Asimismo, tampoco es inconstitucional que dichos órganos acuerden medidas cautelares, pues es atributo inherente a la eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial que los órganos jurisdiccionales tengan potestades cautelares, las cuales ejercen directamente o mediante la colaboración de otros órganos del Poder Público, incluso órganos administrativos y auxiliares a la justicia, lo que, en el caso concreto de la prevención y sanción de la violencia doméstica, luce especialmente relevante pues, como se dijo, existe el compromiso internacional de la República de lograr esa eficacia.

En consecuencia, la eventual inconstitucionalidad de estas normas sólo procedería si se determinase la contrariedad a derecho de las medidas cautelares que dichos órganos pueden dictar, esto es, la inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia y siempre como consecuencia de su análisis conjunto. Por ello, esta Sala debe proceder, de inmediato, al análisis de constitucionalidad del artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia y, sólo luego, determinar su incidencia respecto del resto de las normas que se impugnaron. Así se decide.

3. Considera necesario la Sala, antes del análisis de constitucionalidad de la norma que se impugnó, pronunciarse acerca de uno de los alegatos que esgrimieron las partes intervinientes en este proceso, quienes, abogando por la constitucionalidad de la Ley, plantearon la posibilidad de adecuación de ésta respecto del artículo 285, cardinal 3, de

la Constitución, pronunciamiento previo que determinará las pautas que se seguirán respecto de las demás impugnaciones en contra de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia. Para ello, se observa que el texto de esa norma constitucional es el siguiente:

“Artículo 285. Son atribuciones del Ministerio Público:

3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración”.

De conformidad con la regla que se transcribió, al Ministerio Público corresponde la instrucción y dirección de las diligencias conducentes para la determinación de la supuesta comisión de hechos punibles y de todas las circunstancias que incumban a la calificación penal de los hechos, así como a la identificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, diligencias que servirán de base a la acusación fiscal y a la defensa del imputado. De esta manera, el Constituyente otorgó especial importancia a la investigación penal, como fase preparatoria de la acción penal.

Ahora bien, la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, Ley que, como se dijo, es preconstitucional, omite esta fase de investigación previa al inicio de la acción penal. Así, de conformidad con los artículos 31 y siguientes de dicha Ley, el procedimiento que se deberá seguir para el planteamiento de una denuncia es el siguiente:

La supuesta víctima presenta la denuncia ante alguno de los órganos receptores que establece el artículo 32 de la Ley, los cuales podrán dictar medidas cautelares de inmediato (artículo 39) y procurarán la conciliación de las partes a través de una audiencia de conciliación dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la recepción de la denuncia (artículo 34 *eiusdem*). Luego de ello, sea porque no hubo conciliación, no hubo audiencia o hubo reincidencia, “*si el receptor de la denuncia no es el tribunal que conocerá de la causa, el órgano receptor le enviará las actuaciones dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes*” (artículo 34, *in fine eiusdem*).

De esta manera, lo que la Ley regula es una fase prejudicial, fundamentalmente conciliatoria, que sirve de mecanismo de autocomposición y de prevención respecto de la acción penal, pero no hay, no se preceptuó, una fase de investigación penal en la que se lleven a cabo las diligencias necesarias y se califiquen los hechos que supuestamente implicaron la comisión de alguno de los delitos que tipifica la ley.

En ausencia de esa regulación, considera la Sala –tal como lo alegaron las partes intervinientes en este proceso– que la adaptación del procedimiento de denuncia que establece la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia respecto de la norma constitucional, exige la aplicación concatenada de las normas de aquella con los preceptos del Código Orgánico Procesal Penal, específicamente sus artículos 283 y siguientes, y en esa medida, una vez que los órganos a que se refiere el artículo 32 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia reciban una denuncia que se funde en las conductas que tipifica esa Ley especial, deberán actuar –salvo, evidentemente, para el caso en que el

receptor de la denuncia sea el propio Ministerio Público- de conformidad con el artículo 284 del Código Orgánico Procesal Penal y, en consecuencia, deberán comunicarla al Ministerio Público dentro de las doce (12) horas siguientes “y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes”, diligencias que según dispone la misma norma “estarán dirigidas a identificar y ubicar a los autores y demás partícipes del hecho punible, y al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración”, lo que incluye, según se verá, el acordamiento de medidas cautelares.

De esta manera, será el Ministerio Público el que, una vez se sustancie la investigación penal de conformidad con las normas del Código Orgánico Procesal Penal, determine si procede la solicitud de desestimación de la denuncia ante el juez (artículo 301 de dicho Código), el archivo fiscal de la denuncia (artículo 315 *eiusdem*), la solicitud de sobreseimiento (artículo 320 *eiusdem*) o bien la acusación (artículo 326 *eiusdem*), esta última cuando estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado.

Tal adecuación de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia al nuevo marco constitucional, en lo que se refiere a la garantía de la fase de investigación penal ante el Ministerio Público, obliga a declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 34 *in fine* de dicha Ley, cuando señala que, luego de la recepción de la denuncia y si no hubo conciliación de las partes, “el órgano receptor de la denuncia le enviará las actuaciones dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes” al “tribunal de la causa”, y, en consecuencia, deben aplicarse los artículos 283 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal en los términos que antes se señaló, por ende, será el Ministerio Público el que remita, si fuera el caso, las actuaciones al Juez. Así se decide.

En todo caso, aclara la Sala que la declaratoria de inconstitucionalidad parcial de ese precepto no merma el resto de las facultades que la Ley confiere al órgano receptor de la denuncia y, en consecuencia, aunque debe comunicar la denuncia al Ministerio Público dentro de las doce (12) horas siguientes para que éste inicie la investigación penal, el órgano receptor de la denuncia deberá, paralelamente, cumplir con las normas relativas a la gestión conciliatoria de las partes (artículo 34, primera parte) y, según se dijo, comunicar posteriormente al Ministerio Público acerca de los resultados de esa gestión, como parte de los hechos y pruebas que se recaben durante la investigación penal. Así se decide.

4. Observa que son tres de las medidas cautelares que dispone el artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, las que, en este juicio, se denunciaron como inconstitucionales. Tales cautelas tienen contenidos y alcances distintos e implican, además, una limitación a derechos fundamentales también diferentes:

En primer lugar, el artículo 39, cardinal 1, dispone, como medida preventiva, “Emitir una orden de salida de la parte agresora de la residencia común, independientemente de su titularidad sobre la misma”.

En segundo lugar, el artículo 39, cardinal 3, establece, como medida cautelar, “Arresto transitorio hasta por setenta y dos (72) horas, que se cumplirá en la jefatura civil respectiva”.

Y en tercer lugar, el mismo artículo 39, cardinal 5, preceptúa que el órgano receptor de la denuncia podrá, de manera cautelar, “Prohibir el acercamiento del agresor al lugar de trabajo o estudio de la víctima”.

Cada una de tales medidas cautelares supone, ciertamente, una limitación legal de diferentes derechos fundamentales, derechos que no son absolutos y que, por ende, admiten restricciones mediante norma de rango de Ley. No obstante, ha de analizarse si, en este caso, tales limitaciones se ajustan o no al Texto Constitucional. Para ello, se revisarán los argumentos relativos al contenido y alcance en particular de algunas de dichas medidas y, luego, los argumentos de nulidad que son comunes a todas, relativos al derecho a la defensa y debido proceso, así como el derecho al juzgamiento por el juez natural.

#### 4.1 Violación al derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia.

La parte demandante en este juicio argumentó que el artículo 39, cardinal 3, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia viola el derecho a la libertad personal que recogió el artículo 44, cardinal 1, de la Constitución de 1999.

En este sentido, se alegó que mal puede permitirse a órganos administrativos la imposición de medidas restrictivas de libertad, específicamente de arresto transitorio, por un lapso de 72 horas, cuando el artículo 44, cardinal 1, reserva esa posibilidad a órganos jurisdiccionales, sin que pueda excederse la medida de cuarenta y ocho (48) horas.

Al respecto se observa:

El artículo 44, cardinal 1, de la Constitución de 1999 dispone:

“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. La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno”.

La norma constitucional que se transcribió recoge expresamente el derecho fundamental a la libertad personal y contiene los aspectos más relevantes que garantizan el ejercicio y respeto de ese derecho. Así, de su lectura e interpretación literal se deriva, en primer lugar, que la libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad. En segundo lugar, y en lo que especialmente incumbe al caso de autos, sólo se permiten arrestos o detenciones – incluso aquellos preventivos- si existe orden judicial, salvo que la persona sea sorprendida *in fraganti*.

En este último caso de flagrancia, sí se permite detención preventiva sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo muy breve, no más de cuarenta y ocho (48) horas, se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.

De manera que la norma, tal como expuso esta Sala en anteriores oportunidades (entre otras, en reciente sentencia N° 130 de 1-2-06), impone como garantía del derecho fundamental a la libertad personal e, incluso, como garantía del juez natural, la reserva obligada de la medida excepcional de privación de libertad a la autoridad judicial. Tal intervención implica que estén proscritas constitucionalmente, salvo que medie el supuesto de flagrancia, las limitaciones a la libertad personal por parte de órganos de naturaleza administrativa, los cuales deben colaborar como órganos auxiliares de justicia, mas no pueden sustituirse en ciertas potestades exclusivas del órgano jurisdiccional, entre otras para la imposición de limitaciones a la libertad personal. En esa oportunidad, esta Sala estableció:

“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.

Precisamente a ese aparato administrativo, enorme y por lo general más dotado en personal y recursos materiales que el judicial, se le encomienda una labor básica en relación con la justicia: la de *colaborar con ella*. Las fuerzas de policía son, en realidad, imprescindibles en la labor de los tribunales penales. Las policías aprehenden a personas en el mismo momento en que se les observa cometiendo el hecho tipificado como punible o investigan para dar con los sospechosos y solicitar del tribunal que les permita capturarlos y ponerlos luego a sus órdenes.

Los jueces, así, juzgan a quienes los órganos policiales suelen traer ante ellos. Sin órganos de policía el sistema de justicia estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas violan la ley o cuando se esfuerzan en investigar para descubrir quién lo ha hecho, implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

Lo que no puede permitirse es que los órganos policiales cuenten con el poder para ser ellos mismos los que sancionen o que se les permita alargar las detenciones antes de poner a las personas frente a los jueces. Tal vez sólo en sociedades extremadamente refinadas los cuerpos policiales pueden proporcionar garantías suficientes.

La misión de los órganos de policía es, entonces, fundamental (la seguridad de los ciudadanos) 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.

Ahora bien, la relevancia de las competencias de los cuerpos policiales no elimina su carácter de órganos auxiliares de los órganos que imparten justicia (los jurisdiccionales). Los órganos de policía tienen competencias que no son de auxilio judicial, como la vigilancia callejera, el control del orden público, la advertencia a la ciudadanía sobre su proceder indebido, entre otras. Su sola presencia es motivo, cuando trabajan correctamente, para dar tranquilidad a la colectividad. Lo que no tienen autorizado es, so pretexto del control del orden público y de la seguridad ciudadana, detener personas. Los dos únicos supuestos en que pueden hacerlo ya se han mencionado: si son capturadas *in fraganti* en la comisión de un delito o si un juez dicta una orden en tal sentido para que sea ejecutada por la Administración”.

En síntesis, y como se expuso, a partir de la Constitución de 1999 la regla constitucional es que la privación de libertad requiere siempre de previa orden judicial y que, sólo como excepción, los órganos policiales pueden efectuar detenciones preventivas si el sujeto infractor es sorprendido *in flagranti* o bien si han sido autorizados por un juez, y siempre que esa medida no se extienda por más de cuarenta y ocho (48) horas.

En el caso de autos se impugnó la constitucionalidad del artículo 39, cardinal 3, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, que establece la posibilidad de que los órganos receptores de denuncia acuerden, como medida cautelar, “*Arresto transitorio hasta por setenta y dos (72) horas, que se cumplirá en la jefatura civil respectiva*”.

Si bien se trata de una detención preventiva, que se impone cautelarmente para evitar la perpetración o consecución de la conducta de violencia supuestamente delictiva que denunció la víctima, es evidente que la aplicación de dicha norma, de origen preconstitucional, colide con el nuevo Texto Fundamental.

Así, recuérdese que, de conformidad con el artículo 32 de la misma Ley, los órganos receptores de denuncias pueden ser de naturaleza jurisdiccional, como lo serían el Juez de Primera Instancia Penal, el Juez con competencia en materia de Familia y el Juez de Paz, o bien de naturaleza administrativa, como lo serían las Prefecturas y Jefaturas Civiles, los órganos de Policía y el Ministerio Público.

De manera que, salvo el supuesto en el que el órgano receptor de la denuncia fuese el Juez de Primera Instancia Penal o el Juez con competencia en materia de Familia, para el resto de los casos de recepción de denuncias la aplicación del artículo 39, cardinal 3, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia implicaría, a partir de la Constitución de 1999, una abierta violación al derecho a la libertad personal, pues dicho precepto permite una medida de privación de libertad, por parte de órganos administrativos, sin la exigencia, siquiera, de que se esté en el supuesto de flagrancia. Incluso, la aplicación del artículo 39, cardinal 3, es contraria a la Constitución cuando el receptor de la denuncia es un Juez de Paz, el cual, según se dijo *supra* en este fallo, ejerce función jurisdiccional pero no es un órgano judicial, y de allí que no cumpliría con el requerimiento orgánico del artículo 44, cardinal 1, de la Constitución de 1999.

Asimismo, tal como lo alegó la parte actora, y en ello coincidieron algunos de los terceros intervinientes, la simple lectura del precepto que se cuestionó revela una segunda colisión con la norma constitucional, en este caso *rationae temporis*, pues el artículo 39, cardinal 3, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia establece un plazo máximo de setenta y dos (72) horas de arresto, aun cuando la norma constitucional (artículo 44, cardinal 1) limita las detenciones preventivas *in flagranti* a no más de cuarenta y ocho (48) horas.

En consecuencia, considera la Sala que el artículo 39, cardinal 3, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia se encuentra parcialmente viciado de inconstitucionalidad sobrevenida desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, pues a diferencia del Texto Fundamental de 1961 (artículo 60, cardinal 1), el Constituyente exige, ahora, orden judicial para que se impongan medidas de privación de libertad, por no más de cuarenta y ocho (48) horas. Esa inconstitucionalidad parcial ha de declararse respecto de los siguientes aspectos:

En primer lugar, se anula el artículo 39 *in fine* en lo que se refiere al lapso máximo de setenta y dos (72) horas del arresto, porque colide con la letra del artículo 44, cardinal 1, de la Constitución de 1999 en atención a las razones que se expusieron.

En segundo lugar, se declara la inconstitucionalidad del precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, cardinal 3 y 32, cardinales 1 (en lo que se refiere al Juez de Paz), 3, 4 y 5, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia. En este sentido, y por los argumentos que se expusieron, son contrarias al artículo 44, cardinal 1, las medidas privativas de libertad, aunque sean preventivas o cautelares, que dicten órganos no judiciales. Así se decide.

En tercer lugar, y en consecuencia, esta Sala considera acorde con la Constitución el precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, cardinal 3 y 32, cardinales 1 y 2, de la referida Ley, esto es, la facultad de dictar medidas de arresto por parte del Juez de Primera Instancia Penal o del Juez con competencia en materia de Familia cuando sea uno de éstos el órgano receptor de la denuncia, siempre que se tenga en cuenta que el plazo máximo de duración de esa medida es el que establece la Constitución, esto es, cuarenta y ocho (48) horas. Así se decide.

En cuarto lugar, y tal como se sostuvo en el fallo de esta Sala N° 1204, de 22-6-04, se advierte que esta declaratoria de inconstitucionalidad no merma la facultad de los órganos receptores de denuncias y del Ministerio Público para que soliciten medidas preventivas de privación de libertad en contra del supuesto agresor, las cuales deberán realizarse previo cumplimiento de las normas y principios que preceptúa el Código Orgánico Procesal Penal (artículos 243 y siguientes). En consecuencia, la detención de los supuestos agresores requerirá que los receptores de denuncia, a que se refieren los cardinales 1, 3, 4 y 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, soliciten una orden judicial de detención por ante el juez de control competente según el lugar de la última residencia del sujeto agresor.

En quinto lugar, se dejan a salvo los supuestos en que opere la flagrancia, caso en el cual la autoridad policial podrá actuar sin previa orden judicial, pero siempre bajo el estricto cumplimiento de las normas ordinarias que contiene el Código Orgánico Procesal Penal y en atención a la interpretación restrictiva de las mismas, tal como lo expuso esta Sala en sentencia N° 1577 de 18-12-00. Así se decide.

#### 4.2 Violación al derecho a la inviolabilidad del hogar.

La parte demandante alegó, también, que las medidas cautelares que se impugnaron son inconstitucionales pues limitan el derecho a la inviolabilidad del hogar. Debe analizarse entonces, de seguidas, si tales medidas, excepto la que establece el artículo 39, cardinal 3, que parcialmente se anuló, limitan inconstitucionalmente ese derecho. Al respecto se observa:

El artículo 47 de la Constitución establece:

“El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano”.

Por su parte, el artículo 39, cardinales 1 y 5, de la Ley que se impugnó disponen, como medidas cautelares que puede acordar el órgano receptor de la denuncia, las siguientes:

“1. Emitir una orden de salida de la parte agresora de la residencia común, independientemente de su titularidad sobre la misma;

(...)

5. Prohibir el acercamiento del agresor al lugar de trabajo o estudio de la víctima”.

De la lectura de ambos preceptos legales se observa que sólo la primera de tales medidas podría implicar una afectación al derecho a la inviolabilidad del hogar pues, de conformidad con esa medida cautelar, el órgano receptor de la denuncia puede ordenar que la parte supuestamente agresora, esto es, aquella contra la cual se presentó la denuncia de comisión de alguno de los delitos y faltas a que hace referencia la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, salga de la residencia común con la víctima. En cambio, la segunda de esas medidas no alude al hogar doméstico sino que, en todo caso, se trataría de una limitación legal al derecho al libre tránsito del supuesto agresor, como impedimento para que se acerque al lugar de trabajo o estudio de la víctima.

Ahora bien, se debe analizar si, efectivamente, la medida cautelar que permite el artículo 39, cardinal 1, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia implica una limitación inconstitucional al derecho a la inviolabilidad del hogar, especialmente cuando el órgano que la acuerda es un órgano no judicial pues, según se indicó, la norma exige de tal orden para el allanamiento del hogar doméstico o recinto privado.

En este sentido, se observa que la correcta lectura de la norma constitucional que se transcribió (artículo 47) es que ésta garantiza la inviolabilidad del hogar doméstico *–lato sensu–* lo que abarca el domicilio, la residencia y el recinto privado de las personas. Así, ya en anteriores oportunidades la jurisprudencia de esta Sala (específicamente en sentencia N° 717 de 15-5-01) se pronunció en este sentido:

“En efecto, si bien el artículo 47 constitucional, al prever la inviolabilidad del hogar doméstico, el domicilio y todo recinto privado, estableció de manera categórica que “[n]o podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales”. **Interpretar, únicamente, que en virtud de tal disposición, siempre para la realización de un allanamiento a un determinado domicilio, será necesaria la existencia de una orden judicial que lo autorice, sería llegar a la exageración de suponer que, aun hasta para el caso de fuerza mayor o estado de necesidad, se requiera la referida orden.** La norma no prevé nada al respecto, pero no por ello, en el caso de auxilio inmediato, solicitado o no, de riesgos para la vida o seguridad de las personas, o de otros supuestos análogos, la entrada al domicilio o recinto de que se trate, por parte de funcionarios policiales o cualquier otro agente de autori-

dad, e incluso de un particular, debe ser considerado como una vulneración a su inviolabilidad, pues se está ante uno de los supuestos en que es necesario preservar unos derechos sobre otros, igualmente constitucionalmente protegidos.

Debe entenderse, entonces, de acuerdo con el precepto constitucional en referencia, que la orden judicial es **la regla, resultando sin embargo, posible su limitación dependiendo del ámbito de que se trate (civil o penal), pues debe estudiarse en cada caso cuándo se le debe dar supremacía a éste ante otros derechos fundamentales, y viceversa**, dado que puede ocurrir que el mismo, como un derecho particular pretenda sobreponerse a un derecho de orden colectivo, como la salud pública.

En tal sentido, debe advertirse que en el ámbito penal, el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico admite excepciones, que como tal, en principio, están contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 225, pues existe el supuesto, como en el caso de autos, no contemplado en dicha norma legal, en el cual tampoco resulta necesaria la orden judicial, que es cuando la persona que habita determinado domicilio o morada, autoriza o consiente voluntariamente su ingreso a ella, lo cual obedece al deber que tiene todo ciudadano de la República de colaborar con la justicia como expresión de los principios de solidaridad y corresponsabilidad social que orientan el nuevo orden institucional y social del Estado actual, y que se encuentran previstos en el artículo 135 constitucional” (Destacado de la Sala).

Ahora bien, esa *inviolabilidad* se traduce en que no puede haber *allanamiento*, esto es, *no puede haber entrada forzosa por parte de autoridades públicas o de particulares que no habiten en ese recinto sino en los supuestos que establezca la norma constitucional y con las condiciones que, conforme a tales supuestos, disponga la Ley*, tal como lo corrobora, además, el criterio de esta Sala que antes se citó. De manera que esa garantía de inviolabilidad lo que proscribía es la entrada forzosa al hogar, no así la prohibición de limitaciones relativas al acercamiento, entrada o salida de éste por parte de quienes lo habitan, limitaciones que podrían, en principio, conseguir anclaje legal.

Precisamente es ese el caso que se plantea en esta oportunidad: se trata de una orden de *salida de la parte agresora de la residencia común*, lo que no implica necesariamente el allanamiento de la morada, salvo el supuesto de que fuera necesaria la ejecución forzosa de la medida. En consecuencia, considera la Sala que el precepto que recoge el artículo 39, cardinal 1, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia no viola el artículo 47 de la Constitución de 1999, en tanto que no implica una orden de allanamiento al hogar doméstico. Incluso, resulta acorde con el Texto Constitucional el caso en que dicha medida cautelar sea ordenada por alguno de los órganos administrativos a que se refiere el artículo 32 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, medida que, en esos casos, se expide a través de providencias que son, orgánicamente, actos administrativos, y que, como tales, son de obligatorio e inmediato cumplimiento para la parte agresora, una vez que adquieran eficacia.

Se insiste, lo que eventualmente podría constituir violación a ese precepto constitucional sería la necesidad de ejecución forzosa de la medida cautelar que se dicte de conformidad con el artículo 39, cardinal 1, de la referida Ley por parte de órganos no judiciales, en los casos en que el supuesto agresor no la cumpla voluntariamente. De manera que debe la Sala analizar en qué términos habría de realizarse esa ejecución forzosa.

Según la letra del artículo 47 constitucional, el allanamiento de la morada doméstica sólo procede mediante orden judicial, y en los casos allí determinados, uno de los cuales es cuando sea necesario evitar la perpetración de un delito. En tales casos, según entendió esta Sala en la sentencia que antes se citó, se justifica el allanamiento en la ponderación que ha de hacer el legislador, en cada supuesto de hecho, respecto de la prevalencia de otros derechos fundamentales frente a la inviolabilidad del hogar –y viceversa-, derechos que pueden ser individuales o bien colectivos, y cuya protección haga necesario que se ceda frente a esa inviolabilidad.

Ahora bien, tal limitación legal debe ser siempre de interpretación restrictiva, bajo pena de que se lesione uno u otro derecho fundamental. Por ello, la Sala interpreta que en resguardo del precepto del artículo 47 constitucional, en concordancia con el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando la cautela a que se refiere el artículo 39, cardinal 1, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia sea alguno de los órganos administrativos que regula el artículo 32, cardinales 3, 4 y 5 *eiusdem*, para su ejecución forzosa se requerirá de autorización judicial previa. Así se decide.

#### 5. Violación al derecho a la defensa y debido proceso.

Luego del análisis de las impugnaciones relativas al contenido y alcance de las distintas medidas cautelares cuya constitucionalidad se debate en este juicio, pasa la Sala al análisis relativo a la conformidad a derecho del procedimiento que se sigue para acordarlas. La parte actora alegó, como fundamentación de la nulidad de los cardinales 1, 3 y 5 del artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, que las referidas medidas cautelares violan el derecho a la defensa y al debido proceso del supuesto agresor, porque se dictan sin previo procedimiento y sin que se permita el derecho a la defensa del supuesto infractor y, además, sin que sea indispensable la previa gestión conciliatoria de las partes a que hace referencia el artículo 34 de la referida Ley.

En este sentido, se observa:

De conformidad con el artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, el órgano receptor de denuncias deberá, una vez que ésta se reciba, “ordenar de inmediato el examen médico de la víctima y podrá además tomar las medidas cautelares siguientes...” entre las que se encuentran las tres medidas cuya nulidad se solicitó. De manera pues, que será potestativo para los órganos receptores de denuncias la adopción de medidas cautelares, en consideración a las circunstancias del caso y, evidentemente, los resultados de ese examen médico inmediato de la víctima.

En otras palabras, los órganos receptores de denuncias podrán acordar inmediatamente medidas cautelares, una vez se inicie el procedimiento por denuncia, las cuales se acordarán, incluso, sin audiencia de la parte supuestamente agravante, tal como se deriva de la lectura del artículo 39 de la Ley.

Ahora bien, no considera la Sala contrario a la Constitución la posibilidad de que los órganos receptores de denuncias, sean estos jurisdiccionales o administrativos, puedan acordar medidas cautelares de manera inmediata y sin previa audiencia de aquel

contra quien obre, medidas cuya finalidad es prevenir la perpetración o continuación de conductas que podrían constituir alguno de los delitos y faltas a que se refiere la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

En efecto, según ya antes se expuso, tales órganos pueden ser de naturaleza jurisdiccional o administrativa. Así, la denuncia puede recibirla el propio Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, un Juzgado de Paz, órganos de policía, el Ministerio Público, las Prefecturas y Jefaturas Civiles o *cualquier otro al que se le atribuya tal competencia*.

De manera que el órgano receptor de la denuncia no es, salvo excepciones, el órgano que conocerá y decidirá el proceso penal al que probablemente la misma dé lugar. En tales casos, la finalidad del artículo 39 es que, en atención a la urgencia que exige la prevención y control de los delitos y faltas de violencia doméstica y en atención a los principios que establece el artículo 3 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, los órganos receptores de denuncias puedan acordar, de inmediato, medidas preventivas, con el fin de garantizar, según se dijo ya, la eficacia de la tutela judicial, medidas que implican una actuación de colaboración con el Juez Penal al que corresponderá el conocimiento y decisión del proceso.

En efecto, tales cautelas son medidas de colaboración, pues los órganos receptores de denuncia colaboran con el tribunal al que corresponderá, de conformidad con el artículo 36 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, el juzgamiento de los delitos que tipifica esa Ley, colaboración que se logra mediante el otorgamiento de medidas preventivas o asegurativas del objeto litigioso, que eviten la continuación de la comisión de la falta o delito que se denuncia o bien la perpetración de otros nuevos por parte del supuesto agresor en contra de la víctima denunciante y que puedan constituir un daño irreparable o de difícil reparación para ésta.

Asimismo, y según su naturaleza, se trata de medidas anticipadas pues son dictadas antes del inicio del proceso penal, y no de medidas autónomas o autosatisfactivas, pues, aunque se acuerden antes del inicio del juicio, son instrumentales de ese posterior proceso, en el cual se revisarán y consecuentemente se ratificarán o revocarán, y porque, si éste no se inicia oportunamente, decaerá la medida, tal como se desprende del artículo 40 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, que establece la facultad del juez penal de revisar, confirmar e incluso dictar las medidas cautelares que preceptúa el artículo 39 *eiusdem*. Ese decaimiento se desprende implícitamente también del artículo 34 de la Ley y, en consecuencia, si no se inicia oportunamente el proceso penal, decaerá la medida que se haya acordado en contra del supuesto agresor.

La distinción entre las medidas anticipadas y las medidas autónomas ha sido expuesta por esta Sala en reciente sentencia N° 4223 de 9-12-05, de la siguiente manera:

“En este sentido, se observa que, en materia procedimental, la norma jurídica puede establecer la existencia de ciertas ‘medidas autónomas’ o ‘autosatisfactivas’, que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil reparación a una de las partes. Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar.

Distinto es el caso de las medidas cautelares anticipadas, **que son aquéllas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción** (Vid. CALAMANDREI, PIERO, *Providencias Cautelares*, Buenos Aires, 1984, pp. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o de la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según disponga el ordenamiento jurídico de que se trate, implicará el decaimiento de la medida, pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente del mismo, aunque se acuerde de manera adelantada. En el ámbito del procedimiento administrativo son éstas, las medidas anticipadas, las que pueden ser expeditas, de lo que se concluye que no hay medidas plenamente autónomas en vía administrativa, menos aún si son de gravamen, pues se trataría de una limitación indefinida en el tiempo, lo cual la haría inconstitucional” (Destacado añadido).

El carácter anticipado y de colaboración de estas medidas se justifica con la urgencia de protección que de común presentan los casos que se pretenden proteger a través de la Ley que se impugnó. Evidentemente, ese carácter urgente de la tutela cautelar no es condición suficiente para acordarla; antes por el contrario, es indispensable el cumplimiento concurrente de los requisitos de toda medida cautelar, como lo son la presunción grave del peligro en la mora y la presunción grave del derecho que se reclama. Es por ello, precisamente, que el artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia preceptúa que “*una vez formulada la denuncia correspondiente, el receptor de la misma deberá ordenar de inmediato el examen médico de la víctima...*” y, según las resultas de ese examen, el receptor de la denuncia podrá dictar alguna de las medidas cautelares que permite la norma.

De ese modo, el examen médico inmediato constituiría un medio de prueba de la veracidad de los hechos que hayan sido denunciados –esto es, del buen derecho– y de la necesidad de evitar mayores e irreparables lesiones de la víctima como consecuencia del transcurso del tiempo, hasta tanto se decida la causa penal que habrá de iniciarse –peligro en la mora– inminentemente.

Ahora bien, estas medidas anticipadas no lesionan el derecho a la defensa de aquél contra quien se dicten, ni aún siquiera por el hecho de que hayan de dictarse *inaudita parte*, pues la Ley garantiza la existencia de varios procedimientos posteriores paralelos en el que el supuesto agresor se podrá defender. Así, tal como se expuso en la sentencia que anteriormente se citó, las medidas cautelares anticipadas no implican *per se* violación al derecho a la defensa, el cual se garantiza con la existencia de un procedimiento administrativo o proceso judicial posterior que, de inmediato, ha de iniciarse, bajo riesgo, como se dijo, de decaimiento de la medida cautelar.

En el caso concreto, si bien la cautela se acuerda sin previa audiencia, la Ley garantiza la existencia de un procedimiento posterior que debe tramitar el propio órgano receptor de la denuncia con fines conciliatorios y en el que las partes podrán defenderse. Así, de conformidad con el artículo 34 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la

Familia, “Según la naturaleza de los hechos el receptor de la denuncia procurará la conciliación de las partes, para lo cual convocará a una audiencia de conciliación dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la recepción de la denuncia”.

La parte demandante alegó que esa audiencia conciliatoria no es obligatoria, desde que la Ley establece, de una parte, que dependerá de “la naturaleza de los hechos” y porque, según el párrafo único de ese mismo artículo, si “no se realizare la audiencia conciliatoria” se enviarán las actuaciones al juez competente.

Ahora bien, no comparte la Sala la interpretación que realizó la parte actora. Así, la gestión conciliatoria a que hace referencia la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia sí es obligatoria; de hecho, es esa la finalidad de ese procedimiento previo ante el órgano receptor de la denuncia, pues el control de la conducta violenta a través de su enjuiciamiento será objeto del proceso penal y no de esta etapa previa.

De manera que cuando la norma señala que el órgano receptor de la denuncia procurará la conciliación de las partes “según la naturaleza de los hechos”, lo que ha de entenderse es que la mediación del receptor de la denuncia, durante la gestión conciliatoria, se realizará teniendo en cuenta los hechos que ocurran en cada caso concreto, y no que según la naturaleza de los hechos habrá o no mediación para la conciliación.

Asimismo, cuando el párrafo único dice que “de no haber conciliación, no realizarse la audiencia, o en caso de reincidencia...” se enviarán las actuaciones al tribunal de la causa, debe entenderse –sin perjuicio de que, además, la norma fue anulada anteriormente en esta misma sentencia- que si los resultados de la gestión conciliatoria fueron infructuosos, hubo reincidencia o bien no hubo audiencia porque las partes no comparecieron, se dará por concluida esta fase previa al proceso penal.

Evidentemente, durante esa audiencia conciliatoria que es de obligatoria celebración dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la recepción de la denuncia, el supuesto agresor podrá defenderse de inmediato contra ésta y podrá hacer valer los argumentos y pruebas que considere pertinentes en contra de la medida que sea acordada y, con fundamento en ellas, el órgano receptor de la denuncia podría, incluso en esa misma audiencia, revocar o, por el contrario, ratificar, la medida cautelar que haya sido previamente acordada, de lo que dará cuenta al fiscal del Ministerio Público que esté llevando a cabo la investigación penal.

Además, y paralelamente a la tramitación de ese procedimiento conciliatorio, ya antes se señaló en este fallo que dentro de las doce (12) horas siguientes a la recepción de la denuncia, el órgano receptor deberá comunicar de su existencia al Ministerio Público, el cual dará inicio, de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal, a la fase de investigación de la acción penal, la cual posteriormente se seguirá, según los artículos 36 y 37 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, por el procedimiento abreviado que regula el Título II, Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal (si se trata de delitos) o bien por el procedimiento que recoge el Título VI, Libro Tercero del mismo Código (en caso de faltas).

Evidentemente, durante ese proceso la parte supuestamente agresora también podrá defenderse frente a la medida cautelar que se hubiere acordado en su contra, tal como se desprende, según se dijo ya, del artículo 40 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, que faculta al juez de la causa para que dicte o revoque las medidas que acordó el receptor de la denuncia, de acuerdo con el artículo 39 *eiusdem*. De manera que allí también la parte contra quien obre la medida puede defenderse de tales medidas en todo estado y grado de la causa pues, como toda cautela, éstas no gozan del carácter de cosa juzgada material sino sólo formal y pueden revocarse o acordarse tardíamente, si se modifican las circunstancias de hecho que las motivaron.

En abundancia, ha de tenerse en cuenta que proceden los diferentes mecanismos de protección jurisdiccional que establece el ordenamiento jurídico frente a tales providencias cautelares, bien como actos administrativos, bien como actos jurisdiccionales, según la naturaleza del órgano que los dictó.

En consecuencia, la posibilidad de que se acuerden medidas cautelares anticipadas al proceso penal a que se refieren los artículos 32 y siguientes de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia no implica violación al derecho a la defensa y el debido proceso. Así se decide.

#### 6. Violación al derecho al juzgamiento por el juez natural.

La parte demandante alegó también que las medidas cautelares que recoge el artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia violan el derecho al juez natural. En este sentido, se alegó que mal pueden los órganos administrativos receptores de denuncias acordar medidas cautelares, pues “...es al Poder Judicial a quien corresponde adoptar las medidas de carácter judicial, autorizadas por la Ley, tendentes a restringir el disfrute de derechos constitucionales.”

Al respecto se observa que de conformidad con el artículo 49, cardinal 4, de la Constitución:

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

Esta Sala ha expuesto en reiteradas oportunidades el alcance y debida interpretación de dicha norma constitucional. Así, en sentencia N° 520 de 7-6-00, se estableció:

**“El derecho al juez natural consiste, básicamente, en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la ley.** Esto es, aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso; y, en cuarto lugar, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la Ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros, vale decir, que el

Tribunal esté correctamente constituido. En síntesis, **la garantía del juez natural puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces**” (Destacado de esta sentencia).

En complemento de ese criterio, esta Sala señaló también, entre otras, en sentencia N° 144 de 24-3-00, que el juez natural debe ser independiente, imparcial, previamente determinado, idóneo y competente por la materia:

“...En la persona del juez natural, además de ser un juez predeterminado por la ley, como lo señala el autor Vicente Gimeno Sendra, *Constitución y Proceso*, Editorial Tecnos, Madrid 1988 y de la exigencia de su constitución legítima, deben confluir varios requisitos para que pueda considerarse tal. Dichos requisitos, básicamente, surgen de la garantía judicial que ofrecen los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y son los siguientes: 1) Ser independiente, en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura; 2) ser imparcial, lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes. La transparencia en la administración de justicia, que garantiza el artículo 26 de la vigente Constitución se encuentra ligada a la imparcialidad del juez. La parcialidad objetiva de éste, no sólo se emana de los tipos que conforman las causales de recusación e inhibición, sino de otras conductas a favor de una de las partes; y así una recusación hubiese sido declarada sin lugar, ello no significa que la parte fue juzgada por un juez imparcial si los motivos de parcialidad existieron, y en consecuencia la parte así lesionada careció de juez natural; 3) tratarse de una persona identificada e identificable; 4) preexistir como juez, para ejercer la jurisdicción sobre el caso, con anterioridad al acaecimiento de los hechos que se van a juzgar, es decir, no ser un Tribunal de excepción; 5) ser un juez idóneo, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, el juez sea apto para juzgar; en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar. (...) y 6) que el juez sea competente por la materia. Se considerará competente por la materia aquel que fuera declarado tal al decidirse un conflicto de competencia, siempre que para la decisión del conflicto se hayan tomado en cuenta todos los jueces que podrían ser llamados a conocer, situación que no ocurrió en este caso; o creando en la decisión del conflicto no se haya incurrido en un error inexcusable en las normas sobre competencia...”.

De manera que la garantía constitucional del juez natural implica que, formalmente, sea un juez con competencia predeterminada en la Ley el que administre justicia en cada caso concreto, y sustancialmente, que ese juez sea idóneo, independiente e imparcial para que asegure que será justa y conforme a derecho la decisión judicial.

Por tanto, se trata de una garantía jurisdiccional, es decir, inherente al ejercicio de la función de administración de justicia.

Ahora bien, observa la Sala que las medidas cautelares no implican juzgamiento, pues con ellas no se administra justicia, sino que son medios instrumentales cuya finalidad es servir de garantía de eficacia de una decisión posterior, que, en principio, será judicial en el marco de un procedimiento jurisdiccional, pero que, también, podría ser administrativa, en el marco de un procedimiento administrativo. Pero, se insiste, incluso cuando tales poderes cautelares son ejercidos como instrumento de la función jurisdic-

cional, bien que sea el mismo juez quien la dicte, bien la Administración por colaboración con aquél, siempre conforme a la Ley, no implican juzgamiento alguno, aunque, evidentemente, se solicitan para garantizar una posible decisión y para ello debe el juez o la autoridad administrativa hacer cierto discernimiento. Así, tal como expresa Piero CALAMANDREI “*la tutela cautelar (...) más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia*” (*Providencias Cautelares, cit.*, p. 45), y, por tanto, en sede cautelar no corresponde a la Administración o al juez que dicta la medida cautelar la solución de un conflicto a través de la aplicación y declaración del derecho, sino aportar un medio de garantía que asegure una oportuna administración de justicia ulterior.

Precisamente porque con las potestades cautelares no se administra justicia, y según se expuso con anterioridad, no sólo los órganos jurisdiccionales, sino incluso los órganos de la Administración Pública ostentan, por Ley, tales potestades como instrumento de eficacia y para el aseguramiento de las resultas del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y administrativas e, incluso, por colaboración entre unas y otras.

En el asunto bajo estudio, y según ya se expuso, las medidas que preceptúa la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia son medidas anticipadas que pronuncian los órganos receptores de la denuncia en colaboración con la causa penal que eventualmente habrá de iniciarse. De este modo, los órganos receptores de denuncias no ejercen, en modo alguno, función judicial, sino que tienen, en virtud de la ley, la potestad de procurar la eficacia de la función de prevención y control de la violencia doméstica que, a través de la administración de justicia, realizará en definitiva el juez de la causa penal que se iniciará como consecuencia de dicha denuncia. Por tanto, al no administrar justicia mal pueden violar el derecho a juzgamiento por parte del juez natural. Así se decide.

7. Por último, la parte demandante alegó la violación al principio constitucional de separación de poderes y la verificación del vicio de usurpación de funciones, como consecuencia de que la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia “*autoriza a órganos que carecen de exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) a que emanen órdenes de privación de libertad*”.

Al respecto, observa la Sala que en su sentencia N° 3098 de 14-12-04, que antes se citó, se analizaron los términos y alcance con los cuales nuestra Constitución de 1999 recoge el principio de separación de poderes como pilar fundamental de nuestro Estado de Derecho. En esa oportunidad, y se reitera en ésta, se estableció que no se trata, en modo alguno, de una división rígida de poderes, sino, por el contrario, de una colaboración y control mutuo entre las distintas ramas del Poder Público, lo que implica que, en circunstancias excepcionales, siempre que lo establezca la Ley y que no colida con alguna norma constitucional, cada una de las ramas puede ejercer funciones de las otras:

“...el principio de separación de poderes que recoge el artículo 136 de nuestro Texto Fundamental, de idéntica manera a como lo establecía el artículo 118 de la Constitución de 1961, no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones, sino que, como la misma norma predica, ‘*cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado*’.

Principio de colaboración de los Poderes Públicos que lleva a un control mutuo entre poderes y, en definitiva, admite, hasta cierto punto, una confusión funcional entre ellos, es decir, que cada una de las ramas del Poder Público puede ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a las otras y de allí que la Administración Pública cuente con potestades normativas (*Vgr.* la potestad reglamentaria) y jurisdiccionales (*Vgr.* resolución de conflictos entre particulares) y los órganos deliberantes y judiciales cumplan ciertas funciones típicamente administrativas (*Vgr.* la organización interna de sus dependencias y la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, entre otras).

Es en este sentido que la doctrina constitucionalista venezolana ha entendido la esencia del principio de separación y de colaboración de poderes. Entre otros, Humberto J. La Roche sostuvo que la colaboración de poderes significa “*una pequeña invasión de un poder cualquiera en las actividades del otro*” (“Derecho Constitucional”, Tomo I, vigésima edición, Caracas, 1991, p. 421); “invasión” que tiene dos finalidades: una, de control mutuo o contrapeso de poderes y otra, de agilización en el ejercicio del Poder Público cuando, por razones instrumentales u operativas, sea conveniente que una de las ramas ejerza concretas competencias que, por naturaleza, corresponden a las otras, ejercicio que, ha de destacarse, requiere de previa, expresa y suficiente habilitación legal, tal como se exige para el ejercicio de cualquier potestad pública.

Por tanto, esa superposición o intercambio de funciones debe ser excepcional y debe obedecer a razones instrumentales y operativas concretas, so pena de que se incurra en incumplimiento del artículo 136 constitucional que categóricamente afirma, según ya se transcribió, que “*cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias*” y, en esa medida, han de ser atribuidas por la Ley y ejercidas por sus distintos órganos”.

En el caso de autos, según se estableció anteriormente, el artículo 44 de la Constitución de 1999 fue explícito y claro cuando reservó a los órganos judiciales la posibilidad de dictar medidas privativas de libertad, incluso aquellas preventivas y temporales, salvo, por supuesto, los casos de flagrancia. En atención a esa disposición, la Sala anuló el precepto que se deriva de la aplicación conjunta del artículo 39, cardinal 3, y 32, cardinales 1 (en lo que se refiere al juez de Paz), 3, 4 y 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, pues éste supone el otorgamiento a órganos administrativos de funciones que, por imperativo constitucional, son exclusivas del Poder Judicial.

De manera que, por cuanto existe una norma constitucional (artículo 44) que expresamente reserva a órganos judiciales el ejercicio de determinada potestad, mal puede una norma con rango de Ley, bajo pena de violación al principio de separación de poderes, disponer que sea otra rama del Poder Público la que la ejerza, argumento que refuerza la declaratoria de inconstitucionalidad de ese precepto. Así se decide.

Por el contrario, no considera la Sala que dichas normas de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, ni aún siquiera los órganos del Poder Público que las ejecutasen, incurran en el vicio de usurpación de funciones. Así, la usurpación de funciones es un vicio de incompetencia constitucional, que se verifica cuando un órgano de una de las ramas del Poder Público ejerce funciones que no le han sido asignadas y que, *ex Constitutione*, corresponden a otra de las ramas del Poder Público. No obstante, para que se verifique ese vicio de inconstitucionalidad, atribuible evidentemente a las actua-

ciones del órgano usurpador, es necesario el contraste y antagonismo directo entre estas actuaciones y la norma constitucional, y de allí que se verifique como un vicio de incompetencia manifiesta, en conculcación directa a la norma constitucional.

Ahora bien, no sería ese el caso de autos, pues no existiría aquí una violación constitucional directa, sino precisamente indirecta, por parte de las actuaciones de los órganos públicos que, en atención al precepto que se anuló, pudieran ejecutarse. Así, en el caso de autos media una norma legal que atribuye a tales órganos jurisdiccionales y administrativos una competencia que no les confiere la Constitución de 1999, de manera que es la Ley la que directamente colide con la Constitución –y de allí la violación por parte de ésta del principio de separación de poderes–, mientras que, en aplicación de la Ley, los órganos del Poder Público sólo violarían indirectamente el Texto Constitucional. Por tanto, no existe el vicio de usurpación de funciones en sus actuaciones, pues no son ellos directamente, sino la Ley que ejecutan la que colide con la Constitución. Así se decide.

8. En consecuencia, la Sala considera que procede la declaración parcial de la pretensión de nulidad que se planteó en el asunto *sub examine*, concretamente en lo que se refiere al precepto legal que surge de la aplicación conjunta del artículo 39, cardinal 3, y 32, cardinales 1, 3, 4 y 5, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, así como del artículo 34 *in fine eiusdem*, no así en lo que respecta al resto de las normas cuya nulidad se requirió, las cuales se ajustan al Texto Fundamental de 1999 en atención a su correcta interpretación y ejecución que, en síntesis, ha dispuesto esta Sala en esta decisión, de la manera siguiente:

8.1 La Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia es una Ley que desarrolla, a través de un régimen especial, los mecanismos de prevención, control, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y la familia, cuya finalidad última es la protección de los derechos fundamentales a la integridad física, psíquica y moral de la persona, el derecho a la igualdad por razones de sexo y el derecho a la protección de la familia y cada uno de sus miembros, que son reconocidos en los artículos 46, 21 y 75 de la Constitución.

8.2 La existencia de ese régimen especial responde a los compromisos contraídos por la República como Estado Parte de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”, que imponen a los Estados, entre otras obligaciones, el establecimiento de “*procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos*”.

8.3 Para el cumplimiento de sus finalidades, la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia regula, entre otros aspectos, un procedimiento previo al inicio de la acción penal, el cual es de naturaleza conciliatoria, cuyo objeto es la recepción de denuncias de conductas que, conforme a la Ley, pueden traducirse en la comisión de delitos o faltas, y la búsqueda de la autocomposición del conflicto a través de la conciliación.

Asimismo, y en aras de la eficacia de ese procedimiento y de la acción penal que eventualmente se sustanciará con motivo de esa denuncia, la referida Ley dispone la posibilidad de que los órganos receptores de denuncias acuerden diversas medidas cautelares que, *per se*, no son contrarias al Texto Constitucional, sino, por el contrario, abogan por la eficacia de la tutela judicial.

8.4 A raíz de la iniciación de la vigencia de la Constitución de 1999, se hace necesaria la adaptación del procedimiento de denuncia que establece la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia respecto del artículo 285, cardinal 3, del Texto Fundamental, el cual otorgó la exclusividad de la investigación penal al Ministerio Público, lo que obliga a la anulación del párrafo único *in fine* del artículo 34 de dicha Ley. En consecuencia, es necesaria la aplicación concatenada de las normas de dicha Ley con los preceptos del Código Orgánico Procesal Penal, y en esa medida, una vez que los órganos receptores de denuncias reciban una denuncia que se funde en las conductas que tipifica la Ley que se impugnó, deberán comunicarla al Ministerio Público dentro de las doce (12) horas siguientes “y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes”, lo que incluye el otorgamiento de medidas cautelares.

8.5 En consecuencia, será el Ministerio Público el que, una vez sea sustanciada la investigación penal de conformidad las normas del Código Orgánico Procesal Penal, determinará si procede la solicitud de desestimación de la denuncia ante el juez, el archivo fiscal de la misma, la solicitud de sobreseimiento o bien la acusación, esta última cuando estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado.

8.6 La referida comunicación de la denuncia al Ministerio Público no merma las facultades conciliatorias y cautelares del órgano receptor, el cual deberá, paralelamente, cumplir con las normas relativas a la gestión conciliatoria de las partes y comunicar posteriormente, al Ministerio Público, acerca de los resultados de esa gestión.

8.7 Desde la Constitución de 1999, la regla constitucional es que la privación de libertad requiere siempre de previa orden judicial y que sólo como excepción los órganos policiales pueden efectuar detenciones preventivas si el sujeto infractor es sorprendido *in flagranti* o bien si han sido autorizados por un juez, y siempre que esa medida no se extienda por más de cuarenta y ocho (48) horas. En consecuencia, considera la Sala que la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia se encuentra parcialmente viciada de inconstitucionalidad sobrevenida en los siguientes aspectos: (i) en lo que se refiere al lapso máximo de setenta y dos (72) horas del arresto que establece el artículo 39, cardinal 3, de dicha Ley; y (ii) en lo que se refiere al precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, cardinal 3, y 32, cardinales 1 (en lo que se refiere al Juez de Paz), 3, 4 y 5, de dicha Ley, y de allí que son contrarias al artículo 44, cardinal 1 de la Constitución las medidas privativas de libertad, aunque sean preventivas o cautelares, que dicten órganos no judiciales, salvo que medie el supuesto de flagrancia.

8.8 Tal declaratoria no merma la facultad de los órganos receptores de denuncias y del Ministerio Público de solicitar al juez de control competente según el lugar de la última residencia del sujeto agresor, que dicte medidas preventivas de privación de liber-

tad. Asimismo, en los supuestos en que opere la flagrancia, la autoridad policial podrá actuar sin previa orden judicial, pero siempre bajo el estricto cumplimiento de las normas ordinarias que establece el Código Orgánico Procesal Penal y en atención a la interpretación restrictiva de las mismas.

8.9 La Sala declara acorde con la Constitución el precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, cardinal 3, y 32, cardinales 1 y 2, de la referida Ley, esto es, la facultad para dictar medidas de arresto por parte del Juez de Primera Instancia Penal y el Juez de Familia, cuando sea uno de éstos el órgano receptor de la denuncia, siempre que se tenga en cuenta que el plazo máximo de duración de esa medida es el que establece la Constitución, esto es, cuarenta y ocho (48) horas.

8.10 La Sala declara que el precepto que establece el artículo 39, cardinal 1 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia no viola el artículo 47 de la Constitución de 1999, en tanto no implica una orden de allanamiento al hogar doméstico, incluso cuando la medida cautelar sea acordada por alguno de los órganos administrativos a que se refiere la Ley. No obstante, en resguardo de la garantía constitucional del artículo 47 constitucional, en concordancia con el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando la medida cautelar sea dictada por órganos administrativos, su ejecución forzosa requerirá de previa autorización judicial.

8.11 Las medidas cautelares que regula el artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia son medidas de colaboración, asegurativas y de naturaleza anticipada, pues son dictadas antes del inicio del proceso penal. En consecuencia, son instrumentales de ese posterior proceso, en el cual se revisarán y consecuentemente se ratificarán o revocarán y, si el mismo no se inicia oportunamente, decaerá la medida, tal como se desprende del artículo 40 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

8.12 Tales medidas no lesionan el derecho a la defensa y debido proceso de aquél contra quien se dicten, ni aún siquiera por el hecho de que hayan de dictarse *inaudita parte*, pues la Ley garantiza la existencia de varios procedimientos posteriores paralelos en el que el supuesto agresor se podrá defender. Concretamente, las partes podrán defenderse durante la gestión conciliatoria que obligatoriamente debe tramitar el órgano receptor de la denuncia, según el artículo 34 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, y, asimismo, podrá defenderse durante el curso del proceso penal, de conformidad con el artículo 40 *eiusdem*, en concordancia con las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal.

En abundancia, proceden los diferentes mecanismos de protección jurisdiccional que establece el ordenamiento jurídico frente a tales providencias cautelares, bien como actos administrativos, bien como actos jurisdiccionales, según la naturaleza del órgano que las dicte.

8.13 Las medidas cautelares que permite el artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia no violan el derecho al juzgamiento por el juez natural, porque cuando se dictan, al igual que cuando se acuerda cualquier providencia cautelar, los órganos receptores de denuncias no ejercen función judicial, sino que tienen, en

virtud de la Ley, la potestad de procurar la eficacia de la función de prevención y control de la violencia doméstica que, a través de la administración de justicia, realizará en definitiva el juez de la causa penal que se iniciará como consecuencia de dicha denuncia.

8.14 El precepto que se deriva de la aplicación conjunta del artículo 39, cardinal 3, y 32, cardinales 1, 3, 4 y 5, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, cuya declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida se establece en este fallo, viola, además, el principio de separación de poderes, pues la norma legal otorga atribuciones que constitucionalmente son exclusivas del Poder Judicial a órganos pertenecientes a otras ramas del Poder Público. No obstante, no se verifica el vicio de usurpación de funciones en las actuaciones de dichos órganos, pues no son ellos directamente, sino la Ley que ejecutan y que les otorga esa atribución, la que colide con la Constitución en la forma en que se declaró *supra*. Así se decide.

*Voto Salvado de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño*

Quien suscribe, *Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño*, salva su voto por disentir del fallo que antecede el cual declaró parcialmente con lugar la demanda de nulidad que intentó el ciudadano Julián Isaías Rodríguez Díaz, en su carácter de Fiscal General de la República, **contra los artículos 3**, cardinal 4, 32 y **39**, cardinales 1, 3 y 5 de la **Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia**, la cual se sancionó el 19 de agosto de 1998 y publicó en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.531 del 3 de septiembre de 1998 y que, posteriormente, fue reimpressa en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.576 del 6 de noviembre de 1998, declarando en consecuencia la nulidad del artículo **34 in fine** y del precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos **39**, cardinal 3, y **32**, cardinales 1 (en lo que se refiere al Juez de Paz), 3, 4 y 5 de la referida ley, por las razones que se señalan a continuación:

1.- El punto del cual parte la mayoría sentenciadora está referido al hecho de que la **Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia**, al ser preconstitucional, no prevé la fase de investigación penal previa al inicio de la acción penal, la cual corresponde al Ministerio Público, quien debe instruir y conducir las diligencias pertinentes a la calificación de los hechos y la determinación de los autores y otros participantes. Por el contrario, dicha ley sólo prevé una fase prejudicial en la que debería tramitarse un procedimiento conciliatorio.

2.- De conformidad con la situación señalada, se determinó que la ley bajo estudio no prevé la garantía de la fase de investigación penal que de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal está a cargo del Ministerio Público, lo que lleva a declarar la inconstitucionalidad en lo relativo a que el órgano receptor de la denuncia enviará las actuaciones al tribunal de causa, por lo que debe cumplirse con lo establecido en el artículo 283 y siguientes del referido cuerpo normativo adjetivo penal, debiendo dichos órganos receptores de denuncias comunicar dentro de las doce horas de haber recibido la misma al Ministerio Público, cumpliendo al mismo tiempo con la gestión conciliatoria. Por supuesto, se aclara que lo anterior sucederá en caso de que el órgano receptor no sea el Ministerio Público o un órgano jurisdiccional.

3.- Luego de establecer la necesidad de cumplir con la fase de investigación penal, la sentencia que antecede, siguiendo la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala Constitucional, declara, como garantía del juez natural, la “(...) *reserva obligada de la medida excepcional de privación de libertad a la autoridad judicial. Tal intervención implica que estén proscritas constitucionalmente, salvo que medie el supuesto de flagrancia, las limitaciones a la libertad personal por parte de los órganos de naturaleza administrativa, lo cuales deben colaborar como órganos de justicia, mas no pueden sustituirse en ciertas potestades exclusivas del órgano jurisdiccional, entre otras para la imposición de limitaciones a la libertad personal*”, dejando a salvo, claro está, los casos en que el infractor sea sorprendido en flagrancia.

4.- Entre las consecuencias de lo anterior, se estableció que “(...) esta declaratoria de inconstitucionalidad no merma la facultad de los órganos receptores de denuncias y del Ministerio Público para que soliciten medidas preventivas de privación de libertad en contra del supuesto agresor, las cuales deberán realizarse previo cumplimiento de las normas y principios que preceptúa el Código Orgánico Procesal Penal (artículos 243 y siguientes). En consecuencia, la detención de los supuestos agresores requerirá que los receptores de denuncia, a que se refieren los cardinales 1, 3, 4 y 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, soliciten una orden judicial de detención por ante el juez de control competente según el lugar de la última residencia del sujeto agresor”.

5.- Quien aquí disiente ha suscrito y sostenido, que existe una verdadera violación al principio del juez natural, cuando a una autoridad administrativa se le reconoce la posibilidad de imponer sanciones privativas de la libertad, en consonancia con la normativa constitucional. Sin embargo, frente a tales circunstancias es imperioso hacer una ponderación de derechos, lo que dependerá del hecho social que las normas pretenden regular.

6.- Como desarrollo de lo anterior, debe antes que todo hacerse referencia al derecho a la igualdad, pues que duda cabe, es este derecho el que se encuentra íntimamente relacionado con el hecho social que da lugar a la normativa impugnada.

Así las cosas, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prescribe que:

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

*(...)*

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

Desarrollando el derecho a la igualdad, esta Sala Constitucional, en sentencia N° 1197 del 17 de octubre de 2000 (caso: “*Luis Alberto Peña*”), estableció respecto del precepto citado lo siguiente:

*“(...) observa esta Sala que el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la Ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto la discriminación.*

*Ahora bien, no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas.*

*Como conclusión de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario señalar, que la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente en distintas situaciones de hecho; b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde las perspectiva de los derechos y principios constitucionales; y d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima”.*

En ese sentido, el derecho a la igualdad, aunque parezca muy evidente, implica el brindarle el mismo trato a aquellos que se encuentran en idénticas o semejantes condiciones, por lo que aquellos que no se encuentran en tal similitud de condiciones deben ser sometidos a un trato diferente, lo que hace posible, como lo estableció esta Sala, que haya diferenciaciones legítimas.

Semejante interpretación del contenido y alcance del precepto constitucional de la igualdad, ha sido establecida por esta Sala, llamada como cúspide del sistema de justicia constitucional, al darle verdadera eficacia a dicha norma, adecuando el resto de los cuerpos normativos a sus preceptos, constituyendo así su propia jurisprudencia en verdadera fuente del derecho (sentencia del 9 de marzo de 2004, caso: “*Servicios La Puerta*”).

Hacer operativa la norma constitucional, a través del control concentrado de la constitucionalidad, implica hacer de este mecanismo una constante fuente de control social, en el que el sistema normativo se actualice constantemente.

La violencia doméstica, es sin duda, un hecho social que ha requerido, incluso, una ley especial, como lo es la **Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia**. Incluso varios documentos tratados y pactos enumeran una larga lista de principios que consagran la obligatoriedad para nuestro país, con carácter constitucional, de la protección de la mujer en todas sus vertientes, pero muy especialmente en casos de violencia contra su integridad personal. Tal obligatoriedad se establece en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual indica:

*“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas y sobre todo su goce y ejercicio más favorable a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público”.*

Con base en ello, es necesario señalar algunos documentos, tratados, pactos y convenciones aceptadas por Venezuela así como declaraciones en la materia *in commento*:

La **Declaración y Programa de Acción de Viena**, que reconoció expresamente los “derechos humanos de las mujeres y las niñas” como “parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”:

*“Artículo 18. Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.*

*La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad y a la salud y el apoyo social.*

*La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer.*

*La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos a favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y de la niña”.*

También se encuentra en este grupo la **Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**, que pasó a ser ley de la República mediante Ley Aprobatoria de dicha Convención en fecha 16 de junio de 1982 y sancionada el 15 de diciembre de 1982 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* de número 3.074; así como la Ley Aprobatoria del Protocolo Facultativo, de *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 37.304, del 16 de Octubre de 2001. Igualmente, esta Convención es base legal a su vez, para la Ley de Igualdad de Oportunidades Para la Mujer, tal y como lo expresa su artículo 1°. La mencionada **Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer** indicó los siguientes principios, medidas y enunciados:

- Adopción de medidas para eliminar la discriminación contra la mujer.
- Adopción de medidas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer.
- Discriminación positiva.

- Prevención de la violencia.
- Eliminación de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.
- Igualdad de condiciones en derechos políticos.
- Igualdad de condiciones en la representación internacional.
- Igualdad de derechos con respecto a la nacionalidad de hijos.
- Igualdad de derechos en la educación, promoción del bienestar familiar.
- Igualdad de derechos en el trabajo, protección de la maternidad en el trabajo.
- Igualdad de derechos en servicios de salud, protección de la maternidad.
- Derecho a prestaciones familiares.
- Medidas para promover los derechos humanos de la mujer rural.
- Reconocimiento de la igualdad de mujeres y hombres ante la ley.
- Igualdad en el matrimonio.

Señala esta **Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer** en su artículo 2 y 3 que es menester de los Estados:

“Artículo 2.-

(...)

*c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;*

*d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;*

*e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;*

*f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; (...).*

Artículo 3.-

*Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.*

(... omissis ...)

Artículo 14, ordinal 1°. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer en las zonas rurales (...).

Por su parte, el documento llamado **Plataforma de Beijing** establece en su Capítulo IV establece:

**“112. La violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, y viola y menoscaba su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La permanente incapacidad de proteger y promover esos derechos y libertades, en los casos de violencia contra las mujeres es un problema que incumbe a todos los Estados y exige que se adopten medidas al respecto. (...). En todas las sociedades, en mayor o menor medida, las mujeres y las niñas están sujetas a malos tratos de índole física, sexual y psicológica, sin distinción en cuanto a su nivel de ingresos, clase social y cultura. La baja condición social y económica de las mujeres puede ser tanto una causa como una consecuencia de la violencia que se ejerce contra ella.**

**113. La expresión ‘violencia contra las mujeres’ se refiere a todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual o psicológica, que incluya las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad para las mujeres, ya se produzcan en la vida pública o en la privada. Por consiguiente, la violencia contra las mujeres puede tener, entre otras, las siguientes formas:**

*La violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos las agresiones físicas, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra las mujeres, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación.*

*La violencia física, sexual y psicológica en su entorno social, que incluya las violaciones, los abusos sexuales, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en las instituciones educativas y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada.*

**La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.**

(... omissis ...)

**117. Los actos o las amenazas de violencia ya se trate de los actos que ocurren en el hogar o en el entorno social o de los actos perpetrados o tolerados por el Estado, infunden miedo e inseguridad en la vida de las mujeres e impiden lograr la igualdad, el desarrollo y la paz. El miedo a la violencia, incluyendo las agresiones, es un obstáculo constante para la movilidad de las mujeres, que limita su acceso a los recursos y a las actividades básicas. Esta violencia tiene altos costos sociales, sanitarios y económicos elevados para las personas y la socie-**

*dad. La violencia contra las mujeres es un mecanismo social fundamental por el cual las mujeres están en una posición de subordinación respecto de los hombres. En muchos casos, la violencia contra mujeres y niñas se produce en la familia o en el hogar, donde a menudo se tolera. El abandono, las agresiones físicas y sexuales y la violación de mujeres y niñas por miembros de la familia y otros habitantes de la casa, así como los casos de abusos cometidos por el marido u otros familiares, no suelen denunciarse, por lo que son difíciles de detectar. Aún cuando se denuncien, a menudo sucede que no se protege a las víctimas ni se castiga a los agresores.*

(... omissis ...)

**120.** *La falta de suficientes estadísticas y datos desagregados por sexo sobre el alcance de la violencia dificulta la elaboración de programas y el seguimiento de los cambios. La documentación e investigación insuficientes de la violencia doméstica, el acoso sexual y de la violencia contra mujeres y niñas, en privado y en público, incluido en el lugar de trabajo, obstaculizan los esfuerzos encaminados a preparar estrategias concretas de intervención. La experiencia obtenida en varios países demuestra que es posible movilizar a mujeres y hombres a fin de superar la violencia en todas sus formas, y que pueden adoptarse medidas públicas eficaces para hacer frente tanto a las causas como a las consecuencias de la violencia. Son aliados necesarios para el cambio los grupos de hombres que se movilizan contra la violencia de género.*

(... omissis ...)

**124.** *Medidas que han de adoptar los Gobiernos*

(...)

*D.-Adoptar y/o aplicar las leyes pertinentes, y revisarlas y analizarlas periódicamente, a fin de asegurar su eficacia en la eliminación la violencia contra las mujeres, haciendo hincapié en la prevención de la violencia y el enjuiciamiento de los agresores; **adoptar medidas para garantizar la protección de las mujeres víctimas de la violencia**, el acceso a compensaciones justas y eficaces, inclusive la reparación de los daños causados, la indemnización y el tratamiento de las víctimas y la rehabilitación de los agresores.*

(...)

*O.- Promulgar nuevas leyes, cuando sea necesario, y reforzar las vigentes para que prevean penas para policías, fuerzas de seguridad o cualquier otro agente del Estado que cometa actos de violencia contra las mujeres en el desempeño de sus funciones; **revisar las leyes vigentes y adoptar medidas eficaces contra los agresores**”.*

La **Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer** (también conocida como la **Convención de Belém Do Pará**) es otro instrumento referente en la materia ratificado por Venezuela mediante Ley Aprobatoria en fecha 24 de noviembre de 1994 y sancionada por el Presidente de la República en fecha 16 de enero de 1995, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 35.632 en esa misma fecha, 16 de enero de 1995. La **Convención**

**de Belém Do Pará** es texto fundamental de cumplimiento en materia de protección a la mujer, especialmente en lo atinente a los hechos o circunstancias de violencia que operen contra ella. Fue enunciada en la Organización de Estados Americanos (OEA) y conceptualiza a la violencia como “*cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, sean considerados éstos dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona; acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes y dondequiera que ocurra*”. Esta Convención establece las siguientes pautas y enunciados como básico para las mujeres:

–Derecho a una vida libre de violencia.

–Derecho al ejercicio de todos los derechos humanos, con carácter enunciativo y no exhaustivo.

–Determinación de los efectos de la violencia sobre el libre ejercicio de todos los derechos.

–Derecho a no discriminación y a prácticas sociales y culturales libres de estereotipos.

–Adopción de medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

–Adopción de medidas progresivas.

–Condiciones de especial vulnerabilidad.

–Mecanismos Interamericanos de protección.

Es de tal importancia a los efectos de lo indicado, que es menester mencionar que en el Capítulo III, de los Deberes de los Estados, se señala lo siguiente:

“Artículo 7.-

*Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;*

*b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, inclu-*

*yendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.*

Instrumentos normativos y documentos internacionales que, unidos a la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, reconocen la existencia de la violencia hacia la mujer y sobretodo la necesidad de su protección. Violencia tanto en su forma intrafamiliar cuando la agresión proviene de un miembro del mismo núcleo, como de tipo extrafamiliar, en la que la fuente de violencia se ubica en el conglomerado social. Tal reconocimiento implica la conciencia de la mujer como parte fundamental de la familia y la confesión de la insuficiencia de mecanismos ordinarios para su defensa.

De allí que no baste sólo con una ley adjetiva penal que prevea las diferentes fases del proceso en la materia para la persecución de los hechos perpetrados contra la mujer y la familia, ni mucho menos puede convertirse una norma en obstáculo para la protección de la mujer, fin último de todas las normas que apunten en esa dirección.

Estamos en presencia del ámbito de una situación que imbrica un conjunto de relaciones, valores, percepciones y creencias que han contribuido a establecer la conciencia y el mandato de una protección inmediata, en muchos casos urgente, de la mujer sometida a situación de violencia, situación que desborda la formalidad de la norma y de su estricta interpretación. De allí que su solución no deba encontrarse en la rigidez de la estructura jurídica, desechando el conjunto de alternativas y recursos que permitan su- perarlo, transformarlo o, de ser posible, evitarlo.

John Rawls en su estudio *Teoría de la Justicia* señala:

*“la justicia procesal imperfecta se ejemplifica mediante un juicio penal. El resultado deseado es que el acusado sea declarado culpable si y sólo si ha cometido la falta que se le imputa. El procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto. La teoría de los juicios examina qué reglas procesales de pruebas y similares, siendo compatible con otros fines del derecho, son las que mejor pueden servir para lograr este propósito. Se puede razonablemente esperar que, en diversas circunstancias, diversas medidas para las audiencias conduzcan a resultados correctos, si no siempre, al menos la más de las veces. Un juicio es un caso de justicia procesal imperfecta. Aun cuando se obedezca cuidadosamente al derecho, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse a un resultado erróneo. Un inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad. En tales casos hablamos de un error de la justicia: la injusticia no surge de una falla humana, sino de una combinación fortuita de circunstancias que **hacen fracasar el objetivo de las normas jurídicas...**”* (RAWLS, John, *Teoría de la justicia* (A theory of justice), Fondo de Cultura Económica, México 1997) (Negrillas de la disidente).

Es por ello que, aunque sea por la excepcionalidad que impone el respeto a priori de las normas, no es posible soslayar la causa o razón que da origen a las mismas. Tal aserto cobra mayor fuerza si recordamos el aspecto instrumental del derecho como recurso para llegar a lo que se entiende como principio de información legal señalado por Mill, Rawls y Novoa Monreal. Este último asiente:

*“(...) El Derecho tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación; el Derecho es en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad (...) el conjunto sistemático de reglas jurídicas obligatorias que el Derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social. El Derecho, por consiguiente, es puramente instrumental y, por sí mismo, no se integra con los fines o las ideas sustanciales que inspiran la ordenación que está encargado de sostener bajo amenaza de coacción (...)”* (NOVOA Monreal, Eduardo; *El derecho como obstáculo al cambio social*; Siglo Veintiuno Editores, Bogotá, Colombia).

Igual Recasens Siches, quien atribuye a las normas de Derecho la calidad de “(...) instrumentos prácticos, elaborados y construidos por los hombres, para que, mediante su manejo produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos” (RECASENS Siches, Luis; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, México. Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 500).

En casos como el que nos ocupa, protección efectiva de la mujer en situación de víctima de violencia, impera la necesidad de una solución suficiente y eficiente, lo que implica ampliar el abanico de posibilidades con las que se pueda contar para abordar todos los elementos del problema, incluso con una mentalidad distinta a la que se haya mantenido para su tratamiento.

Surge entonces, como se ha venido exponiendo, la necesidad de superar las formalidades y reconocerse que el Derecho debe atender al factor social de la realidad que pretende regular, razón primigenia de su existencia.

La defensa de tan básico axioma depende del Juez, quien no puede escudarse en la abstracción de la norma mientras deja de lado el mandato que pesa sobre sus hombros, en el sentido de adecuar y aplicar las normas a un marco de condiciones que rodean el hecho que justificó el nacimiento del instrumento legal que pretende regular.

En consecuencia no es posible obviar, como lo hace la sentencia de la cual se disiente, los argumentos que fueran traídos a los autos, según la narrativa de misma sentencia, por las diversas partes intervinientes opositoras al recurso ejercido por el Fiscal General de la República, pues afirman lo que esta Sala debe siempre tener presente, la existencia de una realidad social como es la violencia contra la mujer, traducida en la cotidianidad en una violencia doméstica, lo que sin excluir otros supuestos, encuentra su nicho en los estratos más vulnerables de la sociedad, aquellos donde la presencia de la autoridad en la mayoría de los casos se limita a una autoridad civil.

Razones abundan para no decretar la nulidad de autos, pero baste sólo mencionar los casos en que semejantes violaciones de derechos fundamentales ocurren en zonas rurales, donde precisamente la presencia de una autoridad jurisdiccional o del Ministerio Público no es posible con la celeridad e inmediatez del caso. Argumento ampliamente esbozado por los intervinientes opositores al recurso de nulidad.

Debe advertirse, además, que el articulado de la **Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia** justifica suficientemente el permitir no sólo la imposición de medidas privativas de libertad a las autoridades administrativas, lo que requiere en la mayoría de los casos de un actuar apresurado, en sentido de evitar males mayores, sino que se realicen verdaderas actividades de investigación penal, pues ellas serían el sustento de la posible imposición de una medida de ese tipo, para remitir tales actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda.

Así, el artículo 1 *ejusdem*, establece claramente el objeto de la ley de la siguiente manera: “Esta Ley tiene por objeto prevenir, controlar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la familia, así como asistir a las víctimas de los hechos de violencia previstos en esta Ley”.

Para cumplir con dicho cometido –de por sí difícil en virtud del límite que implica la vida doméstica y las relaciones humanas – el artículo 2 *ejusdem* establece claramente cuales son los derechos protegidos. En tal sentido establece lo siguiente:

*“Esta Ley abarca la protección de los siguientes derechos:*

- 1. El respeto a la dignidad e integridad física, psicológica y sexual de la persona;*
- 2. La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer;*
- 3. La protección de la familia y de cada uno de sus miembros; y*
- 4. Los demás consagrados en la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer ‘**Convención de Belem Do Pará**’”.*

De igual manera, para hacer efectivo el reconocimiento de tales derechos, el artículo 3 *ejusdem*, estableció los principios procesales a seguir, al disponer que:

*“En la aplicación e interpretación de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los siguientes principios:*

- 1. Gratuidad de los procedimientos: Para la tramitación las acciones previstas en esta Ley, no se empleará papel sellado ni estampillas.*
- 2. Celeridad: Los órganos receptores de denuncias y los tribunales competentes darán preferencia al conocimiento de los hechos previstos en esta Ley.*

3. *Inmediación: Los jueces que hayan de pronunciar la sentencia deberán presenciar la incorporación de las pruebas, de las cuales extraerán su convencimiento.*

4. *Imposición de medidas cautelares: Los órganos receptores de denuncia podrán dictar inmediatamente las medidas cautelares indicadas en el artículo 38 de esta Ley.*

5. *Confidencialidad: Los órganos receptores de denuncias, los funcionarios de las Unidades de Atención y Tratamiento y los tribunales competentes, deberán guardar la confidencialidad de los asuntos que se someten a su consideración; y*

6. *Oralidad: Todos los procedimientos previstos en esta Ley serán orales, pudiéndose dejar la constancia escrita de algunas actuaciones”.*

7.- Como corolario de las argumentaciones anteriores, debe concluirse que si el derecho a la igualdad permite que se establezcan diferenciaciones legítimas en resguardo de sectores manifiestamente vulnerables, como resulta en el caso de la violencia contra la mujer y la familia, los mecanismos de protección que la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia no deben ser desconocidos en detrimento de quienes se ven beneficiados o auxiliados por los mismos.

Las ideas que anteceden, pretenden salvaguardar el derecho a la igualdad de quien es sujeto pasivo de la violencia doméstica, a saber, la familia, lo que es un hecho social que sin duda ha encontrado alivio en las normas que han sido anuladas precedentemente.

Queda así expresado el criterio de la disidente.

*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 con lugar el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal General de la República, y anuló la norma contenida en la parte *in fine* del artículo 34, así como los preceptos que surgían de la aplicación concordada del numeral 3 del artículo 39 con los numerales 1 (en lo que se refiere a los Jueces de Paz), 3, 4 y 5 del artículo 32, todos de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

Al efecto, la mayoría sentenciadora alegó en el fallo disidente que la Constitución, en el numeral 3 del artículo 285, le atribuyó al Ministerio Público el monopolio de la acción penal, de manera que los órganos receptores de las denuncias que se ciñan a los tipos delictivos establecidos en la aludida Ley deben comunicarla a la vindicta pública dentro de las doce (12) horas siguientes para que sea ella la que canalice la investigación penal. Que en lo adelante tales órganos sólo pueden practicar las diligencias necesarias y urgentes, lo que incluye, acotó la sentencia disidente, el otorgamiento de medidas cautelares. En todo caso, acentuó que la comunicación de la denuncia al Ministerio Público no disminuía las facultades conciliatorias y cautelares del órgano receptor, que paralelamente debe cumplir con las normas de la gestión conciliatoria de las partes y comunicar al titular de la acción penal los resultados de esa gestión.

Que conforme con el artículo 44 numeral 1 de la Carta Magna la privación de libertad requiere siempre de una orden judicial previa, por lo cual los órganos policiales sólo pueden efectuar detenciones preventivas privativas de la libertad si el sujeto infractor es sorprendido *in fraganti* o si han sido autorizados por un juez, pero que en ambos casos la medida no puede extenderse más de cuarenta y ocho (48) horas. Así, la mayoría sentenciadora encontró inconstitucional el lapso máximo de setenta y dos (72) horas de la privación de la libertad que establece el numeral 3 del artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, y que dicha privación pudiera ser ordenada por los Juzgados de Paz (artículo 32.1), las Prefecturas y Jefaturas Civiles (artículo 32.3), los órganos de policía (artículo 32.4), o cualquier otro órgano al que se le atribuyera esa competencia (artículo 32.6), salvo que mediara el supuesto de flagrancia; sin embargo, también expresó que tal nulidad no mermaba la facultad de los órganos receptores de denuncias y del Ministerio Público de solicitar al “juez de control competente” que dicte una medida preventiva privativa de la libertad, o de que en caso de flagrancia la autoridad policial actúe sin previa orden judicial, pero siempre bajo estricto cumplimiento de las normas establecidas en el Código Orgánica Procesal Penal.

Finalmente, entre otros fundamentos, aunque la disidente no declaró la nulidad de la norma contenida en el numeral 1 del artículo 39 de la Ley (referida a la orden al imputado de salir de la residencia común), sí sujetó la ejecución forzosa de la medida cautelar por ella preceptuada a la autorización previa de un Juez.

Tras este breve repaso de los fundamentos utilizados por la mayoría sentenciadora, resulta claro que la Sala se dejó atrapar por una dogmática positivista que impidió la comprensión cabal del problema de la violencia doméstica, y su juzgamiento desde la perspectiva del sistema material de principios y valores que fundamenta el texto constitucional. En efecto, la sentencia disidente, al aplicar literalmente y de manera aislada el artículo 44.1 de la Constitución a la normativa impugnada de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, empleó un razonamiento mecanicista que elude la responsabilidad social frente al problema de la violencia doméstica, y que para nada tomó en cuenta el sistema de valores y principios que fundamenta el modelo de Estado Social de Derecho y de Justicia tal como están consagrados en el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido, además del artículo 44.1 constitucional que preceptúa que sólo por orden judicial previa se puede privar de la libertad a una persona a menos que sea sorprendida *in fraganti*, el mismo texto constitucional establece en su artículo 21.2 que: “...La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por algunas de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...”. De modo que el razonamiento para confrontar constitucionalmente la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia resulta mucho más complejo, y obliga al intérprete constitucional -que no es un simple técnico- a construir una jurisprudencia más próxima con la realidad y con las necesidades sociales; y más representativa

de la complejidad y pluralidad de la idea de justicia tal como está siendo reclamada socialmente. Es así como el juez no puede sustraerse de las exigencias éticas, morales y sociales que convierten la función judicial en un poder de legitimación democrática y, como tal, en el Estado Social funge como órgano de representación social y protección ciudadana; por ello las decisiones judiciales pasan permanentemente por el control de la aceptación ciudadana.

En el paradigma de la complejidad en la que está inmersa hoy día la función de interpretación judicial dado la complicación de las relaciones jurídicas contemporáneas; y a diferencia de la claridad y simplicidad de la concepción del Derecho tradicional, los conflictos constitucionales pocas veces se establecen bajo el esquema tradicional del *ius cogens* derecho-deber; por el contrario: la ley, instrumento componedor por excelencia del Estado Social de Derecho, siempre está ponderando los intereses sociales, económicos o políticos en conflicto, de manera que usualmente frente a algún ciudadano o ente que exija la tutela de algún derecho constitucional existirá otro que por igual reclame la tutela del suyo. Por tanto, se presentan como la confrontación de derechos de igual jerarquía, lo que exige, al momento de resolverlos, tomar en cuenta que los bienes constitucionales protegidos de la ilegítima inmisión del Poder Público no operan en favor de un único interés sino de varios.

Eso explica el por qué de las denominadas acciones afirmativas o medidas positivas que se dictan para remediar situaciones de desigualdad, ya que dan por sentado que la discriminación y la exclusión (negaciones del valor de la igualdad y dignidad humana) son fenómenos sociales basados en prácticas y pautas de pensamiento colectivo que el Derecho debe remediar. La Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia plantea esas acciones positivas, concebida para eliminar la brecha discriminatoria que pueda existir en la sociedad venezolana entre la mujer y el hombre a través de una inmisión expresa de la estructura estatal en la esfera particular de hombres y mujeres para garantizar que éstas ejerzan sus derechos constitucionales en igualdad de condiciones a como ejercen los suyos aquéllos. De manera similar lo hace el artículo 126 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente para la protección del sujeto tutelado por ser vulnerable. Además, el artículo 21.2 constitucional se extiende para justificar las llamadas medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables, con lo cual comprende como sujetos de protección o débiles jurídicos a las mujeres, niños, ancianos, discapacitados y consumidores; en su caso.

De ese modo, las acciones afirmativas se hayan fundamentadas constitucionalmente, y no necesitan de reforma constitucional para su validez inmediata; además, la piedra angular de su eficacia ha sido la interpretación del Derecho conforme a valores y principios que -como dice Gustavo Zagrebelsky- dan significado a la Constitución y a la ley y los "sostienen"; lo que significa no solo que están fuera de esos textos, sino que son superiores a ellos. En esta línea de la teoría de la argumentación el juez está autorizado incluso para dar un nuevo sentido a preceptos concebidos con otros propósitos. Es en este sentido que la interpretación debió recaer sobre la noción de *flagrancia* para determinar su alcance en los delitos de género, y ajustar las normas legales impugnadas a lo estatuido en el artículo 44.1 constitucional; pero este ejercicio de argumentación nunca

se llevó a cabo por la mayoría sentenciadora. En su lugar, optaron por un razonamiento simplista y deductivo producto de la lógica positivista que consistió en un mero contraste formal del artículo 32.1, 3, 4 y 5 de la Ley impugnada con el artículo 44.1 constitucional; no se ponderaron en cambio los valores en conflicto, lo que condujo a un proteccionismo desmesurado del agresor-victimario en los delitos de género en desmedro de la mujer-víctima, quien, frente aquél al cual la Sala ha tutelado su derecho constitucional a la libertad, tiene también la mujer-víctima el derecho constitucional a que se le respete su vida e integridad física y síquica **oportunamente**, y que en casos sólo se logra mediante la limitación del derecho a la libertad del agresor. Así lo tiene previsto expresamente el texto constitucional cuando establece en su artículo 55 que: “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”.

En definitiva, el análisis de valores cuya ausencia se recrimina en este voto salvado exigía adentrarse en las peculiaridades del tipo delictivo para no descontextualizarlo de la Sociedad en que se presenta, y evitar desdibujar en el ínterin el fin último del Derecho. En ese sentido, quien suscribe, previa aclaratoria de que no desconoce que existe una diferencia sustancial entre la violencia de género o la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, y de que tampoco ignora que la violencia de género no se circunscribe al ámbito doméstico y que no es infringido sólo por quienes sean o fueron los cónyuges, concubinos, parejas o similares, a fines de ejemplificar de forma más asequible las consecuencias negativas del fallo disidente debido al grave riesgo de impunidad que podría conllevar, se propone centrar este voto salvado en la violencia de género verificado en el hogar doméstico e infringido por los cónyuges, concubinos, parejas o similares.

Así, el tipo de violencia de género al que nos referimos es un tipo delictivo con características muy especiales; esto es, se particulariza por una conducta en la que por definición la víctima y el victimario cohabitan; y en la que paradójicamente aquélla tiene deberes conyugales frente a éste erigidos por el propio ordenamiento civil. Es un ilícito que por sus peculiaridades poco ocurre ante el público siendo lo usual que se verifique en la intimidad del hogar, teniendo por únicos testigos de ser ese el caso a los hijos, sobre quienes psicológica o físicamente también se extiende la violencia. La víctima y el victimario de este delito también poseen unos rasgos psicológicos especiales; esto es, la mujer víctima se caracteriza por tener una baja autoestima casi siempre a consecuencia de una agresión sistemática a la cual ha sido sometida, capaz de resquebrajar su voluntad al extremo de no atreverse o sentirse apta para denunciar a su cónyuge agresor bien por miedo, vergüenza y hasta por afecto; mientras que el cónyuge-victimario es un reincidente que no dejará su hábito violento porque existan simples promesas o apercebimientos institucionales.

Esta combinación de factores requieren que cuando la mujer víctima se decide acudir en contra del victimario se le asegure su acceso rápido a los servicios establecidos al efecto; o sea, a las “cautelares de protección” a las que se refiere la normativa contenida

en los artículos 32 y 34 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia; y es de subrayar que “rápido” sólo puede traducirse en cercano. Asimismo, dado el carácter violento del agresor y su condición de reincidente, la cohabitación una vez interpuesta la denuncia tiene que cesar, bien de forma drástica (privación de la libertad) o bien de forma moderada (salida del agresor del hogar común o prohibición de acercamiento del agresor al lugar de trabajo y/o estudio de la víctima), o una combinación de ambas, para evitar que tome represalias contra la víctima. Si el ordenamiento jurídico no toma en cuenta el orden en que se estructura esa situación fáctica jamás se logrará, por mucho que alternativamente se haga hincapié en las campañas informativas, que la mujer víctima denuncie a su agresor. Nos preguntamos entonces, ¿por qué la sentencia disentida obvió el artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela? ¿Es que acaso la norma constitucional no es fundamento suficiente para permitir que los órganos receptores de denuncias previstos en el artículo 32 de la ley especial impugnada procedan a dictar las cautelares del caso expeditamente y previo examen médico, como dice la Ley? En el Estado Social se hace imprescindible que el Derecho asuma los valores y principios básicos de convivencia ciudadana postulados constitucionalmente; así como es imperativo que los poderes públicos asuman la responsabilidad social de superar los escollos de orden social, económico, y cultural que impidan su realización.

No obstante, de espaldas a esta realidad, la mayoría sentenciadora declaró que la detención sólo puede ser efectuada previa orden judicial emitida por un Juez de Control, sin ofrecer una brecha interpretativa de la flagrancia en los delitos de género que protegiera efectivamente a la mujer víctima. Ahora, ante el escenario que creó la mayoría sentenciadora, debe recalarse, sin reparar mucho en el tiempo que pudiera tomarse el trámite burocrático que implica que la medida sea ordenada por un juez, que aparte de las capitales de las distintas entidades federales de la República sólo dieciocho (18) ciudades cuentan con tribunales de control, bien en materia penal o bien en materia de protección del Niño y del adolescente (El Tigre, Guasdalito, Puerto Ordaz, Puerto Cabello, Tucaras, Punto Fijo, Calabozo, Valle de la Pascua, Carora, El Vigía, Ocumare, Guarenas-Guatire, Acarigua, Carúpano, San Antonio, Valera, Cabimas y Santa Bárbara), lo que significa que la mujer víctima que resida en un lugar equidistante tendrá que esperar a que las actuaciones administrativas sean remitidas al Fiscal del Ministerio Público para que luego sea este el que solicite al Juez la medida cautelar; con lo cual se diluye o disipa la protección del Estado a la mujer-víctima y “débil jurídico” sujeto de la protección jurídica a la que alude la parte *in fine* del artículo 21.2 de la Constitución vigente.

Lo expuesto significa en términos fácticos que mientras se verifican los trámites burocráticos respectivos la mujer víctima está a merced del victimario, seguramente inflamado de rabia por el atrevimiento de quien, en su estructura mental, considera de su propiedad, con la gravedad que la sentencia disentida estatuyó que para ejecutar forzosamente la única medida cautelar medianamente efectiva que pueden dictar las autoridades administrativas -el abandono del hogar- tiene también que contarse con la autorización de un Juez de Control, lo que coloca a la mujer víctima en el mismo punto de partida: la desprotección absoluta durante un período que aunque se quiera argumentar que es relativamente corto (quizás un promedio de setenta y dos horas) es suficiente para que la mujer víctima sufra nuevas y más fuertes agresiones, olvidándose que la violencia de género mata.

Ese círculo perverso se pudo haber evitado determinando el alcance de la flagrancia en los delitos de género. Ya esta Sala, en sentencia N° 2580/2001, justificó la denominada “flagrancia presunta” cuando se tratan de delitos que se caracterizan por la simulación de las situaciones, lo oculto de las intenciones y lo subrepticio de la actividad, expresando que “[s]i la sola sospecha permite aprehender al perseguido, como lo previene el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, y considerar la aprehensión de dicho sospechoso como legítima a pesar que no se le vio cometer el delito, con mayor razón la sola sospecha de que se está perpetrando un delito, califica de flagrante la situación”.

Entre los supuestos que se desglosaron en esa oportunidad, se señaló que el delito flagrante se produce cuando se sorprende a una persona a poco de haberse cometido el hecho; pero ello no exige que el delito acabe de cometerse, ya que no se refiere a una inmediatez en el tiempo entre el delito y la verificación del sospechoso, dijo la Sala, sino a las circunstancias que rodean al sospechoso (ubicación en el lugar de los hechos, los instrumentos u objetos materiales que visiblemente posee, etcétera) que le permiten al aprehensor establecer una relación perfecta entre aquél y el delito cometido.

Aplicando ese precedente al caso de autos, las especificidades del tipo delictivo “violencia doméstica” encuadran perfectamente en este supuesto de flagrancia, ya que la puesta en conocimiento a la autoridad administrativa por parte de la mujer víctima de las agresiones de la que es objeto es suficiente para considerar como sospechoso al señalado como agresor, pues éste cohabita o sigue cohabitando con ella, además de que buena parte del cúmulo probatorio que conforma el cuerpo del delito reside siempre en la humanidad de la víctima y casi siempre en la humanidad del victimario. Estos elementos en su conjunto determinaban la constitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 39.3 (en el entendido que la privación de la libertad sólo puede extenderse hasta un máximo de 48 horas), 32.1, 3, 4 y 5, ponderando los bienes constitucionales en conflicto (tanto el de la víctima a través de la preservación de las medidas cautelares, como el del victimario a través del requisito de flagrancia); sólo la victimización secundaria, producto de una realidad tan aquilataada en la Sociedad que ha llegado a mermar la propia estructura estatal llamada a contrarrestar los episodios de violencia de género, al punto que es lugar común considerar a la violencia contra las mujeres como un problema de la pareja y que por ella debe ser resuelto, se interpone a las soluciones eficaces adecuadas al texto constitucional.

Finalmente, las 2.223 medidas cautelares que se otorgaron en el año 2005 en los 8.677 casos de violencia de género que se llegaron a denunciar demuestra lo infundado de los temores que pudieron asaltar a la mayoría sentenciadora cuando hizo prevalerte un proteccionismo desmesurado del victimario en los delitos de violencia doméstica, cuando las estadísticas demuestran que, en la realidad, los órganos administrativos han sido muy cautelosos en el ejercicio de sus atribuciones cautelares, al extremo que si de algo carece la ley especial impugnada es precisamente de aplicación y plena eficacia.

No dejaremos de reconocer que si ciertamente la raíz de la violencia de género está en la existencia de pautas culturales ligadas a la socialización, y a la imperfecta educación de género lo cual proyecta la desigualdad social de las mujeres y consecuentemente la falta de conciencia y responsabilidad social sobre su desprotección, a ello se

agrega que la sentencia disentida antes que denunciar la violencia doméstica la deja sin control ni protección porque deja un mensaje negativo a las mujeres víctimas que las empuja a engrosar cada día más la cifra negra e invisible de la criminalidad. Seguramente la sentencia disentida sea calificada por la doctrina sobre género como una “sentencia lamentable” (en la terminología de Ana Rubio Castro. Las teorías de la argumentación y las sentencias lamentables) porque ese tipo de sentencias “no son capaces de rebatir esa forma de vida que se demuestra cargada de desigualdad. Y ese es el objetivo para hacer frente a las sentencias lamentables, que son más en número que los denominados casos difíciles, pero a los que la Academia no muestra atención. Esto nos coloca ante la falta de teoría alternativa. Se necesita otra forma distinta de interpretar los conceptos indeterminados, las categorías y de afrontar el contenido y alcance de los derechos y de deberes que encierran las instituciones. Curiosamente la Teoría crítica que ha logrado ocupar un puesto prestigioso en las facultades de Derecho no ha dado entrada a las teorías feministas sobre el Derecho. No interesan dos siglos de pensamiento político alternativo, no interesa esa otra voz y presencia que no puede sin más dirigirse al diálogo ideal, porque no accede a él con igual reconocimiento y respeto. Se incurre en el error de pensar que todos los actores del proceso, así como los destinatarios de las decisiones están todas y todos en las mismas condiciones sociales de igualdad y de libertad, y esta consideración la adoptan como consecuencia lógica de que la ley hace abstracción de la realidad y no establece diferencias entre unos sujetos y otros”.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada disidente.

*Voto Concurrente del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López*

Quien suscribe, Magistrado Doctor *Francisco Antonio Carrasquero López*, manifiesta su voto concurrente respecto de la decisión que antecede:

Así pues, si bien comparte la dispositiva del fallo, no obstante discrepa parcialmente de la motivación del mismo en lo que se expone a continuación:

No se comparte el criterio que se invoca y se sostiene en el fallo, referente a que en el ámbito de la Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, los órganos receptores de denuncias distintos al Ministerio Público, puedan solicitar a la autoridad judicial medidas de privación judicial preventivas de libertad contra la parte agresora.

En las secciones de la motivación en las cuales se explanaron tales afirmaciones, se señaló lo siguiente:

“... se advierte que esta declaratoria de inconstitucionalidad no merma la facultad de los órganos receptores de denuncias y del Ministerio Público para que soliciten medidas preventivas de privación de libertad en contra del supuesto agresor, las cuales deberán realizarse previo cumplimiento de las normas y principios que preceptúa el Código Orgánico Procesal Penal (artículos 243 y siguientes). En consecuencia, la detención de los supuestos agresores requerirá que los receptores de denuncia, a que se refieren los cardinales 1, 3, 4, y 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, soliciten una orden judicial de detención por ante el juez de control competente según el lugar de la última residencia del sujeto agresor.

(...)

8.8. Tal declaratoria no merma la facultad de los órganos receptores de denuncias y del Ministerio Público de solicitar al juez de control competente según el lugar de la última residencia del sujeto agresor, que dicte medidas preventivas de privación de libertad.”

En este sentido, debe señalarse que en el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como también en el del Código Orgánico Procesal Penal, se encuentra delineado y consolidado un sistema procesal penal acusatorio (institución que también se cristaliza en la noción de principio acusatorio), en virtud del cual la persecución penal se encuentra en manos de un órgano estatal distinto al encargado del enjuiciamiento, a saber, en el Ministerio Público. En otras palabras, la titularidad de la acción penal le corresponde al Estado, quien la ejerce a través del Ministerio Público, siendo entonces que el representante de dicho órgano, el Fiscal, constituye un elemento esencial de tal sistema, toda vez que oficializa la acción penal a través de las atribuciones que le toca desempeñar en el proceso (sobre este tema, véase ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y Derecho penal*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 1995).

Entonces, de lo anterior se desprende que la labor del Ministerio Público no sólo ostenta una importancia meramente jurídico-procesal, sino también constitucional, lo cual se evidencia de la lectura del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual desglosa el contenido del sistema acusatorio, al asignar al Ministerio Público una serie de atribuciones irradiadas por el espíritu de dicho sistema procesal penal.

Sobre este particular, DÍEZ-PICAZO señala:

“... el modo en que un ordenamiento regula la titularidad y el ejercicio de la acción penal posee una innegable relevancia constitucional; y ello en un doble sentido: primero, afecta a lo más profundo de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; segundo, entraña un problema de reparto de atribuciones y control del poder dentro del aparato estatal. Precisamente porque hace referencia a un problema jurídico-político básico, la titularidad y el ejercicio de la acción penal merecen ser examinados no sólo desde un punto de vista procesal, sino también desde el punto de vista específicamente constitucional del fundamento, la organización y los límites del poder ...” (Cfr. DÍEZ-PICAZO. Luis María. *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Editorial Ariel. Barcelona, 2000, pp. 11 y 12).

Siendo entonces el Ministerio Público quien tiene la labor de perseguir a los infractores de la ley penal, debe señalarse que del contenido de tal rol se desprenden varias manifestaciones, las cuales se desarrollan en correspondencia a cada fase del proceso penal. En tal sentido, en la fase preparatoria asume la tarea, fundamentalmente, de ordenar y dirigir la investigación de la perpetración de los hechos punibles, a los fines de hacer constar su comisión, establecer la identidad de sus autores y partícipes, así como recabar los elementos de convicción con los cuales sostendrá una ulterior acusación. Por su parte, en la fase intermedia es el órgano estatal llamado a la formal interposición de la acusación, siempre que los elementos de convicción sobre cuales sustente dicho acto conclusivo, tengan la suficiente entidad para generar un pronóstico de condena –también denominado estado mental de probabilidad- respecto a la responsabilidad del imputado. En la fase de juicio, en la cual se materializa el contradictorio, sostendrá y defenderá el contenido de la acusación –junto a los medios de prueba ofrecidos en la fase intermedia-

Por último, en la fase de ejecución, tendrá a su cargo, esencialmente, la vigilancia de los derechos y facultades que las leyes penales, penitenciarias y reglamentos le otorgan al penado o a la persona sometida a medida de seguridad.

Ahora bien, de esa función persecutoria que cumple el Ministerio Público en el procesal penal venezolano, se desprende, lógicamente, la necesidad de que sea aquél quien monopolice la facultad de impulsar ante la autoridad judicial correspondiente, la imposición de medidas de privación judicial preventivas de libertad contra el imputado. En otras palabras, si es el Fiscal quien representa al Estado en la oficialización de la acción penal –en virtud del principio acusatorio–, desempeñando el cúmulo de tareas mencionadas anteriormente, necesariamente debe ser dicho órgano el encargado de motorizar -con exclusividad- el procedimiento tendiente a la imposición de medidas de privación judicial preventiva de libertad (ello no obsta a que otras personas y autoridades puedan practicar la aprehensión en flagrancia del presunto imputado, de conformidad con el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal).

Tal facultad del Ministerio Público, se encuentra contemplada en los artículos 108.10 y 250 del Código Orgánico Procesal Penal. La primera de dichas normas establece lo siguiente:

**“Artículo 108. Atribuciones del Ministerio Público.** Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:

(...)

10. Requerir del tribunal competente las medidas cautelares y de coerción personal que resulten pertinentes”

Por su parte, el artículo 250 *eiusdem* señala:

**“Artículo 250. Procedencia.** El juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita;
2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible;
3. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación” (Subrayado del presente voto).

Lo anterior obedece a la necesaria injerencia que el Ministerio Público detenta sobre el derecho a la libertad personal del imputado, la cual dimana de la naturaleza de la función que desempeña aquél en los sistemas configurados a la luz del principio acusatorio. Ahora bien, no sólo el Ministerio Público tiene injerencia sobre el derecho a la liber-

tad del encartado, toda vez que también la poseen el Juez y los órganos de policía –así como otros órganos de investigaciones penales-, siendo que, en el ámbito del procedimiento cautelar a través del cual se canaliza la imposición de la medida de privación judicial preventiva de libertad, y regulado en el artículo 250 de la ley adjetiva penal, el primero es el llamado a decretar –a solicitud del Ministerio Público- tal medida, mientras que en cabeza de los segundos recae la función de ejecutar la misma, es decir, practicar la detención judicial.

Sobre este particular, ROXIN, haciendo referencia a la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozeßordnung*, o StPO), la cual constituye la principal fuente de inspiración del sistema procesal penal venezolano, enseña lo siguiente:

“Conforme a la StPO son competentes para intervenir en la esfera jurídica del individuo –por orden de importancia- el juez, el fiscal, el funcionario auxiliar de la fiscalía, todo oficial de policía y todo ciudadano.

1. Así, la competencia para la intervención está depositada, en principio, en manos del juez independiente –con arreglo al carácter acorde al Estado Derecho de la StPO-. (...). Para las privaciones de libertad (p. ej., prisión preventiva) esto se deriva del art. 104, II, 2, GG, según el cual sobre la admisibilidad de una privación de libertad decide, “únicamente”, el juez (...)

2. La *fiscalía*, o bien sus funcionarios auxiliares, están autorizados a intervenir en la esfera jurídica del ciudadano, en principio, sólo en caso de peligro inminente en la demora (...). El 127b. I, representa un caso especial en el que no es necesario el peligro inminente en la demora. (...)

3. Conforme a la StPO, los *funcionarios policiales* que no son funcionarios auxiliares de la Fiscalía pueden intervenir en la esfera de libertad del ciudadano...” (Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Traducción de la 25ª edición alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 251)

En este mismo orden de ideas, GÓMEZ COLOMER, también refiriéndose al proceso penal alemán, señala que:

“La importancia de las medidas cautelares en el proceso penal alemán es también muy relevante, no sólo por la “agresión” que las mismas significan respecto a la persona y bienes del imputado, incluso de un tercero, sino porque inciden precisamente la mayoría de ellas en el terreno propio de significativos derechos procesales constitucionales. (...). Conforme a la StPO, la persona física que puede sufrir la ingerencia en su esfera jurídica que significa la medida cautelar o coercitiva, como consecuencia de la actuación de un Juez, del Ministerio Fiscal, de los Ayudantes del Ministerio Fiscal, de un funcionario de Policía, o de un ciudadano particular” (Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, pp. 100, 101).

Siendo así, se evidencia que el poder de injerencia sobre la libertad personal del imputado se encuentra circunscrita, en el marco del procedimiento tendiente a la imposición de las medidas de privación judicial preventivas de libertad, a la esfera de tres órganos estatales que cumplen específicas funciones dentro de ese procedimiento, el Ministe-

rio Público -solicita la imposición de la medida privativa-, el Juez -quien ante tal solicitud decreta la medida-, y los órganos de policía -los cuales practican la detención del imputado-. Debe acotarse que las reglas que rigen al señalado procedimiento cautelar, deben aplicarse en todos los casos en que sea necesario detener preventivamente a una persona, aun y cuando sea a raíz de la interposición de una denuncia de conformidad con el régimen de la Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia.

En consecuencia, considera quien suscribe el presente voto concurrente, que no resulta acertado conferirles -sin que ninguna norma lo autorice- a los órganos receptores de denuncias distintos al Ministerio Público, la potestad de solicitar directamente al Juez de Control el decreto de una medida de privación judicial preventiva de libertad contra la parte agresora, en virtud de que tales órganos no poseen ningún poder de injerencia sobre la libertad personal del imputado -claro está, excluyendo a los órganos de policía y a los juzgados penales y de familia-, ni mucho menos desempeñan el rol protagónico del Ministerio Público, como lo es la oficialización de la acción penal. En otras palabras, los órganos receptores de denuncias especificados en el artículo 32 de la señalada ley distintos al Ministerio Público, si bien tienen potestad cautelar, la misma no puede ni debe abarcar a las medidas de privación judicial de libertad, no sólo en lo referido a su imposición -tal como se señaló en el fallo objeto del presente voto concurrente-, sino también en cuanto a su solicitud.

Por lo tanto, el señalado argumento contenido en la motivación del fallo y del cual se disiente en el presente voto concurrente, constituye una situación de suma gravedad, que no sólo vulnera una norma procesal esencial de nuestro ordenamiento jurídico, como lo es el 250 de la ley adjetiva penal, sino que también representa un ataque contra el propio diseño estructural del sistema procesal penal consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el Código Orgánico Procesal Penal.

Queda en estos términos plasmado este voto concurrente.

5. *Derechos Políticos: Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional*

**TSJ-SPA (0967)**

**20-4-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Ivo Clemente Rodríguez de Souza vs. Ministerio de la Defensa

**Los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.**

Arguyen los apoderados judiciales del actor que la Administración vulneró los derechos a libertad de conciencia y al sufragio de su representado, indicando en cuanto al primero que el ejercicio de un derecho constitucional, es un asunto de la conciencia de la

persona humana, por lo que mal puede el Estado invadir la esfera subjetiva de la psique humana, pretendiendo castigar a un ciudadano que, sin eludir las leyes ni los reglamentos, participó en una actividad cívica; y en cuanto al segundo, que la Justicia Militar se equivocó al asegurar que la presunta participación de oficiales militares en el acto denominado “El Firmazo” fue un acto de proselitismo político, pues en ningún momento su representado *participó en una actividad de tal tipo, por cuanto no ha efectuado actos de propaganda o de fervor en la promoción de causa alguna*, sino que en todo momento ha actuado de manera obediente, subordinada y disciplinada en el ejercicio de los derechos políticos que le otorga la Constitución vigente, sin militar en ningún partido político, haciendo hincapié en el contenido del artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En primer lugar, se observa que el derecho a la libertad de conciencia se encuentra contemplado en el artículo 61 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito. Igualmente señala, que la objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.

En cuanto al derecho al sufragio, el mismo está previsto para los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en el artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, observa la Sala que el Ministro de la Defensa ordenó el cese del empleo del ciudadano Ivo Clemente Rodríguez de Souza, como se refirió anteriormente, por considerar que al haber participado en un acto de recolección de firmas convocado por diversas organizaciones políticas, el día 02 de febrero de 2003, en la Iglesia La Sagrada Familia en La Tahona, hecho aceptado en la entrevista que se le efectuó en 11 de abril de 2003 por ante el Departamento de Investigaciones de la Inspectoría General del Ejército, atentó contra la disciplina que debe cumplir todo militar en servicio activo, al no observar lo previsto en los artículos 20, 21, y 23 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, artículo 80 del Reglamento de Servicio en Guarnición, incurriendo además el mencionado Oficial Superior en la comisión de faltas previstas en el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, específicamente las contempladas en el artículo 114, literales e) y h), además de lo contemplado en el artículo 117 en su aparte 44.

En consecuencia, resulta necesario analizar la situación del ciudadano Ivo Clemente Rodríguez de Souza, como miembro de la Fuerza Armada Nacional, sobre la base de las normas constitucionales que constituyen el régimen que ha de guiar sus actuaciones.

Así, se observa que el artículo 328 de la Constitución de 1999, dispone:

*“La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación.... (omissis)...En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación. ...(omissis)”.*

Por su parte, la norma establecida en el artículo 330 *eiusdem*, señala:

*“Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”.*

Esta última norma, de reciente data, constituye la nota característica que distingue la condición especial de los miembros de la Fuerza Armada Nacional del resto de los ciudadanos que habitan en el país, pues si bien el Constituyente de 1999 confirió a los militares el derecho al sufragio, con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político fundamental para todos los ciudadanos de la República, tal previsión no fue consagrada como un derecho absoluto que se impone sobre las restricciones propias de la vida castrense, o con el llamado también carácter deliberante. Así, es preciso recordar que cuando se habla de deliberación debe interpretarse esta última palabra en el sentido de debate o discusión presente entre varias personas para decidir un asunto determinado.

Como claramente lo señala la disposición transcrita, si bien se le confiere al militar participación en el ejercicio de un derecho político extensivo a todos los ciudadanos de la República como es el derecho al voto, al mismo tiempo, se restringe otra parcela de ese derecho al prohibírsele participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

Según se lee del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *“prosélito es todo partidario que se gana para una facción, parcialidad o doctrina”*. Respecto a tal acepción es de menester destacar que el actor participó en un proceso de recolección de firmas convocado, en fecha 02 de febrero de 2003, por diversas organizaciones políticas, siendo tal actuación para esta Sala reveladora de una parcialidad política, habiéndose expuesto el oficial militar en un acto público de evidente naturaleza política, instaurado en contra del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, quien por mandato de la Constitución de 1999 en su artículo 236, es el Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional y ejerce la suprema autoridad jerárquica de la misma.

Es necesario tener en cuenta que la naturaleza de la actividad desempeñada por los miembros de la Fuerza Armada Nacional, juega un papel trascendental a la hora de considerar los parámetros legales en los cuales se puede desenvolver el ejercicio de los derechos políticos. Así, es claro que cuando se trata de la institución castrense, sus propias normas obligan a seguir un régimen estricto de conducta diseñado por el estamento militar, sustentado en la obediencia, subordinación y disciplina, y dirigido, entre otros aspectos, a limitar las opiniones y actuaciones por parte de sus miembros.

En ese sentido, considera la Sala que al haber participado el Teniente Coronel Asimilado Ivo Clemte Rodríguez de Souza en el acto de recolección de firmas antes descrito, demostró un proselitismo político perjudicial, dada su alta investidura, atentando contra la disciplina que le debe a la Fuerza Armada Nacional y a la obediencia que le debía a su Comandante en Jefe, el ciudadano Presidente de la República.

Concluye por tanto la Sala, luego de las consideraciones anteriores, que vista la especial situación de sujeción en que se encontraba el actor en su condición de Oficial

Superior de la Fuerza Armada Nacional, el Ministro de la Defensa estaba facultado para sancionarlo, no habiéndose coartado en el presente caso la libertad de conciencia del accionante, ni su derecho al sufragio. Así se decide.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Distribución Vertical del Poder Público: competencias nacionales en materia del llamado “amparo policial”.*

**TSJ-SC (720)**

**5-4-2006**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación de los artículos 60 al 67 de la Ley de Policía del Estado Carabobo.

**La distribución vertical del poder público establecida en las normas constitucionales 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, conforme al artículo 25 Constitucional.**

Declarada la competencia de la Sala para conocer del presente caso mediante decisión N° 3.651 del 19 de diciembre de 2003, pasa a resolver el asunto sometido a su conocimiento, con fundamento en lo siguiente:

En el presente caso se demandó la nulidad por razones de inconstitucionalidad de los artículos 60 al 67 de la Ley de Policía del Estado Carabobo, publicada en la Gaceta Oficial del referido Estado, bajo el N° 172 Extraordinario, del 24 de enero de 1977, dictada por la Asamblea Legislativa del Estado Carabobo, relativos al llamado “*amparo policial*”.

La petición de nulidad se fundamentó en razones de inconstitucionalidad, aduciéndose su contrariedad al Texto Fundamental, pues, a decir de la parte accionante, el referido instrumento normativo vulnera las disposiciones contenidas en los artículos 156 numeral 32 y 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establecen la competencia que tiene el Poder Público Nacional para legislar sobre asuntos nacionales, y la potestad de administrar justicia en manos del Poder Judicial, respectivamente.

Ahora bien, el contenido de las normas establecidas en los artículos 156.32 y 253 de la Carta Magna, denunciadas por la accionante como violadas, se encuentran dispuestas, en los siguientes términos:

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

...omissis...

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 notarías 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 (...)* (Subrayado de la Sala).

“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 participen en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”.*

En complemento de lo anterior, considera esta Sala necesario citar el contenido de los artículos 136 y 137 *eiusdem*, los cuales expresan lo siguiente:

“Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias; pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

“Artículo 137. Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

Ello así, se desprende de los artículos 156 numeral 32 y 253 del Texto Fundamental, que corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en los artículos 136 y 137 *eiusdem*, se establece que cada una de las entidades políticas 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.

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, conforme al artículo 25 Constitucional, así como los *supra* citados.

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.

Ello así, se observa que en el caso concreto, la parte actora alega que las disposiciones contenidas en los artículos 60 al 67 de la Ley de Policía del Estado Carabobo, relativos al llamado “*amparo policial*”, son nulas por considerar que están viciadas de inconstitucionalidad, pues en su opinión, “*(...) desde el momento que la antigua Asamblea Legislativa del Estado Carabobo legisló en una materia de la exclusiva competencia del Poder Público Nacional, lógicamente actuó fuera del ámbito de su competencia y, en consecuencia, (...) este acto es absolutamente nulo (...)*”, pues, a su juicio, infringe lo dispuesto en los artículos 156 numeral 32 y 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer un procedimiento no judicial de naturaleza civil ante el Prefecto de Distrito o Municipio, decisión apelable ante el Gobernador de dicho estado.

Al respecto, se observa que los artículos 60 al 67 de la Ley de Policía del Estado Carabobo, publicada en la *Gaceta Oficial* del mismo Estado, bajo el N° 172 Extraordinario, del 24 de enero de 1977; crearon la figura del “*amparo policial*”, en los siguientes términos:

*“Artículo 60. Cuando una persona natural o jurídica esté en manifiesta posesión de una cosa y se intente despojarla de ella o perturbarla de hecho, puede por sí o por medio de apoderadosos ocurrir a las autoridades competentes y solicitar el amparo policial.*

*Artículo 61. Serán competentes para conocer de la acción de amparo el Prefecto de Distrito o de Municipio de la jurisdicción correspondiente. La denuncia se hará en el lapso de las setenta y dos horas contadas a partir del despojo o la perturbación.*

*Artículo 62. La solicitud y tramitación del amparo se hará en días hábiles, la sustanciación se hará con prioridad a cualquier otro asunto y se hará todo en papel común y sin estampillas.*

*Artículo 63. La denuncia se hará en forma escrita o verbal; en este último caso, el funcionario deberá tomarla por escrito en el cual hará constar:*

*a) El nombre, apellido y domicilio del querellante y del querellado.*

*b) La individualización en lo posible del autor del hecho.*

*c) La relación circunstanciada de los hechos que hayan producido o intenten producir el despojo o la perturbación.*

*PARÁGRAFO ÚNICO: Si la denuncia resulta suficientemente fundada, el funcionario competente acordará provisionalmente el amparo hasta resolver en la definitiva.*

*Artículo 64. Una vez oída la denuncia, el funcionario ordenará la citación del querellado, para que comparezca al día hábil siguiente después de citado y a la hora indicada, a contestar la solicitud y a oponer las defensas que a bien tenga. En la boleta de citación se expresará sucintamente el contenido de la solicitud.*

*Artículo 65. En el acto de contestación, el funcionario procurará la conciliación de las partes, debiéndose dejar constancia de esto.*

*Artículo 66. De no lograrse la conciliación, se considerará abierto a pruebas el procedimiento por el término de dos (2) días hábiles, durante los cuales las partes podrán promover y evacuar las que estimen necesarias.*

*Artículo 67. La sentencia se dictará al tercer día hábil después de concluido el término de pruebas, sin hacer relación y sin oír informes. De dicha decisión se oirá apelación por ante el Gobernador del Estado, siendo el término para intentarlo de cinco días hábiles, contados a partir de la fecha de la decisión. Interpuesto el recurso de apelación, el Gobernador deberá decidirlo dentro del término de ocho (8) días hábiles siguientes”.*

Ello así, y previo análisis de las disposiciones en referencia, debe indicarse que el numeral 1 del artículo 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, atribuye competencia a los Consejos Legislativos para “(...) Legislar sobre las materias de la competencia estatal”.

Por su parte, el numeral 32 del artículo 156 del Texto Constitucional, asigna dentro de las competencias del Poder Nacional “(...) La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos (...)” (Subrayado de la Sala).

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* (...)”.

Por ello, los artículos cuya nulidad se solicita, al prever la acción de “*amparo policial*”, con el fin de defender al poseedor manifiesto del despojo de un bien o las perturbaciones a su derecho, invade esferas asignadas constitucionalmente al Poder Legislativo nacional.

Esto es así, porque dichas normas están destinadas a regular materias de carácter civil, vinculadas con la posesión de un bien, dictadas por un cuerpo deliberante estatal, bajo la forma de ley estatal, siendo que, dentro de las atribuciones de los Consejos Legislativos de los estados, prevista en el artículo 162 de la Carta Fundamental, no está el legislar en materia de Derecho Civil, y menos aun en materia de protección de la posesión, lo que impide constitucionalmente que regulen lo relativo a mecanismos de protección de la posesión, habida cuenta de que el legislador nacional ha establecido a tal efecto, los denominados interdictos posesorios en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil Venezolano.

Así pues, los Consejos Legislativos tienen como atribuciones legislar solamente en materias de la competencia estatal, y dentro del catálogo de materias enumeradas como de la competencia exclusiva de los estados, no se encuentra el régimen legal de la posesión, ni sus procedimientos de protección.

En este sentido, se advierte en base a las disposiciones constitucionales aquí referidas, que la Carta Magna reservó expresamente al Poder Legislativo Nacional, legislar todo lo atinente sobre la materia civil, la cual regula todo lo relativo a la posesión de los bienes muebles o inmuebles y sus mecanismos judiciales de protección.

Por tanto, corresponde a la Asamblea Nacional, en representación del Poder Nacional, legislar sobre derechos en materia civil y lo referido a los procedimientos, dado que por voluntad del Constituyente, tales materias fueron atribuidas a dicho órgano.

Así pues, la potestad de legislar en materias de la competencia nacional, corresponde de manera expresa al Poder Legislativo Nacional, resultando en consecuencia que el órgano legislativo estatal al haber recogido en la Ley de Policía del Estado Carabobo, normas relativas a la posesión de bienes muebles e inmuebles, así como el procedimiento como mecanismo de protección, las cuales son de carácter civil, invadió el ámbito de competencias del Poder Legislativo nacional, incurriendo así en el vicio de extralimitación de atribuciones.

En efecto, considera esta Sala Constitucional, que con la creación del procedimiento de “*amparo policial*”, el Poder Legislativo de dicho estado incurrió en el vicio de extralimitación de atribuciones, pues si bien es cierto que tenía competencia para legislar en las materias propias de su competencia a la luz de nuestra Constitución, no es menos cierto, que se excedió en dicha labor invadiendo esferas de atribuciones propias del Poder Nacional, no realizando su labor legislativa respetando los límites impuestos por las normas constitucionales atributivas de competencias a los distintos órganos del Poder Público Nacional.

De manera que, debe concluirse que la extinta Asamblea Legislativa del Estado Carabobo violó la Carta Magna, cuando estableció un procedimiento denominado “*amparo policial*” como mecanismo de defensa de la posesión, obviando la existencia de los interdictos posesorios, previstos en los artículos 699 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que son las vías jurisdiccionales previstas por el ordenamiento jurídico para reclamar cualquier perturbación, despojo o amenaza sobre bienes muebles o inmuebles bajo el régimen de la posesión, siendo que son los jueces que administran justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley los llamados constitucionalmente a resolver cualquier controversia que se suscite al respecto.

De esta forma las normas impugnadas vulneran el principio de la reserva legal a favor del Poder Nacional estatuido por el artículo 156 numeral 32 del Texto Fundamental y violan el Texto Fundamental al asignar a funcionarios del Poder Estadal (Prefecto del Distrito o Municipio y Gobernador) atribuciones que son privativas del Poder Judicial, según lo dispuesto en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ello es así, por cuanto el artículo 253 establece que el Poder Judicial, es el que tiene la atribución de solucionar los conflictos entre particulares que se vinculen con la defensa de un derecho o de una situación de hecho reconocida por el ordenamiento jurídico, como lo es específicamente lo relativo a la posesión de bienes muebles o inmuebles. Por tanto, no puede una ley estadal consagrar una competencia a favor de otra autoridad, a través de un procedimiento diferente, para dilucidar controversias entre particulares.

Así pues, producto del examen de las normas constitucionales antes citadas, en comparación con las previstas en la ley estadal cuestionada, resulta claro para esta Sala, que las normas impugnadas están viciadas de nulidad absoluta por legislar sobre derechos y garantías constitucionales, en materia civil y de procedimiento, lo cual corresponde exclusivamente al Poder al Legislativo nacional, representado actualmente por la Asamblea Nacional.

Por ello, estima esta Sala Constitucional, que la actuación por parte de la entonces Asamblea Legislativa Estadal al crear un procedimiento no judicial de carácter civil en sede administrativa, resulta contraria a lo previsto en el Texto Fundamental, por lo cual deben declararse nulas.

Aunado a las consideraciones anteriores, y en base a las Disposición Derogatoria Única de la Carta Magna, considera la Sala que al ser el cuerpo legal cuyos artículos se impugnan una ley de carácter preconstitucional, las mismas quedaron tácitamente dero-

gadas con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Vid. Decisión de la Sala N° 3.098/04).

Por otra parte, debe necesariamente hacerse mención a los artículos 68 y 69 de la Ley de Policía del Estado Carabobo, los cuales expresan:

*“Artículo 68. Si a pesar del requerimiento de la autoridad policial el querellado continuare ejecutando los hechos constitutivos de la perturbación, será penado con arresto hasta de ocho días, sin perjuicio de que el querellante pueda ocurrir por ante los tribunales a ejercer la acción que le corresponda”.*

*“Artículo 69. El que estando amparado en su posesión por mandato de la autoridad judicial competente, conforme al Código Civil y de Procedimiento Civil, fuere de nuevo perturbado o despojado, ocurrirá al Prefecto del Distrito o Municipio respectivo y solicitará que dicha autoridad haga respetar el mandato judicial o imponga la sanción correspondiente conforme al artículo que antecede”.*

Advierte la Sala que la parte accionante se limitó a solicitar la nulidad de las previsiones normativas previstas en los artículos 60 al 67 de la Ley de Policía del Estado Carabobo, no obstante esta Sala ha podido evidenciar que los artículos 68 y 69 de dicha ley, constituye también parte del procedimiento de “*amparo policial*” aquí impugnado, y por tanto por orden público constitucional debe extender a ellas las consideraciones aquí expuestas, y consecuentemente anular las disposiciones de los artículos 68 y 69 *eiusdem*, por cuanto la nulidad solicitada acarrea la nulidad del procedimiento, todo ello en base al artículo 5 párrafo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Como consecuencia de las consideraciones expuestas, debe esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarar la inconstitucionalidad de los artículos 60 al 69 de la Ley de Policía del Estado Carabobo, publicada en la *Gaceta Oficial* del mismo Estado, bajo el N° 172 Extraordinario, del 24 de enero de 1977. Así se decide.

Ahora bien, corresponde a esta Sala Constitucional determinar los efectos de la presente decisión anulatoria en el tiempo, por lo que en el caso de autos, por razones de seguridad jurídica, para evitar un desequilibrio en la estructura de la administración pública estatal y la preservación de los intereses generales, así como en resguardo de los derechos de los beneficiados por la ley estatal, fija los efectos *ex nunc*.

En efecto, dadas las múltiples actuaciones que eventualmente pudieron haber sido realizadas y, los efectos jurídicos que ello hubiere implicado en el ámbito de los derechos de los habitantes de esa entidad federal, esta Sala en aras de la seguridad jurídica, fija los efectos del presente fallo anulatorio *ex nunc* o hacia el futuro, esto es, a partir de la publicación del presente fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional. Así se decide.

Finalmente, se ordena la publicación de esta sentencia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* e igualmente en la *Gaceta Oficial del Estado Carabobo*.

2. *El Poder Judicial. Sistema penitenciario: Rehabilitación del penado*

TSJ-SC (1171)

12-6-2006

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Cibell Naime Yordi

**La rehabilitación del penado, consiste en un proceso mediante el cual el Estado le ofrece al individuo que resultó condenado a un tratamiento integral (médico, psicológico, psiquiátrico, educativo, laboral y cultural), con el objeto de que, una vez que cumpla su pena, se adecue y cumpla con las normas (sociales y jurídicas) establecidas en la sociedad y evite cometer de nuevo un hecho punible. Pero ese tratamiento, debe ser progresivo, donde se le pueda ofrecer al condenado la posibilidad de acogerse a algunas medidas alternas de cumplimiento de pena.**

1.- Como fue narrado anteriormente, consta en autos que el Tribunal Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas remitió, a esta Sala Constitucional, para la revisión que establece el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, copia certificada de la decisión dictada, el 15 de abril de 2005, en la fase de ejecución del proceso penal incoado contra la ciudadana Cibell Naime Yordi, mediante la cual desaplicó, en uso del control difuso de la constitucionalidad, el contenido del artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, que prevé que “[a] los fines de la redención de que trata la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, el tiempo redimido se computará a partir del momento en que el penado hubiere cumplido, efectivamente, la mitad de la pena impuesta privado de su libertad.”

En efecto, el referido Tribunal Quinto de Control consideró que lo señalado en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal era contrario al ideal resocializador, basado en las actividades laborales, culturales y deportivas que debe cumplir todo recluso para alcanzarlo y que “la motivación de la penada para incorporarse a tales actividades ‘resocializadoras’ es sin duda la posibilidad de ver reducida su condena y más próximas las alternativas de libertad.”

En ese sentido, observó, luego de transcribir el contenido del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal es una limitante legal que procura la desmotivación de los penados para alcanzar los medios para la resocialización, al contradecir “los objetivos y medios establecidos constitucionalmente para estimular la rehabilitación de los internos o internas.”

Ahora bien, esta Sala hace notar, en primer lugar, que el Tribunal Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas desaplicó el contenido del artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, sin realizar un análisis exhaus-

tivo sobre la supuesta antinomia existente entre esa norma y el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incumpliendo, por lo tanto, con el deber de “plasmarse en su decisión, en forma motivada, mediante un análisis explicativo, basado en argumentos, por qué considera que una norma legal, que goza de presunción de legitimidad, es contraria a los principios o reglas establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (vid. Sentencia N° 78, del 25 de enero de 2006, caso: *Alexis Enrique Huízee Rodríguez*).

El mencionado Juzgado de Ejecución, sólo se limitó a concluir que el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal era inconstitucional, dado que era una limitante legal que contradecía “los objetivos y medios establecidos constitucionalmente para estimular la rehabilitación de los internos o internas”, lo que conduce a esta Sala a considerar que la decisión sometida a revisión constitucional, no se encuentra ajustada a derecho.

2.- Esta Sala observa que el contenido del artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal no es contrario a lo señalado en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece lo siguiente:

*“El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. 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. En todo caso 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 postpenitenciaria 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.”*

A juicio de esta Sala, la anterior norma constitucional “da preferencia a la aplicación de las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad; sin embargo, es obvio que no excluyó la coexistencia de las sanciones reclusorias. La referida norma establece la existencia de dicho régimen para el cumplimiento de penas corporales privativas de libertad, con la exigencia o garantía de que, mediante al ejecución del mismo, se asegure la rehabilitación del penado y el respeto a los derechos humanos de este último.” (vid sentencia N° 803, del 7 de abril de 2006, caso: *Juan Luis González Taguauico*).

La rehabilitación del penado, consiste en un proceso mediante el cual el Estado le ofrece al individuo que resultó condenado a un tratamiento integral (médico, psicológico, psiquiátrico, educativo, laboral y cultural), con el objeto de que, una vez que cumpla su pena, se adecue y cumpla con las normas (sociales y jurídicas) establecidas en la sociedad y evite cometer de nuevo un hecho punible. Pero ese tratamiento, debe ser progresivo, donde se le pueda ofrecer al condenado la posibilidad de acogerse a algunas medidas alternas de cumplimiento de pena.

Así pues, esta Sala hace notar que el artículo 272 constitucional, al indicar que debe garantizarse la rehabilitación del penado y que durante la ejecución de la condena puede acordarse algunas medidas alternas de cumplimiento de pena, lo que hace es reconocer a su vez la existencia de un principio que ha sido desarrollado en el “derecho penitenciario”, denominado principio de “progresividad”.

Este principio de “progresividad”, que históricamente tuvo como precursor al Capitán Alexander Maconochie, quien fue Director del centro de deportación retribucionista establecido por las autoridades inglesas, en la isla de Norfolk (Australia), fue acogido por diversos funcionarios de prisiones en distintos países, como lo son Walter Crofton, Manuel Montesinos y Molina, Zebulon R. Brockwaay y Evelyn Ruggles Brise, entre otros, en Irlanda, España, Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra. El mismo, es aplicado actualmente en algunos países en forma rígida y en otros más flexible, pero ha sido reconocido como un mecanismo que pertenece y coadyuva a la rehabilitación de todo condenado.

El principio de “progresividad” consiste, a juicio de esta Sala, en la posibilidad de que un penado se reinserte socialmente a través del cumplimiento de una serie de etapas que se le ofrece durante su condena, con el objeto de obtener un tratamiento que lo aproxime a la libertad plena. Para que ello pueda darse, los centros penitenciarios deben contar, en principio, “con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación”, como lo establece el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se trata, en consecuencia, de un supuesto “de que la resocialización del sentenciado no puede obtenerse mediante una acción uniforme sino a través de sucesivas etapas conforme evolucione el individuo” (*vid.* Sandoval Huertas, Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 120).

Dicho principio de “progresividad”, se encuentra previsto igualmente en la Ley de Régimen Penitenciario, que dispone, en su artículo 7, que los sistemas y tratamientos serán concebidos para su desarrollo gradualmente progresivo, encaminados a fomentar en el penado el respeto a si mismo, los conceptos de responsabilidad y convivencia sociales y la voluntad de vivir conforme a la ley.

La anterior norma tuvo como fundamento, al igual que casi todo el texto de la Ley de Régimen Penitenciario, lo señalado en la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y Recomendaciones Relacionadas, aprobadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, reunido en Ginebra en 1955, texto que, en su artículo 60.2, establece el principio de “progresividad”, de la siguiente manera:

*“Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.”*

De manera que, de acuerdo con lo señalado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes que desarrollan el sistema penitenciario venezolano, toda reinserción social del penado debe ser progresiva, a través del cumplimiento de una serie de etapas que se le presentan al individuo para que se haga efectiva su retorno a la vida social.

Ahora bien, para la consumación de esas etapas, encontramos que la misma Ley de Régimen Penitenciario, el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y Estudio, le ofrecen al penado la posibilidad de obtener una serie de formas alternativas de cumplimiento de penas con el objeto de que pueda reinsertarse socialmente.

Así pues, se precisa que el Código Orgánico Procesal Penal permite que la reinserción social pueda ser efectiva a través del trabajo fuera del establecimiento, el régimen abierto y la libertad condicional, una vez que el penado haya cumplido algunos requisitos para su obtención.

En efecto, en el artículo 501 *eiusdem*, se encuentran plasmados los requisitos que debe cumplir todo condenado para optar a las anteriores formas alternativas de cumplimiento de pena, de la siguiente manera:

*“El tribunal de ejecución podrá autorizar el trabajo fuera del establecimiento, a los penados que hayan cumplido, por lo menos, una cuarta parte de la pena impuesta.*

*El destino a establecimiento abierto podrá ser acordado por el tribunal de ejecución, cuando el penado hubiere cumplido, por lo menos, un tercio de la pena impuesta.*

*La libertad condicional, podrá ser acordada por el tribunal de ejecución, cuando el penado haya cumplido, por lo menos, las dos terceras partes de la pena impuesta.*

*Además, para cada uno de los casos anteriormente señalados, deben concurrir las circunstancias siguientes:*

- 1. Que el penado no tenga antecedentes por condenas anteriores a aquella por la que solicita el beneficio;*
- 2. Que no haya cometido algún delito o falta durante el tiempo de su reclusión;*
- 3. Que exista un pronóstico favorable sobre el comportamiento futuro del penado, expedido por un equipo multidisciplinario encabezado, preferentemente por un psiquiatra forense;*
- 4. Que no haya sido revocada cualquier formula alternativa de cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad; y*
- 5. Que haya observado buena conducta.”*

De manera que, según se desprende de la anterior disposición normativa, esta Sala observa que el legislador establece, por un lado, una serie de requisitos, tomando en cuenta el tiempo de reclusión, para que todo penado pueda acceder a algunas fórmulas alternas de cumplimiento de la pena.

Pero encontramos, igualmente, que el legislador establece otros requisitos que atienden al tipo de delito cometido por el declarado judicialmente, a los fines de que se pueda cumplir con la pena impuesta en forma distinta. Entre esos supuestos, podemos observar el contenido del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal (sobre el cual pesa actualmente una medida cautelar de suspensión de sus efectos, dictada por esta Sala).

Por lo tanto, esta Sala hace notar que el legislador, al desarrollar el principio de “progresividad”, que forma parte de la rehabilitación social que debe tener todo condenado, estableció unos requisitos, tomando en cuenta el tiempo de reclusión del penado o de acuerdo al delito cometido por el responsable, para que toda persona pueda acceder a las distintas fórmulas alternas de cumplimiento de pena. Esos requisitos son necesarios y en nada imposibilitan la readaptación social, sino más bien, están en consonancia con lo señalado en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El Juez de Ejecución, por lo tanto, deberá analizar si dichos requisitos están cumplidos, el momento de realizar el cómputo de la ejecución de la pena, ya sea de oficio o a petición de parte.

Pero existen, además, medios que permiten la resocialización del penado. Estos medios, como lo establece el artículo 2 de la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, son el trabajo y el estudio. A través de trabajo y el estudio, a las personas condenadas a penas o medidas correccionales restrictivas de libertad, se les puede redimir su pena, “a razón de un día de reclusión por cada dos de trabajo o de estudio” (artículo 3 de la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio).

Así pues, una vez que el penado comienza a trabajar o estudiar (o si lo había hecho cuando estaba detenido preventivamente), el tiempo que destina para esas actividades será tomado en cuenta, de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 de la Ley Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, para redimir su pena, lo que le permitirá, una vez hecho el cómputo de acuerdo con la exigencia legal, obtener igualmente algunas de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como lo establece el artículo 3 *eiusdem*.

Esa exigencia legal, que también es un requisito exigido para la progresividad en materia de Derecho Penitenciario, es la contenida en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal y se refiere a que el penado debe cumplir la mitad de la pena que le fue impuesta, para que se le pueda computar el tiempo redimido por el trabajo y el estudio.

El cumplimiento de la mitad de la pena para optar a la posibilidad de que se pueda redimir por el trabajo y el estudio atiende, como se señaló precedentemente, al tiempo que tiene recluso el penado, lo cual no contradice en forma alguna a la rehabilitación social prevista en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que es una etapa que pertenece al tratamiento progresivo del condenado, la cual debe cumplirse en todo proceso de reinserción social.

En efecto, esta Sala hace notar que lo establecido en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal garantiza la readaptación del individuo a la sociedad como un ser socialmente útil a la misma, al ser capacitado, por lo menos durante el cumplimiento de

la mitad de su pena, para el trabajo o el estudio, lo que tiene consonancia con lo señalado en el artículo 58 de la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que dispone que “[e]l fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también sea capaz de hacerlo” (subrayado de esta Sala)

Así pues, se procura, con lo señalado en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, que todo penado se capacite suficientemente mediante el trabajo o el estudio, para vivir en la sociedad, lo que no es más que la materialización de la reinserción social, la cual es el fin primordial de toda ejecución de la pena, como lo establece, en su artículo 5, sexto aparte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que es recogido en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer que el “Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos.”

Lo anterior, no es más que el desarrollo del principio de “progresividad”, ya que debe esperarse el cumplimiento de la mitad de la pena (como etapa a superar), para que el penado pueda acceder a las fórmulas alternas de ejecución de la pena, previa dedicación al trabajo y al estudio. Además, el Estado, a través de lo señalado en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, garantiza que el condenado se crea un hábito de estudio o trabajo en el Centro de Reclusión, para que, una vez que tenga la posibilidad de acceder a unas de las medidas alternas de cumplimiento de la pena, pueda reinsertarse socialmente sin riesgo alguno. Ese hábito, en teoría, podría distraerle de la idea de cometer un nuevo delito una vez que conviva en la sociedad.

De manera que, lo señalado en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal no contradice, en forma alguna, el principio de “progresividad” ni excluye, en lo absoluto, el proceso de reinserción social de todo penado. Se trata de un cumplimiento de una etapa por parte del penado, para poder obtener, posteriormente, un tratamiento que sea parecido a la obtención de la libertad plena, lo que está en consonancia con lo señalado en el artículo 272 constitucional.

Por lo tanto, al no contradecir el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal el contenido del artículo 272 de la Carta Magna, esta Sala concluye, que la desaplicación hecha por el Tribunal Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, no se encuentra ajustada a derecho.

3. En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala anula la decisión dictada, el 15 de abril de 2005, por el Tribunal Quinto de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual desaplicó, por control difuso de la constitucionalidad, el contenido del artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal, en la ejecución de la pena impuesta a la ciudadana Cibell Naime Yordi. En consecuencia, se ordena que dicho Juzgado continúe ejecutando la pena impuesta a la referida ciudadana, tomando en cuenta la exigencia contenida en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

*Voto concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

...gistrado que suscribe concurre con la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

La víctima no fue debidamente notificada del auto de 15 de abril de 2005, mediante el cual fue desaplicado el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal. Al respecto, este Tribunal ha dicho que el acto de dejar la boleta de notificación en la dirección del destinatario de la misma implica, necesariamente, que se deje constancia de que dicho recaudo fue entregado a una persona determinada. Así, en su fallo n.º 1154, de 909-06-05, la Sala afirmó:

“Al respecto, debe recordarse que el demandante alegó que no había sido notificado del acto de sentencia, por cuanto la respectiva boleta no había sido firmada por su Defensora sino por la antes mencionada persona, de quien se desconocían otros datos y no era, al tiempo de realización del acto procesal que se impugna en la presente causa, Defensor del actual supuesto agraviado. No obstante, tal actuación fue declarada legítima por la supuesta agravante de autos de acuerdo con lo que estableció la legitimada pasiva, en la sentencia que es hoy objeto de impugnación, sobre la base de la cualidad funcional del referido firmante, en términos de que *‘Ahora bien, debemos destacar que de dicho ciudadano sí se conocen otros datos de identificación, puesto que para esa época fungía como defensor suplente de la referida Mery Romero Urdaneta’*, lo cual no fue refutado por el accionante, en su escrito de apelación. Por consiguiente, estima la Sala que quedó acreditado que el prenombrado ciudadano José Manuel León Moreno era, al tiempo del auto por el cual quedó fijada la audiencia para que se dictara la sentencia de primera instancia, funcionario con adscripción al despacho de la entonces Defensora Pública del hoy accionante, como Suplente de la misma; que, por tanto, la notificación en referencia fue tramitada a través de quien podía recibir la boleta y tenía, adicionalmente, el deber de comunicarlo oportunamente a la predicha abogada. **Al respecto, se advierte que tal procedimiento tenía plena conformidad jurídica, de acuerdo con el artículo 218 *in fine* del Código de Procedimiento Civil (el cual era igualmente aplicable, como norma supletoria, en el proceso penal y, mediante interpretación extensiva, de aplicabilidad en el régimen legal de las notificaciones-), cuyo texto es el siguiente: ‘La boleta la entregará el Secretario en el domicilio o residencia del citado, o en su oficina, industria o comercio, y pondrá constancia en autos de haber llenado esta formalidad, expresando el nombre y apellido de la persona a quien la hubiere entregado...’**” (Subrayado añadido).

Asimismo, en la sentencia N° 2831 de 29-09-05, esta juzgadora estableció:

“En primer término, quedó establecido que copia de la respectiva boleta fue dejada *‘debajo de la puerta’*. Si tal fue el procedimiento seguido para la práctica de la citación en referencia, debe concluirse que fueron omitidas formalidades no dispensables que deben conducir a que dicho acto se tenga como no efectuado; ello, porque el mismo artículo 185 del Código Orgánico Procesal Penal establece que, en caso de que no fuere encontrada la persona a ser citada, en el domicilio procesal que la misma hubiere dejado señalado en el expediente, el funcionario encargado del trámite en cuestión deberá procurar hacer **entrega** del talón despegable de la respectiva boleta. Entregar es un verbo que denota una relación entre dos personas: una que dé y otra que reciba; en otros términos, es el acto de *‘dar o poner en poder de una persona’* (Diccionario Clave, p. 717, 2000).

En el caso que se examina, resulta evidente que no hubo receptor de la boleta de citación en referencia, razón por la cual, como antes se señaló, tal acto procesal debe ser tenido como jurídicamente inexistente. Así se declara.”

Por ello, conforme con los criterios antes expuestos, se concluye que la víctima no fue legalmente notificada, lo cual constituía un motivo adicional para la declaración de nulidad.

Queda así expresado el criterio del Magistrado concurrente.

### 3. *El Poder Electoral*

#### A. *Consejo Nacional Electoral. Rectores: Antejucio de Mérito*

**TSJ-SC (934)**

**9-5-2006**

Magistrado Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Caso: Impugnación del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

**La norma recogida en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, que extiende la prerrogativa del antejucio de mérito a los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, no es contraria a la enumeración contenida en los numerales 2 y 3 del artículo 266 del Texto Constitucional.**

A partir de esta premisa interpretativa, pasa la Sala a verificar si la norma acusada se aparta o no de lo dispuesto por el Constituyente en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, para ello, se advierte que el antejucio de mérito ha sido definido por la doctrina patria como una prerrogativa procesal, estatuido como una excepción a la aplicación de la ley penal en razón de la persona. En tal sentido, se ha definido como una sustracción temporal del sujeto a la ley procesal común, que tiene el alcance de “(...) *un impedimento que posterga el proceso común hasta que se hayan producido ciertos actos no jurisdiccionales después de los cuales la parte condenada quedará sujeta a acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes, ante los tribunales ordinarios*” (Vid. Mendoza Troconis, José Rafael, “*Curso de Derecho Penal Venezolano*”, Parte General, Tomo I, Caracas, 1981, p. 310).

Si bien en la configuración gramatical de la norma impugnada se emplea la expresión prerrogativa, la doctrina y la jurisprudencia penal le han dado al antejucio de mérito el tratamiento de un “*privilegio*” o garantía procesal de orden constitucional, sin embargo, ambas expresiones se usan como equivalentes. Así, el autor Sosa Chacín al analizar este presupuesto del juicio penal afirma que esta prerrogativa no le da al sujeto ni el carácter de inviolable ni el carácter de inmune, sino que queda sometido al mismo tratamiento que otros ciudadanos en lo que respecta a la aplicación del derecho material; la distinción surge en lo relativo a la aplicación de las normas procesales penales “(...) a

*los efectos de evitar que los sujetos investidos de funciones públicas sean perseguidos por razones de índole política o personal en la misma medida en que lo pueda ser cualquier ciudadano, tendiendo la garantía a permitir el eficaz desempeño del cargo*” (Vid. Sosa Chacín, Jorge, “Derecho Penal”, Tomo Primero, Caracas, 1978, pp. 280-281). Por su parte, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal ha sostenido que esta prerrogativa se concibe como un procedimiento especial de “*garantías reforzadas*” llamado a proteger el principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 49 de la Carta Magna vigente (Vid. Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia N° 456 del 10 de diciembre de 2003, caso: “*Fiscal General de la República*”).

Así, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia también ha puesto de relieve su naturaleza de procedimiento especial al definir el antejuicio de mérito como “*(...) un procedimiento penal especial que, instaurado en virtud de la querrela del Fiscal General de la República y conducido por el principio del contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República (...)*” (Vid. Sentencia del 30 de mayo de 2000, caso: “*Luis Manuel Miquilena Hernández*”).

Esta prerrogativa se instaura como una excepción constitucionalmente prevista del derecho a la igualdad jurídica de las personas ante la ley -previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- y conlleva el establecimiento de garantías procesales que constituye una formalidad esencial previa al juicio penal incoado contra el sujeto que lo goza, justificado en “*(...) la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que quienes en un determinado momento resulten piezas fundamentales en la conducción de las políticas públicas, sean desviados de sus obligaciones en razón de acusaciones, infundadas o no, formuladas en su contra, y a las cuales, sin duda, se encuentran permanentemente expuestos*” (Vid. Sentencias de la Sala Plena del 12 de julio de 2000, caso: “*Jesús Fernando González Cazorla*” y del 5 de mayo de 2000, caso: “*Pedro Mantellini González*”, acogida esta última por la Sala Constitucional en sentencia N° 233 del 11 de marzo de 2005, caso: “*Julián Isaías Rodríguez Díaz*”).

Este requisito de procedibilidad de la acusación penal, de carácter tutorial o preliminar, ha sido analizado sistemáticamente por la jurisprudencia de la Sala Plena de este Alto Tribunal, destacando en su tratamiento el bien jurídico que resguarda: la continuidad de la función pública que ejerce un funcionario de alta investidura en cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional. En efecto, el antejuicio de mérito ha sido descrito como “*(...) un privilegio para las altas autoridades del Estado, que tiene por objeto proteger la labor de los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, por lo que procura la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que presupone el ejercicio de la función pública*” (Vid. Sentencia de la Sala Plena del 22 de septiembre de 2004, caso: “*Juan Ubaldo Jiménez Silva*”).

La posibilidad de extender este régimen de protección a otros altos funcionarios, entre ellos los electorales, ha sido examinada en otras oportunidades a la luz del ordenamiento preconstitucional de 1999 por la Sala Plena de la otrora Corte Suprema de Justicia y, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por la Sala Electoral de este Alto Tribunal.

En tal sentido, la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno en su decisión dictada el 19 de julio 1984, recaída en el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido contra el artículo 152 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que establecía la competencia procesal de la Corte Suprema de Justicia para someter a su conocimiento el enjuiciamiento de los altos funcionarios enumerados en el artículo 215 de la Constitución de 1961, aun cuando éstos hubieran dejado de ejercer sus funciones, siempre que el hecho delictual imputado se hubiese cometido en el tiempo de su actuación, declaró la incompatibilidad de ese dispositivo con el Texto Constitucional de 1961, y por tanto su nulidad, estimando para ello que *“(...) cuando como requisito para el enjuiciamiento de determinados delitos se establezca el antejuicio y la competencia jurisdiccional especial de la Corte, en atención a la prerrogativa de que goza el acusado por razón de su cargo, como es el caso de los citados funcionarios, tanto ese requisito como esa competencia deberá establecerlos la propia Constitución y no una ley ordinaria, como antes se expresó. Y por ello, porque se trataría de consagrar una prerrogativa constitucional, es decir, una excepción a una de las garantías individuales que sólo el Constituyente puede sancionar o autorizar y no el Congreso”*.

Tal motivación atendió a una interpretación restrictiva de la norma primaria, sin posibilidad de admitir la ampliación temporal del supuesto en ella contenido, esto es, restringiendo el goce de esa prerrogativa sólo a los funcionarios en ejercicio activo de su cargo, posición ésta que subsiste en la actualidad.

El avance jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia mantuvo que la enumeración de los altos funcionarios contenida en los ordinales 1° y 2° del artículo 215 de la Constitución de 1961 era taxativa y en ningún caso admitía la extensión de esta prerrogativa a sujetos distintos de los mencionados en la norma. Así, en un auto dictado el 1 de julio de 1986, caso: *“Giomar Ojeda Alcalá”*, reiteró:

*“Si bien es cierto que los miembros de las asambleas legislativas gozan de inmunidad en el territorio del Estado respectivo, en los términos del artículo 19 de la Constitución de la República, que igualmente asimila este privilegio al de los senadores y diputados, consagrado en el artículo 143 de la misma Carta, tal asimilación no alcanza al derecho del antejuicio de mérito previsto en los artículos 144 y 215 ordinal 2° ejusdem, por cuanto entre los altos funcionarios taxativamente enumerados por esta última disposición constitucional como sujetos del referido antejuicio, ni entre los del ordinal 5° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran comprendidos los miembros de las asambleas legislativas de los estados; razones por las cuales no procede en este caso la tramitación ante este Supremo Tribunal del antejuicio de mérito a que se refiere el tribunal remitente (...)”*.

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia en Pleno reconoció la vigencia del artículo 52 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que otorgaba la prerrogativa del antejuicio de mérito a los miembros del Consejo Nacional Electoral, admitiendo expresamente la ampliación subjetiva de la previsión constitucional, a través de su sentencia N° 1.027 del 5 de febrero de 1999, caso: *“Andrés Caleca”*, motivando para ello como sigue:

*“La información que ha tenido esta Corte, a través de los recaudos examinados, es que efectivamente existe una investigación que está realizando el Tribunal Superior de Salvaguarda, en relación a unos supuestos delitos cometidos por funcionarios del Consejo Nacional Electoral en el ejercicio de sus cargos.*

*Sobre este particular, y en atención a lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 52 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, 146 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 361 y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal, y 82 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, esta Corte en Pleno precisa que la instrucción, conocimiento y decisión de los juicios seguidos contra los miembros del Consejo Nacional Electoral, mientras se encuentran en el ejercicio de sus funciones, por parte del Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público requiere previa e ineludiblemente, el pronunciamiento de existir méritos para dicho enjuiciamiento, por parte de esta Corte Suprema de Justicia”.*

Sin embargo, el artículo 52 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que sirvió de basamento jurídico al mencionado fallo, fue reexaminado por la Sala Electoral de este Alto Tribunal a la luz del ordenamiento constitucional vigente, en el marco de un recurso de interpretación de esa norma requerido por el Consejo Nacional Electoral, a fin que de esa Sala se pronunciara acerca de la vigencia de dicho artículo con relación a los privilegios otorgados a los miembros integrantes del órgano rector del Poder Electoral (*Vid.* Sentencia de la Sala Electoral N° 45 del 17 de mayo de 2000).

La interpretación aludida se declaró improcedente puesto que -en criterio de esa Sala- el Constituyente de 1999 no incorporó una previsión análoga al artículo 113 de la Constitución de 1961, que establecía que los componentes del órgano electoral “(...) gozarán de los privilegios que la ley establezca para asegurar su independencia en el ejercicio de sus funciones”. Ante esta omisión constitucional, concluyó “(...) que el artículo 52 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al extender la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito a los miembros del Consejo Nacional Electoral, contraría la Constitución, configurándose de esa manera una incompatibilidad constitucional, operándose por obra de la disposición derogatoria única, la inconstitucionalidad sobrevenida del mencionado artículo 52 de la ley electoral” (*Vid.* Sentencia de la Sala Electoral *supra* citada).

De una revisión de los antecedentes citados, se observa una tendencia restrictiva en la determinación de los sujetos titulares de esta prerrogativa constitucional -que atiende a la interpretación tradicional de las excepciones en la teoría general del Derecho- y, por otra, la incompatibilidad sobrevenida de la norma contenida en el artículo 52 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ante la ausencia de algún precepto constitucional similar al artículo 113 de la Constitución derogada, que garantizaba la independencia de los miembros del órgano electoral durante el régimen constitucional anterior.

Sin embargo, esta Sala observa que, en esencia, la protección previa otorgada por el artículo 52 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política a los miembros del Consejo Nacional Electoral, fue reproducida por el legislador en el texto

del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, lo que significa un reexamen jurisdiccional de la posibilidad que tiene el legislador de extender una prerrogativa de orden constitucional a otros sujetos distintos de los enumerados actualmente en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución vigente.

Para ello, esta Sala debe considerar que la interpretación de los privilegios y prerrogativas -sean de fuente constitucional o legal- debe efectuarse de forma restrictiva por el intérprete, esto es, no pueden inferirse beneficios que el texto expreso no señala, puesto que ello supone crear desigualdades jurídicas en detrimento del principio de igualdad que preconiza el Texto Fundamental (*ex* artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Sin embargo, el establecimiento de esta prerrogativa en particular responde al aseguramiento de la continuidad en la prestación de la función pública que desempeñan una categoría de altos funcionarios, esto es, no protege al individuo que lo ejerce sino al cargo en sí, situación ésta que justifica el tratamiento procesal excepcional dado a estas altas autoridades respecto de otros funcionarios públicos, así como de los demás ciudadanos de la República, que no detentan la condición de “*altas autoridades*” y que justifica la distinción hecha por el Constituyente.

Resulta entonces menester revisar los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional que establece los funcionarios que detentan esta prerrogativa -desarrollado por los artículos 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y 377 del Código Orgánico Procesal Penal-, cuyo texto expresa:

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

*(...omissis...)*

*2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o la Presidenta de la República o quien haga sus veces y, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional.*

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

Como se desprende de la norma transcrita, los cargos sustraídos del régimen general de enjuiciamiento penal son de distinta índole: están vinculados a la dirección de un órgano del Poder Público Nacional o Estatal, son miembros del estamento militar, incorpora al representante judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República (Procurador o Procuradora General de la República) y a los jefes de misiones diplomáticas. Queda claro entonces que la intención del Constituyente no es sólo la de

proteger las funciones de las altas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Ciudadano), sino de aquellos cargos que, por su vinculación con actividades fundamentales para la conducción de las políticas públicas del Estado –a nivel de política exterior y de representación judicial- o de la protección de su soberanía, sus titulares no pueden ser apartados del ejercicio efectivo de sus cargos por la presunta comisión de hechos punibles, sin que medien razones suficientes que, apreciadas por este Tribunal Supremo de Justicia con carácter previo al juicio penal, así lo permitan.

Para evaluar la posibilidad de aplicar en forma extensiva esta prerrogativa constitucional a otras altas autoridades distintas a las enunciadas en la norma constitucional, debe examinarse en el articulado del Texto Fundamental, sin acudir a fuentes extraconstitucionales, la inserción del cargo dentro de la organización del Poder Público y la naturaleza de sus funciones, atendiendo a la razonabilidad de la interpretación, limitada por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que postula al Estado venezolano como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia y el principio de igualdad consagrado en el artículo 21 *eiusdem*, puesto que, en caso de una interpretación abierta de la norma constitucional, se llegaría a la conclusión impensable de que cada funcionario público -sin distinción alguna de la naturaleza de sus funciones o al servicio de cualquier órgano del Poder Público- puede ser eventualmente beneficiario de un régimen procesal reservado por orden del Constituyente a las altas autoridades enumeradas por la norma constitucional. Como corolario de la afirmación precedente, resulta impensable que cualquier otra autoridad que no detente rango constitucional, esto es, cuyas funciones se encuentren establecidas exclusivamente en la ley, sea potencialmente beneficiario de esta prerrogativa procesal puesto que, la finalidad de la institución del antejuicio de mérito -en el criterio de la Sala- responde a la protección de altos cargos vinculados de forma directa a la conducción de los órganos del Poder Público Nacional (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral) establecidos constitucionalmente y no legalmente.

De allí que, puede afirmarse preliminarmente, que la extensión de esta prerrogativa en el caso de los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral debe atenerse a la ubicación de sus funciones en el texto constitucional, puesto que, es esa jerarquía constitucional del funcionario y no el establecimiento legal de sus funciones lo que permite su inclusión en el elenco de autoridades previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional. En razón de ello, existe una imposibilidad material para el legislador de innovar en este aspecto a través de la inclusión de funcionarios distintos a las altas autoridades de los órganos del Poder Público. Así, por ejemplo, mal podría extenderse esta prerrogativa procesal, se insiste, a través de una eventual reforma legislativa, a otros funcionarios que no están vinculados a la dirección de un órgano del Poder Público.

Como lo advirtió la Sala Electoral en su sentencia del 17 de mayo de 2000, *supra* mencionada, el Constituyente de 1999 omitió incorporar en la norma que establece el antejuicio de mérito a los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral quienes, en el nuevo orden constitucional, son las altas autoridades de un nuevo órgano del Poder Público Nacional: el Poder Electoral. Esta consagración difiere sensiblemente del trata-

miento dado por la Constitución de 1961 al órgano electoral, analizado por la doctrina constitucional como un “*órgano con autonomía funcional*”, al margen de la división tripartita clásica del Poder Público consagrado en ese régimen.

La Sala Electoral en la sentencia antes aludida expresó:

*“(...) hasta tanto no se dilucide el fundamento axiológico de la exclusión de los miembros del órgano rector del Poder Electoral Nacional de la prerrogativa bajo examen, si es que ello resulta posible desde el punto de vista lógico, jurídico y político, en criterio de esta Sala, se mantendrán dudas razonables acerca de la congruencia o compatibilidad de la regulación contenida en el artículo 266 de la Constitución, con dos de los principios fundamentales que vertebran, o mejor, por imperio de ella, sustentan a la nación venezolana, al revestir el carácter de ‘supraprincipios constitucionales’, a saber: el contenido en el artículo 2 que establece que Venezuela es un Estado de derecho y de **justicia**, y en el artículo 21, que consagra el principio de igualdad ante la ley, entendida en sentido amplio (...)*”.

La pretendida exclusión señalada por la Sala Electoral no constituye, en criterio de la Sala, una omisión deliberada del Constituyente que restrinja la posibilidad de ampliar razonablemente el ámbito subjetivo de aplicación de esta prerrogativa procesal y, a su vez, reforzar el ámbito de competencias procesales que la Constitución vigente otorga a este Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que si bien no se desprende del articulado constitucional algún precepto similar al artículo 113 de la Constitución de 1961, la consagración del Poder Electoral como un órgano *ex novo* del Poder Público en la Constitución de 1999 hace posible para esta Sala Constitucional replantear la utilidad de una cláusula similar a la derogada.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela creó al Poder Electoral como una rama autónoma del Poder Público Nacional (*ex* artículo 136), cuyas atribuciones enuncia el Constituyente en el artículo 293 y sus principios de actuación orgánica lo constituyen la “*(...) independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios*” (*Vid.* Artículo 294 de la Constitución).

Resulta oportuno referir en este punto, lo dicho por la Exposición de Motivos de la Constitución que, se ha expresado reiteradamente, si bien no vincula la labor de interpretación de esta Sala en razón de su carácter ilustrativo y referencial, pone de manifiesto la intención subjetiva del legislador o del Constituyente en la consagración de la norma para su mejor comprensión por el intérprete (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 93 del 6 de febrero de 2001, caso: “*Corpoturismo*”). En tal sentido, su texto destaca:

*“Como expresión del salto cualitativo que supone el tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica, se crea una nueva rama del Poder Público, el Poder Electoral, ejercido por órgano del Consejo Nacional Electoral que tiene por objeto el regular el establecimiento de las bases, mecanismos y sistemas que garanticen el advenimiento del nuevo ideal u objetivo democrático. Una nueva cultura electoral cimentada sobre la participación ciudadana.*”

*Para dimensionar su contenido es necesario integrar las disposiciones en este Capítulo V del Título V con las establecidas en el Capítulo IV de los Derechos Políticos y del Referendo Popular perteneciente al Título III del nuevo texto constitucional”.*

El nuevo esquema constitucional permitió entonces que el Poder Electoral se erigiera en el órgano encargado de regular las bases, las formas de participación y los sistemas empleados para las elecciones, con el propósito de garantizar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho al sufragio, postulado en el artículo 63 de la Carta Magna, y para ello sus órganos fueron dotados de “*independencia orgánica*” y “*autonomía funcional*” que, como nociones organizativas, son garantías que restringen la injerencia de cualquier otro órgano estatal en el ejercicio de sus competencias electorales, ello, claro está, sin desconocimiento del deber de colaboración que tienen todas las ramas del Poder Público para la consecución de los fines del Estado.

La trascendencia política y social de las competencias constitucionales asignadas al órgano electoral, que requieren de la garantía de su ejercicio continuo, autónomo e independiente, surge de una mera revisión del precepto contenido en el artículo 292 de la Constitución, que abarca: el ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes electorales (numeral 1); la elaboración de su propio presupuesto (numeral 2); la creación de directivas en materia de financiamiento y publicidad electorales (numeral 3); la potestad de declarar la nulidad de las elecciones en los supuestos establecidos en la ley (numeral 4); la organización, administración, dirección y vigilancia de los procesos para la elección de los cargos de representación popular, así como la de referendos revocatorios (numeral 5); la organización de elecciones sindicales, de gremios profesionales y organizaciones con fines políticos de conformidad con la ley, así como la de organizar los procesos de otras organizaciones de la sociedad civil a petición de éstas (numeral 6); la organización del registro civil y electoral (numeral 7); la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos, así como lo relativo a su constitución, renovación y cancelación (numeral 8); el control y regulación de los fondos de financiamiento de organizaciones con fines políticos (numeral 9) y aquellas competencias residuales que el legislador le otorgue al Poder Electoral (numeral 10).

Tanto los principios que orientan sus funciones y las competencias que el Constituyente ha otorgado al Poder Electoral, permiten inferir a la Sala que los Rectores o Rectoras Electorales, en tanto integrantes del Consejo Nacional Electoral -ente rector del Poder Electoral, en los términos del artículo 292 de la Carta Magna- deben ser incluidos en el elenco de altas autoridades que gozan de la prerrogativa del antejuicio de mérito consagrado en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en primer lugar, por la ubicación constitucional del órgano electoral como rama del Poder Público Nacional y, en segundo lugar, para garantizar el ejercicio continuo e independiente de las competencias electorales que el Constituyente le ha asignado y el legislador desarrolló en la Ley Orgánica del Poder Electoral.

En razón de las particularidades que reviste la función pública electoral, la extensión de esta prerrogativa por una norma legal no resulta, en criterio de esta Sala, contraria a la intención del Constituyente, por el contrario, complementa el ámbito de protección de una categoría de autoridades -como se insiste- en razón de la jerarquía constitu-

cional y las específicas competencias que el órgano electoral ejerce, las cuales no pueden ser suspendidas a través del ejercicio de acciones penales infundadas que afecten la continuidad de la función pública atribuida a los Rectores o Rectoras Electorales.

Por el contrario, negar a esta categoría de funcionarios públicos la prerrogativa procesal establecida en los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, significaría el menoscabo de las funciones que le han sido encomendadas por el Constituyente de 1999 al Poder Electoral, además de la ausencia de garantías que aseguren la independencia y autonomía del ejercicio de los cargos electorales descritos, no acorde con el trato que constitucionalmente le ha sido conferido a las altas autoridades de los demás órganos del Poder Público (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Ciudadano).

Por otra parte, en virtud del rango constitucional de las autoridades electorales, resulta ajustado a una interpretación integral del reparto de competencias procesales que tiene este Tribunal Supremo de Justicia atribuir el conocimiento de este procedimiento previo a su Sala Plena. Esta ampliación de competencias procesales en razón del cargo público desempeñado por alguna alta autoridad del Estado no es extraña a la labor jurisprudencial de esta Sala Constitucional, puesto que, ya con relación a las acciones de amparo constitucional deducidas contra los miembros del Consejo Nacional Electoral, esta Sala Constitucional ejerce el control jurisdiccional de sus actuaciones de forma exclusiva y excluyente, como altas autoridades insertas en el contenido de los artículos 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 5, numeral 18, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Vid.* Entre otras, sentencias de la Sala N° 1.025 del 14 de agosto de 2000, caso: “*Alfonso Albornoz Niño*” y 2.141 del 7 de agosto de 2003, caso: “*José Hernández Larreal*”), por ello, la incorporación de los Rectores o Rectoras Electorales debe entenderse dentro de las altas autoridades enumeradas en el artículo 5, numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Por los motivos expuestos, esta Sala Constitucional debe declarar que los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, como ente rector del Poder Electoral, gozan de la prerrogativa del antejuicio de mérito en las mismas condiciones establecidas en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para los demás altos funcionarios enunciados en esa norma constitucional, en concordancia con el numeral 2 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y bajo el tratamiento procesal dado a esos funcionarios por el Título IV del Código Orgánico Procesal Penal, “*Del Procedimiento en los Juicios contra el Presidente de la República y otros Altos Funcionarios del Estado*”, previsto en los artículos 377 a 381 de ese cuerpo normativo.

Ello así, la Sala concluye que la norma recogida en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, que extiende la prerrogativa del antejuicio de mérito a los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, no es contraria a la enumeración contenida en los numerales 2 y 3 del artículo 266 del Texto Constitucional, razón por la cual debe declararse sin lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido por el ciudadano Exssel Alí Betancourt Orozco, contra la norma contenida en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002. Así se decide.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

##### 1. *Propiedad y Expropiación: Expropiación parcial*

**TSJ-SPA (0856)**

**5-4-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

**La expropiación parcial inutiliza el bien a expropiar o lo hace impropio para el uso al cual estaba destinado.**

....Con relación al segundo de los alegatos esgrimidos por el apoderado judicial de la parte expropiada, según el cual el ente expropiante ha debido expropiar en su totalidad el terreno y no de manera parcial, ya que la expropiación parcial inutiliza el bien o lo hace impropio para el uso al cual estaba destinado, la Sala observa:

Los artículos 1° y 2° del Decreto N° 826 del 25 de mayo de 1967, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 28.339 de igual fecha, establecen:

*“Artículo 1°.- Se declara como zona especialmente afectada por la construcción de las Obras de la “Avenida y Puente Norte-Sur 14”, que forma parte de la Autopista Puente Mohedano-Hipódromo El Paraíso y la Canalización del Río Guaire, actualmente en ejecución en la ciudad de Caracas, la correspondiente a varios inmuebles de propiedad particular y a las bienhechurías en los mismos existentes, con una longitud de 522,00 mts ubicados en la jurisdicción de la Parroquia San Juan, Departamento Libertador del Distrito Federal...”*

*“Artículo 2°.- Procédase a la adquisición total o parcial según sea el caso, de los inmuebles de propiedad particular comprendidos dentro del área descrita en el artículo anterior y de las bienhechurías en los últimos existentes, y que sean necesarios para la ejecución de la mencionada obra”.*

De conformidad con el artículo 1°, antes transcrito, efectivamente el Ejecutivo Nacional declaró como zona especialmente afectada para la construcción de las Obras de la “Avenida y Puente Norte-Sur 14”, que forma parte de la Autopista Puente Mohedano-Hipódromo El Paraíso y la Canalización del Río Guaire, el área correspondiente a varios inmuebles de propiedad particular ubicados en la jurisdicción de la Parroquia San Juan, Departamento Libertador del Distrito Federal. Dentro de la referida área, se encuentra el inmueble objeto de la expropiación de autos.

Conforme al mencionado artículo 2°, el ente público al cual le correspondió la ejecución del mencionado Decreto, determinó que el lote de terreno propiedad de la ciudadana Ana Mariani de Criollo Rivas, antes identificada, se encontraba parcialmente afectado para la construcción de la aludida obra, razón por la cual solicitó la expropiación de una superficie de 244,40 mts<sup>2</sup> del área total del referido terreno, comprendida

dentro de los siguientes linderos: Norte, en 8 mts lineales con la Avenida Francisco Fajardo; Sur, en 7,80 mts lineales con la Segunda Transversal de Los Samanes; Este, en 38,10 mts lineales con un terreno que es o fue del ciudadano Gerardo de John; y Oeste, en 38,50 mts lineales con la Avenida El Ejército.

Igualmente, se observa que la experticia por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del entonces Distrito Federal y Estado Miranda, arrojó los siguientes resultados:

“(…)

1) *El área a que ha quedado reducida la superficie de la parcela de terreno de la señora ANA MARIANI DE CRIOLLO RIVAS, en virtud de la utilización que de parte de dicha parcela ha hecho la República de Venezuela para la construcción de parte de la Autopista Puente Mohedano La Araña, lado norte de la parcela y del denominado Puente Ayacucho, lado oeste de la parcela. Dicho remanente comprende un polígono irregular, de topografía plana cuyas medidas perimetrales son las siguientes:*

NORTE, La Autopista, Talud de por medio, una línea quebrada que mide en la primera sección 12,20 mts., y en la más corta 5,50 mts.

SUR, Que es su frente, la calle Nueva del Paraíso, se extiende en 10,25 mts.

ESTE, Línea que se prolonga junto a un lindero vecino, mide 26,79 mts lineales, y,

OESTE, ‘Viaducto Puente Ayacucho’, en una extensión de 25,20 mts., lineales.

Dicho polígono irregular determina un área de 367,15 M2.

OBSERVACIONES: Para el momento de la experticia, en esta área se encuentra funcionando, provisionalmente, un taller estacionamiento para vehículos.

SON: TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE METROS CUADRADOS CON QUINCE DECÍMETROS CUADRADOS (367,15 M2), la superficie remanente a que se contrae el punto referido se indica en el plano anexo.-

2) *La superficie de terreno realmente tomada y utilizada por la Nación Venezolana, de la extensión que originalmente contenía la parcela de la señora ANA MARIANI DE CRIOLLO RIVAS.*

*Con vista de los elementos de juicio acompañados y los demás que constan en autos, al replantearse las medidas predeterminadas en los linderos que figuran en la escritura de titularidad del bien inmueble bajo referencia, la extensión que originalmente tenía la susodicha parcela era de 898,85 m2, según plano anexo, que es su medida exacta y no aproximada. De modo que al deducir de esta área los 367,15, que es la parcela remanente determinada en el punto anterior uno (1) de hecho, se concluye que la superficie de terreno utilizada y realmente tomada por la Nación Venezolana para la obra señalada, es de 531,70 M2.*

SON: QUINIENTOS TREINTA Y UN METROS CUADRADOS CON SETENTA DECÍMETROS CUADRADOS (531,70 M2) la superficie utilizada y realmente tomada a que se contrae este punto de hecho. Se indica en el plano anteriormente mencionado.-

3) La diferencia existente entre el número de metros cuadrados de la parcela que en el libelo de expropiación señala la República de Venezuela como superficie a expropiarse y los metros cuadrados realmente tomados para la construcción de las señaladas obras, por la nación venezolana.

El área afectada de expropiación según el precitado libelo indica una superficie de 244,40 M2., al compararla con la extensión de 531, 70 M2., que comprende la determinación del punto de hecho 2, antes evacuado, se establece una diferencia de 287,30 M2., véase plano ya indicado.

SON: DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE METROS CUADRADOS (287,30 M2), la diferencia que arroja la superficie no incluida originalmente en el libelo de expropiación conforme a lo establecido en el punto 2 de hecho en esta experticia.

#### CONCLUSIÓN:

Finalmente, por cuanto la parcela de terreno objeto de esta experticia se encuentra enclavada dentro de una comunidad urbana de la ciudad de Caracas, se considera procedente examinar la relación de uso mayor y más productivo y las implicaciones de afectación de la anteriormente señalada Obra Pública, que a dicha parcela le determina la Ordenanza Sobre Zonificación y Plano Regulador del Departamento Libertador, cuya vigencia consta en el ejemplar que acompañó la parte promoverte, constante en la Gaceta Municipal del Distrito Federal de fecha 30 de septiembre de 1971, N° Extraordinario. En consecuencia, se hace constar que el inmueble cuya propiedad alega la ciudadana ANA MARIANI DE CRIOLLO RIVAS, le corresponde la zonificación R-5 y atendiendo a su cabida original, con una superficie de 898,85 M2., dentro de la Urbanización El Paraíso, cumplía con las exigencias del artículo 53 de la Ordenanza Municipal para un desarrollo como VIVIENDA MULTIFAMILIAR, gozando de una posición, esto es, con doble frente, y por lo que comprende al remanente actual con superficie de 367,15 M2., y frente de 10,25 metros lineales, queda restringida a la categoría (b) para vivienda pareada (artículo 46 de la Ordenanza), mas, con unas condiciones de deseabilidad muy limitadas dentro del juego de oferta y demanda, dada su inmediata proximidad al “viaducto Puente Ayacucho”, de estructura elevada y que por el carácter de la obra y habida cuenta de las reglamentaciones internacionales en materia de vialidad, no sería del todo recomendable la edificación de vivienda, por corresponder a un sitio de anclaje y de marcada influencia de tráfico automotor en doble sentido (...)

Del resultado de la mencionada prueba de experticia, se observa que antes de iniciarse la construcción de la obra de utilidad pública, el referido inmueble contaba con un área de 898,85 mts<sup>2</sup>.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el documento de propiedad protocolizado en la Oficina Subalterna el Primer Circuito de Registro del Departamento Libertador del entonces Distrito Federal, en fecha 13 de marzo de 1972, bajo el N° 53, folio 169, Protocolo 1°, Tomo 9, sus linderos generales aproximados eran los siguientes: Norte, en 27,50

mts lineales con el Río Guaire; Sur, en 21,85 mts lineales con la calle nueva de El Paraíso; Este, en 26,60 mts lineales con una casa y terreno que son o fueron propiedad de Gerardo de John; y Oeste, en 36,60 mts lineales con el Puente Ayacucho.

Igualmente, consta en la referida prueba de experticia, que como consecuencia de la expropiación, fueron efectivamente tomados 531,70 mts<sup>2</sup>, por lo que el área a la cual resultó finalmente reducido el inmueble a expropiar parcialmente es de 367,15 mts<sup>2</sup>; constándose en la mencionada experticia que sus nuevos linderos son los siguientes: Norte: con la Autopista, talud de por medio, una línea quebrada que mide en la primera sección 12,20 mts lineales, y en la más corta 5,50 mts; Sur: que es su frente, con la calle Nueva del Paraíso, se extiende en 10,25 mts lineales; Este: línea que se prolonga junto a un lindero vecino, mide 26,79 mts lineales; y Oeste: con el ‘Viaducto Puente Ayacucho’ en una extensión de 25,20 mts lineales.

Por otra parte, cursa al folio 67 del expediente un ejemplar de la Ordenanza Sobre Zonificación del Departamento Libertador, publicada en la *Gaceta Municipal* de fecha 30 de septiembre de 1971, Número Extraordinario, que regula el uso de la tierra y demás determinaciones para los diversos tipos de zonas en las cuales están divididas las nueve comunidades a que se encontraba restringido el entonces Departamento Libertador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 44 y siguientes de la mencionada Ordenanza Municipal, en la zona donde se encuentra ubicado el inmueble bajo estudio, identificada como R-5, se permitía la construcción de viviendas multifamiliares en las parcelas de terreno cuya área superara los 500 mts<sup>2</sup>, y tuvieren un frente mínimo de 13 mts lineales. Asimismo, de acuerdo a la referida normativa, se permitía la construcción de viviendas unifamiliares pareadas en las parcelas de terreno cuya área superara los 250 mts<sup>2</sup>, con un frente mínimo de 10 mts lineales.

Así, de acuerdo a las características del inmueble cuya “expropiación parcial” se solicita (*ubicación, área y linderos*), se observa que éste estaba destinado, conforme a lo dispuesto en la referida Ordenanza Municipal, a la construcción de una vivienda multifamiliar, en atención a que su área superaba los 500 mts<sup>2</sup> y tenía un frente mínimo de 13 mts lineales.

Ahora bien, tal como se hizo constar en la mencionada prueba de experticia, como consecuencia de la construcción de la obra prevista en el Decreto N° 826 del 25 de mayo de 1967, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 28.339 de igual fecha, el inmueble expropiado quedó reducido a un área de 367,15 mts<sup>2</sup>, lo que conllevó a una modificación sobrevenida del uso al cual estaba destinado. En efecto, de acuerdo a sus nuevas medidas y linderos, el inmueble expropiado sólo puede ser utilizado de conformidad con la aludida Ordenanza, para la construcción de una vivienda unifamiliar pareada, lo cual implica una variación sustancial de su uso, de conformidad con lo establecido en la antes mencionada Ordenanza Municipal.

Aunado a esto, no pasa inadvertido para esta Sala, que el terreno que le queda a la ciudadana Ana Mariani de Criollo Rivas, antes identificada, se encuentra ahora alinderao, como consecuencia de la expropiación de autos, por el Puente Mohedano de la Autopista y por el Puente Norte-Sur 14, es decir, que se encuentra ubicado justo en medio y

debajo de dos puentes, según consta del plano aportado por la comisión de expertos que realizó el mencionado informe pericial (*folio 98 del expediente*); condición ésta que lo hace no apto, por razones de seguridad, para la construcción del tipo de vivienda a la cual quedó destinado de conformidad con lo establecido en la referida Ordenanza.

Al respecto, la Sala observa que los elementos que integran el dominio son: la facultad de goce, consistente en el aprovechamiento o explotación del bien sobre el que recae la propiedad; la facultad de usar, que consiste en aplicar directamente la cosa para la satisfacción de las necesidades del titular, con las limitaciones establecidas en la Ley; y la facultad de disposición, o sea el poder de traslación o transferencia de los bienes.

En el caso de autos, se observa que la ciudadana Ana Mariano de Criollo Rivas no podrá ejercer las facultades de uso y goce antes referidas sobre el terreno que le queda, como consecuencia de la expropiación de autos, razón por la cual se declara que ésta debe ser total y no parcial, toda vez que la expropiación parcial solicitada por la República afectó en forma grave el dominio de la expropiada sobre el referido inmueble, ya que hizo impropio dicho bien para el uso al cual estaba destinado. Así se decide.

## V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO

1. *Impuestos Municipales. Impuestos a las Actividades Económicas: Exclusión profesionales liberales*

**TSJ-SC (781)**

**6-4-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Nulidad parcial de la Ordenanza sobre Licencia e Impuesto a las Actividades Económicas Comerciales del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**La Sala Constitucional declara la nulidad de las normas contenidas en los artículos 30, 66 y 68 la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda, y del Grupo XXIII del clasificador de Actividades de esa Ordenanza, en virtud de que trasgrede el artículo 136 de la Constitución, al invadir la esfera competencial del Poder Público nacional, ya que, toda la regulación de las profesiones liberales pertenece a dicho Poder**

.....V.III.) De la inconstitucionalidad del acto normativo impugnado.-

Determinada la competencia de esta Sala para conocer del recurso de nulidad interpuesto en la decisión N° 1944/2003, procede a pronunciarse directamente acerca del mérito del asunto en los siguientes términos:

Se impugna en esta causa las normas contenidas en los artículos 30, 66 y 68 y en el Grupo XXIII del Clasificador de Actividades de la Ordenanza número 004-02 sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Municipal* N° Extraordinario 6008, del 15 de diciembre de 2005. Igualmente, se alega la inconstitucional aplicación a las profesiones liberales de las normas dispuestas en los artículos 3, 5 y 26 *eiusdem*; el texto de los mencionados preceptos son del siguiente tenor:

“Artículo 30. Se entiende por base fija un lugar regularmente disponible para ejecutar servicios profesionales por parte de los sujetos pasivos de este impuesto”.

“Artículo 66. Se concede una rebaja del sesenta por ciento (60%) del monto del impuesto causado por el ejercicio de actividades profesionales a la persona natural que ejerza estas actividades por cuenta propia; las actividades profesionales ejercidas bajo la forma de sociedad civil serán consideradas como actividades de servicios profesionales y en consecuencia tributarán bajo este grupo del Clasificador de Actividades y son beneficiarias de la rebaja prevista en este artículo. En este caso, la entidad jurídica será el sujeto pasivo del impuesto sin que cada uno de los profesionales tenga tal condición.

Parágrafo Primero: Las personas naturales que inicien el ejercicio de su actividad profesional a partir del primero (1°) de enero de 2003, tendrán una rebaja adicional del treinta por ciento (30%) del monto del impuesto causado por el ejercicio de esta actividad, durante los cinco (5) primeros años. Este período caducará, en todo caso, una vez transcurrido cinco (5) años de la primera presentación de la declaración estimada.

Parágrafo Segundo: Las actividades profesionales ejercidas bajo formas societarias comerciales o mercantiles serán consideradas como Actividades de Servicios y en consecuencia no son beneficiarias de las rebajas previstas en este artículo. En este caso, la entidad jurídica será el sujeto pasivo del impuesto sin que cada uno de los profesionales tenga tal condición.

Parágrafo Tercero: Las actividades profesionales ejercidas bajo cualquier forma de sociedad de hecho o en comunidad de bienes y demás entidades carentes de personalidad jurídica que constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, será consideradas actividades de servicios y en consecuencia no son beneficiarias de las rebajas previstas en este artículo; a menos que los profesionales integrantes de una oficina colectiva se dediquen exclusivamente al ejercicio de la profesión a título individual y la comunidad haya sido formada con el único fin de compartir los gastos que tienen conjuntamente, en este caso cada uno de los profesionales será sujeto pasivo del impuesto sin que la comunidad tenga tal condición y podrán disfrutar de las rebajas establecidas en este artículo”.

Artículo 68. Las personas naturales que además de realizar actividades profesionales a través de cualquier forma societaria o sociedad de hecho, también realicen la actividad por cuenta propia para sus clientes, tributarán separadamente según lo establecido en esta sección y en el Capítulo V del Título III de esta Ordenanza”.

“Grupo XXIII. Actividades de servicios profesionales.

Actividades constituidas en esencia por la prestación de servicios por personas naturales en áreas para las cuales se encuentran acreditadas por un título de educación superior. Se entenderá por título de educación superior el así calificado por la Ley Orgánica de Educación”.

“Artículo 3. Toda persona natural o jurídica que pretenda ejercer actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, de manera habitual en jurisdicción del Municipio Chacao, requerirá la previa autorización por parte de la Administración Tributaria”.

“Artículo 5. La solicitud de la Licencia de Actividades Económicas no autoriza al interesado a iniciar actividades, ni exime al infractor de las sanciones previstas en esta Ordenanza”.

“Artículo 25. Es contribuyente toda persona natural o jurídica que realice habitualmente actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, con fines de lucro, dentro de la jurisdicción del Municipio Chacao, independientemente que posea o no la Licencia de Actividades Económicas prevista en esta Ordenanza.

La condición de contribuyente puede recaer en:

1. Las personas naturales, prescindiendo de su capacidad según el derecho común.
2. Las personas jurídicas y los demás entes colectivos a los cuales el derecho común atribuyen calidad de sujeto de derecho.
3. Las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional”.

Varias han sido las razones que los recurrentes y los terceros han esgrimido para señalar la inconstitucionalidad de las normas transcritas -la extensión de sus argumentos así lo demuestra-; sin embargo, y al margen de que esta Sala entre a considerar individualmente cada una de ellas, a dos se pueden reducir los alegatos fundamentales de su impugnación. El primero, según el cual, con fundamento en el artículo 105 constitucional, es exclusivo del Poder Público nacional establecer el régimen vinculado al ejercicio de las profesiones liberales; y el segundo, que pregonaba que la norma contenida en el artículo 179 numeral 2 de la Constitución sólo se refiere a actividades industriales y comerciales, lo que excluye de la potestad tributaria de los municipios a las **profesiones liberales** dado su carácter esencialmente civil.

Tal esquema plantea un orden lógico para abordar la temática, orden que pasa, necesariamente, por aceptar que la posible inconstitucionalidad de los artículos impugnados depende de que esta Sala acepte o rechace la potestad tributaria de los municipios sobre las profesiones liberales, ya que tales preceptos, en sustancia, lo que hacen es regular los términos en que la actividad económica está sujeta al impuesto creado por la Ordenanza en cuestión.

Acerca de este punto, la Sala, en sentencia N° 3241/2002, ha tenido oportunidad de pronunciarse señalando expresamente “(...) que cuando el artículo 179, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la posibilidad para los Municipios de gravar la actividad económica generada con motivo de la prestación de

servicios, les confiere a éstos potestad tributaria originaria para pechar solo a aquellas derivadas del ejercicio o desempeño de actividades económicas de naturaleza mercantil (...)", por lo que los Municipios pueden "(...) gravar únicamente aquellos servicios cuya prestación implique el desarrollo de una actividad económica de naturaleza mercantil por parte de la persona natural o jurídica que brinde tales asistencias, quedando excluidas del hecho generador del impuesto municipal contemplado en el numeral 2 del artículo 179 del Texto Constitucional, todas aquellas actividades económicas de naturaleza civil, como las desempeñadas con motivo del ejercicio de profesiones liberales como la ingeniería, la arquitectura, la abogacía, la psicología, la contaduría, la economía, entre otras, por constituir un supuesto de no sujeción al referido tributo (...)"

No obstante tal precedente, los defensores del acto sostienen la constitucionalidad de la Ordenanza alegando que la máxima jurisprudencial citada se produjo dentro de un contexto distinto al hoy discutido. En aquella oportunidad se trataba de una Ordenanza previa a la Constitución de 1999, refieren, mientras que en esta se trata de una Ordenanza dictada con ocasión a la interpretación del artículo 179.2 constitucional hecha por el legislador municipal; sin embargo, se trata de un argumento que riñe con lo que ha sido la concepción histórica del aludido impuesto y con el principio de división de poderes que reserva al Poder Público nacional todo lo concerniente a la regulación de las **profesiones liberales**.

En efecto, en el precedente citado se indicó que lo que es hoy el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio y servicios y otras actividades de índole similar siempre ha estado vinculado de forma directa con el desempeño de actividades económicas de naturaleza mercantil. Ese sustrato histórico permite afirmar que sólo las actividades realizadas con fines de lucro -y no de honorarios- que tienen su causa en el desempeño de una industria o comercio, o en una actividad de servicio que sea afín con cualquiera de éstas, en tanto actividad de naturaleza mercantil o de interposición en el tráfico económico, han sido objeto del antiguo impuesto de patente sobre industria y comercio, sin que se tuviera conocimiento, destacó en esa oportunidad la Sala, que actividades de naturaleza civil hayan sido gravadas en Venezuela por esta vía tributaria con fundamento en alguna Constitución o en la Ley.

Por otra parte, las profesiones liberales jamás han tenido naturaleza mercantil, el Código de Comercio, publicado en *Gaceta Oficial* N° 475 Extraordinario del 26 de julio de 1955, establece de forma expresa cuáles actividades son en Venezuela consideradas de naturaleza mercantil al enumerar, en su artículo 2, todas las actuaciones económicas que según el legislador nacional son actos objetivos de comercio, y al señalar, en su artículo 3, que se repuntan como actos subjetivos de comercio cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil.

Tal regulación mercantil permite afirmar, como ya se hizo en la sentencia aludida, que todos los demás actos o negocios jurídicos cuyo objeto sea valorable económicamente que no puedan ser subsumidos en ninguno de los dispositivos legales referidos, bien porque no sean actos objetivos de comercio, bien porque no sean realizados por comerciantes o bien porque aun siendo comerciante el sujeto que la realiza cae en alguna

de las excepciones contenidas en el artículo 3, son de naturaleza esencialmente civil y, por tanto, se encuentran regulados por las disposiciones del Código Civil, como es el caso de las **profesiones liberales**.

No desconoce la Sala, y este fue un argumento que trajo a colación la representación del Municipio Chacao del Estado Miranda, que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal trae una definición de aquello que debe entenderse por actividad económica de servicio en el mismo sentido que lo hace la Ordenanza impugnada, pero se trata de un argumento que dilucidarlo a fondo implicaría excederse del objeto de esta causa, pues amerita analizar la constitucionalidad del precepto de esa Ley nacional. En todo caso, lo importante a retener aquí es que la concepción histórica del impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios y actividades de índole similar obliga a entender que el término servicio se refiere a servicios conexos a actividades industriales y comerciales, pues es ese tipo de actividad, en definitiva, la que genera verdadera riqueza, al extremo que doctrinariamente el beneficio económico que se obtiene de cada una de ellas se denominan de forma diferente si se trata de una u otra. Al de las primeras se les llama ganancias; mientras que al de los servicios profesionales se les denomina honorarios.

Por otro lado, la constitucionalidad del precepto riñe también con la distribución de competencia a que alude nuestra carta Magna en su artículo 136. Toda la regulación de las profesiones liberales pertenece al Poder Público nacional por una razón fundamental: la necesidad de unificar el régimen y evitar arbitrariedades al momento de estipular los requisitos que se deben cumplir para ejercer cualquier profesión, que por sus características son indispensables para la buena marcha de la sociedad. En definitiva, el Constituyente fue previsivo al resguardar de posibles regulaciones dispares los requisitos para ejercerlas.

Al ser ello así, no le cabe duda a esta Sala de que el Municipio Chacao del Estado Miranda, al interpretar que el vocablo “servicios” que contiene el artículo 179.2 de la Constitución se refiere a cualquier tipo de servicios y no a los conexos a actividades industriales y comerciales se excedió del ámbito de sus competencias, trasgrediendo con ello la norma contenida en el artículo 136 de la Constitución, pues invadió la esfera competencial del Poder Público nacional, razón por la cual esta Sala declara la nulidad de las normas contenidas en los artículos 30, 66 y 68 la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda. Asimismo, declara la nulidad del Grupo XXIII del clasificador de Actividades de esa Ordenanza.

Por otra parte, la Sala, haciendo uso de la denominada interpretación constitucionalizante, declara que cuando los artículos 3 y 25 de la aludida Ordenanza se refieren a actividades de servicio está haciendo alusión a los servicios conexos a las actividades industriales y comerciales, por lo que no tiene cabida su aplicación a las **profesiones liberales**. Al ser ello así, esta Sala considera inoficioso pronunciarse sobre el resto de los argumentos esgrimidos para defender la inconstitucionalidad de los preceptos anulados. Así se decide.

## VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### 1. *Actos Administrativos*

#### A. *Actos de autoridad*

**TSJ-SC (1043)**

**17-5-2006**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Fundación Universitaria Santa Rosa y Arquidiócesis de Caracas vs. Decisión Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**La consagración de los actos de autoridad es una de las formas a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha contribuido al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los entes dotados de poder, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos.**

Por otro lado, adujo la representación judicial de los solicitantes que los actos de remoción dictados por el Canciller de la Fundación Universitaria Santa Rosa, constituyen un acto de autoridad, por lo tanto, resultaba competente la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de la acción de amparo constitucional incoada y no los tribunales civiles.

En tal sentido, considera imperioso esta Sala determinar la naturaleza jurídica del ente del cual emanaron los actos cuestionados y su contenido a los fines de determinar si nos encontramos en presencia de un acto de autoridad. Así, se observa que los actos en cuestión fueron dictados por el Canciller de la Fundación Universitaria Santa Rosa, sociedad civil creada por los ciudadanos Monseñor Pedro Nicolás Bermúdez Villamizar y Presbítero Martín Zapata Fonseca, e inscrita el 12 de agosto de 2003 ante la Oficina Subalterna de Registro del Segundo Circuito del Municipio Libertador del Distrito Capital, de cuyos estatutos se evidencia como objeto fundamental -entre otros- “(...) *propender por todos los medios a su alcance la protección, conservación y fomento de la UNIVERSIDAD SANTA ROSA y proveer lo necesario para garantizar su funcionamiento* (...)”. (Mayúsculas del original).

Al respecto, ha afirmado la jurisprudencia de este Máximo Tribunal que “(...) la consagración de los actos de autoridad, es una de las formas a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha contribuido al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los entes dotados de poder, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos. Ante la similitud de los actos de los organismos públicos que operan sobre los sujetos del ordenamiento, y de los entes privados, que tienen su misma eficacia, y que están previstos mediante un dispositivo legal, bien sea en forma

directa o indirecta, no puede el intérprete, crear categorías diferentes, sino que, por el contrario, le corresponde utilizar los mismos instrumentos. Es en base a las consideraciones precedentemente aludidas que la ampliación del contencioso administrativo lleva al reconocimiento de la existencia de sujetos que, constituidos bajo la forma de derecho privado (...), sean calificados como entes de autoridad, ya que los mismos ejercen funciones públicas a través de los actos públicos, que a los efectos de control se denominan actos de autoridad y por lo tanto sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa (...)" (Vid. Sentencia N° 1.339 del 13 de junio de 2000, de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia).

En este mismo orden de ideas, esta Sala Constitucional mediante fallo N° 886 del 9 de mayo de 2002, (caso: "Cecilia Calcaño Bustillos"), señaló lo siguiente:

*"(...) es pertinente la cita parcial de la decisión que dictó, el 14 de mayo 1998, la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia (caso Fundación IDEA), en la cual, se recogieron las características más importantes de los actos de autoridad y, además, se explicaron de manera inteligible las razones por las cuales su conocimiento se atribuyó a los tribunales con competencia en materia contencioso-administrativa. El fallo en cuestión es del tenor siguiente: '...la figura de los actos de autoridad es uno de los grandes aportes de la jurisprudencia al Derecho Administrativo moderno, constituye una solución racional a la situación de ciertos entes que si bien, se crean bajo forma de derecho privado, sin embargo, ejercen potestades públicas, por disposición de una norma. Esta función pública es reconocida por el Estado: en algunos casos en forma directa, de manera tal que algunos actos que de ellos emanan están dotados de autonomía, y en consecuencia, constituyen reglas de conducta admitidas por el ordenamiento jurídico interno. Tal es el caso que declaró la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en relación a las sociedades autorales, al considerar que si bien se trataba de entidades privadas, sin embargo, la fijación de las tasas a los terceros usuarios de los derechos por el uso del derecho de autor, tenía eficacia inmediata, sin necesidad de la homologación de los órganos del Estado. Paralelamente, existen los casos de reconocimiento indirecto, en el sentido de que exigen para la validez de sus actos la homologación por la Administración del Estado, y es el caso de las universidades privadas que si bien tienen un sistema análogo a la de las universidades nacionales, otorgan títulos que deben ser, sin embargo, homologados por el Ministerio de Educación, para adquirir eficacia jurídica (...). La consagración de los actos de autoridad, es una de las formas a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha contribuido al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los entes dotados de poder, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos. No pareciera justo que los actos de los Entes Públicos estén sometidos al control de tribunales especiales, como son los contencioso-administrativos por el hecho de que los mismos estén dotados de fuerza ejecutoria y de una presunción de legitimidad y son capaces de incidir sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados y, otros con iguales características, pero dictados por sujetos originalmente constituidos bajo la forma de derecho privado, no puedan ser objeto de tal control. Se señalará al respecto, que también el derecho privado ofrece formas de control, pero es innegable que sólo el recurso de nulidad que rige en la esfera del contencioso-administrativo, al mismo tiempo que tiene la característica de la objetividad que da el control de la legalidad, significa la protección efectiva de las situaciones subjetivas lesionadas, hasta el punto de otorgar su restablecimiento total. Ante la similitud de los actos de los organismos públicos que operan sobre los sujetos del ordenamiento, y de los entes privados, que*

*tienen su misma eficacia, y que están previstos mediante un dispositivo legal, bien sea de forma directa o indirecta, no puede el intérprete, crear categorías diferentes, sino que, por el contrario, le corresponde utilizar los mismos instrumentos. Es, en base a tales premisas que la ampliación del contencioso administrativo lleva, entre otras cosas, al reconocimiento de la existencia de que sujetos constituidos bajo la forma de derecho privado, ejercen funciones públicas a través de actos públicos y a algunas decisiones se tienen como actos de autoridad (...)*". (Negrillas de la Sala).

En efecto, de los autos se desprende que el acto de remoción del ciudadano Monseñor Pedro Nicolás Bermúdez Villamizar como Rector de la Universidad Católica Santa Rosa, fue revocado el 23 de septiembre de 2005, en tal sentido, el presunto agraviado aún ostentaba la condición de Rector de la aludida Casa de Estudios para el momento de la celebración de la audiencia constitucional, en consecuencia, el único acto que se encontraba vigente era el de remoción de Vicecanciller de la Fundación Universitaria Santa Rosa, toda vez que no fue objeto de revocatoria alguna, en tal sentido, entiende esta Sala que el hecho lesivo de la acción de amparo constitucional se encontraba constituido por el acto que acordó la remoción del Vicecanciller de la Fundación Universitaria Santa Rosa, el cual fue dictado en virtud de unas modificaciones realizadas a los estatutos sociales de la propia Fundación.

Señalado lo anterior, en el caso *sub examine*, el acto de remoción del Vicecanciller de la Fundación Universitaria Santa Rosa, fue dictado por un ente de naturaleza privada el cual no actuó por delegación del Estado, ni ejerció alguna potestad pública por disposición de una norma -función pública-, así como tampoco dicho acto requirió de la homologación de algún ente público para su validez, en tal sentido, esta Sala no evidencia que el acto en cuestión sea de autoridad, cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción contencioso administrativa, en consecuencia, no se verifica la violación del derecho constitucional al juez natural, y así se decide.

No obstante, si bien en el presente caso el acto de remoción del Vicecanciller de la Fundación Universitaria Santa Rosa, es un acto de naturaleza privada, cabe señalar que la referida Fundación pudiera dictar eventualmente actos objeto de control por la jurisdicción contencioso administrativa, cuando ellos afecten el normal desenvolvimiento de la Universidad Católica Santa Rosa.

Por otro lado, señalan los solicitantes que la sentencia objeto de revisión violó jurisprudencia reiterada de la Sala sobre el carácter "*extraordinario*" de la acción de amparo constitucional, al "*(...) analizar artículo por artículo instrumentos de absoluto rango sub-legal como lo son el documento constitutivo estatutario así como las írritas reformas (...)*", aunado a que existían -a su decir- las vías ordinarias para declarar la nulidad de los actos de remoción dictados por el Administrador Apostólico de la Arquidiócesis de Caracas en su carácter de Canciller de la Fundación Universitaria Santa Rosa, todo lo cual, observa esta Sala, fueron dictados en "*(...) uso de la facultad que (...) otorga el literal 'a' del párrafo único del artículo 7 de los estatutos de la Fundación Universitaria Santa Rosa*".

B. *Vicios***TSJ-SPA (0967)****20-4-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Ivo Clemente Rodríguez de Souza vs. Ministerio de la Defensa.

Al respecto se advierte, en primer lugar, 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, ya que 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.

Por tanto, resulta forzoso para la Sala declarar la improcedencia del vicio de inmotivación denunciado por el actor. Así se decide.

**VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**1. *Órganos: Cortes de lo Contencioso Administrativo***CPCA****2-4-2006**

Juez Ponente: Ana Cecilia Zulueta Rodríguez

Caso: Omaira Zurita Aguilera vs. Consejo Universitario de la Universidad de Carabobo.

**La Corte ratifica su competencia para conocer de las acciones que interpongan los Docentes Universitarios con ocasión de la relación laboral que mantienen con las Universidades.**

A través del recurso contencioso administrativo de nulidad incoado por la parte actora, se pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución CU-233 de fecha 11 de noviembre de 2003, suscrito por la ciudadana Jessy Divo de Romero, en su condición de Secretaria del Consejo Universitario de la Universidad de Carabobo, que declaró improcedente la solicitud de que se le otorgara a su representada la titularidad del cargo como Miembro Ordinario del Personal Docente y de Investigación de la referida Universidad, en virtud de haberse desempeñado en dicho cargo durante un período de siete (7) años en la condición de contratada.

Al respecto esta Corte observa que en casos como el de autos la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 0242 de fecha 20 de febrero de 2003, (caso: *Endy Villasmil Soto contra la Universidad del Sur del Lago “Jesús María Semprúm”*) estableció que la competencia para conocer de las acciones que interpongan los Docentes Universitarios con ocasión de la relación laboral que mantienen con las Universidades, deben ser conocidas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, mediante sentencia N° 01027 de fecha 11 de agosto de 2004, (caso: *Nancy Leticia Ferrer Cubillan contra el Consejo de Apelaciones de la Universidad del Zulia*), dicha Sala analizó la competencia para conocer y decidir de las acciones derivadas de las relaciones laborales establecidas con las Universidades en virtud de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela y al respecto señaló que no estando las autoridades de la Universidades Públicas dentro de la competencia atribuida a esa Sala, ratificó el criterio sentado en la sentencia de fecha 20 de febrero de 2003, y en consecuencia, declaró que corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de estas acciones. Siendo ello así, esta Corte se declara competente para conocer del presente asunto. Así se decide.

## 2. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*

### A. *Competencia*

**TSJ-SPA (1207)**

**11-5-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Corresponde a esta Sala pronunciarse previamente acerca de la competencia para conocer del recurso de interpretación interpuesto, para lo cual observa:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé en su artículo 262, la creación del Tribunal Supremo de Justicia y de las Salas que lo integran. Asimismo, otorga en forma expresa ciertas competencias a sus distintas Salas, las cuales están obligadas a conocer y decidir todos aquellos casos que cursaban por ante la extinta Corte Suprema de Justicia, así como aquellos que ingresen, atendiendo a la afinidad existente entre la materia debatida en el caso concreto y la especialidad de cada una de las Salas (véase decisión de esta Sala del 17 de enero del año 2000, caso: *José Ramírez Córdoba vs. Consejo Nacional Electoral*).

En este sentido, el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución dispone la atribución del Tribunal Supremo de Justicia para: “*Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley*”. Igualmente, señala que dicha atribución será ejercida por las diversas Salas conforme a lo previsto en la Constitución y la ley.

Así, puede inferirse del citado precepto constitucional, que al no indicarse específicamente a cuál de las Salas corresponde conocer sobre el recurso de interpretación de textos legales, la intención del constituyente fue ampliar el criterio atributivo que había adoptado el legislador en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ordinal 24° artículo 42, en concordancia con el artículo 43), que reservaba la decisión en esta materia a la Sala Político-Administrativa.

En orden a lo anterior, este Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en Sala Constitucional y en Sala Político-Administrativa, en atención a los aludidos numeral 6 y aparte único del artículo 266 de nuestra Constitución, en concordancia con el artículo 262 *eiusdem*, a través de su jurisprudencia venía precisando que *“como quiera que la creación de nuevas Salas es reveladora del ánimo de especializar sus funciones con respecto a las áreas que constituyen su ámbito de competencia, debe entenderse que la intención del constituyente es que dicho mecanismo, dirigido a resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, lo conozca y resuelva la Sala cuya competencia sea afín con la materia del caso concreto”*.

Ahora bien, en fecha 20 de mayo de 2004, entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.942 de la misma fecha, la cual estableció en su artículo 5 un nuevo régimen de competencias que inciden en el funcionamiento de las Salas que conforman este Máximo Tribunal, en el ejercicio de su labor jurisdiccional.

El artículo 5 del mencionado texto legal, específicamente en el numeral 52, señala la competencia de este Tribunal Supremo de Justicia para: *“Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere”*. En tal sentido, el primer aparte del mismo artículo 5 en su parte *in fine* dispone: *“En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida”*.

De lo antes expuesto se desprende, en cuanto al recurso de interpretación, que la Ley que regula las funciones de este Tribunal Supremo de Justicia, atiende escrupulosamente a lo dispuesto en el numeral 6 y aparte único del artículo 266 de nuestra Carta Fundamental y acoge absolutamente la mencionada interpretación que del mismo venía haciendo este Tribunal Supremo de Justicia a través de su jurisprudencia, es decir, que el recurso de interpretación debe ser conocido por la *Sala afín con la materia debatida*.

En el caso de autos, se observa que el solicitante interpuso recurso de interpretación del artículo 42 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.098 del 3 de enero de 2005, norma esta que, tal y como lo señaló la Sala Constitucional en la decisión del 15 de diciembre de 2005 (por la que declinó la competencia en esta Sala para conocer del asunto), pertenece al régimen de derecho público a través del cual se regula el sistema de créditos hipotecarios; asimismo, pretende el recurrente que la Sala ordene a cada ente público de los señalados en el escrito del recurso -la Superintendencia de Bancos (SUDEBAN), Banco Central de

Venezuela (BCV), Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (BANAP)- que se establezca cómo deben aplicar y desde cuándo, dicha disposición legal.

Así, demostrada la afinidad de la materia sometida a interpretación con las que le corresponde a esta Sala, debe declararse competente para conocer del recurso de interpretación interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

B. *Admisibilidad*

**TSJ-SPA (1207)**

**11-5-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

**La Sala Político Administrativa señala los requisitos necesarios para la admisibilidad del Recurso Contencioso de Interpretación.**

Tal y como antes se indicó, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 5, aparte 52, establece que es competencia de este Máximo Tribunal conocer de los recursos de interpretación de leyes, observándose que en el mismo numeral están dispuestos expresamente algunos supuestos de admisibilidad de tales recursos, los cuales son:

- a) Que la interpretación solicitada verse sobre un texto legal.
- b) Que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

En este orden de ideas, se aprecia que tales exigencias para la admisión y tramitación de los recursos de interpretación de la Ley, ya habían sido desarrolladas por la jurisprudencia de esta Sala, estableciéndose incluso otras que resultan igualmente necesarias para su admisión.

Así, esta Sala en sentencia N° 708 de fecha 22 de mayo de 2002, refiriéndose a los requisitos exigidos para la admisión del recurso de interpretación y con el fin de preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia, estableció como requisitos concurrentes para la admisibilidad del referido recurso los siguientes:

- 1.- Legitimación para recurrir.
- 2.- Que la interpretación solicitada verse sobre un texto legal, aun cuando el mismo no establezca expresamente la posibilidad de interpretación de sus normas.
- 3.- Que se precise el motivo de la interpretación.
- 4.- Que la Sala no se haya pronunciado con anterioridad sobre el punto requerido y, de haberlo hecho, que no sea necesario modificar el criterio sostenido.

5.- Que el recurso de interpretación no persiga sustituir los recursos procesales existentes, u obtener una declaratoria con carácter de condena o constitutiva.

6.- Que no se acumule a la pretensión otro recurso o acción de naturaleza diferente, o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias.

7.- Que el objeto de la interpretación no sea obtener una opinión previa del Órgano Jurisdiccional para la solución de un caso concreto que esté siendo conocido por otro Órgano Jurisdiccional, bien sea entre particulares o entre éstos y los órganos públicos.

De tal manera que deberán examinarse para la admisión del recurso de interpretación de la Ley, no sólo los requisitos establecidos en el artículo 5 aparte 52, de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, sino también todos los requisitos establecidos por vía jurisprudencial, antes señalados, toda vez que además de contener supuestos generales de admisión para el ejercicio de cualquier acción que se presente ante este Tribunal Supremo de Justicia, regula de una forma idónea los requisitos esenciales para la posterior interpretación de la ley.

Conforme a lo antes expuesto, pasa esta Sala a revisar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la admisibilidad de este especial recurso, para lo cual observa:

El primero de los extremos exigidos se refiere a la legitimación para recurrir y a la necesidad de que la petición o solicitud sea planteada frente a un caso concreto o específico al cual debe circunscribirse la labor interpretativa, con lo que se persigue evitar el mero ejercicio académico de este particular mecanismo, restringiéndolo a aquellos casos en que esté demostrada la existencia de un interés jurídico que en criterio de la Sala, ha de ser personal y directo. Es decir, que se trate de una situación jurídica particular relevante al pronunciamiento que sobre el alcance y aplicación del dispositivo objeto del recurso emita el Alto Tribunal.

En el caso de autos, se observa que el recurso interpuesto por el abogado Braulio Jatar Alonso, versa sobre la interpretación del artículo 42 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.098 del 3 de enero de 2005, en el cual se ordena al Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI) que, de acuerdo con lo establecido en la referida Ley, establezca los criterios para fijar la tasa de interés "social" para los créditos de vivienda principal, el cual, a su decir, debe ser interpretado de conformidad con la norma contenida en el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con la sentencia dictada por la Sala Constitucional en fecha 22 de enero de 2002.

Al respecto, observa esta Sala que de los alegatos expuestos por la parte actora en el recurso formulado por el precitado ciudadano, no se evidencia la existencia de una situación jurídica particular que lo afecte de manera personal y directa, que haga relevante el pronunciamiento de esta Sala sobre el alcance y aplicación del dispositivo objeto de la presente acción, tal y como lo exigen los requisitos aludidos *supra*, pues en todo caso, el actor hace referencia al "interés colectivo y difuso" con respecto a la "correcta" interpretación de la referida norma y a su condición de abogado, para ejercer el recurso, sin indicar de forma específica cuál es su interés personal y directo en requerir la labor interpretativa de esta Sala.

En ese sentido, se insiste que el recurso de interpretación no debe ser utilizado como un mecanismo con fines meramente académicos, sino que debe existir un interés como el señalado previamente. Por tanto, resulta forzoso para esta Sala declarar inadmisibles el recurso de interpretación solicitado. Así se declara.

Como quiera que los requisitos necesarios para la procedencia de este recurso son de carácter concurrente, considera inoficioso la Sala examinar el cumplimiento del resto de ellos, pues con la inobservancia de uno sólo de los requisitos, procede su declaratoria de inadmisibilidad. Así se decide.

3. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Tributario*

a. *Órganos: Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario*

**TSJ-SC (1058)**

**19-5-2006**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: AEROPOSTAL ALAS DE VENEZUELA C.A

**Conforme a lo dispuesto en el artículo 49.4 de la Constitución, en los artículos 259 y 330 del Código Orgánico Tributario, la Sala Constitucional declara que los tribunales superiores contencioso tributarios competentes para conocer de los recursos contencioso tributarios contra actos de efectos particulares emanados de las autoridades tributarias estatales y municipales, lo son también para conocer de actos de efectos generales emanados de dichas autoridades estatales y municipales, pues los emanados del SENIAT, sean particulares o generales, como órgano tributario nacional compete su conocimiento a la Sala Político-Administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el artículo 330 del Código Orgánico Tributario.**

Establece el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente:

*“(...) De conformidad con el numeral 22 de este artículo, cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia haga uso del control difuso de la constitucionalidad, únicamente para un caso concreto, deberá informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcances de la desaplicación adoptada para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, absteniéndose de revisar el mérito y alcance de la sentencia dictada por la otra Sala, la cual seguirá conservando fuerza de cosa juzgada. En caso que el examen abstracto de la norma comporte la declaratoria total o parcial de su nulidad por inconstitucional, la sentencia de la Sala Constitucional debe-*

*rá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio, de ser el caso (...)*".

De lo dispuesto en la norma transcrita, se desprende que esta Sala es competente para conocer de la sentencia dictada el 27 de abril de 2005, y publicada el 28 de ese mismo mes y año, por la Sala Político-Administrativa que en el tercer punto del dispositivo señaló: "(...) **DESAPLICA**, por control difuso de la constitucionalidad y en los términos expuestos en el presente fallo, el artículo 259 del Código Orgánico Tributario (...)". Así se declara.

## II

### DECISIÓN DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

La Sala Político-Administrativa en la decisión antes mencionada, dispuso lo siguiente:

"1. **PROCEDENTE** la solicitud de avocamiento formulada por los abogados Franklin Sequera Madrid, Rafael Vicente Sanz Penso, Karla Salazar y Armigdelis Chacare, actuando en su condición de representantes del **FISCO DEL ESTADO VARGAS**, a la causa que cursa por ante el **Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital**, en el expediente signado con el N° 4.025, según nomenclatura del referido Juzgado, contenido de la acción de nulidad interpuesta conjuntamente con medida cautelar innominada por el apoderado judicial de la sociedad mercantil **AEROPOSTAL ALAS DE VENEZUELA, C.A.**, contra el artículo 12 de la Resolución N° GEV-SATVAR-001-02 de fecha 19 de julio de 2002, emanada de la Superintendencia de Administración Tributaria del Estado Vargas (SATVAR), publicada en la Gaceta Oficial N° 31 del Estado Vargas, Extraordinaria del 19 de julio de 2002, mediante la cual designan como agentes de percepción del impuesto de salida al exterior, a favor del Estado Vargas, a las líneas aéreas y empresas navieras.

2. **REVOCA** la sentencia dictada el 21 de julio de 2002, por el Tribunal Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, y en consecuencia, quedan sin efecto alguno las medidas cautelares y las ratificaciones de las mismas dictadas por el precitado Tribunal.

3. **DESAPLICA**, por control difuso de la constitucionalidad y en los términos expuestos en el presente fallo, el artículo 259 del Código Orgánico Tributario. En consecuencia, cumpliendo con lo previsto en el numeral 22 y aparte cuarto del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se **ORDENA** informar de la presente decisión a la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante Oficio al cual deberán anexarse los recaudos pertinentes. Asimismo, se **ORDENA** publicar esta sentencia en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

4. **SIN LUGAR** el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad mercantil **AEROPOSTAL ALAS DE VENEZUELA, C.A.**, contra el artículo 12 de la Resolución N° GEV-SATVAR-001-02 de fecha 19 de julio de 2002, emanada de la Superintendencia de Administración Tributaria del Estado Vargas (SATVAR), publicada en la Gaceta Oficial N° 31 del Estado Vargas, Extraordinaria del 19 de julio de 2002.

5. Se **ORDENA** a la empresa recurrente enterar inmediatamente al Fisco del Estado Vargas los impuestos de salida retenidos desde el 19 de julio de 2002 hasta el 14 de septiembre de 2002”.

Como se desprende del punto N° 3 de la transcripción anterior, la mencionada Sala desaplicó el artículo 259 del Código Orgánico Tributario, basándose en lo siguiente:

1.- Que “...la Resolución N° GEV-SATVAR-001-02 del 19 de julio de 2002, es indiscutiblemente un acto de carácter general, de incuestionable naturaleza normativa, que incide en la esfera jurídico-subjetiva de las señaladas empresas; y en virtud de ello debe reputarse que la norma impugnada participa también del referido carácter. Así se declara”.

2.- Que “...las normas contenidas en la indicada Resolución son de contenido estrictamente tributario, ya que imponen no sólo obligaciones fiscales para las líneas aéreas y empresas navieras, sino que además establecen un procedimiento para la percepción del impuesto de salida a favor del Estado Vargas, aunado a las sanciones que por incumplimiento suponen, contempladas en la Ley de Timbre Fiscal del Estado Vargas”.

3.- Que “...resulta nuevamente de obligada consideración para este Supremo Tribunal observar, que el acto administrativo que contiene la norma impugnada es un acto sublegal de carácter general cuyos efectos se presentan de igual forma generales, emanado de una autoridad pública estatal; motivos por los cuales, de una parte, en lo que se relaciona con su carácter general, paradójicamente escaparía del ámbito de dicha jurisdicción, en su primer grado de conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 259 del Código Orgánico Tributario, en tanto que éste limita el control de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributarios a los actos de efectos particulares; y de la otra, por emanar de una autoridad estatal, escaparía a su vez de la competencia, en única instancia, de esta Sala Político-Administrativa, al no existir disposición expresa alguna de rango legal que le atribuya su conocimiento, siendo que, por el contrario, las disposiciones que regulan la competencia de esta Sala, le limitan -en principio- el conocimiento a los actos sublegales de las autoridades de rango Nacional.

Es decir, no obstante que lo dispuesto en el artículo 330 del Código Orgánico Tributario (la especialidad de la materia) conduciría a establecer que es la jurisdicción especial contencioso tributaria (compartida por los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario y esta Sala) la competente para conocer la situación de autos; existe otra norma dentro del mismo Código, artículo 259, que limita el conocimiento de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario a los actos de efectos particulares; y en cuanto a esta Sala, el ordenamiento jurídico positivo circunscribe sus competencias a los actos de efectos generales dictados por la Administración Pública Nacional, con lo cual quedarían excluidos tanto los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributarios (en primera instancia), como esta Sala (al menos en única instancia), del conocimiento y decisión de casos como el presente. La descrita situación en criterio de esta Sala es la que fundamentalmente ha conducido a que hasta el presente, se haya seguido de manera regular el criterio conforme al cual el trámite de los recursos contenciosos de nulidad ejercidos contra actos que gozan de la naturaleza y características del evaluado, se desarrolle ante

los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 181 de la -actualmente derogada- Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conforme al cual:

*'Artículo 181.- Mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil, conocerán, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, si son impugnados por razones de ilegalidad. Cuando la acción o el recurso se funde en razones de inconstitucionalidad, el Tribunal declinará su competencia en la Corte Suprema de Justicia.'* (Destacado de esta decisión)...

4.- Que "...no resulta acertado ni adecuado atribuir a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo la competencia respecto de los actos de rango sublegal, carácter general y contenido tributario dictados por la Administración Pública estatal y municipal, en tanto que tal situación evidentemente riñe, por una parte con el ya destacado precepto del fuero exclusivo de la jurisdicción contencioso tributaria en materia impositiva o fiscal (precepto donde naturalmente se materializa, en materia tributaria, el principio de la especialidad), y por la otra, con el principio del juez natural, los cuales evidentemente están estrictamente asociados.

Por lo demás, vinculado también con lo anterior, resulta de especial relevancia hacer notar la palmaria contradicción e inconveniente que supone la circunstancia de que dependiendo de su carácter general o particular, los actos tributarios sean conocidos por tribunales con diferentes competencias, pues ello es reflejo de un impropio desdoblamiento del ejercicio de la función jurisdiccional. Aún más, dentro de ese mismo contexto, con el agravante que si se impugna el acto particular conjuntamente con el acto general que le sirve de fundamento, si se atendiera al principio del fuero atrayente, resultaría que son los tribunales no especializados en materia tributaria, es decir, los contencioso administrativos, los llamados a conocer de ambos".

5.- Que "...visto precedentemente que es **jurídico tributario** el ámbito que regula la Resolución donde está contenida la norma impugnada en el presente caso, mal puede en consecuencia esta Sala, en esta oportunidad, seguir afirmando el *supra* señalado criterio conforme al cual, en aplicación del artículo 181 de la -actualmente derogada- Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, su conocimiento corresponde a los juzgados con competencia en materia contencioso administrativa, pues se impone una apreciación distinta ya que, como se ha analizado, dentro de la multiplicidad de relaciones que se generan entre la Administración y los administrados, existe una que ha sido dotada de la exaltada especificidad: la **jurídico-tributaria**, que debe ser conocida definitivamente por los órganos jurisdiccionales dotados de la competencia contencioso fiscal.

A la vista del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone: "*La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos admi-*

*nistrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”* (destacado de esta decisión); y en consideración a que el ordenamiento jurídico ha insertado a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa (claro está, dotados concretamente de la especialidad en materia fiscal), con la misma jerarquía o rango de los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo; no resulta en consecuencia de modo alguno razonable que, así como el propio ordenamiento jurídico le atribuye expresamente competencia a los últimos mencionados, para conocer de los “recursos” de nulidad no sólo contra los actos administrativos de efectos particulares, sino también de aquellos de **efectos generales** dictados por las autoridades **estadales y municipales**; por su parte, únicamente queden limitados los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario al conocimiento de actos de naturaleza tributaria de **efectos particulares**”.

6.- Que “...atendiendo esta Sala a la circunstancia de que la transcrita norma constitucional dotó a todos los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa de la competencia para anular tanto los **actos administrativos generales** como los particulares, debe forzosamente concluirse que los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario están plenamente habilitados para asumir dicha competencia”.

7.- Que “...se excluyó a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo de la competencia para conocer de los actos de sustancia tributaria y de efectos particulares, emanados de las administraciones fiscales de los entes político-territoriales menores, quedando de tal modo apartado el contencioso tributario estatal y municipal de lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuya aplicación únicamente, eso sí, respecto de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo, es preciso aclarar que debe mantenerse”.

8.- Que “...no obstante que la aludida Ley está actualmente derogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo cierto es que aún se impone atender a algunos de sus criterios competenciales, entre ellos precisamente al establecido en su artículo 181, así como a las interpretaciones que sobre ellos fue produciendo esta Sala, habida cuenta, por una parte, del silencio de la vigente Ley que regula las funciones de este Máximo Tribunal, y por la otra, la inexistencia de la Ley que regule a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como lo ha advertido en otras oportunidades esta Sala, verbigracia, en decisión de fecha 27 de octubre de 2004 (Caso: *Marlon Rodríguez contra Cámara Municipal del Municipio El Hatillo del Estado Miranda*).

Apréciase entonces, que más bien habiéndose inclinado el constituyente y el legislador, a que la jurisdicción contencioso tributaria conozca de manera exclusiva y excluyente de los actos de carácter fiscal de rango sub legal dictados por cualesquiera de los órganos de la Administración Pública, sean éstos Nacionales, Estadales o Municipales, se debe en consecuencia reconocer y afirmar la necesidad de que estén bajo su fuero o control no sólo los actos administrativos de contenido tributario de efectos particulares,

sino también aquellos, de la misma sustancia, de **carácter general**; resultando de tal modo competentes para ello los Tribunales Superiores en lo Contencioso Tributarios, en primera instancia, y esta Sala, en segunda instancia. Así se declara.

Dicho criterio resulta, a juicio de esta Sala, ajustado a las previsiones constitucionales y legales sobre la materia, porque además de los fundamentos previamente esbozados, la tendencia de la legislación y la jurisprudencia (esta última conforme a una interpretación progresiva del ordenamiento jurídico vigente), ha sido avanzar, adicionalmente, hacia la descentralización y especialización de los órganos que conforman la administración de justicia, lo cual en el contexto analizado se ve especialmente concretado con la ya materializada creación de los tribunales contencioso tributarios regionales.

Por otra parte conviene señalar, que el apuntado criterio garantiza igualmente el principio del doble grado de jurisdicción, en armonía con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales ante un órgano superior, resultando así cónsono con los fines constitucionales, al garantizar no sólo el ya indicado principio de la doble instancia, sino también el mejor derecho a la defensa. (Ver en cuanto al tema de la doble instancia, sentencia de esta Sala N° 449, de fecha 27 de marzo de 2001, Caso: *C.A. Dayco de Construcciones*). Así igualmente se declara.

Debe entonces abandonarse el criterio de esta Sala plasmado, entre otras, en la sentencia N° 1786 de fecha 18 de noviembre de 2003 (Caso: *Joel Alfredo Ziegler González y otros vs. Decreto N° 11-98 del 02/10/98, dictado por el Alcalde del Municipio Guai-caipuro del Estado Miranda*), y que fuera seguido por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, para conocer y decidir el caso de autos en primera instancia. Así se declara.

En virtud de lo anterior, resulta asimismo forzoso para esta Sala desaplicar por control difuso de la constitucionalidad el artículo 259 del Código Orgánico Tributario, mediante el cual se limitaba la competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributarios a los “recursos” de nulidad interpuestos contra actos, de contenido tributario, de **efectos particulares...**”.

### III

#### EXAMEN ABSTRACTO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD

##### DEL ARTÍCULO 259 DEL COT

El artículo 259 del Código Orgánico Tributario establece:

*“Artículo 259: El recurso contencioso tributario procederá:*

- 1. Contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho recurso.*
- 2. Contra los mismos actos a que se refiere el numeral anterior, cuando habiendo mediado recurso jerárquico éste hubiere sido negado tácitamente conforme al artículo 255 de este Código.*

3. *Contra las resoluciones en las cuales se deniegue total o parcialmente el recurso jerárquico, en los casos de actos de efectos particulares.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: El recurso contencioso tributario podrá también ejercerse subsidiariamente al recurso jerárquico en el mismo escrito, en caso de que hubiese expresa denegación total o parcial, o denegación tácita de éste.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO: No procederá el recurso previsto en este artículo:*

1. *Contra los actos dictados por la autoridad competente en un procedimiento amistoso previsto en un tratado para evitar la doble tributación.*

2. *Contra los actos dictados por autoridades extranjeras que determinen impuestos y sus accesorios, cuya recaudación sea solicitada a la República, de conformidad con lo dispuesto en los respectivos tratados internacionales.*

3. *En los demás casos señalados expresamente en este Código o en las leyes”.*

Ahora bien, en relación con la desaplicación efectuada por la Sala Político-Administrativa de este Alto Tribunal del artículo 259 del Código Orgánico Tributario en la sentencia N° 2355 del 28 de abril de 2005, la Sala se pronunció con ocasión a la revisión constitucional solicitada por AEROPOSTAL ALAS DE VENEZUELA, C.A., siendo que en decisión N° 5074 del 15 de diciembre de 2005, esta Sala sostuvo -entre otras cosas- lo siguiente:

*“...En consecuencia, se aprecia que esta Sala con anterioridad a la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa había fijado los efectos temporales de la entrada en vigencia de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Vargas, así como el régimen de excepcionalidad de la temporalidad de enteramiento de dicho tributo causados a partir del 15 de septiembre de 2002, los cuales corresponden a la Administración Tributaria del Estado Vargas y previo a dicha fecha a la Administración Tributaria Nacional, criterio el cual se reafirma en dicho fallo, como consecuencia de la solicitud realizada por la representación en juicio del SENIAT.*

*Conforme a lo dispuesto, ciertamente se aprecia que la Sala Político Administrativa en la sentencia N° 2.355 del 28 de abril de 2005, no advirtió los criterios interpretativos dispuestos por esta Sala en fallo N° 610/2005, en cuanto a la entrada en vigencia de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Vargas, razón por la cual, resulta forzoso para esta Sala declarar ha lugar la solicitud de revisión interpuesta y, en consecuencia, declarar nula la referida sentencia N° 2.355 dictada por la Sala Político Administrativa el 28 de abril de 2005.*

*Aunado a lo expuesto, debe esta Sala apreciar que la Sala Político Administrativa al momento de efectuar la desaplicación por control difuso del artículo 259 del Código Orgánico Tributario, dispuso:*

*“(…) Apréciase entonces, que más bien habiéndose inclinado el constituyente y el legislador, a que la jurisdicción contencioso tributaria conozca de manera exclusiva y excluyente de los actos de carácter fiscal de rango sub legal dictados por cualesquiera de los órganos de la Administración Pública, sean éstos Nacionales, Estadales o Municipales, se debe en conse-*

cuencia reconocer y afirmar la necesidad de que estén bajo su fuero o control no sólo los actos administrativos de contenido tributario de efectos particulares, sino también aquellos, de la misma sustancia, de **carácter general**; resultando de tal modo competentes para ello los Tribunales Superiores en lo Contencioso Tributarios, en primera instancia, y esta Sala, en segunda instancia. Así se declara.

...omissis...

Debe entonces abandonarse el criterio de esta Sala plasmado, entre otras, en la sentencia N° 1786 de fecha 18 de noviembre de 2003 (Caso: Joel Alfredo Ziegler González y otros vs. Decreto N° 11-98 del 02/10/98, dictado por el Alcalde del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda), y que fuera seguido por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, para conocer y decidir el caso de autos en primera instancia. Así se declara.

En virtud de lo anterior, resulta asimismo forzoso para esta Sala desaplicar por control difuso de la constitucionalidad el artículo 259 del Código Orgánico Tributario, mediante el cual se limitaba la competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributarios a los recursos de nulidad interpuestos contra actos, de contenido tributario, de **efectos particulares**; en este sentido el numeral 22 y aparte cuarto, del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (...).

...omissis...

Por lo tanto, esta Sala cumpliendo con el mandamiento previsto en el antes citado artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ordena informar a la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal de la presente decisión, para lo cual, se ordenará en la dispositiva del presente fallo librar el oficio respectivo y remitir los recaudos pertinentes. Así se decide.

Definido entonces que son los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributarios los competentes para conocer, en primera instancia, del recurso de nulidad objeto del presente avocamiento, y no los tribunales superiores con competencia contencioso administrativa general, así como, que fue uno de estos últimos, a saber, el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, quien en primera instancia decidió el recurso de nulidad interpuesto, considera esta Sala que de ello queda sin lugar a dudas exhibida la pertinencia de lo denunciado en primer término en la presente solicitud de avocamiento, es decir, que el recurso fue conocido en primera instancia por un juez incompetente, violándose con ello la garantía del juez natural. Así se declara” (Subrayado de esta Sala).

En razón de ello, se observa que la declaratoria de la Sala Político Administrativa de incompetencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital y, la consecuente violación al derecho a ser juzgado por el juez natural, establecido en el artículo 49.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no estuvo apegada a los principios procesales del derecho constitucional, así como de las normas competenciales establecidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia – aplicable rationae temporis-, el Código Orgánico Tributario e incluso su propia declaratoria cuando expresa:

*“Debe entonces abandonarse el criterio de esta Sala plasmado, entre otras, en la sentencia N° 1786 de fecha 18 de noviembre de 2003 (Caso: Joel Alfredo Ziegler González y otros vs. Decreto N° 11-98 del 02/10/98, dictado por el Alcalde del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda), y que fuera seguido por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, para conocer y decidir el caso de autos en primera instancia. Así se declara”.*

*... Omissis...*

*En este sentido, se aprecia que a diferencia de lo establecido por la Sala Político Administrativa, el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital se encontraba conociendo legalmente del recurso de nulidad interpuesto, tanto así que la Sala abandona en dicho fallo su criterio, y establece que el mismo violó dicha garantía judicial, cuando por el contrario, éste era el órgano jurisdiccional previamente determinado en la Ley, con competencias legalmente atribuidas (artículo 181 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), y la composición del mismo no era un Tribunal ad hoc, sino que se encontraba consagrado en la referida Ley Orgánica de la Corte, razón por la cual no comparte el criterio expuesto por la referida Sala.*

*Asimismo, se aprecia que si bien no se encuentra esta Sala en ejercicio del análisis del control difuso de la constitucionalidad del artículo 259 del Código Orgánico Tributario, no podía dicha Sala abandonar en dicho fallo el criterio -con independencia de su contenido- y establecer retroactivamente que se produjo una vulneración al derecho constitucional, ya que los cambios de criterios no pueden ser aplicados retroactivamente o al mismo caso donde se efectúa, como ocurrió en el caso de marras. (negrillas de este fallo)*

*Así pues, resulta necesario precisar ahora que la seguridad jurídica despliega sus efectos en tres planos: seguridad en relación con el poder (sea que la fuerza sea ejercida por el Estado o por un particular), seguridad en relación con el mismo derecho (por ejemplo, el principio de irretroactividad de las leyes y el principio de legalidad), y seguridad en relación con la sociedad (la llamada seguridad social).*

*Para alcanzar el objetivo de la seguridad jurídica y de la previsibilidad, se han erigido una serie de pretensiones procesales que han adquirido en el constitucionalismo actual rango de derechos fundamentales. Su clasificación y caracterización es polémica, pero, teniendo en cuenta lo establecido por los artículos 26, 49, 253 y 257 de nuestra Constitución, y tras insertar su contenido en algunos esquemas doctrinarios, se pueden agrupar del siguiente modo: la seguridad jurídica en el proceso la custodia un derecho procesal general que se conoce como el de tutela judicial efectiva, el cual está integrado por los derechos de acceso a la jurisdicción; debido proceso (compuesto, a su vez, por los derechos a un juez imparcial predeterminado por la ley, a la asistencia de abogado, a la defensa y a un proceso sin dilaciones indebidas); y, por último, el derecho a la efectividad de las sentencias.*

*Seguridad jurídica esta a su vez, que debe ser entendida como la expectativa racional de una determinada decisión la cual se ha mantenido en el tiempo, lo cual no restringe o inhabilita a los órganos jurisdiccionales al cambio tempestivo del criterio jurisprudencial -overruling-, lo cual debe responder a unos criterios razonables, proporcionales y motivados que expliquen los fundamentos jurídicos y fácticos que inciden en la decisión.*

... Omissis...

*El cambio jurisprudencial, debe hacerse además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación que al Tribunal compete.*

... Omissis...

*Visto lo expuesto, se aprecia que no sólo infringió el derecho al juez natural la Sala Político Administrativa con su decisión, ya que modificó las normas competenciales de casos previamente sustanciados, sino que, aunado a ello, estableció con carácter retroactivo un cambio de criterio jurisprudencial, lo cual afecta no sólo el principio de la seguridad jurídica, sino el derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso.*

*En consonancia con lo antes expuesto, se advierte a la referida Sala que en posteriores oportunidades se abstenga de aplicar retroactivamente cambios jurisprudenciales contenidos en un fallo, sino que éstos deben regir sus efectos hacia el futuro.*

*En atención a lo expuesto, se declara ha lugar la revisión interpuesta, se anula la sentencia impugnada y, se ordena a la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal que deberá fallar nuevamente sobre el recurso de nulidad interpuesto, en aplicación de la doctrina que aquí se ha sentado con carácter vinculante. Así se decide”.*

Así pues, esta Sala Constitucional reitera el criterio antes expuesto, en el sentido de que para el caso en concreto no estuvo ajustada a derecho la desaplicación hecha por la Sala Político-Administrativa, toda vez que la misma constituyó un cambio de criterio aplicado en forma retroactiva; sin embargo, no escapa de este análisis el hecho de que la norma contenida en el mencionado artículo 259 del Código Orgánico Tributario, no es inconstitucional y, por tanto, no debe ser desaplicada por los tribunales de la República, pero si requiere su contenido ser aplicado en un todo acorde con los postulados constitucionales, referidos al acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, juez natural, doble instancia y debido proceso, ello por cuanto existe un vacío en dicho artículo respecto a los actos de efectos generales; vacío que se subsana con normas como la contenida en el artículo 330 del mismo Código, que señala:

*“Artículo 330: La jurisdicción y competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario se ejercerán en forma excluyente de cualquier otro fuero, por lo que no podrá atribuirse la competencia a otra jurisdicción ni a otros Tribunales de distinta naturaleza.*

*Los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario serán unipersonales, y cada uno de ellos tendrá competencia en los procedimientos relativos a todos los tributos regidos por este Código”.*

En atención a ello, la Sala estima necesario referirse a la sentencia N° 1159, recaída en el caso Tropicana C.A., en la cual respecto a la competencia por la especialidad de la materia tributaria, sostuvo lo siguiente:

“A juicio de esta Sala, el criterio *ratione materie* –antes descrito– resulta fundamental para la obtención de una justicia idónea, conforme a las exigencias que supone una tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 26 constitucional, pues el particular conocimiento que tiene el juez en virtud de su especialización, constituye una garantía para el justiciable, que se traduce en que la decisión correspondiente esté ajustada a derecho.

Hechas las anteriores precisiones generales, se observa que, en el presente caso, fue denunciada como agravante la Dirección de Hacienda del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta, con ocasión de la amenaza de aplicación de sanciones por parte de dicho ente, como consecuencia del incumplimiento del pago de la Patente de Industria y Comercio que correspondía hacer a la empresa **TROPICANA, C.A.**, según la determinación del tributo plasmada en el estado de cuenta N° 2-09-760-00, determinación que –a juicio de los representantes legales de la referida sociedad– había sido realizada obviando las disposiciones constitucionales pertinentes.

Se concluye entonces que, el ámbito material en el cual se produjo la supuesta amenaza de lesión, es el jurídico tributario, pues la misma tuvo origen en la relación de esta naturaleza, existente entre la referida Alcaldía y la prenombrada contribuyente, conforme a la cual –y dentro de las garantías que el ordenamiento positivo exige– el ente político-territorial en cuestión detentaba el Poder Tributario para imponer coactivamente a aquella, la obligación de entregar una parte de sus rentas para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas, en armonía con el principio de justa distribución de las cargas públicas; y particularmente, el pago de la patente de Industria y Comercio, conforme a la potestad tributaria que confiere a los Municipios el artículo 31 de la Constitución de 1961.

Como corolario de lo expuesto, no comparte esta Sala el criterio esbozado por el *a quo*, según el cual –dado que la presente acción había sido incoada contra un ente administrativo, como lo es la mencionada Dirección de Hacienda Municipal– su conocimiento correspondería a un Juzgado con competencia en materia contencioso-administrativa, pues como se ha visto, dentro de la multiplicidad de relaciones que se generan entre la Administración y un determinado administrado, existe una que ha sido dotada de tal especificidad (relación jurídico tributaria), que el mismo ordenamiento positivo ha insertado dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa, órganos jurisdiccionales dotados de esta competencia contenciosa fiscal.

En efecto, cabe señalar que los Tribunales Superiores en lo Contencioso Tributario (órganos jurisdiccionales de primer grado en dicha materia contencioso-administrativa especial), fueron creados mediante Decreto N° 1.750 (G.O. N° 32.630 del 23 de diciembre de 1982) con jurisdicción en todo el territorio de la República. A tales Juzgados, les fue otorgada en un comienzo, y conforme a las previsiones del Código Orgánico Tributario de 1982, competencia para conocer de las impugnaciones incoadas contra actos administrativos fiscales emanados de la Administración Tributaria Nacional, excluyendo de su ámbito material de conocimiento, aquellas ejercidas contra actos que provinieren de las administraciones fiscales estatales y municipales, quedando estas últimas sujetas a la aplicación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tanto en lo atinente al procedimiento de impugnación de actos de efectos particulares, como en lo relativo a la determinación del órgano jurisdiccional a cuyo conocimiento estaban sometidas, conforme la previsión del artículo 181 de la referida ley, según el cual “[m]ientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil,

*conocerán, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción [...]”.*

*No es sino a partir de la reforma efectuada en el mencionado Código en el año 1992, criterio plasmado igualmente en la posterior reforma de 1994 que da lugar al Código vigente, que fue unificado el régimen contencioso fiscal, igualándose el procedimiento impugnativo y otorgando de manera privativa competencia a estos tribunales (contencioso-tributarios) para el conocimiento de las acciones y recursos en contra de los órganos de la Administración Tributaria, aún si fueren incoados en contra de las administraciones fiscales de los entes político-territoriales menores, excluyéndose así al contencioso tributario estatal y municipal de la aplicación del mencionado artículo 181 de la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal (vid. a este respecto, sentencia de la Sala Política Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, del 12 de agosto de 1993, caso: Colgate-Palmolive).*

*La anterior reflexión, halla su fundamento en el hecho de que la sentencia dictada por el **a quo**, arribó a conclusiones contrarias a las aquí plasmadas, siendo que las mismas resultaban aplicables al tiempo en que tal decisión fue proferida, esto es, en 31 de agosto de 1994, dada la vigencia en aquella oportunidad de las normas que han sido objeto del presente análisis.*

*Determinado pues, que en el caso **sub examine** la afinidad de la materia es la contenciosa fiscal, y que el Municipio Autónomo Mariño del Estado Nueva Esparta funge como ámbito espacial en el cual se produjo la presunta lesión, cabe observar que no existe un Juzgado denominado de Primera Instancia al cual le haya sido atribuida por la ley la competencia contencioso-tributaria de forma particular sobre el referido municipio, lo cual conduce a esta Sala a dilucidar el órgano jurisdiccional competente para conocer de las acciones de amparo constitucional incoadas contra los órganos de la Administración Tributaria Nacional, Estatal o Municipal, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.*

*A tal fin, se observa que de conformidad con el citado Decreto 1.750 emanado del Consejo de la Judicatura, la jurisdicción contenciosa fiscal está conformada (i) por nueve Juzgados Superiores en lo Contencioso Tributario como tribunales de primer grado, todos ellos con sede en la ciudad de Caracas y con competencia territorial nacional; y (ii) por la Sala Política Administrativa de este Alto Tribunal como Tribunal de Alzada de los prenombrados Juzgados Superiores.*

*A pesar de la letra del comentado artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, resulta necesario dotar a los prenombrados Juzgados Superiores de la competencia para conocer de las acciones de amparo constitucional que se incoaren en la materia contencioso-fiscal, pues, como se dijo anteriormente, el criterio **ratione materiae** garantiza la especialidad del conocimiento de Juzgador, en beneficio del justiciable, con las excepciones que serán analizadas **infra** al analizar el supuesto excepcional del artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.*

*Entonces, y mientras no sea modificado el régimen legal antes comentado, las acciones de amparo interpuestas en contra de los entes de la Administración Tributaria Nacional, Esta-*

*dal o Municipal, corresponderá su conocimiento en primer grado de la jurisdicción constitucional a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Tributario.*

*Con respecto al órgano superior a que alude el artículo 35 de la referida ley, debe observarse que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme a la cual fue creada esta Sala Constitucional, como última intérprete y máxima garante de los principios y valores que informan nuestra Carta Magna, fue modificado el régimen de competencias aplicable a la materia de amparo constitucional hasta ese entonces, pues vista la marcada especialización otorgada a esta Sala Constitucional por el constituyente, a ella debe corresponder como cúspide de la Jurisdicción Constitucional, el conocimiento de las acciones de amparo, ya sea en primera instancia en los supuestos contenidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, bien por la vía de consulta o apelación a que hace referencia el artículo 35 **eiusdem** (vid. sentencia N° 1/2000, caso: Emery Mata Millán).*

*Por otra parte, conviene acotar que lo antes dispuesto debe regir únicamente en los casos de acciones de amparo interpuestas de conformidad con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de forma tal que la acción de amparo (tributario) a que alude el artículo 215 del Código Orgánico Tributario, queda sujeta a la aplicación plena de las disposiciones del referido cuerpo normativo (sobre las diferencias existentes entre ambas acciones, véase el exhaustivo estudio contenido en la sentencia 654/2000, caso: Sucesión de Carlos Alberto Domínguez Gómez)...”.*

Atendiendo a lo antes transcrito, y aun cuando dicho criterio se esbozó con motivo de una acción de amparo constitucional, esta Sala estima que la especialidad de la materia impera al momento de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de cualquier recurso o acción, pues esta competencia es inderogable.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la actividad fiscal aun cuando es una actividad propia del Derecho Tributario como rama autónoma es una actividad administrativa, pues quienes la ejercen son órganos del Poder Público, en ejercicio de una atribución otorgada constitucional y legalmente. De allí que aun cuando en el Texto Fundamental se establece el Régimen Fiscal y el Sistema Tributario pero no así una jurisdicción contencioso tributaria, la misma debe entenderse referida en el artículo 259, cuando señala la competencia de “los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa”, sin que ello por ningún motivo desnaturalice el carácter autónomo que hoy en día tiene el Derecho Tributario respecto al Derecho Administrativo.

Por tal motivo, esta Sala como máxima garante e intérprete de la Constitución y en uso de las atribuciones que le confiere dicho Texto y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece -en forma vinculante y a partir de la publicación del presente fallo- que conforme a lo dispuesto en el artículo 49.4 de la Constitución, en los artículos 259 y 330 del Código Orgánico Tributario, los tribunales superiores contencioso tributarios competentes para conocer de los recursos contenciosos tributarios contra actos de efectos particulares emanados de las autoridades tributarias estatales y municipales, lo son también para conocer de actos de efectos generales emanados de dichas autoridades estatales y municipales, pues los emanados del SENIAT, sean particulares o generales, como órgano tributario nacional compete su conocimiento a la Sala Político-

Administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el artículo 330 del Código Orgánico Tributario. Así se declara.

4. *El Contencioso Administrativo Funcionarial*

A. *Pretensiones*

a. *Reclamo de prestaciones sociales: Lاپso de caducidad*

**CPCA**

**25-4-2006**

Juez Ponente: Javier Tomás Sánchez Rodríguez

Caso: Omaira Torrealba vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado.

**La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo fija un nuevo Criterio en cuanto al lapso para ejercer la acción por cobro de Prestaciones Sociales y su diferencia, estableciendo que será el de un año de prescripción que establece el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo.**

Corresponde a esta Corte pronunciarse acerca de la apelación interpuesta por la Abogada Margarita Navarro de Ruozi, actuando con el carácter de apoderada judicial del Municipio Sucre del estado Miranda, y al respecto observa:

Alega la apoderada judicial de la parte apelante, que la Juez de la recurrida no se acogió a lo alegado y probado por las partes, ya que en el presente caso había operado la caducidad de la acción.

Al respecto, advierte esta Corte que el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada en 1990, vino a consolidar las orientaciones existentes en materia funcionarial, en el sentido de reconocerle a los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales, el goce de los beneficios acordados por dicha ley en todo lo no previsto en las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales.

Por su parte, el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, consagra el derecho de los funcionarios o funcionarias públicos a gozar de los mismos beneficios contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en lo atinente a la prestación de antigüedad y condiciones para su percepción. Como se observa, la integración de la Ley Orgánica del Trabajo a la materia funcionarial, en relación al derecho a la prestación de antigüedad, viene dada por remisión expresa del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual -como quedó dicho- reconoce a los funcionarios públicos el goce del derecho a la prestación de antigüedad, en las mismas condiciones en cuanto a su percepción, que tienen los trabajadores amparados por la Ley Orgánica del Trabajo.

Igualmente, en el mencionado texto normativo, se le reconoce a las funcionarias públicas la protección integral de la maternidad en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 29), así como el derecho de los funcionarios y funcionarias públicas a organizarse sindicalmente (Art. 32). De esta forma, se han incorporado a la relación estatutaria funcional protecciones típicas del régimen laboral ordinario regulado por la Ley Orgánica del Trabajo y sus reglamentos de aplicación.

De manera que, a juicio de esta Corte, de la interpretación concatenada que debe hacerse con la norma contenida en el encabezamiento del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, con los artículos 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública que remite en cuanto a la prestación de antigüedad a la ley laboral; 108, Parágrafo Sexto *eiusdem*, que establece el derecho a la antigüedad a favor de los funcionarios públicos nacionales, estatales o municipales y 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra a favor de todos los trabajadores y trabajadoras sin distinción alguna, el derecho a las prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y les amparen en caso de cesantía, es forzoso concluir que la mencionada normativa constituye el régimen legal y constitucional aplicable a la prestación de antigüedad de los funcionarios públicos, el cual por su contenido social, se inserta dentro de los llamados “Derechos Sociales y de la Familias” (Título III, Capítulo V, CRBV). Como corolario a lo anterior, se observa que el constituyente de 1999 dejó a una posterior reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a las prestaciones sociales reconocido en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual deberá integrar el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez (10) años (esto último previsto en la Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Ahora bien, existiendo una exigencia constitucional de sancionar un nuevo régimen legal de prestaciones sociales, en donde se extienda el lapso de prescripción del derecho al cobro de las mismas, del cual se beneficiarían los funcionarios públicos llegada la oportunidad legal, en virtud de la integración del derecho laboral a la materia funcional en materia de prestaciones sociales, tal como ha quedado expuesto, estima esta Corte que cuando el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece que todo recurso con fundamento en la misma sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres (3) meses, contados a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a él o desde el día en que el interesado fue beneficiado del acto, se está refiriendo a los recursos contenciosos administrativos contra actos de efectos particulares que decidan o resuelvan alguna situación funcional u otras reclamaciones relacionadas con materias específicas contempladas en el artículo 1° de dicha Ley, es decir, -a título enunciativo- las relativas a: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.

Por tanto, la materia de prestaciones sociales en el caso de los funcionarios públicos, concretamente la antigüedad, como derecho adquirido, por remisión expresa del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en cuanto a condiciones y per-

cepción -se insiste- está integrada a las normas que sobre la materia dicta la Ley Orgánica del Trabajo.

En este contexto, se advierte que la delimitación entre una u otra acción, vendrá dada por la naturaleza del derecho protegido (causa pretendí) y por el marco legal regulatorio aplicable: en el primer supuesto, tratándose de recursos en materia contenciosa administrativa, cuyo objeto como se apuntó anteriormente sea la anulación total o parcial de un acto administrativo de efectos particulares relativo a ingreso, ascenso, traslado, retiro o remoción, entre otras, el lapso para impugnarlos será el de tres (03) meses (caducidad) previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública; en tanto que, en el segundo supuesto, tratándose de un derecho de crédito, de una acreencia que tiene el funcionario contra la Administración, más concretamente contra el Estado; el cual le es reconocido constitucionalmente como precisamente son las prestaciones sociales, -créditos laborales de exigibilidad inmediata-, se debe aplicar lo previsto en los artículos 8 y 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tanto, el lapso aplicable para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivo este derecho de crédito, -prestaciones sociales o su diferencia-, será el de un (01) año -prescripción extintiva o liberatoria-, previsto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo; ello como consecuencia de la integración del derecho del trabajo al régimen funcionarial, en esa materia específica.

Con respecto a la caducidad de la acción en la materia referida a las prestaciones sociales, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia dictada el 19 de septiembre de 2002, Exp. 01-25982, caso: *Ricardo Ernesto Bello vs. Gobernación del Estado Cojedes*, en una causa similar sostuvo lo siguiente:

“...Conforme a la norma contenida en el artículo 92 de la Constitución vigente, las prestaciones sociales son un derecho social que le corresponden a todo trabajador, sin distinción alguno, al ser retirado o removido del servicio activo cuya mora en el cobro genera intereses. Cualquier acto o conducta que signifique una negación para cancelarlas es inconstitucional, pues es un derecho consagrado en nuestra Carta Magna”.

Por otra parte, se observa, respecto a la caducidad de la acción relacionada con la materia de jubilación, esta Corte, en fecha 27 de septiembre de 2000, caso: *Clara García Peña vs. Cámara Municipal de la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Federal*, Exp. 00-23370, sostuvo lo siguiente: ‘

De lo anterior se observa que la jubilación constituye una cuestión de previsión social con rango constitucional, desarrollada por la legislación y normativa venezolana, que constituye un beneficio y derecho del funcionario a vivir una vida digna en razón de los años de trabajo y servicios prestados y que por lo tanto la Administración está en la obligación de garantizar, reconocer, tramitar y otorgar sin que para ello existan lapsos de caducidad de las acciones que se intenten en virtud de tal derecho, por lo que resulta imposible admitir que los recursos o acciones que se intenten contra una omisión de la administración ante una solicitud de jubilación, resulten caducos, ya que se estaría lesio-

nando el derecho constitucional a la seguridad social del funcionario que resulta acreedor de este beneficio.

Ahora bien, con base en la sentencia parcialmente transcrita, esta Corte considera que dicho criterio debe ser extendido en los casos de las querellas que tengan por objeto el pago de prestaciones sociales, pues dicho pago constituye un derecho subjetivo irrenunciable adquirido por el trabajador o funcionario, que no es de naturaleza indemnizatoria -como los sueldos dejados de percibir-, sino un derecho que le corresponde al empleado al cesar la prestación de servicio, este derecho se traduce además, en el pago de la antigüedad como recompensa por su labor, siendo de naturaleza crediticia -deudas pecuniarias- de exigibilidad inmediata, cuya mora en el pago genera intereses.

En efecto, cuando se rompe el vínculo funcional con la Administración, emerge la obligación para la administración de hacer efectivo el pago de las prestaciones sociales, derecho que se engloba dentro de los derechos sociales que tiene el funcionario público como recompensa al trabajo por los servicios prestados a la Administración.

La obligación estriba en cancelar las prestaciones sociales -derecho irrenunciable-, que por un lapso de caducidad no puede ni debe menoscabarse su cumplimiento por parte de la Administración, pues dicha obligación se encuentra vinculada a un derecho también sustentado este derecho adquirido en razones jurídicas, éticas, sociales y económicas.

Dicho pago se encuentra sujeto a la norma constitucional prevista en el artículo 92 de la Constitución y forma parte de un sistema integral de justicia social que no puede sufrir fisura por una interpretación rígida del artículo 82 de la Ley de Carrera Administrativa. Es así, como se hace imprescindible una interpretación más flexible y en verdadera sintonía como nuestra Carta Magna, que prevé la obligación de proporcionar una "tutela judicial efectiva", la cual no sería posible con la existencia de lapsos de caducidad que afecten derechos constitucionales de los trabajadores, funcionarios o empleados, sin distinción alguna. Por lo expuesto anteriormente, esta Corte estima procedente, en el caso de autos, declarar con lugar la apelación interpuesta por el querellante y revocar la sentencia dictada por el A quo, y así se decide...". (Resaltado de esta Corte).

Con base en lo expuesto y en las sentencias parcialmente transcritas, aprecia esta Corte que resulta improcedente por parte del a quo afirmar que el tiempo concedido para intentar las respectivas reclamaciones de los funcionarios contra los entes u organismos públicos es un lapso de caducidad, cuando, tal y como se ha explicado, lo procedente es aplicar la prescripción contenida en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se decide.

Conforme a ello, esta Corte estima que la norma contenida en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, referente al lapso de prescripción de un (01) año para interponer reclamaciones de pago de prestaciones sociales, que fue determinado en el presente fallo, es una norma adjetiva, es decir, de carácter procesal, lo que hace factible que sea aplicada de manera inmediata para los procesos que se hallaren en curso, conforme lo previsto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

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

Siendo así, advierte esta Alzada que del examen de las actas que conforman el expediente, se desprende que, tal como lo alegó la parte querellante, le fue otorgado el beneficio de la jubilación en fecha 01 de mayo de 2000 (folio 74 del expediente administrativo), sin embargo, no es sino hasta el 25 de septiembre de 2002, que decide reclamar por ante el Ente Municipal el pago de las correspondientes prestaciones sociales (folio 83 del expediente administrativo), es decir, superado el lapso de un (01) año de prescripción que contempla el señalado artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual estima quien decide que la presente acción se encuentra prescrita, lo cual resulta suficiente para que esta Corte anule la sentencia apelada y declare con lugar la apelación interpuesta. Así se decide.

Anulada como ha sido la sentencia apelada, se hace innecesario el análisis del resto de los vicios denunciados por la parte apelante, por cuanto ello en nada incidiría en el dispositivo del presente fallo. Así se decide.

b. *Pago de salarios caídos*

**CPCA**

**2-5-2006**

Juez Ponente: Neguyen Torres López

Caso: Víctor Manuel Pacheco vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano.

**La Corte ratifica la Jurisprudencia existente referente al pago de los sueldos dejados de percibir en los casos de retiros ilegales de Funcionarios.**

Ahora bien, en vista de que el A quo en el dispositivo de la sentencia apelada ordenó el pago de los sueldos dejados de percibir con las respectivas variaciones que el mismo hubiese experimentado desde la fecha de su ilegal retiro hasta su total y efectiva reincorporación, considera esta Corte que para la determinación de los mismos deberá realizarse una experticia complementaria del fallo, y considerar a los efectos del cálculo, lo establecido en la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el año 2000, caso: *Rafael Daniel Martínez Vásquez vs. Ministerio de Educación*, en donde se precisan cuales circunstancias deberán ser excluidas de dicha experticia, posición que ha sido acogida por este Órgano Jurisdiccional (*vid.* sentencia N° 00004 de fecha 18 de enero de 2005, caso: *Roll Aguilera*), en los siguientes términos:

“...se ordena una experticia complementaria del fallo de conformidad con el artículo 249 y 259 del Código de Procedimiento Civil tomando en cuenta que para liquidar la suma adeudada se excluirá de su base:

- a) La demora procesal por hechos fortuitos o causa de fuerza mayor, por ejemplo: muerte de único apoderado en el juicio, mientras la parte afectada nombre su sustituto (artículo 165 del Código de Procedimiento Civil).
- b) La demora por el fallecimiento del juez, hasta su reemplazo, y los casos de suspensión o destitución de un juez hasta su reemplazo.
- c) Por fallecimiento de alguna de las partes, hasta la efectiva citación o notificación de sus herederos, o de los beneficiarios previstos en el artículo 568 de la Ley Orgánica del Trabajo.
- d) Por huelgas o paros de los trabajadores tribunales, de jueces;
- e) Por desastres o catástrofes naturales que hayan impedido la continuidad de la prestación de servicio...”.

Con fundamento en lo anterior establece este Órgano Jurisdiccional que a los efectos de calcular el monto indemnizatorio correspondiente al querellante, deberá realizarse una experticia complementaria del fallo de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil y, así se declara.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *Control Concentrado de la Constitucionalidad*

#### A. *Objeto del control concentrado*

**TSJ-SC (1122)**

**8-6-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Confederación Venezolana de Industriales (Conindustria) vs. Decreto Presidencial N° 4.248 del 30 de enero de 2006.

**La jurisdicción constitucional se define según los actos impugnables y, en ese sentido, sólo abarca actos con rango de ley, provengan de la Asamblea Nacional, del Presidente de la República o de órganos deliberantes estatales y municipales, siempre que emanen como aplicación directa e inmediata del texto constitucional.**

1. La demandante ha solicitado la anulación de un Decreto del Presidente de la República, por el cual se regula el otorgamiento, control y revocatoria de la solvencia laboral de los patronos y patronas, incluidas las asociaciones cooperativas que contraten los servicios de no asociados, con la finalidad de garantizar los derechos humanos laborales de los trabajadores y trabajadoras. Dicho Decreto tendría su base normativa, según sus propios considerandos, en los artículos 89, 236 (números 1, 2 y 24) y 299 de la Constitución y los artículos 13, 17 y 586 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Para justificar la competencia de la Sala los demandantes han afirmado el rango legal del Decreto mencionado, “toda vez que ha sido dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, tal y como se establece en los propios Considerandos del Decreto, donde se invocan los numerales 1, 2 y 24 del artículo 236 y los artículos 89 y 299 de la Constitución, además de otras normas generales de la Ley Orgánica del Trabajo, pero que se refieren a facultades del Ministro del Trabajo”.

Según la parte actora, “*si se toma en consideración que la mayoría de las normas de la Ley Orgánica del Trabajo que han sido invocadas (en particular los artículos 17 y 586) se puede verificar que están dirigidas a facultar al Ministerio del ramo (del Trabajo) y no al Presidente de la República*”, por lo que “*no existe ninguna norma legal que faculte al Presidente de la República para establecer un sistema autorizador que conlleve a la exigencia de solvencias laborales para el ejercicio de actividades económicas, razón por la cual el Presidente de la República se ha visto en la necesidad de invocar normas constitucionales, pero ello en modo alguno lo faculta a invadir espacios reservados exclusivamente al Poder Legislativo Nacional*”.

En criterio de la parte recurrente, “*es oportuno destacar que el Presidente no hizo uso de su potestad reglamentaria prevista en el numeral 10° del artículo 236 de la Constitución, quizás por reconocer implícitamente que el mecanismo autorizador de la solvencia laboral no atiende al espíritu o propósito de la Ley Orgánica del Trabajo*” y “*quizás por ello se ha invocado normas constitucional (sic), aún cuando no se dispone de habilitación legislativa*”.

En todo caso, los apoderados de la parte actora expusieron que “*en el supuesto a todo evento negado de que esa SC/TSJ considere que el acto impugnado debe ser calificado como de acto administrativo, solicitamos muy respetuosamente que esa SC/TSJ, conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 18 de la LOTSJ, se avoque al conocimiento del presente asunto, en virtud de las implicaciones que se derivan del presente caso, y de las graves consecuencias que se le podrían general al sector productivo del país*”.

2. Tal como lo reconocen la demandante, la competencia de esta Sala se limita al caso de las demandas de nulidad ejercidas contra actos estatales de rango legal, por lo que quedan excluidos de su poder de anulación los Decretos del Presidente de la República que tengan rango sub-legal.

En efecto, a partir de la Carta Magna de 1999, los decretos presidenciales que no sean ejecución directa e inmediata de la Constitución han sido excluidos de la jurisdicción constitucional, para ser ahora atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, representada por la Sala Político-Administrativa de este Máximo Tribunal.

Ha dejado sentado esta Sala de manera reiterada que la vigente Constitución ha deslindado claramente, a diferencia del régimen anterior, la jurisdicción constitucional de la contencioso-administrativa, de manera que sólo se incluye dentro de la primera a los actos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y dentro de la segunda a todo acto sub-legal, aunque en él se denuncien vicios de inconstitucionalidad.

Así, la jurisdicción constitucional se define según los actos impugnables y, en ese sentido, sólo abarca actos con rango de ley, provengan de la Asamblea Nacional, del Presidente de la República o de órganos deliberantes estatales y municipales, siempre que emanen como aplicación directa e inmediata del texto constitucional. La jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio, está concebida para conocer de actos sub-legales, sin importar el vicio que se les impute. En tal virtud, no es la violación de una norma fundamental lo que permite a la jurisdicción constitucional conocer de un acto, como sucedía con anterioridad, sino la jerarquía del mismo. Por ello, un acto sub-legal, así se le imputen variados vicios de inconstitucionalidad, no corresponderá a la jurisdicción constitucional, la cual se le ha asignado a esta Sala en el artículo 334 de la vigente Carta Magna.

Esta Sala, pues, conoce sólo de la jurisdicción constitucional definida en los términos que se han expuesto. Como muestra de lo expuesto, el mencionado artículo 334 le ha reservado el conocimiento de las acciones de nulidad intentadas contra *“las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla”*. El artículo siguiente hace una enumeración de los casos que son competencia de esta Sala y, en materia de nulidad, sólo prevé la posibilidad de conocer de los recursos intentados contra *“las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional”* (número 1), contra *“las Constituciones y leyes estatales”* y *“las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución”* (número 2), contra *“los actos con rango de Ley dictados por el Ejecutivo Nacional”* (número 3) y contra los actos, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, *“dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público”* (número 4).

Queda claro, pues, que en principio ha sido intención del Constituyente de 1999 reservar a esta Sala todos los actos de cualquier órgano del Poder Público -nacional, estatal o municipal-, que sean ejecución directa e inmediata de la Constitución. Así, se ha excluido del conocimiento de esta Sala el conocimiento de las demandas contra actos de rango sub-legal, salvo casos excepcionales, en atención al artículo 5.50 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de que se trate de la pretensión de nulidad de un acto administrativo conjuntamente con la nulidad de la norma legal que le sirve de base, que no es el supuesto de autos.

Los actos normativos nacionales de rango sub-legal han sido asignados, por el artículo 266 de la Carta Magna, a la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo, bajo la categoría: *“reglamentos y demás actos administrativos generales (...) del Ejecutivo Nacional”*. De esa manera, se es fiel al espíritu que guía el deslinde entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa, dejando que sea esa Sala, máximo órgano de la segunda de esas jurisdicciones, la que conozca de un acto sub-legal del Ejecutivo Nacional.

3. Ahora bien, la demandante califica al Decreto N° 4248 como acto de rango legal, partiendo de la premisa de que en sus propios considerandos se invocan diversas disposiciones constitucionales, aparte de algunas legales.

Para la parte actora, el rango legal derivaría de que el Ejecutivo Nacional sostuvo haberse basado en la Constitución para dictar el Decreto impugnado, si bien advierte la recurrente que esa invocación sólo habría tenido como propósito ocultar que en realidad el Presidente de la República carecía de poder para normar lo relacionado con la solvencia laboral.

La Sala observa que el rango legal de un acto estatal no deriva del hecho de que su autor invoque normas constitucionales como fundamento de su competencia, sino de que efectivamente el acto de que se trate sea ejecución directa e inmediata de la Carta Magna.

Los actos de rango legal pertenecen generalmente a la esfera de los órganos parlamentarios, independientemente del nivel territorial. El Poder Ejecutivo –y de allí su nombre– dicta actos de rango sub-legal, es decir, de ejecución de las leyes. Tales actos son calificados como actos administrativos, si bien existe la tendencia a limitar esa denominación a los actos particulares (aquellos con destinatarios determinados), reservando la denominación de reglamentos para los de contenido normativo.

Ahora bien, el Ejecutivo Nacional tiene la potestad para dictar también actos de rango legal, ya sea en ejercicio de la función de gobierno (actos de gobierno) o bien en ejercicio excepcional de función legislativa (decretos legislativos, dictados previa Ley Habilitante). En el caso de autos no se está en presencia de uno ni otro supuesto. No se trata, así, ni de un acto de gobierno ni de un Decreto Legislativo.

En efecto, los actos de gobierno son aquellos que constituyen materialización del poder de dirección política del Estado, pues es sabido que el Ejecutivo Nacional reúne una doble condición: la de Gobierno y la de Administración. En razón de su actividad de Gobierno puede dictar actos que encuentran su cobertura inmediata en la Constitución (nombrar ministros, dirigir relaciones internacionales de la República, conceder indultos, decretar el estado de excepción, por citar los casos más conocidos y relevantes). Como Administración, el Ejecutivo emite reglamentos (en ejecución de la ley o incluso en ausencia de la ley, siempre que no se trate de materia de reserva legal) o actos particulares.

En el caso de autos, está claro que el Decreto impugnado no constituye un acto de gobierno, pues el poder para dictarlo no deriva del Texto Fundamental y no se dictó en ejercicio de la función de gobierno, sino de la función administrativa. Está consciente la Sala que una de las disposiciones constitucionales que ha invocado el Ejecutivo Nacional para dictar el Decreto impugnado es el número 2 del artículo 236, que le faculta para dirigir la acción del Gobierno. Sin embargo, no es una acción de gobierno la emisión de normas, salvo que la propia Constitución las autorice expresamente, como ocurre con la regulación dictada para regir durante la vigencia de un estado de excepción.

El Decreto N° 4348 no es tampoco un Decreto Legislativo, pues no se basa en Ley Habilitante. La Ley Habilitante, como se sabe, es el instrumento que permite al Ejecutivo Nacional regular materias que son de reserva legal y, por tanto, elevar el rango del decreto que se dicte con fundamento en tal habilitación. Con los Decretos Legislativos, el Constituyente ha permitido que la reserva parlamentaria sea matizada, dejando al Ejecutivo la posibilidad de incidir en aspectos que en principio le están vedados. Por

ello, los Decretos Legislativos son necesariamente actos de rango legal, en la medida en que versan sobre materias reservadas a la ley.

Como se observa, el Decreto impugnado es un acto normativo dictado por el Ejecutivo Nacional en aparente ejercicio de poderes de reglamentación, típicamente administrativo. De hecho, uno de los preceptos invocados como fundamento del Decreto N° 4248 es el artículo 13 de la Ley Orgánica del Trabajo, que le concede amplias facultades de reglamentación en materia laboral. La parte demandante le resta importancia a esa disposición, cuando en realidad la tiene. Por supuesto, será en el análisis que se haga respecto del fondo de la demanda cuando se determine si ese poder de reglamentación podía alcanzar la regulación contenida en el referido Decreto.

La accionante ha errado, pues, en la calificación del rango del acto impugnado, en virtud de haber puesto el énfasis en la competencia que el Ejecutivo Nacional invoca como fundamento de su Decreto, cuando lo que debió fue determinar si el contenido del acto y la función ejercida a través de éste le permitía pensar que se trataba de una ejecución directa e inmediata del Texto Constitucional. Es evidente que no es el autor del acto quien puede a su voluntad cambiar su rango. En el caso de los Decretos, su rango legal derivará de que efectivamente se esté en presencia de una competencia fijada constitucionalmente, cuyo ejercicio no requiera de acto de rango intermedio, como sería una ley.

En el fondo, lo que ha planteado la parte accionante es que el Decreto N° 4248 invoca normas constitucionales como parte de su fundamento jurídico, cuando ninguna de dichas normas cubre la competencia para dictarlo. Ahora bien, ello se traduce necesariamente en un vicio de incompetencia, el cual corresponde plantearlo ante el órgano judicial que corresponda, que no es esta Sala Constitucional, sino la Sala Político-Administrativa.

Por tanto, esta Sala Constitucional es incompetente para conocer del presente recurso, el cual corresponde a la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 266.5 de la Constitución. Así se declara.

B. *Exclusión de las sentencias del Tribunal Supremo*

**TSJ-SC (1047)**

**18-5-2006**

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Pablo Ezequiel Bujanda Agudo y Massimo Tartaglia vs. Decisión Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

**Ni en el ordenamiento jurídico previo a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, ni en los medios de impugnación previstos tanto en la Carta Magna como en otro instrumento legal, se establece alguna acción de nulidad contra una decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, habida cuenta que el único medio constitucionalmente posible**

**para revisar una sentencia dictada por el Alto Tribunal, es el previsto en el artículo 336, numeral 10 del Texto Fundamental y, sin embargo, dicho medio no procede contra una decisión dictada por la Sala Constitucional.**

El solicitante de la presente nulidad, pidió que esta Sala declare la inexistencia de la sentencia dictada por la misma, el 7 de agosto de 2000, por cuanto, entre otros argumentos, “*el recaudo (copia fax)*” que fue incorporado al expediente “*contiene falsas declaraciones... y fue la causa eficiente y adecuada para que a la Sala... le hicieran incurrir en un error judicial*”, ya que dicha copia fue “*recibida por el Secretario de esta Sala, produciendo así el error judicial... (DOLO)*” que provocó que la misma dictara el fallo cuya nulidad se solicitó.

Por lo anterior, alegó la violación de sus derechos fundamentales, relativos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al debido proceso consagrados en los artículos 26 y 49, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que “*esta Sala Constitucional anule y declare inexistente la sentencia impugnada en este acto*”, dictada por esta Sala, el 7 de agosto de 2000.

En este contexto, la Sala observa:

El artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye al Tribunal Supremo de Justicia la garantía de “*la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*”, por lo cual este Alto Tribunal “*será el máximo y último intérprete*” del Texto Fundamental, y velará por la uniforme aplicación e interpretación de sus disposiciones.

Dicha norma consagra el principio de la supremacía constitucional. Al respecto, esta Sala, mediante decisión del 25 de enero de 2001, (Caso: *Baker Hughes S.R.L.*), estableció que “*La Constitución es suprema, entre otras cosas, porque en ella se encuentran reconocidos y positivizados los valores básicos de la existencia individual y de la convivencia social*”.

De allí que, conforme al citado fallo, el principio de supremacía de la Constitución “*justifica el Poder de Garantía Constitucional que ejerce esta Sala Constitucional, al cual atienden los artículos 334 y 335 de la Carta Magna*”, por cuanto dicho principio atiende a un carácter fundamental “*con una marcada especialización de tutela, tendente a asegurar la integridad, supremacía y efectividad de la Constitución*”.

Conforme a la decisión *supra* y a las citadas disposiciones constitucionales, esta Sala tiene asignada, en su jurisdicción constitucional, la interpretación del texto fundamental, en su función de garantizar la efectividad de sus normas y su uniforme aplicación.

Ahora bien, tal función de último y máximo intérprete de la Constitución por parte de esta Sala, no es excluyente en modo alguno, de los medios o mecanismos procesales previstos por el legislador para la impugnación de las decisiones que resulten lesivas a los derechos fundamentales del justiciable. Así, no podría consentirse so pretexto de un menoscabo a algún derecho constitucional, la impugnación de una sentencia a través de un mecanismo no previsto en el ordenamiento jurídico, máxime si se trata de una decisión dictada por esta Sala Constitucional de este Alto Tribunal.

En el presente caso, la parte actora solicitó, a través de una “*acción de nulidad*”, que se declare la inexistencia de la decisión dictada por esta Sala, el 7 de agosto de 2000, por cuanto -adujo- la misma resulta lesiva a sus derechos constitucionales relativos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al debido proceso.

En este sentido, observa la Sala, que dicha “*acción de nulidad*” no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto la única acción de nulidad prevista por el legislador es contra los actos administrativos. Asimismo, estima menester esta Sala, resaltar que el único medio previsto contra las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, es el de revisión, el cual está establecido en la propia Constitución (artículo 336, numeral 10).

Dicho mecanismo de revisión únicamente es posible respecto a la decisiones que dicten las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que haya realizado la Sala de las disposiciones contenidas en el Texto Fundamental. Del mismo modo, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que señala que “*contra sus decisiones, en cualquiera de sus Salas, no se oirá, ni admitirá acción o recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo 5 numerales 4 y 16 de esta Ley*”.

Asimismo esta Sala, en reiteradas oportunidades ha señalado (*Vid. s. SCC-C.S.J. de 21-02-90*), que la eficacia de la autoridad de la cosa juzgada, se traduce en tres aspectos: a) inimpugnabilidad, según la cual la sentencia con autoridad de cosa juzgada no puede ser revisada por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos que dé la ley, inclusive el de invalidación (*non bis in ídem*). A ello se refiere el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b) Inmutabilidad, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada; y, c) Coercibilidad, que consiste en la eventualidad de ejecución forzada en los casos de sentencias de condena; esto es, “*la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales*”; se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso.

Las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional adquieren, desde su publicación, el carácter de cosa juzgada formal, consagrado en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, lo que se traduce en que lo decidido en la sentencia en cuestión, no es atacable y al mismo tiempo se perfecciona el carácter de cosa juzgada material dispuesto en el artículo 273 *eiusdem*, que impone que se tenga en cuenta el contenido de la decisión en todo proceso futuro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, aunado al carácter vinculante de las mismas. En tal sentido, esta Sala en decisión número 3180 del 15 de diciembre de 2004 (caso: *Tecnoagrícola Los Pinos, C.A.*) indicó que la autoridad de la cosa juzgada constituye un aspecto esencial de la seguridad jurídica entendida como un principio constitucional. Así pues, se añade que existe expectativa legítima en derecho cuya base es la uniformidad de la jurisprudencia y el permitir que la Sala Constitución del Tribunal Supremo de Justicia considere sus propias decisiones mediante el mecanismo extraordinario de la revisión conduciría a un caos interpretativo, que afectaría la transparencia y la imparcialidad del sistema de administración de justicia. (*vid. sentencia número 1443 del 30 de junio de 2005 (Caso: Iván Vásquez Táriba)*).

Así las cosas, esta Sala observa que, ni en el ordenamiento jurídico previo a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, ni en los medios de impugnación previstos tanto en la Carta Magna como en otro instrumento legal, se establece alguna acción de nulidad contra una decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, habida cuenta que el único medio constitucionalmente posible para revisar una sentencia dictada por este Alto Tribunal, es el previsto en el artículo 336, numeral 10 del Texto Fundamental y, sin embargo, dicho medio no procede contra una decisión dictada por la Sala Constitucional, pues es ésta quien ejerce tal facultad extraordinaria respecto a las decisiones dictadas por las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o la doctrina establecida por esta Sala Constitucional.

Lo contrario iría en un basto detrimento del principio de supremacía de la Constitución, pues aceptar la simple posibilidad que esta Sala revise y, peor aún, que revoque sus propias decisiones, resultaría opuesto a la uniformidad que se le atribuye a esta Sala en la interpretación de las disposiciones constitucionales, pues no sólo se incurría en una devastadora inseguridad jurídica, sino que sería mofar el carácter vinculante de las decisiones dictada por esta Sala Constitucional, cuyos pronunciamientos resultarían simples consejos para los demás tribunales del país así como para las demás Salas de este Máximo Tribunal.

En consecuencia, esta Sala declara improponible la “*acción de nulidad*” interpuesta por el ciudadano Pablo Ezequiel Bujanda Agudo, en ejercicio de sus propios derechos e intereses y como apoderado judicial del ciudadano Massimo Tartaglia contra la la decisión número 914 del 7 de agosto de 2000 (Caso: *Industria Técnica, C.M.B. (C.A. Indutec C.M.B.)*” dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

C. *Decisión in limine de anulación de “reediciones de actos normativos ya anulados”*

**TSJ-SC (728)**

**5-4-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación del artículo 421 del Código Penal.

**Como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de la norma contenida en el artículo 423 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el artículo 421 del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005.**

La ciudadana Sonia Sgambatti, en ejercicio de la acción popular por inconstitucionalidad, solicitó de esta Sala la anulación del “*artículo 421 de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal aprobada en sesión del día 3 de marzo de 2005, por la Asamblea*

*Nacional y publicada en Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 5768 Extraordinario, de fecha 13 de abril de 2005”.*

Al respecto, esta Sala resulta competente para conocer de la nulidad de normas nacionales de rango legal (artículos 336.1 del Texto Fundamental y 5.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), como son las contenidas en el Código Penal, ante lo cual se debe dejar sentado que técnicamente la disposición impugnada no es el artículo 421 de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, pues esa Ley de Reforma sólo tiene 38 artículos: lo que en realidad se impugnó es una norma de ese Código y no de la Ley que lo reformó. Ahora bien, el presente recurso debe ser decidido *in limine*, sin necesidad de tramitación, por cuanto el contenido de la disposición impugnada ya fue anulado por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante sentencia del 5 de marzo de 1980.

En efecto, el Código Penal vigente para la fecha (cuya última reforma se había efectuado en 1964, mediante Ley publicada en la *Gaceta Oficial* N° 915 del 30 de junio de 1964) preveía mitigación de pena en dos casos: el del homicidio o lesiones del marido contra su mujer y/o cómplice, en caso de sorprenderlos en adulterio; y el del homicidio o lesiones causadas por los padres o abuelos contra los hombres a los que sorprendiesen en acto carnal con sus hijas o nietas solteras. Se trataba del artículo 423, cuyo texto era el siguiente:

“No incurrirán en las penas comunes de homicidio ni en las de lesiones, el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer y a su cómplice, mate, hiera o maltrate a uno de ellos o a ambos.

En tales casos las penas de homicidio o lesiones se reducirán a una prisión que no exceda de tres años ni baje de seis meses.

Igual mitigación de pena tendrá efecto en los homicidios o lesiones que los padres o abuelos ejecuten, en su propia casa, en los hombres que sorprendan en acto carnal con sus hijas o nietas solteras”.

En aquella oportunidad, la abogada Sonia Sgambatti, también recurrente en el caso de autos, ejerció demanda de nulidad por inconstitucionalidad, la cual fue estimada por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 5 de marzo de 1980, en el que declaró:

“A) No acuerda la disposición contenida en el artículo 423 del Código Penal, un derecho a matar, sino que considera la acción del agente como delictuosa y punible; no establece una exención de responsabilidad, sino que aplica una pena disminuida con respecto a las penas comunes fijadas para el homicidio y las lesiones. No colide, por tanto, la disposición en examen con el artículo 58 de la Constitución Nacional, que declara el derecho a la vida inviolable y prohíbe que ninguna Ley pueda establecer pena de muerte.

B) Sin embargo, el artículo 423 del Código Penal establece una distinción entre el marido y la esposa; puesto que establece que el marido no incurrirá en las penas comunes de homicidio y lesiones, cuando mate, hiera o maltrate a su mujer sorprendida en adulterio, a su cómplice o a ambos y nada dice ante la acción similar de la esposa que sorprenda en adulterio a su marido. Y el aparte final de ese mismo artículo prevé igual mitigación de pena en los

homicidios o lesiones que los padres o abuelos ejecuten, en su propia casa, en los hombres que sorprendan en acto carnal con sus hijas o nietas solteras.

Razones de carácter histórico y social, entre nosotros, e inclusive de carácter psíquico, por la diferente manera de motivarse la acción del marido o de su esposa, por las mismas razones aludidas, pudieron aconsejar al legislador venezolano el establecimiento de la mencionada disposición; pero ante la norma constitucional que de manera absoluta prohíbe las discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social, aquellas razones del legislador ordinario deben ceder. La última parte de la disposición guarda relación con la anterior: por lo que hace al cálculo de la pena y porque tiene análogo presupuesto, la afectación que produce la conducta de la mujer. El principio de la igualdad de las personas de uno y de otro sexo, de rango constitucional, impide al legislador ordinario establecer diferencias, ya sean privilegios, exenciones de pena o disminución de las mismas, que signifiquen discriminación en razón del sexo entre quienes se encuentren en las mismas condiciones”.

Con base en esa argumentación, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno declaró “la nulidad del artículo 423 del Código Penal, por colidir con el artículo 61 de la Constitución”. En el año 2000 la Comisión Legislativa Nacional, en ejercicio de la atribución que le confería el artículo 6, numeral 1 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se estableció el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.920 de fecha 28 de marzo del año 2.000, dictó un Código Penal, el cual quedó publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.494 Extraordinario de fecha 20 de octubre de 2000. Los cambios principales respecto del Código de 1964 estaban referidos a los delitos de porte ilícito y uso ilícito de armas de fuego, desaparición forzada de personas, colocación de obstáculos en la vía pública y asalto a unidades de transporte.

Sin embargo, ese Código repitió la atenuación de pena contenida en el artículo 423 que había sido anulada. De hecho, la norma conservaba el mismo número, pues, como se ha dicho, el nuevo Código fue sólo una modificación parcial del anterior. De esa forma, las disposiciones anuladas por la otrora Corte Suprema de Justicia fueron reeditadas en el ordenamiento jurídico venezolano a partir del 20 de octubre de 2000, fecha de publicación del Código Penal en la *Gaceta Oficial*.

En el año 2005 se produjo una nueva reforma del Código Penal, la cual se publicó en la *Gaceta Oficial* N° 5.763 Extraordinario del 16 de marzo de 2005 y se reimprimió, por error material, en la *Gaceta* N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de ese mismo año. Esa reforma no versó sobre la atenuación de pena en caso de uxoricidio o en caso del delito de homicidio o de lesiones de padres o abuelos contra los hombres que fueran sorprendidos en acto carnal con sus hijas o nietas solteras; pero, como toda reforma, la de 2005 exigió la publicación en *Gaceta Oficial* tanto de la Ley de Reforma como del Código resultante. De esa manera, fue publicado el texto del vigente Código Penal, con inclusión de las disposiciones sobre la atenuación de pena que fueron anuladas en 1980, si bien ya el artículo no es el 423 sino el 421, pues la reforma implicó una alteración en la numeración del articulado.

Ese artículo 421 es el impugnado en el caso de autos y es del tenor siguiente:

“No incurrirán en las penas comunes de homicidio ni en las de lesiones, el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer y a su cómplice, mate, hiera o maltrate a uno de ellos o a ambos.

En tales casos las penas de homicidio o lesiones se reducirán a una prisión que no exceda de tres años ni baje de seis meses.

Igual mitigación de pena tendrá efecto en los homicidios o lesiones que los padres o abuelos ejecuten, en su propia casa, en los hombres que sorprendan en acto carnal con sus hijas o nietas solteras”.

Como se observa, se trata de la misma norma anulada en 1980, que había sido reeditada en el año 2000 y que, al no ser objeto de reforma en 2005, sigue figurando en el Código Penal.

Así las cosas, es evidente que la norma impugnada (contenida hoy en el artículo 421 del Código Penal) fue objeto de anulación por la extinta Corte Suprema de Justicia, y que la motivación de dicha sentencia anulatoria, aunque referida a los artículos de la Constitución de 1961, vigente para aquella oportunidad, se ajusta absolutamente a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

No cabe ahora iniciar un nuevo proceso que no puede más que conducir nuevamente a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo del Código Penal; lo procedente, en consecuencia, es ratificar el fallo anulatorio sin necesidad de procedimiento, pues debe recordarse que los fallos anulatorios de normas tienen efecto *erga omnes* y nunca *inter partes*, que es el supuesto de la cosa juzgada regulada por el Código Civil. Las normas anuladas desaparecen jurídicamente y, por tanto, nadie puede invocarlas ni aplicarlas. Esos fallos provocan verdadera cosa juzgada, en el sentido de que el caso no es replanteable. Ello es así incluso por razones lógicas que van más allá de la necesidad de mantener el criterio adoptado por la Sala: ocurre por cuanto la anulación elimina la norma como tal, le quita vigencia, y es un principio en nuestro derecho que sólo son impugnables las normas vigentes.

No es ese el caso de autos, pues en este existe la peculiaridad de que la norma anulada fue reeditada, por lo que volvió a entrar en vigencia en el año 2000, y es otra vez pasible de recurso por inconstitucionalidad y, por tanto, objeto de anulación. Ahora bien, el pronunciamiento previo permite hacer ese juzgamiento sin necesidad de procedimiento. Se trata de entender inconstitucional no sólo un *artículo* concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una *disposición* concreta: en este caso, la atenuación de la pena en ciertos supuestos de homicidio y/o lesiones.

De ese modo, si el Tribunal ha decidido ese caso, si bien en referencia a otro artículo, el enunciado objeto de pronunciamiento no tiene ya cabida en el ordenamiento jurídico, lo que además trae como consecuencia que, de ser reeditada, baste plantear el caso ante esta Sala para que *ratifique* la decisión judicial.

Esta Sala, de hecho, en fecha reciente tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. En efecto, la Sala había anulado, por sentencia N° 1942 del 15 de julio de 2003, los artículos 223 y 226 del Código Penal del año 2000. Sin embargo, en la publicación de la reforma de 2005 (y su reimpresión) se repitió el texto de las normas anuladas, si bien con otra numeración (el artículo 223 pasó a ser 222; el artículo 226 pasó a ser 225). Por ello, la Sala, al ser solicitada su intervención, sostuvo, lo siguiente:

“Conforme a la vigente Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde a la Sala Constitucional (salvo excepciones) el control concentrado de la Constitución, y podrá declarar la nulidad de leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando coliden con aquella.

Este control concentrado se ventila mediante el proceso de nulidad establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y antes en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Tratándose de una actividad jurisdiccional, emanada de la jurisdicción constitucional (artículo 334 constitucional), la declaratoria de nulidad, así como sus alcances, son el resultado de una sentencia que produce efectos *erga omnes*, convirtiéndose en cosa juzgada al respecto.

Como cosa juzgada, la nulidad declarada debe ser acatada y respetada por los órganos legislativos que dictaron la ley anulada total o parcialmente, o por los órganos del poder público que produjeron el acto, ya que la sentencia firme equivale a una ley (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil) y es vinculante hacia el futuro (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil), sin que ningún juez pueda volver a sentenciar la controversia ya decidida por un fallo (artículo 272 del Código de Procedimiento Civil), por lo que el tema juzgado en el proceso no es objeto de nueva discusión y la colectividad en su totalidad (personas naturales y jurídicas), deben respetar la nulidad declarada sin poder alzarse contra ella.

A falta de disposiciones específicas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los caracteres de la cosa juzgada contenida en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 1396 del Código Civil y 272 y 273 del Código de Procedimiento Civil) están presentes, en lo posible, en las sentencias definitivamente firmes dictadas por los jueces que ejercen la jurisdicción en materia constitucional, y uno de esos caracteres es el de la presunción legal que impide, por la autoridad de la cosa juzgada, que lo que ha sido objeto de la sentencia firme, vuelva a discutirse, o pierda sus efectos, por lo que éstos se mantienen en el tiempo.

Consecuencia de ello, es que la nulidad declarada por inconstitucionalidad que indica con precisión la disposición anulada (artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), invalida la ley o el acto, señalando sus efectos *ex nunc* o *ex tunc* (artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), pero siempre partiendo de la base que hacia el futuro dejó de existir la ley anulada total o parcialmente, sin que ella tenga vigencia alguna. Pero ¿qué sucede si el órgano legislativo dicta de nuevo la ley descatando la cosa juzgada?

A juicio de esta Sala, tal violación a la cosa juzgada no produce ningún efecto, debido a los caracteres que antes la Sala ha señalado a esta institución.

La nulidad declarada sigue vigente, sin que pueda volverse a discutir a guisa de reedición de la ley o nueva aprobación por el órgano legislativo.

De ocurrir tal situación, reedición o nueva aprobación, ¿será necesario que se incoe nuevo juicio de nulidad contra la norma inconstitucional?

La Sala observa que conforme a disposición expresa contenida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad es de orden público, y en el proceso la Sala Constitucional puede suplir de oficio las deficiencias o falta de técnica del recurrente.

Siendo la materia de orden público, y siendo a su vez el Tribunal Supremo de Justicia el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); estando facultado la Sala Constitucional para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido y alcance de los principios constitucionales, la Sala considera que los efectos de la cosa juzgada que declare la nulidad, operan de pleno derecho, sin que reediciones, o la aprobación de nuevas leyes que dupliquen lo anulado, puedan menoscabar la cosa juzgada, y que por tanto, de oficio, -como aplicación de la institución de la cosa juzgada y sus efectos extensivos- dentro del proceso donde se dictó la nulidad, puede anular cualquier ley o acto que contradiga la cosa juzgada, limitándose, sin necesidad de citar a nadie, a cotejar lo declarado en la sentencia con las nuevas disposiciones que reproducen las anuladas, una vez que por cualquier vía constatare la existencia del desacato a la nulidad declarada.

A juicio de esta Sala, ante la situación objetiva que se comprueba con la confrontación que demuestra la identidad entre lo anulado y lo reeditado, y como preservación de la cosa juzgada, no hace falta citar a nadie, sino verificar su burla” (*Vid.* Sent. N° 181/2006).

En el caso del fallo parcialmente transcrito, la Sala comparó las normas anuladas con las que figuran en la publicación del Cogido en marzo y abril de 2005 y constató que eran las mismas. Por ello, declaró que existía “*divergencia entre lo sentenciado por esta Sala Constitucional respecto de las normas anuladas del Código Penal de 2000, y las contenidas en estos últimos artículos*”. Agregó en tal sentido:

“(…) la Sala no reconoce efecto alguno a los artículos 222 y 225 de la Ley de Reforma del Código Penal, toda vez que son repetición de los anulados en el fallo N° 1942, el cual dejó delimitado el contenido de dichas normas como antes se apuntó, sin que pueda entenderse la declaración de este fallo como la nulidad incidental a que se refiere el artículo 5, segundo aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que se trata de la ejecución de un fallo dictado por esta Sala que ha sido contrariado por el órgano legislativo nacional.

Como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de las normas contenidas en los artículos 222 y 225 y, en consecuencia, nulos los artículos 223 y 226 en los términos establecidos en la sentencia N° 1942 de 2003

En virtud de la declaratoria anterior, los efectos de este fallo tienen carácter *ex tunc*, es decir, desde la publicación del fallo N° 1942 del 15 de julio de 2003, y, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación de la

misma en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, la cual señalará en el Sumario: ‘DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA LA REEDICIÓN LOS ARTÍCULOS 222 Y 225 DE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, PUBLICADO EL 13 DE ABRIL DE 2005 EN LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA N° 5.768 EXTRAORDINARIO’” (mayúsculas del fallo citado).

Lo anterior es aplicable al caso de autos, constatada como ha sido la identidad entre la norma anulada en 1980 y la publicada en los años 2000 y 2005, por lo que procede anularla *in limine*, como forma de hacer efectivo el fallo original, cuyo efecto de cosa juzgada no sólo implica la desaparición del acto con efectos *erga omnes*, sino también la imposibilidad de incorporarlo nuevamente al ordenamiento.

Por lo expuesto, como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de la norma contenida en el artículo 423 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el artículo 421 del Código Penal publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005. En consecuencia, se declara nulo el artículo 421 del Código Penal, publicado el 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980. Así se decide.

En virtud de lo anterior, los efectos de este fallo tienen efectos *ex tunc*, es decir, desde la publicación del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980, y de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, la cual señalará en el sumario: “DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA LA REEDICIÓN DEL ARTÍCULO 421 DEL CÓDIGO PENAL PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N° 5.768 EXTRAORDINARIO, DEL 13 DE ABRIL DE 2005”.

D. *Acción de Inconstitucionalidad: Emplazamiento de los interesados*

**TSJ-SC (1238)**

**21-6-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Gustavo González Velutini

**La Sala Constitucional analiza la fase de emplazamiento a los interesados en darse por citados mediante *cartel* y mediante *edicto*.**

Ha sido una constante en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículos 116 y 125) y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (párrafo 12 del artículo 21) que discrecionalmente se emplace a los interesados en participar en los recursos de nulidad que se interpongan ante el Máximo Tribunal de la República mediante un *cartel* publicado en prensa; fase procedimental que en las dos leyes se caracteriza por

estar constituida por cuatro actos: la libración, el retiro, la publicación y la consignación del *cartel*.

Dichos actos los estatuyó el legislador como cargas del recurrente cuyo incumplimiento, en rigor técnico, deberían acarrearle una consecuencia jurídica; no obstante, ambos textos normativos han sido imperfectos en este punto y en otros más. La libración del *cartel*, que por definición es un acto del Tribunal, hoy día depende de que el recurrente lo solicite; y salvo la carga de consignar el *cartel* el incumplimiento del resto de ellas carecen de consecuencia jurídica, circunstancias que administradas con la inexistencia de plazos precisos para la verificación de cada uno de esos actos han introducido distorsiones al proceso de nulidad contra actos normativos de las cuales apenas esta Sala empieza a dar cuenta.

En efecto, la práctica forense está demostrando que la habitual diligencia de los recurrentes de retirar, publicar y consignar el *cartel* de emplazamiento desaparece cuando éstos obtienen un pronunciamiento cautelar de inaplicación de la norma, ya que les permite dilatar sin consecuencia jurídica alguna el proceso de nulidad precisamente en esta etapa en torno a la cual la sentencia N° 1645/2004 articuló todo el procedimiento.

El escenario descrito empeora en el propio procedimiento cautelar, pues, de un tiempo acá, es práctica de la Sala que otorgada la medida cautelar de inaplicación normativa además de notificar al autor del acto y al Procurador -en caso de ser necesario- para que se opongan a la medida (*vid.* Sent. N° 1795/2005) también emplaza mediante *edicto* a los interesados en oponerse a la inaplicación, reproduciéndose los mismos vicios en la incidencia cautelar al aplicarse analógicamente al *edicto* de emplazamiento lo dispuesto en el párrafo 12 del artículo 21 de la Ley en referencia para suplir el vacío normativo existente en lo que al tema cautelar se refiere, con el agravante de que en este supuesto los ya citados bien han podido oponerse a la medida y estar a la espera de que se cumpla con el trámite del emplazamiento para que haya pronunciamiento al respecto, tal como sucede en el caso de autos.

Ciertamente, uno y otro escenario se solventan con la declaratoria de la perención de la instancia verificado el lapso de un año sin actividad procesal alguna; sin embargo, la inexistencia de plazos procesales para que el recurrente solicite el *cartel* y el *edicto*, para que el Juzgado de Sustanciación efectivamente los libre, y finalmente, para que el recurrente los retire, permite la prolongación del proceso en períodos que nunca exceden de trescientos sesenta y cuatro días; y, en todo caso, existen razones de fondo que conminan a soluciones mucho más precisas tanto para el proceso principal como para el cautelar que la Sala no puede obviar.

En tal sentido, la naturaleza objetiva del juicio de nulidad contra actos normativos sustenta su carácter popular (véase, por sólo citar una, la sent. N° 1613/2004) y ha permitido afirmar que en él no existen verdaderas partes, lo cual explica por qué la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia estipulara, en sus artículos 116 y 125, la *notificación* del Presidente del cuerpo o funcionario que haya dictado el acto, del Fiscal General de la República y del Procurador General de la República; aunque respecto del emplazamiento a los interesados en hacerse parte en el juicio contradictoriamente se refiriera a su *citación*.

La terminología en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aunque unificada en citaciones, no ha variado mucho. “*Tras las nuevas citaciones no hay nada distinto a las anteriores notificaciones*” dijo la Sala en la sentencia N° 1645/2004. “*Unas y otras no están establecidas dentro de un verdadero proceso subjetivo -un conflicto entre partes-, sino como mecanismos para poner en conocimiento de interesados -obvios, en el caso del autor del acto; posibles, en el caso de los particulares distintos al recurrente- la existencia de la demanda*”, lo que quizás explicaría, señaló renglón seguido, que el legislador no incluyera un elemento esencial en toda citación: el emplazamiento para comparecer ante el Tribunal.

Ha sido esa supuesta ausencia de verdaderas *partes*, y por tanto de inexistencia de una verdadera citación, la que ha impedido que se den soluciones certeras a la problemática de la fase de emplazamiento mediante *cartel* y, por añadidura, mediante *edicto*. Hasta ahora, las aportadas se han direccionado a la institución de la perención de la instancia con las insuficiencias descritas párrafos atrás, cuando con una concepción cabal de la *citación*, en el marco de la norma contenida en el párrafo 12 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se daría cabida a la aplicación analógica de lo dispuesto en el ordinal 1° del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil y con ello respuestas eficaces a las distorsiones procesales señaladas, en virtud de que se establecería un plazo y una consecuencia jurídica a las cargas estatuidas en torno al emplazamiento mediante *cartel*; opción que además no es del todo ajena a este Máximo Tribunal (*vid.* Sent. N° 05481/2005 de la Sala Político Administrativa) y que cuenta con el respaldo jurídico suficiente para ser aplicada por la Sala.

Así, aunque no pueda prescindirse de la naturaleza objetiva del control concentrado de la constitucionalidad de los actos normativos por la trascendencia práctica de la relación interés general-interés individual que representa, cuya expresión mayor se halla en el fallo N° 1372/2003 con base en el cual la Sala continuó con el trámite procesal pese a la perención de la instancia, son varias las razones que abonan por una verdadera concepción de *citación* en los recursos de nulidad de actos normativos; a saber: *a)* la incipiente tutela de situaciones subjetivas que se hacen en dichos procesos, al punto que cada vez son más las medidas cautelares otorgadas con base en la situación jurídica del recurrente; *b)* los cometidos de la citación (emplazamiento y comparecencia), que en el fallo N° 1645/2004 se calificaron como inexistentes en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, adquirieron trascendencia con la mencionada decisión, pues los citados (autor del acto y Procurador), los notificados (Fiscal General y Defensor del Pueblo) y los emplazados que se den por citados, son conminados a comparecer ante la Sala para informarse sobre la convocatoria para un acto público y oral que tiene por finalidad participarles la realización de otro acto en el que solicitarán, de considerarlo necesario, la apertura del lapso probatorio; y, *c)* si la naturaleza popular del recurso le atribuye el carácter de parte a los emplazados que se den por citados como si del recurrente o del autor del acto recurrido se tratasen, es necesario que los actos destinados a su emplazamiento estén revestidos de una formalidad tal que les garantice que el proceso no se realizará a sus espaldas.

Al ser ello así, la Sala, aun cuando el control concentrado de la constitucionalidad de los actos normativos de rango legal es objetivo, no niega que en él se controvierten

situaciones subjetivas, lo cual amerita que el régimen de citaciones a que alude el párrafo 12 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sea entendido a cabalidad del concepto; pero no existiendo en dicho texto normativo un precepto que regule la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados en darse por citados en los recursos de nulidad, la Sala, con base en lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 19 *eiusdem*, aplica analógicamente a dicha fase lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

*I.I) Consideraciones en torno al cartel de emplazamiento.-*

Como se indicó, la fase de emplazamiento a los interesados en darse por citados mediante cartel es una carga del recurrente, de manera que sólo a instancia de parte es que se inicia dicha fase; sin embargo, siendo el primer acto de la fase la *libración* del cartel ello ha conllevado a la incorrecta *praxis* procesal de que se libre sólo cuando el recurrente lo solicite. Es decir, el cartel de emplazamiento no tiene fecha cierta a pesar de que se trata de un acto de la Sala.

Ahora bien si se analiza que, conforme los incisos 1 y 2 del Capítulo II del fallo N° 1645/2004, el plazo de diez (10) días que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia le atribuye a los emplazados para que se den por citados es también el estatuido para que tanto los ya citados como los notificados acudan a la Sala para informarse sobre la realización del acto público y oral, plazo que se computa -el de los diez (10) días- a partir de que consten en autos haberse efectuado todas las citaciones y las notificaciones ordenadas así como publicado el cartel de emplazamiento -para el caso de que se haya ordenado su expedición-, se llega a la conclusión de que la ausencia de fecha cierta del cartel de emplazamiento eclosiona todo el *iter* procedimental. Por tanto, visto que de los cuatro actos que componen la fase de emplazamiento mediante cartel la *publicación* y la *consignación* son los únicos que cuentan con plazos para su cumplimiento y, por tanto, gozan de fecha cierta: el plazo para la publicación esta Sala, en su decisión N° 1795/2005, lo fijó en quince (15) días hábiles contados a partir de la expedición; mientras que el plazo para la consignación del cartel la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo pautó para dentro de los tres (3) días siguientes a la publicación, la Sala estima pertinente disponer, lo siguiente:

**1) LA LIBRACIÓN DEL CARTEL DE EMPLAZAMIENTO.**

En su decisión N° 1795/2005, la Sala estableció que si el recurso de nulidad se interpone con alguna petición cautelar el pronunciamiento de la admisión y del proveimiento cautelar le corresponde a la Sala; en caso contrario, al Juzgado de Sustanciación. Al ser ello así, y visto que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no establece expresamente un plazo para que la Sala emita decisión, con base en el cual se determine cuándo el fallo ha sido dictado dentro o fuera del plazo y, por tanto, si es necesario notificar o no al recurrente porque se entiende a derecho, se declara:

**A.1)** Para el supuesto de que haya sido la Sala la que admitió el recurso de nulidad en dicho fallo siempre se ordenará la notificación del recurrente con el resto de las citaciones y notificaciones de rigor. Tales trámites siempre le corresponderán al Juzgado de Sustanciación salvo señalamiento expreso en contrario de la sentencia de admisión;

**A.1.1)** Una vez recibido el expediente por el Juzgado de Sustanciación, éste librará de oficio el cartel de emplazamiento a los interesados en participar en el recurso de nulidad dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a que conste en autos mediante diligencia del alguacil haberse efectuado la notificación del recurrente en el domicilio procesal;

**A.1.2)** En el supuesto de que el domicilio procesal del recurrente se halle en el interior del país, el Juzgado de Sustanciación gestionará la notificación mediante comisión librada a cualquier autoridad judicial del domicilio procesal del recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil. En este escenario, el Juzgado de Sustanciación librará de oficio el cartel de emplazamiento a los interesados en participar en el recurso de nulidad dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a que se reciba en autos la comisión donde conste haberse efectuado la notificación; o dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a que conste en autos la primera actuación procesal de la parte recurrente, lo que suceda primero;

**A.1.3)** En caso de que el recurrente no haya señalado domicilio procesal el Juzgado de Sustanciación lo notificará mediante cartel pegado a las puertas de la Secretaría de la Sala. En este supuesto, dicho Juzgado tendrá por notificado al recurrente vencido el lapso de diez (10) días de despacho siguientes a haberse estampado el cartel a las puertas de la Secretaría, y librará de oficio el cartel de emplazamiento dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento de aquél; o dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a que conste en autos la primera actuación procesal de la parte recurrente, lo que suceda primero;

**A.1.4)** Para el supuesto de no que se logre la notificación del recurrente a pesar de haber señalado domicilio procesal, y a su vez éste no realice actuación procesal alguna en el período de un año, el Juzgado de Sustanciación remitirá las actuaciones procesales a la Sala para el pronunciamiento correspondiente.

Visto que el párrafo cuarto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sí establece un lapso de tres (3) días de despacho para que el Juzgado de Sustanciación se pronuncie sobre la admisibilidad del recurso, lo que permite determinar cuándo el fallo ha sido dictado dentro o fuera del plazo y, por tanto, si es necesario notificar o no al recurrente porque se entiende a derecho, la Sala dispone:

**B.1)** Para el supuesto de que la admisión del recurso haya sido realizada por el Juzgado de Sustanciación dentro del plazo correspondiente no se ordenará la notificación de la parte recurrente;

**B.1.1)** En la misma oportunidad de la admisión se librará de oficio el cartel de emplazamiento, de manera que la fecha cierta del cartel será la del auto de admisión;

**B.2)** Para el supuesto de que la admisión del recurso haya sido realizada por el Juzgado de Sustanciación fuera del plazo correspondiente se ordenará la notificación del recurrente con el resto de las citaciones y notificaciones de rigor. En este escenario, el Juzgado de Sustanciación tramitará la notificación del recurrente de la forma a que se contraen los incisos **A.1.1**, **A.1.2**, **A.1.3** y **A.1.4**, según sea el caso correspondiente.

## **2) DEL RETIRO, LA PUBLICACIÓN Y LA CONSIGNACIÓN DEL CARTEL DE EMPLAZAMIENTO.**

Visto que se trata de una fase destinada a lograr la citación de los interesados en los términos establecidos en esta sentencia, a este acto procesal se le aplica analógicamente lo dispuesto en el artículo 267 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia:

**2.A)** La parte recurrente cuenta con un lapso de treinta (30) días de despacho para *retirar, publicar y consignar* el cartel de emplazamiento. Dicho plazo se computará a partir del vencimiento del lapso de tres (3) días de despacho con el que cuenta el Juzgado de Sustanciación para *librar* el cartel, o desde la fecha de la admisión del recurso en el supuesto del inciso **B.1.1** de la presente sentencia.

De esta forma se amplía el lapso que esta Sala, en la decisión N° 1795/2005, le atribuyó a la parte recurrente para publicar el cartel de emplazamiento, y sigue teniendo operatividad el párrafo 12 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que le establece al recurrente la carga de *consignar* en actas, dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a la publicación del cartel, un ejemplar de éste publicado en prensa.

**2.B)** Si la parte recurrente no *retira, publica y consigna* el cartel de emplazamiento dentro del lapso de treinta (30) días de despacho, el Juzgado de Sustanciación declarará la perención de la instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil y ordenará el archivo del expediente.

**2.B.1)** Si la parte recurrente no consigna un ejemplar del cartel publicado en prensa dentro del lapso de tres (3) días de despacho siguientes a su publicación, así no se haya vencido el lapso de treinta (30) días de despacho a que alude los incisos **2.A** y **2.B** de este fallo, el Juzgado de Sustanciación declarará desistido el recurso y ordenará el archivo del expediente de conformidad con el párrafo 12 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

### *I.II) Consideraciones en torno al edicto de emplazamiento.-*

Respecto al edicto de emplazamiento a los interesados en oponerse a una medida cautelar de inaplicación debe señalarse que si la parte recurrente ha logrado que el Tribunal desaplique, de manera excepcional, una norma que se presume válida, es necesario al menos que se den ciertas garantías a quienes pudieran tener algo que aportar con ánimo de restablecer la aplicación del dispositivo legal afectado. Para ello se ordena la notificación de los órganos estatales que tengan relación con el asunto (en este caso, Asamblea Nacional, Procuraduría General de la República y Fiscal General de la República), así como la notificación por edicto en prensa de cualquier otra persona, pues, siendo una medida de alcance general es obvio que su control debe estar también en poder de la colectividad.

En efecto, nuestro sistema de control de la constitucional de las leyes permite a cualquier interesado la acción para impugnarlas por violación del Texto Fundamental, recurso en el cual podrán esos mismos interesados (en principio, todo ciudadano) añadir

una pretensión de tutela anticipada que consista en la desaplicación de la norma denunciada como irrita. La medida cautelar, de ser acordada, podría tener efectos *erga omnes*, como sucedió precisamente en el caso de autos.

En un sistema así es necesario entonces que se les conceda a los interesados la misma apertura que se le dio a los recurrentes. De allí que resulte contrario a la coherencia del sistema de control el que la Sala ordene la desaplicación de un determinado dispositivo legal sin que la colectividad tenga posibilidad de plantear argumentos en contra de esa medida que la Sala juzgó acertada, pero que podría enfrentar objeciones razonadas.

Por ello, resulta indudable que si se libra un edicto de emplazamiento debe ser con un propósito que debe ser alcanzado. De lo contrario se estaría reconociendo la inutilidad del mandato contenido en el auto que acuerda la medida cautelar. Aceptar la intrascendencia de la orden de publicación del Edicto implicaría que nada importa si el recurrente publica o no el Edicto, lo que es en extremo grave si se toma en cuenta que es una carga para él (incluso su pago), quien es precisamente uno de los beneficiarios de la medida preventiva (la cual, si bien de alcance general, es obvio que surge del análisis de su demanda y de la exposición acerca del *periculum in mora* presente en el caso).

Por ello, estima la Sala que no puede tolerarse que sea el recurrente, con su inactividad, el que tenga en sus manos la posibilidad de que los interesados acudan ante la Sala a exponer su criterio sobre el mantenimiento de la medida cautelar, sino que debe procurarse que la carga procesal que se le ha impuesto se satisfaga y, en consecuencia, se alcance el fin perseguido con la orden de publicación. Por algo incluso se trata de una publicación que debe efectuarse en un diario de los de mayor circulación nacional. Es evidente la intención de ampliar al máximo el número de personas que tengan acceso a la información sobre el plazo para oponerse a la medida cautelar.

En ese sentido, la consignación en autos de un ejemplar del edicto publicado en prensa es la vía para tener constancia de que la carga procesal fue efectivamente satisfecha, a semejanza de lo dispuesto el párrafo 12 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual:

“En el auto de admisión se ordenará la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto; al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, el cual deberá consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. Asimismo, cuando fuere procedente, en esa misma oportunidad, se podrá ordenar la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un (1) diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. **El recurrente deberá consignar un (1) ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los tres (3) días siguientes a su publicación; el incumplimiento de esta obligación se entenderá que desiste del recurso, y se ordenará el archivo del expediente**” (resaltado añadido).

La previsión contenida en el párrafo transcrito obedece a una necesidad: la de comprobar que el cartel ha sido publicado y, por tanto, que el llamado se ha hecho correctamente. Claro está, lo que no puede la Sala, en un caso como el de autos, es sancionar al recurrente con el *archivo del expediente* en caso de que no se cumpla la carga impuesta; sin embargo, sí puede la Sala establecer una consecuencia jurídica al incumplimiento de esa carga procesal como lo sería condicionar la vigencia de la medida acordada al evento de que el recurrente dé satisfacción a su deber de publicación en prensa del *edicto* (y consignación de un ejemplar ante el Tribunal), pues con ello no se da por terminado el caso (archivo del expediente), sino que decae una medida cautelar que de por sí era excepcional.

En efecto, la medida cautelar es una excepción al principio general según el cual los actos estatales se presumen válidos. Como excepción, requiere de ciertos extremos que el solicitante debe llenar y la Sala valorar. Ello explica que pueda ser acordada con apenas un análisis preliminar del caso y sin oír a la otra parte ni a los interesados.

Ahora bien, es necesario en un Estado de Derecho que aunque sea con posterioridad se escuche la opinión de quienes, en su momento, no fueron llamados ni oídos. Como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia nada dispone al respecto, la Sala ha optado por recurrir al artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, que en concreto dispone:

**“Artículo 602.- Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguientes a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.**

Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos.

En los casos a que se refiere el artículo 590, no habrá oposición, ni la articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida como se establece en el artículo 589” (resaltado añadido).

El transcrito artículo 602 del Código de Procedimiento Civil nada dispone acerca de la necesidad de un Edicto, sino sólo acerca de la citación de la contraparte contra la que obra la medida, lo que se explica por la naturaleza del proceso civil. Por supuesto, trasladada la disposición de ese artículo 602 al ámbito de los procesos constitucionales iniciados por acción popular contra normas (mandatos generales y abstractos), que podrían provocar medidas cautelares de alcance también general, resulta obvia la necesidad de llamar no sólo a la contraparte (autor del acto), sino a cualquier otro interesado. Por ello, aunque la Sala invoca el Código de Procedimiento Civil para regir la fase de oposición a la medida cautelar, lo cierto es que se le hacen las adaptaciones pertinentes.

En fin, resulta una obligación del recurrente publicar el Edicto de emplazamiento y, además, consignarlo en autos como única forma de determinar su satisfacción. Así como el Alguacil del Tribunal consigna en autos las boletas de notificación para dejar constancia de su práctica, lo mismo debe exigirse del recurrente. En caso de que el accionante

no retire, publique y consigne en autos el *edicto* correspondiente en los términos y plazos que esta Sala estableció para librar, retirar, publicar y consignar el *cartel* de emplazamiento, la Sala levantará la medida ya que no puede mantenerse una suspensión de efectos de una norma si los destinatarios no han podido controlarla debidamente. El levantamiento de la medida cautelar no representa entonces una sanción para el accionante inactivo, sino la consecuencia jurídica al incumplimiento de una carga procesal. Es, en otras palabras, la materialización de una garantía básica del proceso (la del control de las decisiones). Sin ese debido control, la situación respecto de la norma impugnada debe ser la ordinaria: es decir, el mantenimiento de sus efectos hasta tanto exista sentencia definitiva. Así se decide.

*I.III De los efectos en el tiempo de esta decisión.-*

Visto el contenido de este fallo se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, así como su reseña en la página *web* de este Tribunal y su divulgación mediante cartel pegado a las puertas de la Secretaría de esta Sala; sin embargo, el contenido de esta decisión se aplicará desde el momento mismo de su publicación por la Secretaría de esta Sala. No obstante, en las causas iniciadas con anterioridad a su publicación por dicha Secretaría el Juzgado de Sustanciación notificará a los recurrentes del contenido de esta decisión y de sus consecuencias jurídicas, y les advertirá que se les aplicará, según la etapa en que se encuentre en sus expedientes la fase de emplazamiento mediante cartel, el contenido de este fallo una vez que conste en autos haberse efectuado sus notificaciones. Así se decide.

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

**TSJ-SC (1048)**

**18-5-2006**

Ponencia Conjunta

Caso: Acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en contra de la Asamblea Nacional, “por cuanto aún no han remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana al Presidente de la República Bolivariana para que se proceda a su promulgación en la *Gaceta Oficial*”.

**La Sala Constitucional declara la inconstitucionalidad por omisión legislativa de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el denominado Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por dicha instancia legislativa en el año 2003, que no fuera finalmente promulgado.**

Para regular transitoriamente el gobierno del Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Justicia, en ejecución del artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela dictó el 2 de agosto de 2000 la **Normativa sobre Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial**, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.014 del 15 de agosto de 2000. En ese instrumento jurídico incluyó una norma que señala:

*“La Dirección Ejecutiva de la Magistratura iniciará su funcionamiento efectivo el día primero de septiembre del año dos mil. Conforme a las previsiones contenidas en los artículos 22 y 28 del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, en la indicada fecha de iniciación del funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, cesará en las funciones que correspondían al extinto Consejo de la Judicatura en su Sala Plena y en su Sala Administrativa las cuales ha venido desempeñando de acuerdo a lo establecido en dicho decreto. La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, reorganizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, solo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”.*

Por otra parte, tanto el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como el artículo 30 de las **‘Normas sobre Gobierno del Poder Judicial’** dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia se desprende que:

A) La Jurisdicción Disciplinaria Judicial estará a cargo de los Tribunales disciplinarios que determine la Ley.

B) El Régimen Disciplinario de los Jueces incluyendo al de los Magistrados se basará en el Código de Ética del Juez, que dictará la Asamblea Nacional.

C) El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la Ley.

D) El ejercicio de tales atribuciones con base a la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia, en Pleno, ha coadyuvado a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura; y

E) La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, reorganizada mediante el régimen jurídico que regula su actuación y conjuntamente en la forma como lo ha preescrito el Tribunal Supremo de Justicia a través de las decisiones relacionadas con el presente caso, actualmente sólo tiene a su cargo funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación que de cumplimiento al imperativo normativo constitucional y se crean los tribunales disciplinarios correspondientes.

#### **De la composición parlamentaria, los procedimientos legislativos y los anteproyectos de código considerados**

Esta Sala pasa a considerar el alcance de la actividad parlamentaria, con motivo de la solicitud de declaratoria de la presunta inconstitucionalidad por omisión legislativa, ante la recomposición que se ha producido en el órgano parlamentario.

En primer término, **es menester analizar la variación que ha tenido la composición de la Asamblea Nacional**, como órgano del Poder Público, en lo que respecta a las diputadas y los diputados que hoy en día integran el órgano parlamentario, resultante del proceso electoral celebrado para la escogencia de los legisladores nacionales.

En segundo término, es necesario determinar **la vigencia del procedimiento legislativo** iniciado por la Asamblea Nacional y en consecuencia la propia subsistencia de los proyectos de código de ética judicial que han sido asumidos por el órgano legislativo, a saber: 1- el Anteproyecto de Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezuela, presentado por el Tribunal Supremo de justicia en el año 2001 y 2- el Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por la Asamblea Nacional en el año 2003.

En relación con el primer aspecto, **esto es la nueva integración parlamentaria de la Asamblea Nacional**, esta Sala considera que por el hecho de haber tenido una recomposición política el órgano parlamentario nacional, eventualmente puede plantearse alguna interrogante relacionada con la continuidad o no de los procedimientos legislativos que se hubieren iniciado durante el ejercicio legislador anterior pero que no hayan tenido la culminación satisfactoria, es decir la entrada en vigencia, ya sea por medio de la vía ordinaria (promulgación dada por el Presidente de la República y la correspondiente publicación en *Gaceta Oficial*; artículo 215 de la Carta Magna) o la extraordinaria (a instancia de la Directiva de la Asamblea Nacional; artículo 216 del texto Fundamental).

Desde el punto de vista institucional la Asamblea Nacional mantiene su continuidad como órgano del Poder Público y ello se deriva de lo dispuesto en la normativa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual determina entre otros aspectos su integración, competencias, condiciones de elegibilidad de los diputados y diputadas, inmunidad parlamentaria y el procedimiento de la formación de las leyes.

Luego, a juicio de esta Sala estima que la Asamblea Nacional mantiene incólume su responsabilidad de legislar sobre la materia ético-judicial, toda vez que mantiene su plenitud como órgano legislativo nacional y además porque la norma constitucional (artículo 267) como la Disposición Transitoria *Cuarta.5* mantienen su plena vigencia. **Así se declara.**

En cuanto al segundo aspecto, **esto es la relación con la vigencia del procedimiento legislativo**, esta Sala estima necesario determinar la subsistencia o no de de la actividad parlamentaria referida a este punto, teniendo en cuenta la culminación del mandato otorgado a los anteriores legisladores y el imperativo constitucional vigente, contenido tanto en el artículo 267 de la Carta Magna como en la Disposición Transitoria *Cuarta 5*.

En efecto, la omisión legislativa está relacionada con el procedimiento que iniciara el Poder Legislativo Nacional pero que no culminó con la entrada en vigencia del referido Código de Ética. Tal falta de cumplimiento es atribuible al ejercicio legislativo antecedente y no a la actual legislatura, en consecuencia, a juicio de la Sala Constitucional se puede afirmar que ha operado un **decaimiento del procedimiento legislativo** y por tal motivo no se puede trasladar dicha responsabilidad por omisión al cuerpo legislador actualmente en ejercicio, pero sí se mantiene la obligación de darle a la sociedad el instrumento jurídico necesario. **Así se declara.**

Producto de las consideraciones anteriores esta Sala estima que las iniciativas legislativas anteriores, es decir, el Anteproyecto de Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezuela, presentado por el Tribunal Supremo de Justicia en el año 2001 y el Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por la Asamblea Nacional en el año 2003, han dejado de tener validez formal por cuanto no concluyeron con la entrada en vigencia, de cualesquiera de ellos, de acuerdo a lo establecido en la Carta Magna antes de que se produjera la culminación del mandato otorgado a la anterior Asamblea Nacional. **Así se declara.**

#### **De la labor de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y del Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos**

En virtud de las decisiones adoptadas por esta Sala Constitucional mediante sentencias N° 1057, de fecha 01 de junio de 2005; N° 1793, de fecha 19 de julio de 2005 y N° 2713 de fecha 12 de agosto de 2005, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial ha venido desarrollando su labor en atención a los lineamientos contenidos en las decisiones antes indicadas.

En primer término se han adoptado las medidas de carácter administrativo que han permitido la reorganización de la Comisión, con el fin de materializar de manera efectiva la labor disciplinaria judicial que le ha sido encargada a este órgano de origen supraconstitucional.

En segundo lugar, se han producido las modificaciones necesarias y pertinentes que han permitido la realización de procedimientos disciplinarios atendiendo en todo momento al espíritu, propósito y razón del constituyente, cuando señala en el artículo 267 de la Carta Magna que tales juicios han de ser públicos, orales y breves.

En este sentido, se publicó en fecha 02 de agosto de 2005 en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.241 la Resolución por la cual se aprobó el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Posteriormente, en fecha 18 de noviembre de 2005 se publicó en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.317 la Resolución por la cual se aprobó el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. (Reimpreso por error material del ente emisor).

Igualmente, el organismo ha dictado las medidas necesarias, con el fin de reorganizar administrativamente el funcionamiento de la institución y en tal sentido ello ha permitido a los justiciables, esto es los jueces y juezas de la República contar con mayor información y certeza al momento de ejercer su derecho a la defensa, al tiempo que permite consolidar aspectos inherentes al concepto del *debido proceso*. En este sentido se han elevado los niveles de seguridad jurídica y de transparencia que deben caracterizar el trabajo de la Comisión.

En este sentido se señala como resultados de la gestión desempeñada: la creación de la *unidad de archivo* del organismo; la instauración de los mecanismos de consultas de *expedientes*; el acondicionamiento físico necesario para efectuar la consulta por parte de los jueces y juezas; la puesta en funcionamiento de las instalaciones destinadas a los

juicios orales y la puesta en marcha de la secretaría de la comisión como una unidad autónoma que brinde todo el soporte necesario para el cabal y efectivo desarrollo de las labores encomendadas a la Comisión.

También se desprende del Informe de Gestión presentado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la elaboración del **Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos**, cuya realización le fue encomendada mediante solicitud contenida en la parte dispositiva de la decisión adoptada por esta Sala bajo el N° 1793, de fecha 19 de julio de 2005.

Examinado como ha sido el Anteproyecto antes señalado, esta Sala observa lo siguiente:

Que el contenido del referido Anteproyecto guarda relación directa con las disposiciones fundamentales de la Carta Magna al establecer los juicios orales, públicos y breves, que han de conformar la denominada *Jurisdicción Disciplinaria*.

Que el referido Anteproyecto permite el ejercicio equilibrado de la actividad disciplinaria, tanto para el Sistema judicial, por órgano de los futuros tribunales disciplinarios, como para los destinatarios naturales de esta normativa, esto es los jueces y juezas de la República.

Sin embargo, este Anteproyecto de Código ha superado la concepción que tuvieron los anteriores instrumentos llevados a la Asamblea Nacional. En efecto este Anteproyecto materializa la llamada **visión sistémica** que se le da en la Constitución de 1999 a la **administración de justicia**, ya que adopta el concepto del llamado **Sistema Judicial**. De esta manera el anteproyecto elaborado por la comisión adopta el paradigma del Sistema y luego, a través de la descripción que brinda en la Exposición de Motivos y el consiguiente desarrollo del articulado se pueden observar transformaciones interesantes que pueden llegar a determinar significativamente al aparato judicial en cuanto al desempeño de los intervinientes en el acto judicial.

En primer término el Anteproyecto consagra la figura del llamado **fuero de atracción por omisión** y ello representa una propuesta realmente significativa ante la reiterada inaplicación de los procedimientos disciplinarios que se establecen en diferentes fueros especiales disciplinarios que regulan el desempeño ético de los profesionales que eventualmente puedan intervenir en procesos judiciales.

En este orden de ideas, señala la Exposición de Motivos del **Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos**, lo siguiente:

*“La Carta Magna en el artículo 253, Sección Primera, Disposiciones Generales, del Capítulo III, Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia del Título V, De la organización del Poder Público Nacional, determina la concepción sistémica del orden judicial en los siguientes términos:*

*‘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 los abogados autorizados y abogadas autorizadas para el ejercicio.** (Énfasis añadido).

Mientras que el artículo 267 Sección Tercera Del gobierno y de la administración del Poder Judicial; Capítulo III Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia; Título V De la organización del Poder Público Nacional, ordena la existencia de la denominada Jurisdicción Disciplinaria, de la siguiente manera:

*“Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.*

**La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.** (Énfasis añadido).

**El régimen disciplinario de los magistrados o magistrados y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El Procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.** (Énfasis añadido).

Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales”.

A partir de la visión constitucional antes señalada el Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos determinó el objeto y ámbito de su aplicación.

Dentro de la concepción antes aludida los órganos de la jurisdicción con competencia en la materia disciplinaria tienen a los jueces y juezas de la República como destinatarios naturales de la normativa desarrollada, con aplicación preferente para éstos, pero ante la omisión de los demás fueros especiales disciplinarios se abre la posibilidad de que los órganos previstos en este Código puedan ejercer su potestad disciplinaria sobre el resto de los intervinientes en el proceso judicial y en tal sentido es responsabilidad de éste **fuero de atracción por omisión**, velar por el mantenimiento y preservación de la confianza pública en el Sistema Judicial.

En el contexto antes indicado, es responsabilidad de los órganos integrantes del Poder Judicial y deber de todos aquellos intervinientes que concurren a los órganos jurisdiccionales realizar y practicar las actuaciones que contribuyan con el mantenimiento de la disciplina judicial y el debido desempeño ético y profesional. Ahora bien, ante la inobservancia de los principios éticos y el incumplimiento de los deberes inherentes al

ejercicio de la función judicial, los órganos de la jurisdicción disciplinaria judicial tienen la misión de determinar las responsabilidades a que hubiere lugar y la aplicación de sanciones a los jueces y juezas.

Dada la trascendencia de la justicia para la sociedad y el valor que ella tiene para la convivencia social, es necesario preservar la confianza pública en los operadores naturales del aparato judicial, es decir los jueces, pero también es determinante que el resto de los intervinientes en el proceso judicial puedan ser sujetos de revisión disciplinaria cuando su conducta haya comprometido la buena marcha y el decoro de la institucionalidad judicial". (Véase: **Exposición de Motivos del el Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos. Elaborado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y presentado ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el día 30 de enero de 2006**).

En este orden de ideas la doctrina extranjera ha señalado en relación con los fueros especiales de juzgamiento, en este caso para los parlamentarios, lo siguiente:

*“La Constitución prohíbe jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas... Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre las que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado...*

*En efecto, tanto los Juzgados centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y Funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales ‘ordinarios’ y así ha sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe (de 16 de Octubre de 1986) sobre el caso Bárbera y otros...”.*

(Véase: *El Juez Natural de los Parlamentarios*, Fernández-Viagas Bartolomé, Editorial CIVITAS, Madrid-España, Año 2000; p. 68).

Como se desprende de la lectura de los textos antes citados puede evidenciarse el interesante planteamiento que hace el Anteproyecto de Código elaborado por la Comisión atendiendo a lo dispuesto en el artículo 267 del Texto Fundamental, en lo que respecta a su potestad de juzgamiento y el alcance que tendrían los órganos disciplinarios judiciales en caso de consagrarse dentro del ordenamiento jurídico venezolano la figura del **fuero de atracción por omisión**.

Por último, esta Sala reafirma su facultad de juzgamiento para la determinación de la solicitud de autos, indicando los aspectos normativo-constitucionales más relevantes para el presente caso.

En efecto, el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

*“El Tribunal Supremo de Justicia garantiza la supremacía de las normas y la Constitución.*

*El Tribunal Supremo de justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará*

*por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”. (Destacado de la Sala).*

Por su parte el artículo el artículo 336 numeral 7, de la Constitución establece que esta Sala tiene, entre sus competencias, la de:

*“declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesarios, los lineamientos de su corrección” (Destacado de la Sala).*

En vista de todo lo expuesto, la Sala considerando cumplidos los objetivos de la declaratoria de esta omisión constitucional, decide:

### DECISIÓN

En atención a las consideraciones precedentemente expuestas la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, pasa a dictar los siguientes pronunciamientos:

**1.- Confirma la competencia** para decidir la presente solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el denominado Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por dicha instancia legislativa en el año 2003.

**2.- Declara** la inconstitucionalidad por omisión legislativa de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el denominado Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por dicha instancia legislativa en el año 2003, que no fuera finalmente promulgado.

**3.- Fija** un período de un año para que la Asamblea Nacional realice las consultas necesarias con todos los sectores del país, dada la trascendencia de la materia ético-judicial y así se de efectivo cumplimiento al espíritu del artículo 211 constitucional. Durante ese año la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dará la mayor difusión posible a los temas relacionados con la **Disciplina Judicial**, a los fines de informar a la comunidad y a las instituciones del Estado, así como a todos los sectores públicos o privados sobre el desempeño de la comisión y los alcances que supone la denominada **Jurisdicción Disciplinaria**.

**4.- Exhorta** a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial prestar toda su asesoría y cooperación a la Asamblea Nacional con el fin de desarrollar en armonía el trabajo legislativo que permita la sanción y puesta en vigencia del futuro código disciplinario judicial, dentro del espíritu que prevé el artículo 136 constitucional de colaboración entre los órganos del Poder Público.

**5. Exhorta** a la Asamblea Nacional considerar debidamente el **Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos**, elaborado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

**6.- Ratifica** como miembros principales de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial a los ciudadanos Rosa Da'Silva Guerra, Belkys Useche de Fernández y Octavio Sisco Ricciardi, siendo este último quien la presidirá.

**7.- Designa** como miembros suplentes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, a los ciudadanos Indira Pérez, Zhaydee Portocarrero y Flor Montell, titulares de las cédulas de identidad números 9.477.481, 10.789.807 y 11.310.614, respectivamente.

**8.- Ordena** a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial continuar la labor desarrollada por este órgano de carácter supraconstitucional, a los fines de asegurar la aplicación de la potestad disciplinaria judicial, hasta tanto sea aprobado y entre en vigencia el futuro código de ética judicial.

**9.- Deja sin efecto** la medida cautelar dictada por esta Sala mediante decisión N° 2713 del 12 de agosto de 2005.

**10.- Ordena** publicar en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* la presente decisión.

**11.- Remitir** Copia de la presente decisión a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

**12.- Remitir** Copia de la presente decisión a la Asamblea Nacional.

**13.- Notificar** la presente decisión a la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia.

3. *Acción de Amparo Constitucional: Competencia*

**TSJ-SPA (1025)**

**26-4-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Isabel C. Marques de Carvalho vs. Administración Tributaria de la Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda (SEMAT).

**La Sala Político Administrativa reitera que la competencia para conocer de las apelaciones relativas a Amparos Constitucionales en Materia Tributaria corresponde a la Sala Constitucional (Vid. Sentencias del 30 de octubre de 2001, Caso: Weplanst C.A. y 19 de agosto 2002, Caso: Emilio Guerra Betancourt).**

# ÍNDICE



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

### -A-

Acción de Amparo. 284  
Acción de Amparo. Competencia. 284  
Actos Administrativos. 229  
Actos Administrativos. Vicios. 232  
Actos de Autoridad. 229  
Administración Pública. Responsabilidad patrimonial. 120

### -C-

Consejo Nacional Electoral. 211  
Consejo Nacional Electoral. Rectores. Antejucio de Merito. 211  
Constitución. Interpretación. 118  
Contencioso Administrativo de Interpretación. 233

- Admisibilidad. 235
- Competencia. 233

Contencioso Administrativo Especial. 237  
Contencioso Administrativo Funcional. Pretensiones. 250

- Pago de Salarios caídos. 254
- Prestaciones Sociales. Reclamo. Lapso de caducidad. 250

Contencioso Administrativo Tributario. 237  
Control Concentrado de la Constitucionalidad. 255

- Acción de Inconstitucionalidad. Emplazamiento de los interesados. 268
- Decisión in limine de anulación de reediciones de actos normativos ya anulados. 262
- Exclusión de las sentencias del Tribunal Supremo. 259
- Objeto. 255

Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y órganos del Poder Público. 276  
Cortes de la Contencioso Administrativo. 232

### -D-

Derechos humanos. Delitos de lesa humanidad. 129  
Derechos Humanos. Régimen. 129  
Derechos Individuales. 149  
Derechos Individuales. Derecho a la libertad de conciencia y objeción de conciencia. 149  
Derechos Políticos. 194  
Derechos Políticos. Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional. 194  
Derechos Sociales y de las Familias. 149

### -E-

Expropiación. Expropiación parcial. 220

### -F-

Fuerza Armada Nacional. Derechos. 194

### -G-

Garantías Constitucionales. 141  
Garantía de igualdad ante la Ley. Privilegios y prerrogativas del Estado. 141  
Garantías del debido proceso. Derecho al juez natural. 144

### -I-

Impuestos Municipales. 224

- Impuestos sobre Actividades Económicas. Exclusión. 224

**-O-**

Ordenamiento Jurídico. 118

**-P-**

Poder Electoral. 211

Poder Judicial. Sistema Penitenciario. 204

Poder Público. 197

Prestaciones Sociales. Reclamo. Lapso de Caducidad. 250

**-S-**

Sistema Penitenciario. Rehabilitación del penado. 204

**-T-**

Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario. 237