

#### 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 **CHAVEIRO**, 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**, Henrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PERÉZ 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 **RUGGERI 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 ORDONEZ**, 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: [fejv@cantv.net](mailto:fejv@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.

## ESTUDIOS

### Artículos

- El Juez Constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: EL CASO RCTV*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** ..... 7
- Los Derechos Humanos en los procesos de integración*, por Jesús M. **CASAL H.** ..... 33
- El carácter subjetivo del sistema contencioso administrativo*, por Manuel **ROJAS PÉREZ** ..... 53

## LEGISLACIÓN

### Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el segundo trimestre de 2007*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR**..... 71

### Comentarios Legislativos

- Comentarios sobre la inconstitucional creación de la comisión central de planificación, centralizada y obligatoria*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** ..... 79

## DOCTRINA

### Doctrina Administrativa

- Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el segundo trimestre de 2007*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** ..... 93

## **JURISPRUDENCIA**

### **Información Jurisprudencial**

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): segundo trimestre de 2007</i> , por Mary <b>RAMOS FERNÁNDEZ</b> y Mariane-lla <b>VILLEGAS SALAZAR</b> .....	103
---	-----

### **Comentarios Jurisprudenciales**

<i>Breves notas sobre la renovación de la concesión del dominio público radioeléctrico</i> , por José Ignacio <b>HERNÁNDEZ G.</b> .....	221
---	-----

## **ÍNDICE**

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i> .....	229
--	-----

# ESTUDIOS



## Artículos

### *El Juez Constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: EL CASO RCTV*

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor, Universidad Central de Venezuela  
Adjunct Professor of Law, Columbia Law School (2006-2007)*

**Resumen:** *El Caso Radio Caracas Televisión (RCTV) es uno de los más insólitos que muestra el elenco de decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, durante los últimos años, en contra de la Constitución, del Estado de derecho y de los derechos humanos. En este caso, la Sala Constitucional, de oficio, es decir, sin que parte alguna se lo hubiese requerido y por tanto sin garantizar el debido proceso, decidió confiscar bienes de propiedad privada, asignándoselos “en uso”, sine die, a un ente estatal, con lo que además, aniquiló el medio de comunicación plural televisivo más antiguo del país. Lo grave de la decisión es que una similar no hubiese podido ser dictada ni siquiera por el Legislador y menos por el Ejecutivo, pues hubieran podido ser impugnadas por inconstitucionalidad ante el juez constitucional. En cambio, siendo dictada por el propio juez constitucional, la misma resultó impunemente inimpugnable.*

#### SUMARIO

- I. ANTECEDENTES
- II. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL RENUNCIÓ DELIBERADAMENTE A PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE AMENAZADOS DE SER VIOLADOS POR EL JEFE DE ESTADO Y SUS SUBORDINADOS.
- III. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TAMBIÉN DELIBERADAMENTE RENUNCIÓ A PROTEGER CAUTELARMENTE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE VIOLADOS POR CONATEL.
- IV. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LUGAR DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, PRETENDIÓ SUSTITUIRSE EN LA ADMINISTRACIÓN Y PRETENDIÓ CUBRIRLE DE OFICIO SUS CARENCIAS ARGUMENTALES

*1. El tema del servicio público y las telecomunicaciones. 2. El tema de la reversión en las concesiones. 3. De cómo el juez contencioso administrativo, impunemente, al declarar sin lugar una medida cautelar, resuelve el fondo del asunto planteado.*

V. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN SUPUESTA PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS EN CONFLICTO, RESOLVIÓ INCLUSO DE OFICIO, CONFISCAR LOS BIENES DE RCTV Y ASIGNARLOS EN USO GRATUITAMENTE, SINE DIE, A UNA ENTIDAD DEL ESTADO

1. *La acción intentada para asegurar que la nueva entidad estatal pudiera comenzara a transmitir la señal del Canal 2 después del 27 de mayo de 2007, con cobertura nacional.* 2. *La confiscación de los bienes de RCTV por la fusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”.* 3. *La nueva confiscación de los bienes de RCTV por el juez constitucional, pero esta vez de oficio, y por la misma fusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”, contrariamente a lo que los recurrentes habían solicitado.*

VI. REFLEXIÓN FINAL

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela con la complicidad de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal, en mayo de 2007, de nuevo, en lugar de proteger los derechos constitucionales de las personas, han conspirado como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para secuestrarlos y violarlos. El más alto nivel del Poder Judicial, así, ha lavado y avalado las arbitrariedades gubernamentales cubriéndolas con un velo de judicialidad, tal como ha ocurrido en el caso del cierre de la más importante estación de televisión del país, por cierto crítica al gobierno del Presidente H. Chávez (Radio Caracas Televisión, RCTV).

En ese caso, la conspiración judicial ha tenido por objeto aniquilar la libertad de expresión del pensamiento plural y decretar impunemente la confiscación de bienes de propiedad privada, que ni el Ejecutivo ni el legislador podían hacer por prohibirlo la Constitución (art. 115), en ambos casos, violando expresas disposiciones constitucionales pero con el agravante de que los conspiradores en este caso, han actuado impunemente, porque saben que sus actuaciones no pueden ser controladas.

En efecto, en varias decisiones judiciales dictadas en mayo de 2007, en lugar de controlar las sucesivas arbitrarias e inconstitucionales amenazas y decisiones del gobierno de no renovar la concesión de uso del espacio radioeléctrico que la empresa RCTV tenía desde hace más de medio Siglo, no sólo el Poder Judicial rehusó sistemáticamente efectuar control alguno de las actuaciones del Poder Ejecutivo, sino que como dócil instrumento del gobierno, validó el cierre del canal de televisión, avalando el atentado que ello significó a la libertad de expresión y, además, como la entidad estatal (Fundación TEVES) que creó el gobierno para sustituir a RCTV no estaba en capacidad de transmitir efectivamente una señal de televisión con cobertura nacional, decidió, incluso en un caso, de oficio, y peor, que como si fuera gobierno arbitrario, confiscar los bienes de la empresa RCTV que cesaba en su actividad; asignándoselos “en uso temporal” indefinido y gratuito a la entidad oficial que comenzó a transmitir la señal de televisión en el mismo espacio radioeléctrico.

Para entender semejante atropello a la Constitución y a los derechos constitucionales de RCTV, cometido por el órgano judicial encargado de garantizar su supremacía, es conveniente hacer referencia a los antecedentes del caso, así como a las acciones judiciales que se intentaron buscando infructuosamente la respuesta del Poder Judicial en protección de legítimos derechos constitucionales que en este caso habían sido violados.

I. ANTECEDENTES

Las actividades privadas en materia de telecomunicaciones, en especial de las audiovisuales, se realizan en Venezuela conforme a un régimen jurídico que regula tanto las activi-

dades de telecomunicaciones en sí mismas, como el uso de bienes del dominio público, cuando ello se requiera para la realización de aquellas. En ambos casos, las transformaciones del mundo contemporáneo en la materia, han provocado una evolución de dicho régimen jurídico de las telecomunicaciones que se ha caracterizado por las siguientes orientaciones:

En cuanto a la **regulación de las actividades de las telecomunicaciones** en sí mismas, el régimen jurídico de las mismas, en las últimas décadas, muestra una evolución en cuanto al grado de intervención del Estado, que ha pasado de constituir una actividad que hasta el último tercio del Siglo XX siempre y en general había sido considerada como una **actividad reservada al Estado**, en la mayoría de los casos con la categorización de **servicio público**, y que en algunos casos excluía toda actividad privada en las mismas; a la **actividad de interés general de la actualidad**, en la cual los particulares **tienen derecho** a realizar las actividades, aún cuando sometidos a cierto control por parte del Estado mediante el cual se los autoriza o habilita a desarrollarlas.

En cuanto a la **regulación del uso del dominio público para las actividades de telecomunicaciones** la evolución del régimen relativo a su regulación ha pasado de ser, uno que por ejemplo, sólo se refería a la utilización del dominio público terrestre, aéreo y marítimo para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la instalación de cables (subterráneos, aéreos y marítimos); a la regulación contemporánea adicional, del **uso del bien del dominio público denominado espectro radioeléctrico para transmitirlos por ondas**.

El cambio efectuado en relación al régimen de las actividades de telecomunicaciones ocurrió en Venezuela con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 que estableció el principio de la libertad económica de las telecomunicaciones, eliminando la reserva de las mismas que antes tenía el Estado e incluso la misma denominación de “servicios públicos” de las mismas que disponía la vieja Ley de Telecomunicaciones de 1941.

Conforme a la nueva Ley, las actividades relativas a las telecomunicaciones pasaron entonces de ser actividades públicas que estaban reservadas al Estado, a actividades privadas realizadas por los particulares en ejercicio del derecho a la libertad económica (Art. 112 de la Constitución), en concurrencia con el Estado. En otros términos, incluso si algunas de dichas actividades de telecomunicaciones pudieran considerarse como servicios públicos, lo importante es que no se trata de servicios reservados al Estado los cuales, por tanto, pueden ser desarrollados libremente por los particulares, sujetos sólo a autorizaciones o habilitaciones administrativas. En realidad, la Ley Orgánica sólo estableció una reserva al Estado que ha quedado reducida a “los servicios de telecomunicaciones para la seguridad y defensa nacional” (Art. 8).

Tratándose entonces en general de actividades no reservadas al Estado, el artículo 1º de la Ley Orgánica precisa que el objeto del marco de su regulación es “garantizar el derecho de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes”.

La consecuencia de esta liberalización del régimen de las telecomunicaciones fue la previsión de que para su ejercicio por los particulares, sólo se requiere de la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y, de ser necesaria, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones CONATEL (art. 5). Con ello, se insiste, respecto del régimen de las actividades de telecomunicaciones, la Ley Orgánica eliminó la reserva al Estado y el régimen general de concesiones (salvo por lo que se refiere al uso del dominio público del espectro radioeléct-

trico), sustituyéndolo por un régimen de libertad económica sólo limitada por la naturaleza de las actividades al ser de interés general, exigiéndose la obtención, para su realización, de una autorización administrativa.

Dado el cambio radical del régimen de las telecomunicaciones que pasó de la reserva al Estado, la calificación de las mismas como servicios públicos y su ejercicio mediante concesiones administrativas, hacia un régimen de concurrencia en los que los particulares tienen libertad económica; la calificación de las actividades como de interés general y su ejercicio mediante de habilitaciones o autorizaciones administrativas, condujo a la Ley Orgánica establecer en sus disposiciones transitorias, un régimen de transformación de las antiguas concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registro establecidos en la nueva Ley Orgánica (art. 210), basándose todo el régimen en el principio del respeto de los derechos adquiridos y en la adaptación de las viejas concesiones a la habilitaciones administrativas y concesiones previstas en la nueva Ley.

Esa transformación se reguló en la Ley Orgánica, con carácter obligatorio, y en el procedimiento administrativo para lograrla se hizo participar a los interesados a cuyo efecto fueron llamados a solicitar la transformación de sus títulos jurídicos dentro de un plazo que estableció CONATEL (art. 210,7). Dicho procedimiento, que debía estar regido por los principios de transparencia, buena fe, igualdad y celeridad (art. 210,1), debía necesariamente concluir en el lapso de dos años siguientes a la publicación de la Ley, con un acto administrativo de transformación dictado por CONATEL, en el cual se debía sustituir la concesión o permiso inicial por una habilitación administrativa y concesión conforme a la nueva Ley. La transformación no debía implicar el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que al momento tenían los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos (art. 210,3). La Ley dispuso, además, expresamente, que “mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridas al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos (Art. 210).

Conforme a esta previsión, RCTV solicitó oportunamente la transformación, la cual nunca fue decidida por el Estado, con lo cual siguió operando conforme a su vieja concesión la cual tenía una duración de 20 años, de acuerdo a lo establecido directamente en el Decreto N° 1577 de 27-05-1987 (artículos 4 y 1°), concluyendo el 27-05-2007; oportunidad en la cual RCTV en virtud de la abstención de la Administración de transformar la concesión, tenía el derecho preferente conforme al Decreto 1577, de que se le extendiera la concesión por otro período de 20 años (artículo 2).

El Estado venezolano, sin embargo, por manifestaciones directas del Presidente de la República, del Ministro de la Comunicación e Información, el Ministro de Telecomunicaciones e Informática y de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, desde finales de 2006 difundió en forma pública que RCTV cesaría de transmitir su señal de televisión el día 27 de mayo de 2007, cuando venciera la vieja pero vigente concesión que tenía. Al inicio, la razón de la medida anunciada fue neta y exclusivamente política, lo que era contrario a la Ley, y al final, las amenazas se convirtieron en actos administrativos concretos conforme a los cuales se habría decidido no renovar la concesión a la empresa, porque el Estado había decidido utilizar el espacio radioeléctrico que RCTV tenía asignado desde hace cinco décadas, para establecer una televisión de servicio público estatal. RCTV tenía derecho a la renovación, pues conforme al régimen de liberalización de las telecomunicaciones dispuesto en la Ley Orgánica de 2000, la renovación de los actos de habilitación no es el resultado de decisiones administrativas discrecionales sino regladas, a la cual tienen derecho los titulares de las mismas si se verifican los supuestos para su procedencia.

## II. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL RENUNCIÓ DELIBERADAMENTE A PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE AMENAZADOS DE SER VIOLADOS POR EL JEFE DE ESTADO Y SUS SUBORDINADOS

Ante la arbitrariedad que se venía anunciando, el 9 de febrero de 2007 la empresa RCTV, sus directivos, sus periodistas y sus trabajadores intentaron ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo una acción de amparo contra la amenaza de violación de sus derechos constitucionales por parte del Presidente de la República y el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, al haber declarado pública y reiteradamente, fundándose en motivaciones políticas (todo lo cual llegó incluso a recopilarse y publicarse en un *Libro Blanco* editado en marzo de 2007 por el Ministerio de Telecomunicaciones), la voluntad del Poder Ejecutivo de que a partir del 28 de mayo de 2007, RCTV dejaría de operar como estación de televisión abierta en VHF; amenaza que se consideró inminente, posible e inmediata, y mediante la cual el Jefe de Estado y sus subordinados violaban:

“(i) la libertad de pensamiento y expresión garantizada por el artículo 57 de la Constitución República Bolivariana de Venezuela (...) y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) (ii) el derecho al debido proceso, expresado en el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a ser oído por una autoridad imparcial, garantizado por el artículo 49 de la Constitución y el artículo 8(2) de la Convención Americana y (iii) el derecho a la igualdad y la no-discriminación, garantizado por el artículo 21 de la Constitución y el artículo 24 de la Convención Americana, todo de conformidad con el artículo 27 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales” (...).

La Sala Constitucional, mediante sentencia N° 920, EXP: 07-0197 de 17-5-2007 declaró inadmisibles las acciones, para lo cual comenzó por precisar que en materia de telecomunicaciones, a juicio de la Sala, el órgano competente para pronunciarse en relación a la posible situación jurídica de la concesión que tenía RCTV, respecto del uso y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, era la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), razón por la cual consideró que la acción de amparo resultaba “inadmisibles, toda vez que la lesión no es inmediata, posible y realizable por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías, en lo que respecta a la pretensión dirigida contra su persona como presunto agravante”. La Sala, aquí, incurrió en su primer error de crasa ignorancia sobre las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a las cuales, en forma expresa, la competencia en materia de habilitaciones y concesiones para televisión corresponde al Ministro de Telecomunicaciones.

Ahora bien, reducida la acción de amparo por decisión de la Sala sólo contra el Ministro y Presidente de CONATEL, la Sala Constitucional se refirió a dos actos administrativos dictados por el Ministro el 28 de marzo de 2007, después de que se había intentado la acción, contenidos en la Resolución N° 002 y en el Oficio N° 424, mediante los cuales se habría dado respuesta a la solicitud que había presentado Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el 24 de enero de 2007, en cuanto a la transformación y renovación de su concesión. En el último de dichos actos, el Ministro había indicado (“resuelto”) que:

“la presente comunicación tiene carácter mero-declarativo, esto es, que no crea, modifica o extingue la situación jurídica respecto a la concesión de RCTV que se vence el 27 de mayo de 2007 a las 12 p.m. hora legal de Venezuela, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras, lo cual incluye las frecuencias accesorias otorgadas a nivel nacional para la explotación de la concesión cuya vigencia expira”.

Para la Sala Constitucional, este acto administrativo indicaba que había “cesado la circunstancia generadora de la presunta infracción constitucional en el presente caso”, pues conforme al artículo 6,1 de la Ley Orgánica de Amparo, “para que resulte admisible la acción de amparo es necesario que la lesión denunciada sea presente, es decir, actual”, concluyendo entonces que como:

“el hecho denunciado como lesivo lo constituye una presunta omisión atribuida al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, sin embargo, durante la tramitación del proceso de amparo el presunto agravante produjo la respuesta omitida, por lo que, desde el mismo momento en que se dictó el acto administrativo resolviendo la solicitud planteada, cesó la lesión denunciada por los quejosos”.

En consecuencia, la Sala resolvió en este caso, que había sobrevenido “la causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por haber cesado la presunta infracción constitucional denunciada”. Así, la Sala, deliberadamente, se rehusaba a proteger derechos constitucionales violados.

Pero sin embargo, el juicio no concluyó allí, como era la lógica procesal, que implicaba el archivo del expediente, y la Sala Constitucional, luego de declarar inadmisibile la acción, entró a formular consideraciones que nadie le había solicitado, indicando que en la Resolución N° 002 dictada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, se había determinado:

“declarar terminado el procedimiento administrativo iniciado según la solicitud formulada por Radio Caracas Televisión, en fecha 6 de mayo de 2002, relativa a la transformación de su concesión, por decaimiento del objeto de dicha solicitud. En consecuencia, dicha concesión se mantendrá en vigencia hasta su vencimiento el 27 de mayo de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras”.

Por ello, a propia iniciativa, resolvió informarles a los solicitantes que la vía idónea para accionar en protección de los derechos constitucionales contra actos administrativos, era la acción contencioso administrativa, y como en el caso, RCTV, como era lógico, ya había intentado ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 18 de abril de 2007, el “recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medidas cautelares innominadas ante la referida Sala Político Administrativa el 17 de abril de 2007, contra los actos administrativos contenidos en el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002 dictados por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007”, concluyó que en el caso a RCTV también se aplicaba la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6,5 de la Ley Orgánica de Amparo. Respecto de los demás accionantes se les indicaba que podían “hacerse parte en el mencionado juicio a los fines de tutelar sus derechos e intereses”.

En esta forma, la Sala Constitucional, en un juicio de amparo que se había intentado el 9 de febrero de 2007, sólo vino a decidir sobre su admisibilidad el 17 de mayo de 2007, es decir, tres meses después, habiendo sido su deliberada inacción la que provocaría la sobrevenida de la causal de inadmisibilidad de la acción de amparo. De haberla decidido oportunamente, como se lo imponía la Constitución y los derechos reclamados, no habría habido motivos para declararla inadmisibile.

En todo caso, al declarar inadmisibile la acción intentada contra la amenaza de violación de la libertad de expresión, y la lesión efectiva del derecho al debido proceso y a la defensa, pues se había decidido no renovar la concesión sin procedimiento previo alguno, el juez constitucional, después de ilegítimamente conspirar para provocar el surgimiento de alguna causal de inadmisibilidad, renunció a proteger la libertad de expresión plural en Venezuela.

### III. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TAMBIÉN DELIBERADAMENTE RENUNCIÓ A PROTEGER CAUTELARMENTE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE VIOLADOS POR CONATEL

El 17 de abril de 2007, como se había reseñado en la sentencia antes comentada de la Sala Constitucional, efectivamente, RCTV, sus directivos, sus periodistas y empleados habían interpuesto un recurso contencioso administrativo de anulación con solicitud de amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, contra los actos administrativos contenidos en Resolución N° 002 y Oficio N° 0424 ambas de fecha 28/03/07 dictadas por el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática, antes mencionados, mediante los cuales se había resuelto declarar el decaimiento por falta de objeto de la solicitud formulada por RCTV en 2002, para la transformación de su título de concesión otorgado de acuerdo con la legislación anterior, en los títulos de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones y concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como la desestimación de las solicitudes presentadas por RCTV el 24 de enero de 2007 para la renovación o extensión de la concesión para prestar el servicio de televisión abierta hasta 2027.

Mediante sentencia N° 00763, EXP: 2007-0411, de 23-05-2007 la Sala Político Administrativa admitió “provisoriamente el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado” para entrar a conocer de la solicitud de amparo cautelar que se había formulado conjuntamente con la acción de nulidad, la cual declaró sin lugar, renunciando así la Sala Político Administrativa, también deliberadamente, a proteger los derechos constitucionales que se habían denunciado como violados, y que fueron el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en los artículos 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues con las decisiones recurridas se impedía a los recurrentes difundir libremente ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda mediante las frecuencias asignadas a RCTV, en todo el territorio nacional, así como también se restringía el derecho de expresión, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, lo que está prohibido en el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y además, la violación del debido proceso y de derechos de contenido patrimonial, como la propiedad y la libertad económica.

Esta petición de amparo, tenía por objeto el que la Sala Político Administrativa ordenara al mencionado Ministro, que se abstuviese “de tomar cualquier medida que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional” mientras se decidiera el recurso contencioso administrativo de nulidad y que, además, tomase “todas las medidas necesarias a los fines de que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación”.

Sobre estas peticiones, la Sala Político Administrativa decidió con toda simpleza, como sigue:

Sobre la violación alegada del derecho a la libre expresión del pensamiento, la Sala concluyó que sólo “mientras dure la concesión” era que:

“los recurrentes podrán ejercer el derecho a la libertad de pensamiento y expresión empleando la frecuencia radioeléctrica asignada a RCTV, C.A. bajo el título jurídico que deriva de la concesión; lo cual en modo alguno implica una presunta violación al referido derecho, toda vez que los recurrentes podrán *dentro de la diversidad de los medios de difusión*, exponer sus ideas, opiniones e informaciones”.

Agregó además la Sala, con toda simpleza, como si ella lo creyera, que RCTV “tiene al igual que otros generadores de contenidos, la libertad de seguir ejerciendo dicho derecho a través de muchas otras formas de difusión, como lo serían los operadores de servicios de televisión por suscripción.”

Y concluyó sobre la violación de este derecho en su ámbito social, esto es, el derecho de todos los miembros de la sociedad a recibir ideas, informaciones y opiniones, que

“mediante los actos administrativos impugnados no se impide de manera alguna que la sociedad venezolana pueda recibir ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda, habida cuenta de la existencia de *muchos otros canales televisivos y medios de comunicación social* de propiedad privada –que son la mayoría de los existentes en el país– a través de los cuales se transmiten tales contenidos, dentro del contexto de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, razón por la cual debe desestimarse la presunta violación alegada sobre este particular. Así se declara.”

En cuanto a la violación del derecho al debido proceso, frente al alegato de que al haberse dictado los actos impugnados “tanto el Ministro como otros altos funcionarios del Ejecutivo Nacional, habrían anunciado públicamente con anterioridad a la emisión de los actos recurridos, la desestimación de la solicitud de “extensión y renovación” de la concesión a RCTV”, la Sala, simplistamente se limitó a considerar que para

“evidenciar la supuesta violación a ser oído por una autoridad imparcial, sería necesario efectuar un estudio minucioso de los actos administrativos impugnados así como de las actuaciones de las autoridades mencionadas, y confrontarlos con los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal referidas por los recurrentes, lo cual sólo podrá realizarse en la oportunidad de la sentencia definitiva, pues le está vedado al Juez que conoce del amparo cautelar pronunciarse sobre la legalidad; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.”

En cuanto a la violación del derecho a la defensa, por la negativa del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática de evacuar pruebas de informes promovidas por RCTV, y permitirle el acceso al expediente, con motivo de la solicitud que había sido presentada el 24 de enero de 2007, la Sala simplemente se limitó a considerar que

“un pronunciamiento sobre la presunta violación del derecho a la defensa en este caso, implicaría examinar la Comunicación N° 0424 a la luz de los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal aplicables, lo cual se verificará con ocasión de la sentencia definitiva; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.”

Y respecto de la mencionada solicitud de RCTV de 24 de enero de 2007 en la cual había solicitado al Ministerio que completara el proceso de transformación y se emitieran los nuevos títulos de RCTV, es decir, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico y la correspondiente habilitación administrativa, y se reconociera su derecho adquirido a la extensión de los títulos de RCTV por un período adicional de veinte años, la Sala simplemente se limitó a decidir que lo pretendido por RCTV:

“comportaría realizar un estudio de la normativa legal aplicable al caso de autos, referida por la empresa en su solicitud, a los fines de determinar si, efectivamente, era necesario el inicio de un procedimiento administrativo para tramitar la solicitud formulada el 24 de enero de 2007, lo cual será decidido en la oportunidad de dictarse sentencia definitiva, por lo que debe desestimarse la presunta violación alegada al derecho a la defensa. Así se decide.

En relación con la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de que tanto las declaraciones manifestadas públicamente por autoridades pertenecientes al Ejecutivo Nacional como los actos administrativos recurridos, constituían una sanción por la supuesta comisión de infracciones al Código Penal, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y otras disposiciones legales, sin que ello se hubiese demostrado en forma alguna, la Sala simplistamente se limitó a señalar que en los actos impugnados no encontró “señalamiento alguno por parte de la Administración, donde se evidencie que el contenido de los referidos actos comporte una sanción a la empresa recurrente por el incumplimiento de normas legales”, declarando que “no ha quedado demostrada la violación alegada por los recurrentes sobre la presunción de inocencia de su representada. Así se declara”.

Sobre la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, conforme a la cual los recurrentes alegaron que a RCTV se la había tratado “de forma desigual con respecto a operadores que se encuentran en idéntica situación que RCTV, C.A. y a los cuales se les ha dado un trato diferente y más beneficioso”, la Sala se limitó simplemente a señalar que de las pruebas cursantes en el expediente, no se desprendía lo afirmado, y que los recurrentes no habían demostrado “la condición de igualdad de circunstancias y de discriminación que dice tener frente al resto de los operadores; por lo que se desestima el alegato relativo a la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación. Así se declara.”

Sobre la violación alegada de la garantía de irretroactividad de la ley, al desconocerse el derecho de preferencia de RCTV para la extensión por 20 años de su concesión de televisión abierta en VHF, dado que la Ley debía aplicarse respetando y reconociendo los derechos adquiridos por los operadores bajo el régimen anterior, la Sala se limitó también simplemente a señalar que para determinar dicha violación del principio de irretroactividad, debía necesariamente examinarse el contenido del Decreto N° 1.577 a la luz de la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones y otras disposiciones de rango inferior al mencionado texto legal”, lo que “no corresponde ser examinada en esta etapa del proceso. Así se declara.”

Sobre la violación alegada del derecho de propiedad y no confiscación, en virtud de que con la negativa de transformar los títulos otorgados al amparo de la legislación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como la negativa de extender o renovar la concesión bajo el argumento de que el Estado se iba a reservar la explotación y uso de la frecuencia utilizada por RCTV, se desconocían los derechos de RCTV para continuar operando esa frecuencia, así como los beneficios económicos que dicha actividad le reporta, la Sala se limitó, igualmente en forma simplista, a advertir que el espectro radioeléctrico es un recurso limitado de telecomunicaciones y un bien de dominio público inalienable e imprescriptible, cuyo titular es la República

“la cual ejerce sobre dicho bien los atributos propios de esa titularidad; es decir, su uso, goce y administración, de conformidad con la Ley; por lo que esta Sala estima infundada la denuncia de violación del derecho de propiedad. Así se declara.”

Y sobre la afectación del derecho de propiedad sobre los bienes utilizados para la explotación de la concesión distintos del espectro radioeléctrico, la Sala también en forma insólitamente simplista, se limitó a observar:

“que el vencimiento de la concesión como mecanismo de extinción natural de la misma con un plazo de duración conocido de antemano por el concesionario, en modo alguno puede entenderse como un supuesto de lesión del derecho de propiedad sobre dichos bienes, por lo que se rechaza tal argumento. Así se declara.

La Sala, por otra parte, observó que en este caso “a pesar de estar en presencia del posible vencimiento de una concesión, hasta el presente no se ha invocado la figura usual de la reversión de los bienes afectos a la concesión en beneficio del concedente.” Es decir, la Sala aprovechaba una decisión judicial para enviarle un “mensaje” al Ejecutivo sobre algo que hasta ese momento “no se había invocado”, particularmente porque no procedía. En cuanto al alegato de la empresa recurrente de que la pérdida de ciertos beneficios económicos (lucro cesante y recuperación de la inversión) que la iban a afectar si se ejecutaban los actos impugnados, la Sala se limitó simplemente a señalar que

“la determinación de tal pérdida comporta necesariamente el análisis de la existencia o no de un derecho de preferencia a favor de la empresa recurrente para obtener la extensión o renovación de la concesión a partir del 28 de mayo de 2007, día siguiente a aquel en que vence la concesión otorgada; razón por la cual no puede la Sala en esta etapa cautelar emitir pronunciamiento alguno con fundamento en un pretendido derecho que constituye parte de lo que debe dilucidarse en la decisión definitiva, debiéndose desestimar el alegato formulado sobre este punto. Así se declara.”

En cuanto a la violación alegada al derecho a la libertad, en virtud de que la ejecución de las decisiones impugnadas impedirían que RCTV pudiese ejercer la actividad que venía desarrollando, sin que se hubiese configurado el incumplimiento de la ley ni verificado un supuesto normativo que justificase dichas decisiones, la Sala, luego de analizar el carácter de dominio público del espacio radioeléctrico, se limitó a señalar también en forma insólitamente simple, que los argumentos sobre la disponibilidad de la frecuencia usada por la empresa:

“están sujetos a las pruebas que se promuevan y evacúen en el transcurso del proceso de nulidad, razón por la cual su alegato no debe ser considerado en esta etapa procesal a efectos de evidenciar la supuesta violación del derecho a la libertad económica. Así se declara.”

Sobre el alegato de que la autoridad administrativa tenía la obligación de respetar el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión otorgada bajo la normativa legal anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y que por tanto debía haber transformado los títulos de RCTV, la Sala, también con una simpleza pasmosa, se limitó a indicar:

“que de las pruebas cursantes en autos no se deduce que la circunstancia de la no transformación de los mencionados títulos, haya impedido que la sociedad mercantil actora continúe operando la frecuencia radioeléctrica hasta la fecha del vencimiento de la concesión, lo cual fue expresamente reconocido por la Resolución N° 002 recurrida. Así se declara.”

Y en cuanto a la denuncia relativa a que la Administración tendría que respetar el derecho de RCTV a la extensión por veinte (20) años de la concesión, con base en el artículo 3 del Decreto N° 1.577, la Sala se limitó a indicar también simplemente:

“que tal argumento requiere necesariamente un pronunciamiento sobre las normas legales aplicables al caso de autos, lo que –tal como antes se ha señalado– le está vedado al juez de la causa en esta etapa cautelar, limitada a la protección de los derechos constitucionales.”

Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala Político Administrativa concluyó que en el caso sometido a su consideración no se verificó la presunción de buen derecho exigida a los fines de acordar la protección cautelar, con lo que, sin verificar el cumplimiento del *periculum in mora* ni el *fumus boni iuris*, pura y simplemente declaró improcedente la acción de amparo constitucional interpuesta en forma conjunta con el recurso contencioso administrativo de nulidad de los actos impugnados.

La orden ejecutiva había sido dada, y la simpleza de los argumentos lo que confirman es la sumisión del órgano judicial a los dictados del Poder Ejecutivo.

#### IV. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LUGAR DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, PRETENDIÓ SUSTITUIRSE EN LA ADMINISTRACIÓN Y PRETENDIÓ CUBRIRLE DE OFICIO SUS CARENCIAS ARGUMENTALES

Pero después de haber declarado sin lugar la protección cautelar de amparo a los derechos constitucionales que se había formulado conjuntamente con la acción de nulidad contra los actos administrativos impugnados dictados por CONATEL, la Sala Política Administrativa pasó a formular, **de oficio**, unas consideraciones teóricas sobre el régimen de concesiones en materia de telecomunicaciones, pretendiendo así suplir lo que quizás percibía como eventuales carencias argumentales de las autoridades administrativas. El juez contencioso administrativo, así, se pretendió convertir en Administración, incurriendo en una ilegitimidad judicial.

En efecto, en la antes referida sentencia de 23-05-2007, la Sala Política Administrativa emitió un “*obiter dictum*”, que significa, “algo dicho al pasar” o incidentalmente, es decir, un “dicho sea de paso”, en el cual indicó que “la *concesión* es una forma contractual empleada por la Administración para la gestión de los *servicios públicos*, la cual comporta una delegación que efectúa el Estado a otra persona a su propio riesgo, para el funcionamiento de dichos servicios por un tiempo expresamente acordado”, respecto de la cual “resaltan los elementos de temporalidad, exacta delimitación y beneficio económico para el concesionario por el uso y explotación del bien público que con motivo de la concesión se le haya asignado” agregando que “una vez expirado el término de vigencia se produce de pleno derecho la extinción de la relación y, usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión”.

Concluyó la Sala indicando que:

“el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.”

Con este “dicho sea de paso” del juez contencioso administrativo, el Tribunal Supremo tomó dos iniciativas de oficio, sobre temas que no habían sido ni eran objeto del debate en el juicio, y adelantó opinión sobre el fondo del juicio. De nuevo, el juez contencioso administrativo pretendió guiar a la Administración y suplirle sus supuestas carencias.

##### 1. *El tema del servicio público y las telecomunicaciones*

En efecto, en primer lugar, la Sala en su “dicho sea de paso”, calificó la concesión de uso del espacio radioeléctrico para transmitir televisión como una “concesión de servicio público”, lo cual no es jurídicamente correcto.

Es cierto que históricamente, las actividades de telecomunicaciones habían sido consideradas en muchos países y en épocas distintas como actividades de servicio público, las cuales incluso durante muchas décadas fueron reguladas como actividades reservadas al Estado, y que los particulares en algunos casos podían prestar mediante el régimen de concesión de servicio público otorgada por el Estado.

Todo ello, sin embargo, cambió en el mundo contemporáneo, donde ahora prevalece el criterio de que el hecho de que una actividad sea declarada como servicio público no siempre implica una reserva de la misma a favor del Estado, existiendo por tanto, por una parte, servicios públicos reservados al Estado y servicios públicos no reservados al mismo, pudiendo ser los primeros prestados por los particulares en régimen de concesión, y los últimos prestados en régimen de concurrencia y en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizarlas.

Por otra parte, la reserva al Estado de las actividades de telecomunicaciones, por su complejidad y desarrollo creciente, también fue eliminada, y las mismas ahora se consideran como actividades las cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizar, sometidos a restricciones y limitaciones propias de su consideración como actividades de interés general. Este es el régimen que se establece precisamente en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a la cual las actividades de telecomunicaciones no son actividades que estén reservadas al Estado, por lo que incluso si se las llegara a calificar como “servicios públicos”, serían de los servicios públicos concurrentes en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica para su realizarlas, sujetos a las limitaciones y restricciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, particularmente en cuanto a la obtención de una autorización o habilitación por parte del Estado, a través de CONATEL.

En relación con estas actividades, por tanto “la concesión de servicio público” no existe, pues las mismas no están reservadas al Estado, y se prestan mediante autorización o habilitación; y sólo en los casos en los cuales sea necesario utilizar bienes del dominio público (como el espacio radioeléctrico) para realizarlas, lo que se requiere es una “concesión de uso del espacio radioeléctrico”, es decir, una concesión respecto de un bien del dominio público, tal como se regula en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Por tanto, es un error jurídico del juez contencioso administrativo pretender considerar la concesión que tenía RCTV como una “concesión de servicio público”. El juez contencioso administrativo pretendió ilegítimamente sustituir a la Administración, y se equivocó jurídicamente.

## 2. *El tema de la reversión en las concesiones*

Pero el error jurídico del juez contencioso administrativo en su actuación de oficio no sólo se quedó en haber calificado erradamente la concesión para transmisiones de televisión, conforme al régimen liberal de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 como una “concesión de servicios públicos”, sino en haberse referido, en este caso, ilegítima y erradamente a la institución de la reversión en las concesiones.

En efecto, es su “dicho sea de paso”, de oficio y sin que el tema se hubiese siquiera mencionado en las actas procesales, la Sala Político Administrativa, al referirse a que una vez expirado el término de vigencia de una concesión de servicio público “se produce de pleno derecho la extinción de la relación”, agregó que también se producía “usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión.”

Con ello, el juez contencioso administrativo pretendió también sustituirse a la Administración, pretendiendo suministrarle argumentos que supuestamente consideró que la Administración no había esgrimido en el caso en sede administrativa, con lo cual incurrió en una nueva ilegitimidad y en otro error jurídico, pues contrariamente a lo que indica, al extinguirse las concesiones de telecomunicaciones o de cualquier otra actividad, la reversión no opera “usualmente” sino sólo cuando la ley o el propio título de la concesión lo indica expresamente.

Es cierto que uno de los principios más clásicos del derecho administrativo en relación con concesiones de servicios públicos, de construcción y uso de obras públicas incluso en bienes del dominio público, había siempre sido el de la necesaria reversión del servicio o de la obra construida a la Administración concedente una vez extinguida la concesión. Se trató de un principio que buscaba asegurar la continuidad en la prestación del servicio público o del uso de una obra pública, independientemente de la participación del concesionario, una vez extinguida la concesión.

Sin embargo, al tratarse de un medio de extinción de la propiedad privada del concesionario sobre los bienes afectos al servicio o de las obras construidas, la garantía constitucional de la propiedad y de la reserva legal, progresivamente impusieron el principio de que la reversión debía estar establecida en texto legal expreso. Incluso, en ese sentido, fue que la Constitución de 1961 estableció el principio de la reversión en materia de concesiones de hidrocarburos, en relación con las tierras (inmuebles) afectados a las mismas.

En ausencia de texto legal expreso, por tanto, la reversión sólo podría proceder si en el contrato de concesión se la dispone y regula. La reversión, en efecto, perdió su antiguo carácter de “elemento esencial” de toda concesión y pasó a ser un elemento de la relación que opera únicamente en caso de pacto expreso.

Esta, por lo demás, es la orientación que se siguió en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones (*G.O.* N° 5394 Extra. de 25-10-1999), al disponer en el artículo 48 relativo a la “reversión de obras y servicios” que es el respectivo contrato el que debe establecer, entre otros elementos, “los bienes que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate revertirán al ente concedente, a menos que no hubieren podido ser totalmente amortizadas durante el mencionado plazo”. A tal efecto, la norma también dispone que durante un período prudencial anterior a la terminación del contrato, el ente concedente debe adoptar las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes a ser revertidos se verifique en las condiciones convenidas en el contrato.

Igualmente, dicha norma dispone que el contrato debe expresar “las obras, instalaciones o bienes que hubiere de realizar el concesionario no sujetas a reversión, las cuales, de considerarse de utilidad o interés público, podrán ser objeto de reversión previo pago de su precio al concesionario.”

En consecuencia, si no hay una disposición legal que establezca la reversión de bienes en concesiones de servicios públicos, de obras públicas o de uso del dominio público, o si no está dicha reversión prevista en el contrato de concesión, al terminar la concesión el concesionario no está obligado a revertir a la Administración ningún bien que se haya construido o que haya estado afecto a la concesión, ni puede la Administración pretender apropiarse o tomar posesión de los mismos. Solo podría hacerlo mediante expropiación, conforme a la Constitución y la Ley. De lo contrario se trataría de una confiscación prohibida en la Constitución.

En el caso de la concesión de uso del dominio público radioeléctrico de RCTV, nada se había dispuesto, por lo que sugerir como lo hizo el juez contencioso administrativo que “usualmente” ocurría la reversión en las concesiones resolviendo un caso concreto de la concesión que tenía RCTV, se constituyó en una incitación a la confiscación de bienes, que la Administración se había cuidado de ni siquiera plantear, pero que luego ejecutaría la Sala Constitucional, precisamente porque nadie puede controlar sus decisiones.

3. *De cómo el juez contencioso administrativo, impunemente, al declarar sin lugar una medida cautelar, resolvió el fondo del asunto planteado*

Por último, la Sala Político Administrativa, en su “*obiter dictum*” adelantó abierta e impunemente opinión sobre el fondo de la cuestión en cuanto a la nulidad alegada por violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, al indicar respecto de RCTV que “en modo alguno existe en su caso la violación del referido derecho constitucional”.

En efecto, en su “dicho sea de paso”, **de oficio**, el juez contencioso administrativo agregó lo siguiente:

“Así, destaca la Sala que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.”

El juicio que cursa ante la Sala Político Administrativa y donde se dictó la sentencia sobre la negativa de las medidas cautelares solicitadas, tiene precisamente por objeto determinar el derecho que RCTV tenía a continuar operando el canal de televisión y así, ejercer su derecho a la libre expresión del pensamiento, para lo cual se impugnaron los actos administrativos mediante los cuales decidió, por una parte, no continuar el procedimiento de transformación de la concesión de RCTV para seguir operando, y por la otra, no renovar la concesión a que tenía derecho. Es decir, el juicio trata, precisamente, del derecho de RCTV a seguir operando después del 28 de mayo de 2007, cuando vencía su concesión, mediante su adaptación y/o renovación.

Sobre esto, el juez contencioso administrativo, en su sentencia, de oficio y sin debate judicial, incidentalmente, “diciendo algo de paso”, simplemente dijo que la concesión de RCTV vencía al término que tenía de la concesión, es decir, tenía “como límite la duración de la concesión” que era hasta el 27 de mayo de 2007; y decidió de una vez por todas, que “en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional; y que RCTV” supuestamente, sin concesión, podría “seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano”.

Con esta decisión emitida de paso y de oficio, la Sala Político Administrativa insólitamente y contra todos los principios del debido proceso, ya ponía fin al juicio, sin declararlo expresamente.

Con esta decisión judicial, por otra parte, el juez contencioso administrativo convertido en coadyuvante de la Administración, le lavaba el camino que requería el Ejecutivo para no renovar la concesión a que tenía derecho RCTV, y sentaba criterios que hasta ese momento no se habían planteado, como los relativos a la reversión de bienes en este tipo de concesiones.

V. **DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN SUPUESTA PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS EN CONFLICTO, RESOLVIÓ INCLUSO DE OFICIO, CONFISCAR LOS BIENES DE RCTV Y ASIGNARLOS EN USO GRATUITAMENTE, *SINE DIE*, A UNA ENTIDAD DEL ESTADO**

Aparte de las acciones ejercidas por RCTV, sus directivos, periodistas y empleados, en mayo de 2007 se ejercieron una serie de acciones por grupos de usuarios de las telecomunicaciones, contra el Presidente de la República y el Ministro de las Telecomunicaciones, la mayoría tendientes a que se asegurara la continuidad de las transmisiones de la señal en el

canal que tenía asignado RCTV, y que fuera esta empresa la que continuara transmitiendo la señal; y una que buscaba asegurar que fuera la nueva entidad estatal creada al efecto, Fundación TEVES, que iba a transmitir la nueva señal, la que lo hiciera con cobertura nacional.

1. *La acción intentada para asegurar que la nueva entidad estatal pudiera comenzar a transmitir la señal del Canal 2 después del 27 de mayo de 2007, con cobertura nacional*

El 22 de mayo de 2007, en efecto, varios Comités de Usuarios de las telecomunicaciones actuando en representación de sus intereses colectivos y de los derechos e intereses difusos del pueblo venezolano, intentaron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, una acción de amparo constitucional “para la protección del derecho fundamental a la confianza legítima, del derecho fundamental a la no discriminación, y del derecho fundamental a obtener una televisión de servicio público de calidad” conjuntamente con medida cautelar innominada, contra el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, el Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información y, la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES).

El argumento básico de los demandantes en esta acción de amparo fue que según los anuncios del Ministro de Telecomunicaciones, la nueva televisora en el inicio de sus operaciones sólo iba a ser vista en el centro occidente del país, lo que consideraron que era “evidencia manifiesta de que el Ejecutivo Nacional no ha tomado todas las medidas necesarias... para garantizar a todos los ciudadanos el disfrute, a nivel nacional, de las transmisiones de la nueva estación de televisión de servicio público, a partir del día 28 de mayo de 2007”. Ello, consideraron los recurrentes, era una violación de los derechos constitucionales a la confianza legítima, a la no discriminación y a obtener una televisión de servicio público de calidad, supuestamente garantizados por los artículos 22, 19, 108 y 117 de la Constitución, señalando que “Nuestra expectativa es (...) a disfrutar, insistimos por ser un derecho, de un servicio de televisión de servicio público (*sic*) de calidad, como al efecto fue ofrecido por el Ejecutivo Nacional al pueblo venezolano (...)”. Alegaron, además, que el anuncio de que la transmisión a nivel nacional de la señal del nuevo canal, se realizaría mediante el sistema de televisión por cable suponía una “*clara discriminación de cara al acceso universal a dicho servicio*”.

En su demanda de amparo, los accionantes solicitaron como medidas cautelares innominadas que se permitiera

“de manera temporal a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), el acceso, uso y operación de la plataforma, conformada por transmisores, antenas y torres repetidoras ubicadas en distintos sitios del territorio nacional, que viene siendo utilizada por la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., para el uso y explotación de la porción del espectro radioeléctrico bajo la concesión que vence el próximo 27 de mayo de 2007, independientemente de sus propietarios o poseedores” y que “se le ordene a (...) RCTV (...), permitir a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), el acceso, uso y operación de la plataforma de transmisión y repetición para facilitar (...), que las transmisiones de la nueva televisión (...) sean en todo el país, en virtud que dichos equipos e infraestructura, legal y técnicamente, sólo pueden ser utilizados bajo la frecuencia del canal 2 (...)”.

Sin embargo, era evidente que para asegurar la continuidad de la transmisión de la señal de televisión en este caso, no era necesario que se le asignara al Estado el uso de los bienes de propiedad de RCTV; al contrario, como lo advirtió el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en el voto disidente que formuló respecto de la decisión de la Sala, el asegurar la continuidad de las transmisiones:

“se habría garantizado con mucho mayor eficacia si, como medida cautelar, se hubiese permitido a la actual operadora del espectro radioeléctrico la continuación provisional de sus actividades hasta cuando se produjese la decisión de esta causa –o de cualquiera de las otras en donde tal medida fue expresamente solicitada– porque resulta evidente que resultaría mucho más sencillo que RCTV simplemente continuase en la ejecución de sus actividades ordinarias que la ocupación de su propiedad por parte de un tercero que debe empezar de cero. Así, si el derecho difuso cuya protección se pretende es la del disfrute de la señal abierta que actualmente transmite RCTV “a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos [en] que se venía prestando”, la medida congruente, la que habría satisfecho el carácter instrumental inmanente a toda cautela, habría sido la que se expuso *supra* y no la que se acordó.”

Y es que en efecto, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 956 EXP: 07-0720 de 25 de mayo de 2007, al declarar admisible la acción intentada contra el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), resolvió la medida cautelar solicitada acordando, ni más ni menos, la confiscación de los bienes de propiedad privada de RCTV, empresa que no es parte en el juicio, y a la cual en violación a sus derechos al debido proceso y a la defensa no sólo no se la citó no oyó, sino que ni siquiera se le permite por sí misma hacerse parte en el juicio.

El juez constitucional fue increíblemente cuidadoso en disponer el procedimiento a seguir, dándole a los demandantes cinco días de despacho para promover pruebas (artículo 862 CPC), ordenando que se emplazara al Director de CONATEL y al Presidente del Instituto para la Defensa y Protección al Consumidor y el Usuario (INDECU), en virtud de que “en el presente caso, existe un grupo de legitimados pasivos, y dado los efectos erga omnes que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar”. La Sala ordenó igualmente que se publicara “un edicto en uno de los diarios de mayor circulación nacional, llamando a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes u oponentes, o en defensa de sus propios derechos o intereses,” pero con la expresa advertencia de que “los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que apoyen las posiciones de aquellas con quienes coadyuvarán”; y de que “los coadyuvantes con las partes, tratándose de una acción de intereses difusos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven.”

Es decir, antes de resolver confiscarle los bienes a RCTV, la Sala había resuelto que esa empresa no podía alegar, probar o defenderse por sí misma sino apoyando las posiciones de los demandantes o de los demandados.

Todo ello lo advirtió el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz quien en el voto disidente que formuló respecto de la decisión antes indicada, advirtió que la sentencia nada decía

“acerca de la ausencia, dentro de los demandados, de RCTV, a quien se pretende se ordene que permita a TEVES el uso de sus equipos e instalaciones, sin que siquiera se la traiga a juicio para la legítima defensa de sus derechos, entre otros, en forma ostensible, el de propiedad. Así, puesto que de ella se pretende una conducta determinada o que a ella sea condenada, ha debido ser llamada a juicio como legitimada pasiva.”

Concluyendo su voto disidente expresando que

“En consecuencia, la medida cautelar que fue solicitada ha debido ser negada por la Sala porque no era la adecuada para garantizar el fin para el cual fue dictada y porque implica la desposesión de todos los bienes indispensables para el ejercicio de la actividad económica de su preferencia de un **tercero ajeno a la litis, sin límite, sin procedimiento y sin contra-prestación alguna y sin siquiera llamarlo a juicio**”.

2. *La confiscación de los bienes de RCTV por la confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”*

Pero fijados los términos adjetivos del caso, la Sala Constitucional pasó a resolver la medida cautelar, advirtiendo que el artículo 27 de la Constitución “le consagra al juez constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”; observando además que en ciertas ocasiones, el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, para lo cual precisamente se erigen las medidas cautelares dentro de los procedimientos judiciales.

Advirtió también la Sala, que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos en aras de mantener el orden público constitucional, poderes que “no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación ... **aun de oficio**”, y no sólo “fundadas en el derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de **justicia y razonabilidad** que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver”.

Pasó así la Sala a efectuar la ponderación de intereses necesaria para acordar y justificar una tutela cautelar, para “equilibrar muy bien los intereses generales involucrados en la situación específica respecto de los intereses particulares, a fin de no afectar la globalidad de los intereses públicos supremos tutelados”. Ello llevó a la Sala, en este caso, a realizar dicha ponderación de intereses conforme a las características particulares de una actividad como las telecomunicaciones, “sometida a un régimen estatutario de derecho público –Ley Orgánica de Telecomunicaciones–, regido por los principios constitucionales establecidos en los artículos 108 y 117 de la Constitución”.

Ahora bien, el primero de dichos artículos establece la obligación del Estado de garantizar “servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información”. Según la Sala, en desarrollo de los mencionados postulados constitucionales la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene precisamente por “objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes” (art. 1), destacando entre los objetivos de la Ley Orgánica el “hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones tales como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último” (art. 2,7); e “incorporar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas obligaciones relativas a seguridad y defensa, en materia de telecomunicaciones (art. 2,8).

De estas normas dedujo la Sala que el Estado está supuestamente obligado a “procurar la satisfacción eficaz del servicio universal de telecomunicaciones y asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad, en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, por ser los medios de comunicación un medio de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad y que pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos”; agregando que dicha obligación no resulta sólo en “la simple facultad de otorgar una concesión del uso del espacio radioeléctrico”, sino “en situaciones de necesidad asegurar a un determinado medio de comunicación o a diversos medios, mecanismos jurídicos o fácticos de facilitación estructural que permitan su funcionamiento de una manera eficaz y adecuada para la prestación del servicio

público”; considerando que puede “el Estado en virtud de ello, hacer uso de aquellos mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para mantener en un momento determinado la actividad operacional de tal servicio”.

Luego pasó la Sala a considerar “lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual consagra una obligación estatal de garantizar la efectiva protección del servicio universal de telecomunicaciones, en los siguientes términos:

“El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica.

El Servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población”.

De esta norma, que sin duda, se refiere a **los servicios de telefonía**, la Sala dedujo un “deber del Estado de garantizar el servicio universal de telecomunicaciones –vgr. transmisiones en señal abierta en frecuencia VHF–” lo que en el caso pensó que implicaba “el mantenimiento de una estructura operacional suficiente o adecuada que permitan una eficaz ‘penetración, acceso y asequibilidad’, en el desarrollo de la actividad.”

Aquí es necesario detenerse un instante: la Sala Constitucional, incomprensiblemente, o deliberadamente, **confundió todo en materia de telecomunicaciones**, y de una norma que está destinada a asegurar el servicio universal de **telefonía**, dedujo un supuesto “servicio universal de televisión”. La norma citada por la Sala, es decir, el artículo 49 de la ley Orgánica, es copia del artículo 37,1 de la Ley General de Telecomunicaciones española, la cual a su vez, es copia de las Directrices de la Unión Europea en la materia, y sólo se refiere a los servicios de telefonía. La norma persigue que en las habilitaciones para servicios de telefonía, siempre se asegure el servicio telefónico básico (universal), es decir, la transmisión de voz, fax y datos de baja velocidad con calidad de voz, que es el que tiene que ser asequible a todos, con independencia de su lugar de residencia y poder adquisitivo, y que tiene que contener unas prestaciones y una calidad prefijadas.

Al aplicar una norma que regula los servicios de telefonía a la televisión (recuérdese incluso que en España la televisión no está regulada en la Ley General), la Sala Constitucional llegó a conclusiones falseadas y distorsionadas, entre las cuales está que a la nueva operadora del canal de televisión que tenía RCTV debía asegurársele “el actual alcance y calidad de señal que mantenía la operadora de dicho servicio en el ejercicio de sus funciones y deberes de operador televisivo, conforme a la respectiva concesión.”

De allí dedujo la Sala arbitrariamente que se podía concebir que:

“la Administración pueda hacer un uso temporal de los bienes afectos a la prestación del mencionado servicio, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad, ya que, en virtud del carácter obligatorio en la prestación de éste, no puede el Estado permitir el cese funcional en la prestación del mismo (vgr. servicio de salud, agua, electricidad).”

Entonces la Sala concluyó en los términos de los accionantes, citando declaraciones de autoridades ejecutivas, en el sentido de que

“la posible transmisión que efectuará la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), como consecuencia de la habilitación expedida por CONATEL de radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF –en virtud del conocimiento que posee esta Sala por hecho público, notorio y comunicacional–, no contará con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos que se venía prestando’.

Con base en esta premisa, entonces, dado que en este caso no cabía reversión, ni ello lo había acordado el Ejecutivo, para asegurar el propósito fijado por el juez constitucional, y ya que no había forma de quitarle sus bienes a RCTV, la Sala procedió a confiscárselos, asignándosele el uso de los mismos, *sine die*, y de manera gratuita a CONATEL, para lo cual la Sala acordó:

“de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un **servicio público universal**, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, sin que ello implique menoscabo alguno a los derechos de propiedad que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A., sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República...”

Como se dijo, esta medida cautelar constituye una confiscación de los bienes de RCTV, pues despoja a dicha empresa sin fórmula de juicio de su propiedad, sin límite de tiempo. Como bien lo observó el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en el voto disidente que formuló respecto de la decisión antes indicada, la Sala con la medida cautelar acordada

“asignó” a CONATEL “el derecho de uso” de los equipos propiedad de RCTV –suerte de expropiación o, a lo menos, de ocupación previa con prescindencia absoluta del procedimiento aplicable– para acordar su uso “al operador que a tal efecto disponga”.

Ello, según el Magistrado disidente,

“implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa.

Para tal efecto, el juez constitucional, sustituyéndose en la Administración, pasó a enumerar todos los lugares del territorio nacional donde se encontraban ubicados los equipos, apreciando en sustitución del Legislador, que el “el derecho de uso” de los equipos que oficiosamente asignó a CONATEL como ente regulador del servicio de telecomunicaciones y sin que hubiera ley alguna que regulara esa figura, supuestamente autorizaban a dicha Comisión a “acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La Sala, finalmente, sustituyéndose una vez más en las autoridades ejecutivas, ordenó al Ministerio de la Defensa “custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados en a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.”

3. *La nueva confiscación de los bienes de RCTV por el juez constitucional, pero esta vez de oficio, y por la misma confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”, contrariamente a lo que los recurrentes habían solicitado*

Además de la acción referida en el numeral anterior, cursaban ante la Sala Constitucional, como se dijo, una serie de acciones intentadas por otros sujetos y Comités de Usuarios para la defensa de sus derechos colectivos y de los intereses difusos de la población venezolana.

Una de dichas acciones fue interpuesta el 24 de mayo de 2007 por un grupo de ciudadanos actuando “en su propio nombre y de la sociedad venezolana”, así como por el vocero principal de un comité de usuarios (OIR). Se trataba de una acción de amparo por intereses difusos y colectivos ejercida conjuntamente con medida cautelar innominada, esta vez contra el Presidente de la República y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, por la violación de los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información, establecidos en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este caso, los demandantes formularon su pretensión contra las constantes amenazas de cierre del canal 2, RCTV, emitidas de manera reiterada por los funcionarios demandados desde diciembre de 2006 hasta el presente, “cierre que sin duda restringiría los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información del pueblo venezolano” al verse “privados de la posibilidad de disfrutar de un canal de televisión del que todo el pueblo ha disfrutado desde hace 53 años en forma ininterrumpida, y que cuenta con la más variada programación tendiente a satisfacer las exigencias del pueblo venezolano”; considerando además, que el cierre anunciado “tiene su causa, no en supuestos incumplimientos de las normas de telecomunicaciones que no harían posible la renovación de la concesión, sino que responde a un castigo a dicha planta televisiva por incluir dentro de los mensajes que transmite, mensajes que el gobierno considera adversos” lo que convertía el supuesto en “un claro caso de violación a la libertad de expresión”, especialmente de los accionantes y del colectivo venezolano. Los accionantes, dada la inminencia de la amenaza de violación de los derechos constitucionales que denunciaron por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de RCTV, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitaron

“se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual se le permita a dicho canal continuar con la trasmisión de su programación mientras dure la tramitación del presente procedimiento”.

En este caso, por tanto, la acción de amparo en representación de intereses difusos, se introdujo con el petitorio cautelar que la Sala Constitucional le permitiera a RCTV continuar con la trasmisión de su programación mientras durase el juicio.

En sentencia N° 957 recaída en este caso (expediente: 07-0731) el 25 de mayo de 2007, la Sala Constitucional admitió la acción interpuesta sólo respecto del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, pues en cuanto al Presidente de la República, la Sala la declaró inadmisibile, “toda vez que no tiene atribuida competencia legal alguna en esta materia”, pues de manera equivocada la Sala nuevamente consideró que sólo competía a CONATEL, todo lo concerniente al otorgamiento, uso, revocatoria y demás relaciones que se produjeran entre el Estado y la concesionaria en ejecución del correspondiente contrato de concesión, así como cualquier forma de extinción de ésta.

Al admitir la acción, y antes de pronunciarse de oficio sobre la confiscación de los bienes de RCTV, la Sala también fijó, deliberadamente, las reglas adjetivas del procedimiento a seguirse, de manera de cercenarle a RCTV su derecho al debido proceso y a la defensa.

En tal sentido, dispuso que se le concedía a los demandantes cinco días de despacho para promover las pruebas, con la carga de su preclusión de no hacerlo dentro del referido lapso; que como en el caso existía un grupo de legitimados pasivos, y dado los efectos *erga omnes* que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar, debía emplazarse al Director de CONATEL y al Presidente del Instituto para la Defensa y Protección al Consumidor y el Usuario (INDECU); y que debía publicarse un edicto en la prensa llamando “a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes u oponentes, o en defensa de sus propios derechos o intereses”, pero con la advertencia de que “los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que apoyen las posiciones de aquellas con quienes coadyuvarán”; y que “los coadyuvantes con las partes, tratándose de una acción de intereses difusos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven”.

En esta forma, ilegítimamente se aseguraba que RCTV no pudiera comparecer por sí misma y alegar y probar con independencia de los accionantes, ya que la medida cautelar que seguía recaería sobre sus bienes, confiscándolos, para lo cual no se había asegurado su derecho a la defensa.

En efecto, lo insólito de esta sentencia, es que la medida cautelar que los accionantes habían solicitado consistía en que:

“Vista la inminencia de la violación de los derechos constitucionales denunciados por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de Radio Caracas, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitamos se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual **se le permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación** mientras dure la tramitación del presente procedimiento...”.

La Sala, sin embargo, decidió esa petición en el sentido contrario a lo solicitado, y actuando de oficio, para lo cual copió exactamente las mismas motivaciones que utilizó para acordar la medida cautelar de confiscación de los bienes de RCTV y la asignación del uso de los mismos, *sine die*, y gratuitamente a CONATEL en la sentencia N° 956 de la misma fecha 25 de mayo de 2007. En tal sentido, la Sala incurrió en los mismos inexcusables errores de aplicar a la televisión las normas sobre el servicio universal de telecomunicaciones relativos a la telefonía, que antes hemos comentado.

Además, la Sala, habida cuenta de que la solicitud de medida cautelar lo que buscaba era asegurar que **se le permitiera a RCTV continuar con la transmisión de su programación** mientras durase el juicio, puntualizó en este caso, que

“todos los usuarios tienen derecho a acceder y disfrutar de la prestación de un servicio público universal de telecomunicaciones, el contenido del mencionado derecho conforme a los artículos 108 y 117 de la Constitución, comporta en principio, no la continuidad de un determinado operador de radiodifusión sonora y televisión abierta en VHF, sino la posibilidad de que los aludidos usuarios puedan efectivamente acceder en condiciones de igualdad y con el mantenimiento de un estándar mínimo de calidad al correspondiente servicio, al margen de la vigencia o no del permiso o concesión a un operador privado específico.”

De esta manera, la Sala ignoró la solicitud concreta y específica de que se acordara una medida cautelar que asegurara que **se le permitiera a RCTV continuar con la transmisión de su programación** mientras durase el juicio, respecto de la cual no emitió pronunciamiento alguno, y pasó a decidir **de oficio** en virtud de que el Ministro de Telecomunicaciones y la

Informática y Director de CONATEL, no podía garantizar que la posible transmisión que efectuará la Fundación TEVES, como consecuencia de la habilitación expedida para radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF, en los mismos términos que se venía prestando por RCTV, lo que en este caso, ni se había dicho ni se había alegado; acordando:

“de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un servicio público universal, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, **sin que ello implique menoscabo alguno de los derechos de propiedad** que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A., sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República...”

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz formuló un voto disidente de la mayoría sentenciadora en esta decisión, advirtiendo que:

“Implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa”.

Dicho Magistrado luego pasó a considerar que la Sala, en forma contradictoria había:

“declarado ‘PROCEDENTE la medida cautelar solicitada’ pero, en forma incongruente, acordó una medida completamente distinta, opuesta a los intereses de los demandantes”; agregando con razón, que “es de la esencia de las medidas cautelares, de todas ellas, nominadas o no, el que sean congruentes con la pretensión y, por ende, con la eventual decisión de fondo, ya que su justificación y finalidad es garantizar la eventual eficacia de tal acto decisorio”.

Luego acotó el magistrado disidente, en su voto salvado a la sentencia de la Sala que:

Desde este ineludible punto de vista, resultaba jurídicamente imposible, por razón de la instrumentalidad de toda cautela en relación con la sentencia de fondo, que, a un tiempo, se declarase la “procedencia” de la medida que se pidió con la demanda y lo que se acordase fuese no sólo ajeno, sino contrario a la pretensión principal, por lo que la medida cautelar que se pronunció no debió ser acordada”.

En todo caso, mediante la sentencia, el juez constitucional, sustituyéndose en la Administración, como en el caso antes comentado, siguió con la enumeración de los sitios y lugares donde se encontraban esas instalaciones; e igualmente sustituyéndose en el Legislador estableció que “el derecho de uso” de los equipos necesarios para las operaciones anteriormente mencionadas que de oficio asignaba a CONATEL como ente regulador del servicio de telecomunicaciones y sin que hubiera ley alguna que regulara esa figura, supuestamente autorizaban a dicha Comisión a “acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La Sala finalmente, también sustituyéndose a las autoridades ejecutivas, ordenó al Ministerio de la Defensa “custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados en a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.”

Es decir, en este caso, los recurrentes acudieron ante el juez constitucional en busca de una protección a sus derechos y los derechos de los venezolanos, los cuales consideraban asegurados temporalmente con que se permitiera a RCTV seguir transmitiendo su programación mientras durara el juicio, y se encontraron con que el juez constitucional, sin considerar en forma alguna su petitorio, de oficio, acordara una medida cautelar que aseguraba todo lo contrario, es decir, la cesación de las transmisiones de RCTV, la confiscación de sus bienes, la asignación de su uso a CONATEL, para que esta se los permitiera usar a la nueva entidad estatal trasmisora TEVES, de manera que pudiera cubrir nacionalmente con su programación.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

El caso RCTV, como resulta del análisis que hemos hecho anteriormente en forma detallada de las decisiones judiciales emitidas, sin duda muestra el grave quiebre del Estado de derecho en Venezuela, así como la lamentable pérdida del rol fundamental del Poder Judicial como garante del mismo. Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia y, en particular, las de la Sala Constitucional, ponen en evidencia cómo en lugar de proteger los derechos constitucionales a la libertad de expresión plural del pensamiento, al debido proceso y a la propiedad privada, han conspirado, como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para aniquilarlos, secuestrarlos y violarlos, cubriendo con un velo mal cosido de juridicidad, las arbitrariedades gubernamentales.

Lo grave de la actuación, en todo caso, es que el atropello a la Constitución, y entre otras violaciones, la confiscación de la propiedad privada, lo que está prohibido por la Constitución, se ha cometido por el Poder Judicial, lo que hace que las violaciones queden formalmente impunes, pues el juez constitucional en Venezuela no tiene quien lo controle.

Tan graves han sido estas violaciones al Estado de Derecho, que con muy pocos días de diferencia, las instituciones más importantes del pensamiento jurídico del país se han pronunciado públicamente, protestando por la demolición del Estado de Derecho.

La **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, en efecto, el día antes a que se publicaran las sentencias de la sala Constitucional, con fecha 24 de mayo de 2007, emitió un **“Pronunciamiento sobre la presunta extinción de la concesión de la televisora RCTV”**, en el cual, entre otros aspectos de importancia, señaló lo siguiente:

- Que se ha irrespetado el principio de imparcialidad que sujeta a la Administración Pública (artículo 12 Ley Orgánica de la Administración Pública y 30 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), pues se adelanta una posición tomada, con anterioridad a la oportunidad que corresponde (que sería el momento de evaluar imparcialmente, la eventual solicitud de renovación de la concesión, si ese fuera el caso);
- Que se ha irrespetado el debido proceso (artículo 49 Const.), pues es evidente que se ha decidido anticipadamente imponer una sanción (excluir a la empresa del acceso a la concesión), sin abrir el procedimiento debido para tal fin, con lo cual se viola también el principio de igualdad (pues en caso de que concurriera a un eventual procedimiento de asignación de la concesión, ya se sabe excluida de antemano), y se evidencia el vicio de desviación de poder en la decisión, pues se emplea la potestad de atribuir la concesión, no para la finalidad que la norma persigue (administración del espectro radioeléctrico), sino para castigar (sin procedimiento y sin tener cualidad para ello);
- Que se ha irrespetado el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo desarrollo fue aprobada por la mencionada Comisión la “Declaración de Principios sobre la

Libertad de Expresión”. Esta Declaración, en su Principio 13, proclama: “... el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley...”;

- Que se ha incumplido el trámite formal de transformar los títulos otorgados a RCTV con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.970 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas 12 de junio de 2000) y, en consecuencia, se ha incumplido la obligación de otorgar a RCTV la concesión y habilitación administrativa ajustadas a los términos de la referida Ley;

La **Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**, por su parte, en comunicado “**A la Opinión Pública Nacional. Ante el quebrantamiento absoluto del Estado de Derecho**” de 30 de mayo de 2007, expresó, entre otros importantes aspectos que:

Observamos con estupor que mediante una medida cautelar se lesiona el derecho de propiedad de una persona ajena al juicio, a quien se le arrebatan judicialmente sus bienes para que sean usados por una fundación creada por un ente público...

De acuerdo con los principios que informan el Estado Democrático y social de Derecho y de Justicia, ningún órgano del Poder Judicial puede afectar, de forma como se ha hecho, el derecho de propiedad, pues la ocupación temporal y la ocupación previa, sólo tienen cabida en un proceso de expropiación...

El error que muestra la sentencia queda claramente evidenciado con la sola lectura del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil. Por ello la medida cautelar acordada deviene en un error inexcusable, y en el marco del principio de la responsabilidad, propio del ejercicio de la función pública, incluyendo a la judicial, constituye una clara demostración de abuso de poder por parte de la Sala Constitucional...

Que ningún criterio de “justicia y razonabilidad” pueden justificar la “confiscación temporal”, sin límite de tiempo, de bienes pertenecientes a personas extrañas al juicio, y no se necesita mayor preparación para entender que los magistrados que suscriben la sentencia no fueron justos ni razonables”.

El **Colegio de Abogados de Caracas**, también hizo público un “**Comunicado a la Opinión Pública**” en fecha 1° de junio de 2007, en el cual expresó lo siguiente:

La Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Caracas, ante el clamor de la inmensa mayoría de nuestros agremiados, por la sistemática violación de las disposiciones constitucionales y legales, concretadas en la masiva violación de los Derechos Humanos, bien por acción u omisión de los órganos del Poder Público, que sometidos al Poder Ejecutivo, aplican con discriminación la Constitución y las Leyes de la República, haciendo inexistente el Estado de Derecho, con lo cual han dejado en total desamparo a la ciudadanía, presa de las arbitrariedades ejecutadas por el Poder Ejecutivo, que ahora pretende imponer una hegemonía comunicacional, un solo pensamiento, una sola opinión y una única voz informativa a su favor, mediante la aplicación distorsionada de la Ley, la promulgación de leyes represivas y la Criminalización de la Disidencia, en un claro atentado contra la Libertad de Expresión, evidenciado en forma más clara mediante EL CIERRE del canal de televisión RCTV, bajo pretextos de rango legal, motivado en elementos políticos, conculcando así el derecho que tenemos los ciudadanos del País de elegir libremente los medios televisivos, bajo la premisa de la pluralidad informativa que debe imperar en toda Democracia; coonestada esta arbitrariedad, con las insólitas decisiones de las Salas Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde se cometió la gravedad de Confiscar el Espectro Radio-

Eléctrico de la ciudadanía y los Bienes de R.C.T.V., a través de un fraude Judicial y Constitucional, en beneficio del Ejecutivo Nacional, convirtiendo a Las Leyes y al Poder Judicial en el brazo ejecutor de las políticas represivas, que se deciden en las Altas Esferas del Poder Ejecutivo, todo lo cual es propio de un RÉGIMEN TOTALITARIO, que vulnera La Dignidad Humana, condición imprescindible de cualquier Sociedad Civilizada.

Ante estas manifestaciones de las instituciones más importantes del pensamiento jurídico del país, es difícil agregar algo más en estas reflexiones finales sobre este atropello, salvo referirnos a lo expresado también públicamente por el **Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela**, en **Declaración** de fecha 30 de mayo de 2007, que está precedida de la frase de Simón Bolívar sobre que: “La Justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ella se sostiene la igualdad y la libertad”, en la cual entre otros conceptos señaló sobre “la decisión del Ejecutivo Nacional de suspender la concesión de Radio Caracas Televisión (RCTV) a partir del 28 de mayo del presente año”, que:

Las instituciones no pueden ser sancionadas en función de la real o supuesta participación de alguno de sus integrantes en hechos punibles. Las sanciones recaen sobre los sujetos y no sobre las instituciones. La argumentación política como justificación para suspender la concesión violenta lo establecido por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre libertad de expresión y, particularmente, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos que taxativamente señala: “... el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.



# *Los Derechos Humanos en los procesos de integración\**

Jesús M. Casal H.

*Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Constitucional en la  
Universidad Católica Andrés Bello*

**Resumen:** *El artículo versa sobre el papel que pueden desempeñar los derechos humanos en los procesos de integración, especialmente en aquellos que ostentan una naturaleza supranacional o comunitaria. Se examinan las diversas manifestaciones de la presencia de estos derechos dentro de la Unión Europea, al igual que los incipientes pasos dados dentro de la Comunidad Andina. En lo que atañe a la posible protección de derechos humanos dentro de tales procesos, se abordan las funciones que en esta materia ha asumido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como los problemas de articulación con el sistema regional de derechos humanos que ello ha provocado. También se consideran las perspectivas de formas de protección de derechos humanos en la Comunidad Andina y se alude a iniciativas que sería razonable emprender.*

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN

### II. PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

*1. La irrupción de los derechos humanos dentro de los procesos de integración (comunitaria). 2. Razones y consecuencias de esta irrupción. 3. El papel de los derechos humanos en los procesos de integración. A. Como fundamentos o bases del proceso. B. Como principios cuya preservación permite la incorporación o mantenimiento de un Estado en el acuerdo de integración. C. Como valores que deben ser promovidos. D. Como exigencias que deben ser respetadas.*

### III. LA OBLIGACIÓN DE RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

*1. En la Unión Europea. 2. En la Comunidad Andina. A. Fundamentos para un desarrollo jurisprudencial. B. Significación de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. C. La coordinación entre la protección andina y la protección interamericana o universal de los derechos humanos. D. La protección de los derechos humanos por un Ombudsman o Defensor del Pueblo andino.*

### IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

---

\* Estas líneas fueron escritas con anterioridad a la inconsulta decisión presidencial de retirar a Venezuela de la Comunidad Andina. Conservan sin embargo vigencia respecto de la propia Comunidad, de los restantes países miembros y de la temática general tratada.

## I. INTRODUCCIÓN

Los procesos de integración económica pueden comprender ámbitos de acción que repercuten en la vigencia de los derechos humanos en los países involucrados. Su incidencia en estos derechos resulta notoria en el campo laboral y en materias como la ambiental, pero va más allá y comprende los efectos sociales de las garantías establecidas para la propiedad intelectual o la relativización de los mecanismos procesales de tutela de los derechos. Sería osado de nuestra parte realizar el examen global de las implicaciones de los acuerdos de integración económica sobre los derechos humanos, y de las respuestas adecuadas para la corrección de aquello que se advierta como lesivo a tales derechos. Por eso, restringiremos nuestro análisis al impacto sobre los derechos humanos de procesos de integración de especial intensidad o naturaleza.

Se trata de los procesos de integración que comportan la cesión de competencias estatales a instancias supranacionales y la creación de un orden jurídico propio, denominado Derecho comunitario. También se caracterizan por el alcance de la integración, la cual no se limita a determinados sectores productivos, sino pretende vincular globalmente las economías de los países miembros y en ocasiones trasciende a la esfera de lo social y político<sup>1</sup>. Dada la profundidad y amplitud que distingue a esta modalidad de integración, sus relaciones con los derechos humanos adquieren singular importancia, lo que justifica la delimitación temática señalada, que se robustece al considerar la utilidad del estudio para los países que integran la Comunidad Andina.

Los desafíos que serán planteados se centrarán en dos experiencias de integración, la de la Unión Europea y la de la Comunidad Andina, las cuales, si bien se sitúan en escalones distintos en lo que atañe a sus logros y perspectivas, comparten un diseño institucional supranacional en el que cabe formular de manera análoga la cuestión del papel de los derechos humanos dentro de los acuerdos de integración.

Las reflexiones y propuestas que contiene este trabajo responden a un doble desafío: la necesidad de fortalecer la integración mediante la protección de los derechos humanos y, de acrecentar la protección de los derechos humanos mediante su garantía efectiva dentro de los procesos de integración.

La incorporación de los derechos humanos dentro de estos procesos, con las consecuencias que entraña, propende a consolidar la integración, pues supone la introducción de un elemento ético-jurídico que proporciona legitimidad y que ofrece sólidas bases para la intensificación de la integración. La experiencia de la Unión Europea es bastante ilustrativa de la relevancia que posee, para el avance de la integración, la existencia de ideas políticas o filosóficas concurrentes con las aspiraciones económicas que impulsen el acercamiento entre las naciones, y los derechos humanos pueden ejercer una fuerza unificadora significativa.

Igualmente, la recepción de los derechos humanos en los procesos de integración implica extender su protección, que de esta forma sobrepasa la esfera del control sobre los Estados partes en los respectivos tratados de derechos humanos, para entrar en la del control de los propios órganos creados por los acuerdos de integración, que al relacionarse con los ciudadanos de los países miembros o en uso de su potestad de dictar normas de aplicación inmediata y preferente en los ordenamientos jurídicos correspondientes, pueden contrariar estos derechos.

---

1. Vid. Chahín Lizcano, Guillermo, "El Derecho Comunitario en el Constitucionalismo Andino", en *Integración política y Constitución*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 172.

Es preciso, pues, vincular adecuadamente los derechos humanos con los procesos de integración, para que unos y otros resulten robustecidos. La consecución de este objetivo orientará el desarrollo del presente estudio.

## II. PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

### 1. *La irrupción de los derechos humanos dentro de los procesos de integración (comunitaria)*

Ni en los orígenes de la Unión Europea ni en los de la Comunidad Andina se hizo explícito el propósito de proteger los derechos humanos. La finalidad económica de los tratados que establecieron las Comunidades Europeas y el Acuerdo de Cartagena distaba mucho del objetivo de garantizar los derechos humanos, propio de las convenciones internacionales sobre derechos humanos que paralelamente estaban gestándose en Europa y América. De ahí que por muchos años la temática de los derechos humanos luciera ajena a estos procesos de integración.

Ello no implicaba que no hubiera puntos de conexión, como la consagración, en el Tratado de Roma, de la prohibición de discriminación dentro de la Comunidad en razón de la nacionalidad o del sexo (Arts. 6, 40 y 119), emparentada con el derecho a la igualdad, y la vinculación que realiza el Acuerdo de Cartagena de sus objetivos económicos con el fin de “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión” (art. 1), lo cual se aproxima a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero la finalidad general de los respectivos tratados, y el sentido de las disposiciones citadas, eran sin duda distintos a la protección de los derechos humanos.

No obstante, el éxito de la integración europea, que dio lugar a una penetración cada vez más aguda de las instancias comunitarias en la actividad económica, hizo surgir la conciencia sobre la necesidad de articular formas de tutela de los derechos humanos o fundamentales dentro de la Comunidad, luego de la Unión. Desde el caso *Stauder*, de 1969, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se consideró competente para controlar el respeto de los derechos humanos por las instituciones comunitarias, con el argumento de que éstos representan principios generales del Derecho comunitario, tributarios de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de instrumentos internacionales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Desde 1989 tal control se extiende a los actos de los Estados miembros dictados dentro de la esfera del Derecho comunitario<sup>2</sup>.

Con base en una categoría tan fecunda como la de los principios generales del Derecho, que no podían ser ajenos a un conjunto normativo que se erige en ordenamiento jurídico, los derechos humanos se introducen en el acervo jurídico de las Comunidades Europeas, dando paso a un notable desarrollo jurisprudencial en el que se amparan derechos como el respeto a la dignidad humana, el principio de igualdad y de no discriminación, la libertad de religión y creencias, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la tutela judicial, el derecho de propiedad, entre otros.

---

2. En relación con esta evolución jurisprudencial *vid.* Aguiar de Luque, Luis, “Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea”, *idem*, pp. 199 y ss.; Rubio Llorente, Francisco, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 113 y ss.; Silva Aranguren, Antonio/Suárez Mejías, Jorge Luis, “La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Revista de la Fundación Procuraduría*, N° 17, 1997, pp. 199 y ss.

La consolidación del criterio jurisprudencial sentado en el caso *Stauder* se vio influenciada por la resistencia de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano a abdicar de su función de protección de los derechos fundamentales frente a una Comunidad que inicialmente no ofrecía un nivel adecuado de garantía de estos derechos. El dilema había quedado planteado así: o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercía esta labor de protección, circunscrita al ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como en efecto ocurrió, o la asumirían los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, o algunos de ellos, rompiendo con la uniformidad y preeminencia del Derecho comunitario.

Esta línea jurisprudencial fue recogida expresamente en el derecho de los tratados en 1992 (Tratado de Maastricht), y regulada con mayor coherencia desde 1997 (Tratado de Amsterdam), en los términos que luego explicaremos. Ahora lo que importa es destacar el modo en que los derechos humanos irrumpieron en el proceso de integración europeo, por vía jurisprudencial y por medio de los principios generales del Derecho, hasta obtener base textual en los tratados de la Unión Europea. Más recientemente, ha sido proclamada una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), considerada como no directamente vinculante, pero que apunta hacia la consecución de una mayor certeza jurídica en lo relativo al elenco de los derechos que deben ser respetados por la Unión, y que para algunos marca el camino hacia la aprobación de una Constitución europea, lo cual se vio reflejado en el proyecto de Tratado de una Constitución para Europa<sup>3</sup>, actualmente en suspenso tras el rechazo de Francia y Holanda mediante sendos referendos.

A diferencia de la Unión Europea, en el ámbito de la Comunidad Andina la protección de los derechos humanos está en una fase germinal. Ello obedece a razones diversas, entre ellas la propia debilidad del proceso de integración andino y la falta de iniciativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la materia. La penetración de los derechos humanos en este sistema se ha producido mediante una declaración del Consejo Presidencial de la Comunidad Andina en la que se proclama la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2002) e, indirectamente, mediante el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena sobre el "Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia" y algunas decisiones de la Comisión o del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Sin embargo, dicha Carta suele ser calificada, con base en su artículo 96, como no vinculante y el Tribunal de Justicia no la ha incorporado a su jurisprudencia. Después examinaremos con mayor detenimiento el papel que hoy desempeñan los derechos humanos dentro de la Comunidad Andina, pero por el momento es suficiente con señalar que su protección se encuentra en una etapa embrionaria, que difícilmente evolucionará favorablemente sin la intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, o de las Salas o Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, los cuales pueden actuar como acicate al anunciar la posibilidad de controlar, en casos extremos, la compatibilidad de normas andinas con los derechos humanos, como sucedió en la integración europea.

## 2. Razones y consecuencias de esta irrupción

La principal razón que explica la irrupción de los derechos humanos en los procesos de integración está ligada a la propia significación histórico-filosófica de estos derechos. Como ya se apuntó, la integración comunitaria implica la atribución de competencias estatales a instancias supranacionales, las cuales pasan a ostentar potestades que pueden incidir en el disfrute de los derechos fundamentales de la persona. Frente a esta transferencia de poder

3. Roldán Barbero, Javier, "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 16, 2003, pp. 943 y ss.

público nada más justificado que una correlativa transferencia de los límites al ejercicio de la autoridad. Y los derechos humanos son la expresión más acabada y sólida de las barreras que no es lícito rebasar por los detentadores del poder. Además, desde la óptica de estos derechos sería inaceptable que la celebración de acuerdos de integración supusiera la creación de ámbitos de poder público (supranacional) vacíos de derechos humanos, a pesar de la capacidad de los órganos correspondientes para afectarlos.

La introducción de estos derechos dentro de los procesos de integración supranacional suele ser vista como una forma de *constitucionalización* de tales procesos, en la medida en que las parcelas de poder estatal cedidas o atribuidas se insertan en un sistema institucional en el que los derechos fundamentales y sus garantías juegan un papel relevante<sup>4</sup>. Ciertamente, si algo es esencial al constitucionalismo es la existencia de límites efectivos ante el ejercicio del poder, que han de traducirse, al menos, en una auténtica separación de los poderes y en la garantía de los derechos inherentes a la persona, tal como lo proclamó la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 16.

En la integración europea se observa que, tan pronto fue aumentando el número de competencias atribuidas y se hizo más intensa su aplicación, surgió el problema del llamado déficit democrático del proceso, puesto de manifiesto en la excesiva concentración de competencias en instancias ejecutivas o burocráticas y en la mínima intervención de una instancia plural directamente democrática y representativa, como aquellas que generalmente trataban estos asuntos en los Estados partes antes de su integración. La atención de este problema y su parcial superación dio paso al debate sobre el significado que debían poseer los derechos humanos o fundamentales dentro del proceso, advirtiéndose también un cierto déficit en la materia, sobre todo en lo concerniente a la falta de certeza sobre los derechos imperantes en la Unión, lo cual condujo a la elaboración y aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Todo ello es expresión de una tendencia a la constitucionalización que no ha cesado y que es independiente de los reveses sufridos por el Tratado sobre la Constitución Europea y del destino final de este instrumento.

Es posible que una evolución similar se produzca en la Comunidad Andina, y la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos milita en esta dirección. No obstante, lo esencial es que las instituciones de la Comunidad, especialmente el Tribunal de Justicia, sean conscientes del papel que han de cumplir los derechos humanos dentro del sistema de integración.

### 3. *El papel de los derechos humanos en los procesos de integración*

Son diversas las funciones que los derechos humanos desempeñan dentro de procesos de integración comunitaria. A la luz de la evolución de la integración europea, cabe afirmar que estos derechos adquieren significación en dichos procesos en cuatro dimensiones: como fundamentos o bases de la integración; como principios de cuya observancia depende la incorporación o permanencia de un Estado en el acuerdo de integración; como valores que deben ser promovidos, y como exigencias que deben ser respetadas por los órganos y el ordenamiento comunitarios. Examinaremos como se reflejan estas dimensiones en la integración europea y en la integración andina.

---

4. Pérez Tremps, Pablo, "Constitución e integración", en *Integración política y Constitución*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 141 y ss.

A. *Como fundamentos o bases del proceso*

En el marco de la Unión Europea, es claro el papel de los derechos humanos como bases o fundamentos de la integración comunitaria. Así lo admite el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, al disponer:

“La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

De esta forma los derechos humanos representan uno de los pilares sobre los que descansa la integración europea, además de nutrir el acervo de valores compartido por los Estados miembros. Esto no implica, como luego reiteraremos, que la protección de los derechos humanos figure entre los fines de la Unión Europea, pero sí supone un reconocimiento de su condición de principios que informan el proceso integrador.

También en la Comunidad Andina, aunque de manera menos directa, es posible hallar a los derechos humanos como bases o pilares de la integración. En este sentido, entre las consideraciones introductorias del Acuerdo de Cartagena se encuentra la afirmación de los gobiernos de los Estados partes de actuar “Fundados en los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia”, valores que sin duda comprenden a los derechos humanos. Igualmente, el artículo 1 del Acuerdo, después de enunciar los principales objetivos del tratado, señala que estos “objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”, lo cual presupone la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

La adhesión de la Comunidad Andina a los Derechos Humanos se hizo más patente en 1998 con la aprobación del Protocolo Adicional sobre el “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”, pues la Democracia presupone el disfrute de los derechos humanos. Además, la voluntad de respetar estos derechos había sido expresada ese mismo año por el Consejo Presidencial Andino en su Declaración sobre el Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia, la cual está citada en dicho Protocolo Adicional. A estos instrumentos convencionales se suma un conjunto de Decisiones o Resoluciones que ponen de manifiesto la adhesión de la Comunidad Andina a los derechos humanos.

B. *Como principios cuya preservación permite la incorporación o mantenimiento de un Estado en el acuerdo de integración*

Una manifestación relevante de la importancia de los derechos humanos en los procesos de integración es el reconocimiento del respeto a los mismos como una condición para el ingreso de un Estado a la organización correspondiente o para su permanencia en ella. La incorporación de esta condición en los respectivos tratados se asemeja a la llamada cláusula democrática contemplada en varios instrumentos internacionales e incluso en los propios acuerdos de integración comunitaria.

La que podríamos denominar como cláusula de derechos humanos está prevista en los artículos 7 y 49 del Tratado de la Unión Europea. El primero de ellos establece mecanismos que permiten constatar la existencia de un “riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6”, lo cual da lugar a la formulación de recomendaciones y al seguimiento de la situación. De comprobarse una violación “grave y persistente” de tales principios por un Estado miembro, puede acordarse la

suspensión de determinados derechos de ese Estado derivados del tratado<sup>5</sup>. Dentro de los principios consagrados en el artículo 6.1 se encuentra, como sabemos, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Por su parte, el artículo 49, al referirse a la incorporación de nuevos Estados, señala que cualquier Estado europeo “que respete los principios enunciados en el apartado 1 del artículo 6” podrá solicitar su ingreso a la Unión.

En cuanto a la Comunidad Andina, el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”, declara en su artículo 1 que:

“La plena vigencia de las instituciones democráticas y el estado de derecho son condiciones esenciales para la cooperación política y el proceso de integración económica, social y cultural en el marco del Acuerdo de Cartagena y demás instrumentos del Sistema Andino de Integración”.

- 
5. El artículo 7 dispone: “1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 y dirigirlle recomendaciones adecuadas. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y, con arreglo al mismo procedimiento, podrá solicitar a personalidades independientes que presenten en un plazo razonable un informe sobre la situación en dicho Estado miembro.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6, tras invitar al Gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas del presente Tratado continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

5. A los efectos del presente artículo, el Consejo decidirá sin tener en cuenta el voto del representante del gobierno del Estado miembro de que se trate. Las abstenciones de miembros presentes o representados no impedirán la adopción de las decisiones contempladas en el apartado 2. La mayoría cualificada se definirá guardando la misma proporción de los votos ponderados de los miembros del Consejo concernidos que la establecida en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

El presente apartado se aplicará asimismo en el supuesto de suspensión de los derechos de voto con arreglo al apartado 3.

6. A los efectos de los apartados 1 y 2, el Parlamento Europeo decidirá por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que representen la mayoría de los miembros que lo componen”.

Este carácter de “condiciones esenciales” para la integración queda reflejado en el artículo 4 del tratado, el cual contempla las medidas que cabe adoptar cuando se constate una “ruptura del orden democrático”. Estas medidas pueden consistir en la suspensión de la participación del Estado en determinados órganos, proyectos o ámbitos de acción de la Comunidad, o llegar a implicar la suspensión de los derechos del Estado derivados del Acuerdo de Cartagena<sup>6</sup>.

En lo que atañe a los requisitos para el ingreso al Acuerdo de Cartagena, las posibilidades de ampliación de la Comunidad son limitadas. No obstante, en relación con el otorgamiento de la condición de Miembro Asociado a algún Estado, la Decisión 613 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del 7 de julio de 2005, que confirió tal condición a los países del MERCOSUR, prescribe en su artículo 3 que:

“Los Miembros Asociados deberán adherir al Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia” y a la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos”.

De este precepto se desprende que el compromiso con la Democracia y los derechos humanos es una exigencia insoslayable para la vinculación con la Comunidad Andina, hasta el punto de requerirse la adhesión a la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

#### C. *Como valores que deben ser promovidos*

Los derechos humanos también representan valores que deben ser considerados y promovidos en el diseño y ejecución de ciertas políticas de la Unión Europea o de la Comunidad Andina.

En el ámbito de la Unión Europea, el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales se incluye dentro de los objetivos que deben orientar la política exterior y de seguridad común de la Unión<sup>7</sup>.

---

6. El artículo 4 establece:

“Si el resultado de las consultas mencionadas en el Artículo anterior así lo estableciera, se convocará el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el cual determinará si los acontecimientos ocurridos constituyen una ruptura del orden democrático, en cuyo caso adoptará medidas pertinentes para propiciar su pronto restablecimiento.

Estas medidas conciernen especialmente a las relaciones y compromisos que se derivan del proceso de integración andino. Se aplicarán en razón de la gravedad y de la evolución de los acontecimientos políticos en el país afectado y comprenderán:

- a. La suspensión de la participación del País Miembro en alguno de los órganos del Sistema Andino de Integración;
- b. La suspensión de la participación en los proyectos de cooperación internacional que desarrollen los Países Miembros;
- c. La extensión de la suspensión a otros órganos del Sistema, incluyendo la inhabilitación para acceder a facilidades o préstamos por parte de las instituciones financieras andinas;
- d. Suspensión de derechos derivados del Acuerdo de Cartagena y concertación de una acción externa en otros ámbitos; y,
- e. Otras medidas y acciones que de conformidad con el Derecho Internacional se consideren pertinentes”.

7. Artículo 11.1 del Tratado de la Unión Europea.

En la Comunidad Andina, el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia” señala que la Comunidad “procurará incorporar una cláusula democrática en los acuerdos que suscriba con terceros, conforme a los criterios contenidos en este Protocolo”<sup>8</sup>, lo cual, como antes dijimos, tácitamente comprende a los derechos humanos.

De manera más específica, la Decisión 458 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, del 25 de mayo de 1999, relativa a los Lineamientos de la Política Exterior Común, consagra a los derechos humanos entre los principios que han de guiar la política exterior de la Comunidad y contempla su promoción y respeto como uno de sus objetivos. Igualmente, la Decisión 587 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, del 10 de julio de 2004, que fija los Lineamientos de la Política de Seguridad Externa Común Andina, se refiere a la “promoción y protección de los derechos humanos” como uno de los principios en que ha de basarse dicha política.

#### D. Como exigencias que deben ser respetadas

Uno de los aspectos capitales de la penetración de los derechos humanos en los procesos de integración bajo estudio estriba en su condición de límite o barrera respecto del ejercicio de las competencias de las instituciones comunitarias y de la actuación estatal enmarcada en el Derecho comunitario. Es aquí donde mejor se aprecia la virtualidad jurídica de estos derechos en el sistema de integración.

Al respecto, el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea afirma que:

“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

De esta manera el tratado adoptó el criterio que había sido establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, formalizando la entrada de los derechos humanos al ordenamiento jurídico comunitario, a través de la categoría de los principios generales del Derecho comunitario.

Antes y después de la inclusión de este criterio en el plano de los tratados, el Tribunal de Justicia ha impulsado un rico desarrollo jurisprudencial en la materia, que se pone de manifiesto en el reconocimiento y protección de derechos como los siguientes:

- la dignidad humana (sentencia *Casagrande* de 1974)
- el principio de igualdad (asunto *Klöckner-Werke AG* de 1976)
- el principio de no discriminación (asunto *Defrenne/Sabena* de 1976)
- la libertad de asociación (sentencias *Confédération syndicale, Massa...* de 1974)
- la libertad de religión y creencias (sentencia *Prais* de 1976)
- la protección de la vida privada (sentencia *National Panasonic* de 1980)
- el secreto médico (asunto Comisión /República Federal de Alemania de 1992)
- el derecho a la propiedad (sentencia *Hauer* de 1979)

---

8. Artículo 8 del Protocolo Adicional

- la libertad profesional (sentencia *Hauer* de 1979)
- la libertad de comercio (sentencia *Intern. Handelsgesellschaft* de 1970)
- la libertad económica (sentencia *Usinor* de 1984)
- la libertad de competencia (sentencia *Francia* de 1985)
- el respeto de la vida familiar (asunto *Comisión/Alemania* de 1989)
- el derecho a la tutela judicial eficaz y a un procedimiento equitativo (sentencia *Johnson/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* de 1986; sentencia *Pecastaing/Bélgica* de 1980)
- la inviolabilidad del domicilio (sentencia *Hoescht AG/Comisión* de 1989)
- la libertad de opinión y de publicación (sentencia *VBVB, VBBB* de 1984)<sup>9</sup>.

En el ámbito de la Comunidad Andina no hay, al nivel de los tratados, una norma similar al artículo 6.2 citado. El deber de respeto de los derechos humanos dentro del sistema andino de integración se deduce de tratados como el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”, ya comentado, y de los Tratados sobre el Parlamento Andino. Tanto el Tratado constitutivo del Parlamento Andino, de 1979, como su Protocolo Adicional, de 1997, señalan que uno de los propósitos del Parlamento Andino es:

“Velar por el respeto de los derechos humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia para todas las Partes Contratantes” (art. 12, c y 11 c, respectivamente).

De aquí se colige una obligación de respeto de los derechos humanos que no puede ser ajena a las propias instituciones del sistema de integración, cuyo cumplimiento ha de medirse con base en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos comunes a los Estados partes, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Adicionalmente, la obligación de respeto está prevista en el Derecho secundario o derivado, como se observa en las Decisiones antes mencionadas del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Aunque no existe consenso en admitir su fuerza jurídica -como enseguida veremos-, también debe ser citada la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, cuyo artículo 2 reafirma el compromiso de los países Miembros de la Comunidad “de respetar y hacer respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

El deber de respeto de los derechos humanos dentro de los procesos de integración posee una serie de implicaciones que es preciso examinar con mayor detenimiento, por lo que será objeto de análisis en el siguiente apartado.

### III. LA OBLIGACIÓN DE RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

#### 1. *En la Unión Europea*

A la luz de la experiencia europea, resulta indiscutible que los sistemas de integración cumplen un papel relevante en el aseguramiento del respeto a los derechos humanos. Sin

---

9. *Cfr.* <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l33021.htm>

pretender suplantar a los órganos encargados de la protección internacional de los derechos humanos, creados por los tratados correspondientes, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha incursionado en la tutela de estos derechos, complementando la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del sistema universal de protección vinculado a las Naciones Unidas.

En todo caso, el ángulo desde el cual la Unión Europea participa en la protección de los derechos humanos es muy distinto al alcance de la tutela que en esta esfera deben ejercer los Estados partes y el sistema europeo de protección de los derechos humanos. La Unión Europea no es un conjunto orgánico y jurídico instaurado para la protección de los derechos humanos, como ocurre con dicho sistema, ni ostenta una obligación y competencia general de garantía de estos derechos, como sucede con los Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Además, la intervención del Tribunal de Luxemburgo en este campo no ha implicado desplazar al Tribunal de Estrasburgo ni a otros órganos responsables de la protección internacional de los derechos humanos, pues a los segundos corresponde el examen de denuncias de vulneración de estos derechos por los poderes públicos de los Estados partes, mientras que al primero está reservada la revisión de la licitud de la actuación de las instituciones comunitarias, también bajo el parámetro de los derechos humanos. Un punto de conexión y de posible fricción se encuentra sin embargo en la actividad estatal que se traduce en la ejecución de normas comunitarias, cuando sea lesiva de esos derechos, pues pudiera pensarse que aquí concurren la protección comunitaria y la del sistema internacional de derechos humanos, dando lugar a pronunciamientos eventualmente dispares o contradictorios. Por otro lado, el propio despliegue de la protección de los derechos humanos dentro del sistema de integración suscita interrogantes desde la óptica de la concordancia entre los criterios sustantivos o de fondo vertidos en materia de derechos humanos por el tribunal comunitario y el tribunal internacional de derechos humanos.

Esta problemática no es exclusiva de la integración europea, ya que potencialmente está presente en la integración andina, en la medida en que termine de aflorar una protección de los derechos humanos dentro de este sistema. Por ello conviene referirse a las soluciones que han sido ensayadas en la Unión Europea.

La opción que ha encontrado desde hace una década mayor aceptación teórica es la de procurar la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de manera que la última palabra en materia de derechos humanos la tenga siempre el Tribunal de Estrasburgo, incluso cuando el acto cuestionado por vulnerar derechos humanos provenga exclusivamente de instituciones comunitarias, previo agotamiento de los recursos que ofrece el Derecho comunitario. Esta salida fue, sin embargo, rechazada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1996, con el argumento fundamental de que la Unión Europea, conforme a lo establecido en los tratados respectivos, carecía de competencias para celebrar un tratado internacional de derechos humanos. Pero esta alternativa todavía es considerada la más completa y sistemática, hasta el punto de que el Proyecto de Tratado de la Constitución Europea, como fruto de los debates de la Convención, la prevé expresa e imperativamente<sup>10</sup>.

---

10. Roldán Barbero, *loc. cit.*, pp. 984 y ss.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, refleja la conciencia que se tiene sobre la necesidad de articular la protección comunitaria de los derechos humanos con la que es propia del Consejo de Europa y ejerce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al disponer en su artículo 52.3 que:

“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

Pero este precepto sólo resolvería muy parcialmente el problema planteado, a lo que se añade la falta de carácter vinculante de la citada Carta.

Todo lo anterior ha conducido a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya asumido pretorianamente una función de articulación. En tal sentido, en el caso *Matthews v. Reino Unido*, del 18 de febrero de 1999, sostuvo que los actos de la Unión Europea como tales no pueden ser cuestionados ante ese Tribunal, pero ejerció un control sobre la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario lesivas de derechos humanos, con la particularidad de que estas disposiciones no eran susceptibles de impugnación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por formar parte del Derecho primario. En esta misma decisión afirmó que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre que los derechos previstos en el Convenio conserven vigencia, de lo cual el Estado sigue siendo responsable, aun después de la transferencia.

Más recientemente, en el caso *Bosphorus Airways v. Irlanda* mediante sentencia del 30 de junio de 2005, el Tribunal Europeo, al conocer de una denuncia de violación de derechos humanos originada en la estricta ejecución por autoridades irlandesas de normas comunitarias, abordó ampliamente la problemática de las relaciones entre la protección comunitaria de estos derechos y la que tiene encomendada con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estableció que si la Unión Europea ofrece en términos generales una protección de los derechos humanos equivalente a la asegurada por el Convenio, no entrará a controlar las decisiones o normativas comunitarias ni los actos estatales de estricta aplicación, a menos que en el caso concreto se observe una insuficiencia manifiesta en la tutela del derecho.

Esta solución es sin duda imperfecta, desde la óptica de los derechos humanos, pues pareciera que, con la intención de no perturbar la integración europea, se está confiriendo un cierto margen de error o de violación a los Estados en lo relativo a la observancia de estos derechos, cuya vulneración, cuando se produzca en virtud del Derecho comunitario, sólo sería censurable ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si se aprecia una insuficiencia manifiesta en la protección. Tiene justificación, por tanto, por su carácter global y sistemático, la propuesta de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, previa realización de los ajustes correspondientes en los respectivos tratados.

Al aludir a la protección de los derechos humanos en la Unión Europea, merece un comentario final la institución del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo europeo. Fue creada por el Tratado de la Unión Europea en 1992, en el artículo 138 E, cuyo párrafo 1 dispone:

“El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”.

Como puede apreciarse, las funciones del Defensor del Pueblo europeo no están referidas a la tutela de los derechos humanos, sino a los casos de “mala administración”, pero es indudable que muchos de estos casos pueden envolver una problemática relacionada con los derechos humanos. La falta de acceso a los registros administrativos o a la información pública, el uso inadecuado de datos personales<sup>11</sup>, o el desconocimiento del debido proceso en procedimientos administrativos, por ejemplo, representan a la vez casos de mala administración y violaciones a derechos humanos. Por eso, la institución mencionada contribuye, aunque sea de manera parcial e indirecta, a la protección no judicial de los derechos humanos en la Unión Europea, tal como lo ha demostrado en su exitoso desempeño hasta el presente<sup>12</sup>.

## 2. *En la Comunidad Andina*

### A. *Fundamentos para un desarrollo jurisprudencial*

En lo que atañe a la Comunidad Andina, no ha existido un desarrollo comparable de la protección de los derechos humanos. Ello a causa no tanto de la ausencia de bases normativas sólidas, con las que tampoco se contaba en la integración europea, cuanto de la pasividad del Tribunal de Justicia andino y de otras instituciones del sistema en la materia. Mediante sentencia del 20 de febrero de 2002 (proceso 56-DL-2001), dicho Tribunal conoció de un caso en que se había planteado la violación de derechos humanos por una institución de la Comunidad, pero lo resolvió sin necesidad de pronunciarse sobre su competencia para examinar violaciones a derechos humanos cometidas por instancias comunitarias.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha acudido a los principios generales del Derecho al realizar la interpretación e integración del Derecho comunitario, como lo demuestran las sentencias dictadas el 28 de enero de 1993, el 13 de agosto de 1997 y el 21 de abril de 2004 (procesos 4-N-92; 2-AI-96 -solicitud de aclaración, enmienda y ampliación-; y 116-AI-2003, respectivamente). En la primera el Tribunal se refiere frontalmente a tales principios:

“En cuanto a los principios generales del derecho y a los más importantes valores jurídicos que deberían tenerse en cuenta para la utilización de los métodos funcionales de interpretación en el Derecho Comunitario Andino, se permite este Tribunal hacer algunas precisiones que considera importantes, frente a afirmaciones hechas por la Junta en la defensa del acto acusado, presentada en este proceso”.

Y al efectuar el análisis del caso el Tribunal se apoya en el principio de seguridad jurídica, en el principio de legalidad, en el derecho a la defensa y en el principio del debido proceso, que deben regir la actuación de las instituciones comunitarias, lo cual le lleva a declarar la nulidad de la Resolución de la Junta que había sido impugnada. En relación con el derecho a la defensa y al debido proceso se declara que la solución recogida en la Resolución impugnada “resultaría contraria a los principios generales del derecho, al principio de legalidad, al derecho de defensa y al principio del debido proceso”.

En la segunda sentencia el Tribunal aplica el principio de inmutabilidad de la sentencia con autoridad de cosa juzgada y también se sustenta en la categoría de los principios generales del Derecho; y en la tercera invoca, con igual fundamentación, el principio de admisibilidad del desistimiento en todo estado del proceso mientras no se haya pronunciado el fallo definitivo.

---

11. Aunque la protección de datos personales es objeto de un régimen especial en la Unión Europea.

12. Respecto de esta institución *vid.* Suárez Mejías, Jorge Luis, “El Defensor del Pueblo de la Unión Europea y los Derechos Fundamentales”, *Revista Tachirensis de Derecho*, 8, 1996, pp. 51 y ss.

El derecho al debido proceso y a la defensa también ha estado presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia andino, aunque no haya acudido expresamente para fundamentarlo a los principios generales del Derecho, como se observa en la sentencia del 14 de marzo de 2001 (proceso 53-AI-99).

De lo anterior se colige que hay una plataforma conceptual propicia para el reconocimiento de los derechos humanos como principios generales del Derecho comunitario andino. En sentido favorable a esta recepción se ha pronunciado el actual Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Magistrado Moisés Troconis<sup>13</sup>. A nuestro juicio esta conclusión resulta obligada, pues las fuentes directas del Derecho comunitario mencionadas en el artículo 1 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no operan en el vacío. Al contrario, la propia existencia de un “ordenamiento jurídico comunitario” implica la presencia no sólo de un agregado de disposiciones normativas, sino de un conjunto de principios jurídicos, algunos pertenecientes al proceso de integración en particular y otros, al Derecho en general, tal como es entendido y aplicado en las naciones civilizadas, o en los sistemas o tradiciones jurídicas compartidas por los Estados miembros.

Este canal de acceso de los derechos humanos al Derecho comunitario es el más sólido y natural, como lo ilustra la evolución de la integración europea. Tal irrupción de los derechos humanos en el proceso andino de integración, como parámetro de licitud de las normas o actos provenientes de las instituciones comunitarias o de órganos estatales que apliquen el Derecho comunitario, provocaría seguramente una regulación de la materia por las fuentes primarias, es decir, por los tratados, con la finalidad de precisar el alcance de la protección de los derechos humanos dentro de la Comunidad.

#### B. *Significación de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*

En el ámbito de la Comunidad Andina merece un comentario especial la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Carta Andina de Derechos Humanos), como posible cauce introductor de los derechos humanos en el Derecho comunitario. Esta Carta fue aprobada el año 2002 por el Consejo Presidencial Andino, al cual compete definir la política de integración subregional andina, pudiendo emitir directrices que deben ser instrumentadas por las demás instituciones del sistema de integración, en el marco de sus atribuciones (arts. 11 y 12 a del Acuerdo de Cartagena). Sus directrices no constituyen propiamente fuentes del Derecho comunitario<sup>14</sup>, pero están llamadas a incorporarse o a ser desarrolladas por alguna de éstas.

Estas consideraciones restan fuerza a los intentos por conferir a la citada Carta Andina un carácter directamente vinculante, a lo cual hay que agregar lo dispuesto en el artículo 96 de la Carta Andina de Derechos Humanos, según el cual el “carácter vinculante de esta Carta

---

13. En entrevista recogida en el estudio *Libre comercio y derechos humanos*, Quito, CDES, 2004, p. 69, coordinado por Jorge Acosta Arias, el Magistrado Moisés Troconis afirmó que “Los derechos fundamentales forman parte, a título de principio general del derecho comunitario, del orden comunitario de la Comunidad”. Y en relación con la Carta Andina de Derechos Humanos dijo: “La Carta es una pauta u orientación para hacer una interpretación del alcance de los derechos fundamentales en el seno de la Comunidad, pero lamentablemente no tiene fuerza vinculante por sí misma. Los derechos fundamentales son parte del contexto del Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena”.

14. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

será decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento oportuno". Este inciso del artículo 96, que resulta contraproducente, reduce las posibilidades de consolidación de la Carta como pauta de acción para las instituciones comunitarias.

Por tanto, la Carta Andina de Derechos Humanos difícilmente puede ser calificada como fuente directa de derechos humanos dentro de la Comunidad Andina. En especial, la Carta no representa un parámetro directo de validez de las normas dictadas por las instituciones comunitarias. Muchos de los derechos en ella consagrados tienen ya significación jurídica en la Comunidad, pero no tanto en virtud de la Carta sino por fuerza de otros instrumentos comunitarios o del reconocimiento latente de los derechos humanos como principios generales del Derecho comunitario. La Carta puede asumirse en la actualidad como una declaración que ha de orientar la labor de identificación de los derechos que deben ser tratados como principios generales del Derecho comunitario. Adicionalmente, la Carta ha de guiar la actuación de todas las instituciones de la Comunidad, aun cuando no posea un carácter vinculante directo y general.

Conviene apuntar, sin embargo, que al menos en un ámbito la Carta ha ostentado un carácter directamente vinculante, por decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el mismo al que compete la determinación del momento en que la Carta alcanzará tales efectos a tenor de su artículo 96. Se trata de la Decisión 613, antes comentada, cuyo artículo 3 supedita la incorporación de los países del MERCOSUR a la Comunidad Andina, en calidad de Miembros Asociados, a la adhesión de los mismos a la Carta Andina de Derechos Humanos. Sería deseable que este reconocimiento implícito por parte del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores del carácter vinculante de la Carta Andina de Derechos Humanos, se haga explícito y general.

Por otra parte, es preciso distinguir el propósito general de la Carta Andina de Derechos Humanos del que es propio de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En este sentido, el artículo 51 de la Carta europea, relativo a su "ámbito de aplicación", señala claramente en su parágrafo 1 que:

"Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias".

Por consiguiente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se orienta directamente hacia el reconocimiento de aquellos derechos que deben ser respetados por las instituciones y órganos de la Unión y por los Estados cuando actúen en el ámbito del Derecho comunitario.

En cambio, la Carta Andina posee una finalidad más difusa, referida primordialmente a la ratificación de los compromisos adquiridos por los Estados miembros en materia de derechos humanos (arts. 1 y 2), incluyendo la observancia de las obligaciones derivadas de tratados internacionales vinculados al sistema de Naciones Unidas o al sistema interamericano de protección de los derechos humanos (arts. 82 y 83) o de tratados internacionales que prevén mecanismos de vigilancia sobre la vigencia de estos derechos (arts. 80 y 81). Igualmente, se contempla el deber de apoyar a las respectivas Defensorías del Pueblo y a los órganos judiciales nacionales en sus funciones de protección de los derechos humanos, así como de acatar las decisiones o recomendaciones que adopten (arts. 9, 64, 65, 66 y 70). El artículo 66 ilustra suficientemente el espíritu que prevalece en la Carta Andina de Derechos Humanos, pues allí los Estados miembros de la Comunidad:

“Destacan el importante papel que tiene la Administración de Justicia de cada País Miembro de la Comunidad Andina para la protección de los derechos humanos, a través de la aplicación de las leyes nacionales e instrumentos internacionales”.

En consecuencia, la Carta Andina de Derechos Humanos representa fundamentalmente un instrumento de promoción de los derechos humanos, que se inscribe en la política de la integración andina y que propende a favorecer la vigencia de tales derechos dentro de los países miembros de la Comunidad. No está dirigida, al menos no directamente, a fijar límites a la actuación de las instituciones u órganos comunitarios, como sí se aprecia en la Carta europea. Tampoco pretende introducir nuevos espacios para la protección de los derechos humanos, sino más bien reforzar los que ya existen en el ámbito interno e internacional. Esta es una conclusión que se ve robustecida por el proceso de elaboración de la Carta Andina, pues en una primera etapa ésta preveía mecanismos especiales, de alcance comunitario, de protección de los derechos consagrados, idea que luego fue rechazada, por el temor a duplicidades con los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, entre otras razones<sup>15</sup>.

La Carta Andina de Derechos Humanos se sitúa por tanto, pese a sus avances en lo atinente al contenido conferido a los derechos proclamados -y con prescindencia del carácter no vinculante del instrumento establecido en su artículo 96-, en un estadio previo al de la Carta europea, en lo que respecta al desarrollo de la protección de los derechos humanos en los procesos de integración, lo cual no significa que no pueda cumplir en el futuro próximo un papel relevante en la materia, siempre que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los tribunales nacionales sean conscientes de la función pionera que en esta esfera deben desempeñar.

La Carta Andina de Derechos Humanos puede ser un acicate para que los derechos humanos se incorporen con todas sus implicaciones jurídicas en el ordenamiento de la Comunidad Andina, lo cual abona la necesidad de difundirla y de activar los mecanismos de promoción y seguimiento que ella misma prevé (arts. 86 a 93) y los que contempla la Decisión 586 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del 7 de mayo de 2004, contentiva del Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

Adicionalmente, es importante ir adelantando los debates sobre las eventuales modificaciones a la Carta Andina, en virtud de lo dispuesto en su artículo 96, el cual instruye a los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros para que revisen cada cuatro años el contenido de la Carta, plazo que se cumple el 26 de julio de 2006. Esa sería una ocasión propicia para plantear la supresión de lo establecido en ese artículo 96, cuando señala que: “El carácter vinculante de esta Carta será decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento oportuno”, previsión que coarta las posibilidades de fortalecimiento de la Carta como instrumento de promoción y eventualmente de protección de los derechos humanos. Cabría pensar en que en esa oportunidad tal Consejo declarara formalmente el carácter vinculante de la Carta, mediante una Decisión que sí formaría parte del conjunto de fuentes directas del Derecho comunitario expresamente reconocidas, pero bastaría con la eliminación de la frase reproducida y con la adopción de la Carta por dicho Consejo para que la Carta Andina desplegara mayores efectos dentro del sistema de integración.

---

15. Vid. Salmón, Elizabeth, “La Carta Andina para la Promoción de los Derechos Humanos: un paso hacia la humanización del proceso de integración andino”, en *Derecho Comunitario Andino*, Lima, PUCP, 2003, pp. 459 y ss.

Esa frase no representa, sin embargo, un obstáculo para la invocación de la Carta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al menos como instrumento que facilita el reconocimiento de los derechos que deben ser considerados como principios generales del Derecho comunitario.

C. *La coordinación entre la protección andina y la protección interamericana o universal de los derechos humanos*

Un interrogante que estuvo presente en las discusiones que precedieron a la aprobación de la Carta Andina de Derechos Humanos, fue el de la forma de compatibilizar una eventual protección de los derechos humanos dentro del sistema andino de integración con la tutela ofrecida por los sistemas interamericano y universal de derechos humanos, en los cuales los países andinos se encuentran insertos. Lo incipiente de este debate en el marco del proceso andino de integración condujo, como ya dijimos, a evitar cualquier mención directa a una protección comunitaria de los derechos humanos paralela a la de los sistemas especializados indicados. No se tuvo suficiente claridad sobre las diferencias entre esta protección especializada y la que podía ejercer un órgano como el Tribunal de Justicia andino.

La evolución de la integración europea permite captar tales diferencias, a lo cual ya nos hemos referido. Lo esencial es recordar que la actuación de las instituciones comunitarias está al margen del control que corresponde a las instancias internacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las instituciones comunitarias, facultadas para dictar normas aplicables directa y preferentemente en el ordenamiento jurídico de los países miembros, pueden sin embargo llegar a vulnerar derechos humanos, frente a lo cual deben articularse mecanismos adecuados de protección. La actuación de órganos estatales dirigida a ejecutar dichas normas que se considere contraria a los derechos humanos es en principio susceptible de un control ante los tribunales nacionales y, luego, ante los órganos internacionales competentes, pero los conflictos que ello genera con las exigencias del Derecho comunitario, y con las obligaciones asumidas por los Estados en esta materia, ha llevado a desplazar parcialmente esta tutela judicial hacia la institucionalidad comunitaria, sin perjuicio de un control último del sistema internacional especializado en la garantía de los derechos humanos.

De ahí que, ante el eventual desarrollo de una protección de los derechos humanos en la Comunidad Andina, pueda pensarse, como una opción de largo plazo, en la adhesión de la Comunidad Andina -que goza de personalidad jurídica propia- a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, previa adopción de las modificaciones correspondientes en los respectivos tratados. En lo inmediato es aconsejable que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento de sus funciones de promoción de estos derechos, realice estudios, informes y recomendaciones sobre la conducta de los Estados partes cuando se incorporan a acuerdos de integración económica en los que los derechos humanos puedan estar amenazados o no estén suficientemente asegurados. Así lo solicitaron ante dicha Comisión un conjunto de organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, en una audiencia celebrada ante dicha Comisión el 22 de octubre de 2004, relativa justamente al impacto de los procesos de integración económica sobre los derechos humanos en América, en la cual tales organizaciones presentaron el documento *Los Derechos Humanos en los procesos de integración económica en las Américas*<sup>16</sup>.

---

16. Escrito presentado por el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), la Coordinadora

Es preciso recordar que las obligaciones de respeto y garantía de los Estados en materia de derechos humanos no cesan en virtud de su incorporación a acuerdos de integración supranacional y de la atribución o transferencia de competencias que llevan aparejados. Estas obligaciones siguen en pie incluso en relación con actuaciones efectuadas en ejecución de normas comunitarias. Por eso, si el sistema institucional de la integración no protege adecuadamente estos derechos y los Estados abdican de sus deberes de tutela frente a cualquier persona “sujeta a su jurisdicción” (art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), los Estados pueden ser censurados por incumplimiento de sus compromisos internacionales.

En lo que atañe a la función de protección de los derechos humanos y, particularmente, a la recepción y tramitación de peticiones individuales, no hay impedimento para que la acción u omisión de autoridades estatales que se traduzca en violación de derechos humanos sea cuestionada ante el sistema interamericano, aun cuando se apoye en normas comunitarias, lo cual daría ocasión a la Comisión o a la Corte Interamericana para pronunciarse sobre un asunto de tanto interés y relevancia.

D. *La protección de los derechos humanos por un Ombudsman o Defensor del Pueblo andino*

Otro conducto para la introducción de la defensa de los derechos humanos dentro del proceso andino de integración es la creación de la institución del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo andino o comunitario. En la Unión Europea su instauración ha contribuido a acercar al ciudadano a la institucionalidad comunitaria y ha propiciado una mayor transparencia en la gestión administrativa. Ya señalamos que en el ámbito europeo las atribuciones del Defensor del Pueblo se centran en el aseguramiento de una buena administración, lo cual favorece la vigencia de los derechos humanos, pero en la esfera andina las funciones del Defensor podrían extenderse expresamente a la promoción y defensa de los derechos humanos. Su tarea de vigilancia en esta materia comprendería a todas las instituciones comunitarias, con excepción del Tribunal de Justicia andino. La defensa de los derechos humanos podría incluir el reconocimiento de su legitimación para la interposición de acciones ante el Tribunal de Justicia andino, contra decisiones comunitarias que vulneren tales derechos, lo cual implicaría lógicamente una reforma del Derecho primario de la Comunidad.

Un primer paso en la dirección indicada representa la Decisión 590 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del 10 de julio de 2004, que adscribe el Consejo Andino de Defensores del Pueblo al Sistema Andino de Integración. Sin embargo, la Decisión no precisa el alcance de tal adscripción, sino que encomienda a la Secretaría General definir, en consulta con los países miembros, los términos de la adscripción, mediante propuesta que debe ser sometida a la aprobación del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

A nuestro juicio, los tratados vigentes no permitirían que el Consejo Andino de Defensores del Pueblo fuera más allá de la formulación de recomendaciones a las instituciones de la Comunidad Andina en relación con la vigencia de los derechos humanos. Esta labor de promoción de los derechos humanos dentro del sistema andino encontraría respaldo indirecto

---

Peruana de Derechos Humanos, la organización Derechos y Democracia, el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, el Centro de Asesoría Laboral del Perú (CEDAL), y el Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina (CELS)

en algunas de las Decisiones antes citadas del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y en el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena sobre el "Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia".

Una forma de vitalizar este nuevo papel del Consejo Andino de Defensores del Pueblo sería aprovechar la revisión de la Carta Andina, que ha de efectuarse el 2006, para encomendar a dicho Consejo la formulación de recomendaciones a las instituciones comunitarias, en lo que atañe a la observancia de las disposiciones de la Carta Andina, la cual, según lo ya sugerido, en esa oportunidad sería librada de la pesada carga que representa el artículo 96 *in fine*.

#### IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

Todo lo anteriormente expuesto revela que estamos presenciando el desarrollo de un orden plural y complementario en la tutela de los derechos humanos. *Plural*, porque a las instancias nacionales y a los organismos internacionales especializados en la protección de los derechos humanos hoy se suman órganos jurisdiccionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, tal vez, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

*Complementario*, porque la tutela ofrecida por estos órganos jurisdiccionales comunitarios no pretende reemplazar a la encomendada a los organismos internacionales competentes conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. La protección comunitaria de los derechos humanos se centra en la actuación de un sujeto o agente distinto a los Estados partes, lo cual establece una diferencia en el alcance de la tutela proporcionada. Hay sin embargo zonas de concurrencia o de posible solapamiento, en lo que respecta a las acciones u omisiones estatales contrarias a derechos humanos basadas en normas comunitarias.

La experiencia europea apunta hacia la búsqueda de una armonización entre los principios del Derecho comunitario y las exigencias de los sistemas de protección de los derechos humanos, que tiende a desembocar en un repliegue parcial y condicionado del control ejercido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual no renuncia a una intervención en supuestos de franca insuficiencia de la tutela ofrecida por el sistema de integración. Ello mientras se avanza en una eventual adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En la esfera de la Comunidad Andina podría arribarse a conclusiones parecidas, siempre que la primacía de la protección de los derechos humanos quede asegurada. Es posible salvaguardarla sin renunciar a la tutela jurisdiccional de estos derechos dentro de la Comunidad Andina, la cual resultará inevitable si este proceso de integración se intensifica.

Con independencia de esta evolución, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos conserva sus competencias de control sobre la conducta de los Estados partes en relación con estos derechos, incluso cuando su vulneración se origine en la incorporación del Estado a un acuerdo de integración supranacional o comunitario.

Bajo estas premisas, y con la perspectiva de esa intensificación, se considera recomendable:

a. Fomentar encuentros académicos con los Magistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a fin de debatir sobre el papel de los derechos humanos dentro del Derecho comunitario.

b. Difundir la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y procurar su recepción por la jurisprudencia constitucional de los países andinos, cuyas Constituciones coinciden al incluir una cláusula de apertura a derechos no consagrados en el Texto Constitucional<sup>17</sup>.

c. Dar contenido y eficacia a la determinación de adscribir el Consejo Andino de Defensores del Pueblo a la Comunidad Andina, facultándolo para formular recomendaciones a las instituciones comunitarias en cuanto concierne al respeto a los derechos humanos.

d. Aprovechar la revisión, en el año 2006, de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, bien para eliminar de su texto la frase recogida en el artículo 96 *in fine*, que condiciona a un pronunciamiento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores su fuerza vinculante, bien para declarar expresamente su carácter vinculante, mediante Decisión de este Consejo. Convendría además dejar claramente establecida la obligación de las instituciones comunitarias de respetar los derechos proclamados.

e. En esa ocasión también podría reforzarse la función que ha de cumplir el Consejo Andino de Defensores del Pueblo dentro de la Comunidad Andina, vinculándolo a la promoción y defensa de los derechos reconocidos en la Carta.

f. A mediano o largo plazo, dependiendo de los avances en la protección de los derechos humanos en la Comunidad Andina, habría que pensar en la incorporación de la Carta Andina de Derechos Humanos, y de las correspondientes facultades del Tribunal de Justicia andino o de un Defensor del Pueblo andino, en el Derecho primario de la Comunidad.

---

17. Artículos 35 de la Constitución de Bolivia, 94 de la Constitución de Colombia, 22 de la Constitución de Ecuador, 3 de la Constitución del Perú y 22 de la Constitución de Venezuela.

# *El carácter subjetivo del sistema contencioso administrativo*

Manuel Rojas Pérez\*

*El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos los del recurrente y los de la Administración (ésta predominantemente, potestades en lugar de derechos), entre sí confrontados. No se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes”*  
Eduardo García de Enterría

**Resumen:** *En el trabajo se analiza la evolución del control de sistema contencioso administrativo en cuanto a su objeto. En tal sentido, se hace un análisis de cómo nace el sistema contencioso administrativo como una figura de mera revisión objetiva de los actos administrativos, para luego, dar un vuelco espectacular en la concepción del sistema, desde que el juez aprecia no sólo al legalidad o no de la actividad administrativa sino los derechos subjetivos de los ciudadanos, todo ello, con base en la tutela judicial efectiva, y el Estado de Derecho.*

## SUMARIO

- I. EL CARÁCTER OBJETIVO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
- II. LA SUBJETIVIZACIÓN DEL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
- III. CONSIDERACIONES FINALES

El Estado de Derecho irrumpe en la regulación normativa de las naciones como una verdadera sublevación científica. Desde la entrada en vigencia de esta figura, se limitan los poderes absolutistas del Estado y de su Administración, y se propugnan como valores supremos y superiores los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos.

Tal situación se verifica con el sistema contencioso administrativo y su incesante renovación. Desde un primer momento, el contencioso administrativo se configuró como un sistema de control de la legalidad objetiva de los actos administrativos dictados por los órganos del Poder público. En ese sentido, el juez contencioso administrativo solo se limitaba a verificar la legalidad de los actos dictados en razón del *ius imperium*, sin entrar a considerar la posición jurídica del recurrente. La sentencia del juez contencioso administrativo tan solo declaraba la legitimidad del acto.

---

\* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de las cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Contencioso Administrativo en la Universidad José María Vargas. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela.

Esto trajo varias consecuencias: en primer lugar, ante las omisiones el juez no tenía radio de acción, era completamente incompetente, ya que solo conocía de los actos dictados por la Administración y nunca por su actividad o funcionamiento en el sentido lato de la expresión.

En segundo lugar tampoco permitía al particular defenderse ante los daños causados por la Administración. Si el acto causaba un agravio al particular, este no podía reclamarlo ante el juez contencioso administrativo, sino que tenía que recurrir ante las instancias ordinarias, ya que el juez contencioso al verificar la sola ilegalidad del acto, no estaba facultado para ir más allá de la decisión administrativa. Tal situación hacía del contencioso administrativo un sistema puramente objetivo y sin partes.

La tendencia actual ha sido la de ir constantemente modificando tal situación. En Francia, cuna del recurso por *excès de pouvoir*, típico caso de un recurso contencioso administrativo objetivo, la propensión ha sido a dinamitar tales efectos, al punto de crear una nueva concepción, plenamente subjetiva y judicial, del contencioso administrativo<sup>1</sup>. De igual manera en España ha cambiado el contencioso de tal manera, que la noción del mismo es totalmente judicialista y subjetiva, atendiendo a los requerimientos de la tutela judicial efectiva<sup>2</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia venezolana se ha encargado de ir modificando poco a poco la concepción objetivista del contencioso administrativo, para dar paso a esa búsqueda de la reparación de los daños causados a los justiciables por cualquier acción u omisión ilegal e ilegítima de los órganos del Estado.

Así, se entiende hoy día que el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no solo debe considerarse como una norma atributiva de competencias judiciales a un conjunto de órganos que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, sino como una norma fundamental de la Constitución, que consagra, además, el derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración<sup>3</sup>.

#### I.- El Carácter Objetivo del Contencioso Administrativo.

El contencioso administrativo nació de un principio, el de la separación de las funciones administrativas y judiciales, afirmado en la Ley 11-24 Agosto de 1790, dictada luego de la caída de la monarquía francesa, con lo que aparece una jurisdicción que terminó siendo independiente del orden judicial, sistema de justicia que sirvió de modelo a los diversos Estados de régimen administrativo<sup>4</sup>.

- 
1. A todo evento, véase en cuanto a los cambios en el contencioso administrativo francés, Eduardo García de Enterría, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa, Monografías Civitas*, Editorial Civitas, Madrid, 1992; Roland Drago, "Un Nuevo Juez Administrativo" en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías. Contencioso Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1995, y; Luís A. Ortiz Álvarez, *Revolución Francesa y Justicia Contemporánea*, Editorial Sherwood, Colección Cuadernos N° 7, Caracas, 2003.
  2. Para el tema del contencioso administrativo español recomendamos la lectura del profesor Antonio Canova González. "La Agonía del Contencioso Administrativo Tradicional. A propósito de la nueva Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio" en *Revista de Derecho Administrativo* N° 4, Editorial Sherwood, Caracas, 1998.
  3. Allan R. Brewer-Carías. "Consideraciones sobre el Contencioso-Administrativo como un Derecho Constitucional a la Tutela Judicial frente a la Administración" en *Revista de Derecho Público* N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 5.
  4. Antonio Moles Caubet, "El Sistema Contencioso Administrativo en el Derecho Comparado" en

De la revolución francesa nace el concepto del acto arbitrario, que dio paso al recurso por exceso de poder, que es el acto de un agente público que no está por su competencia o por su contenido legitimado en la ley<sup>5</sup>.

Así, cualquier acto emanado de la nueva Administración podía ser impugnada por ante el recién creado Consejo de Estado, por ser arbitrario. En definitiva, la tendencia era a mantener la imperatividad del principio de la legalidad ideado por Montesquieu, por lo que la Administración era efectivamente controlada, pero no por el poder judicial, sino por la propia Administración<sup>6</sup>.

En fin, al quedar la Administración en una posición jerárquica similar a la de los jueces y a la vez excluida del control de estos, se configuró el contencioso administrativo no como un control judicial sino como un autocontrol administrativo<sup>7</sup>. Esta primera etapa, en la cual el *Conseil d'Etat* fungía solo como un órgano consultivo, se conoce como la época de la “justicia retenida”.

Con el paso del tiempo se dictó la Ley de 24 de mayo de 1872 por medio del cual se le otorgó al Consejo de Estado plenos poderes, dejando este de ser un simple órgano asesor del Gobierno para adquirir plena independencia, con funciones claramente jurisdiccionales, aunque aún clavada en la propia Administración, con lo que la “justicia retenida” es sustituida por la “justicia delegada”.

Ya con la *loi du 24 mai 1872*, se le dio carácter formal a los recursos de plena jurisdicción y exceso de poder, respectivamente, bajo las cuales en verdad se armaría el Derecho administrativo<sup>8</sup>. Es bueno señalar que en la época de la justicia retenida, los actos arbitrarios podían ser denunciados por ante el Consejo de Estado, pero solo como una especie de vía de petición. No era como tal una acción, sino simplemente se le informaba a la Administración de la ilegalidad de la actividad administrativa en concreto.

---

*Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 10, Caracas, 1989, p. 9.

5. Eduardo García de Enterría; Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas Ediciones S.L. Octava Edición, Madrid, 2002, p. 562.
6. Aunque no es tema del presente trabajo, es bueno recordar que el sistema contencioso administrativo “se organizó históricamente sobre la base explícita de una exención judicial del Ejecutivo, lo cual puede parecer paradójico, pero es un hecho”. García de Enterría. “Hacia una Nueva ...”. *Ob. cit.*, p. 27, ya que el contencioso administrativo “se ha ido configurando partiendo de un principio, el principio de separación de las funciones administrativas y judiciales, (...) con lo cual aparece una jurisdicción que acaba siendo independiente, tanto del orden judicial como de la administración activa”. Moles Caubet. “El Sistema ...”. *Ob. cit.* p. 9. En definitiva, “el empleo del término “contencioso-administrativo, originado en Francia, se debió a la circunstancias de que eran tribunales de la Administración –pues a los tribunales judiciales les estaba prohibido intervenir– los que decidían los conflictos entre dicha Administración pública y los particulares”. Luís Beltrán Guerra Guerra. “La Actuación de la Procuraduría General de la República en el Contencioso Administrativo” en *Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1986, pp. 176-177.
7. Antonio Canova González. *Reflexiones...*, Editorial Sherwood, Colección Contencioso Administrativo N° 1, Caracas, 1998, p. 28.
8. Luís A. Ortiz Álvarez. “Revolución Francesa...”. *Ob. cit.*, p. 130. Sin embargo, como bien recuerda Canova, se crearon en esa ley otros dos recursos, el de interpretación y el de represión, de menor importancia y efectividad. Canova González. “Reflexiones...”. *Ob. cit.*, p. 29.

Sin embargo, con la vigencia de la justicia delegada, el recurso por exceso de poder, no obstante haber dejado de ser una simple vía de petición, preservó en buena medida las características anteriores, a saber: se seguía considerando como una forma de controlar el apego de la actividad administrativa a la legalidad objetiva, y; a la vez, que los particulares no defendían verdaderos derechos subjetivos, sino en todo caso simples intereses<sup>9</sup>.

En efecto, con la defenestrada justicia retenida, el particular denunciaba simplemente que un acto administrativo se había dictado sin basamento legal, o con una base ilegal, con lo que el Consejo de Estado verificaba la legalidad o no de la actuación, y hasta ahí se limitaba. Con la justicia delegada tal situación no varió ni en la forma ni el fondo de manera importante, ya que el particular recurría de un acto administrativo que le causaba un agravio, y el Consejo de Estado verificaba que el acto cumplía o no con los requisitos de ley, y también se limitaba a ello.

El particular no acude al contencioso administrativo a defenderse, sino simplemente a señalar la ilegalidad de una actuación administrativa, que de ser anulada evidentemente le favorecerá, pero solo en relación a la nulidad del acto y no en cuanto al daño causado por el mismo. El recurso por exceso de poder pretendía simplemente reprimir las irregularidades más *chocantes y groseras de los administradores*<sup>10</sup>.

En efecto, la forma de ver al control de los actos de la administración no cambió con la justicia delegada. Los hábitos adquiridos pesan demasiado para admitir de entrada que se trate de una justicia subjetiva, en la que los recurrentes defienden, como es común sus posiciones<sup>11</sup>. Por ello se habla de un recurso objetivo en el cual, a diferencia de los procesos ordinarios, no son derechos subjetivos sino la legalidad objetiva lo que es materia de valoración del fallo.

Así, no se habla de un verdadero proceso entre partes, sino un mero proceso al acto. La sentencia sólo podía concluir en la simple anulación del acto administrativo impugnado y no en la declaración de ningún derecho, ni aún de una indemnización, a favor del recurrente, y mucho menos en la condena de cualquier especie dirigida a la Administración como sujeto, la cual propiamente, no sería verdaderamente parte en el sentido procesal de la expresión.

En efecto, se negaba el carácter de parte tanto al particular demandante como a la Administración que acude al proceso a defender el acto o disposición cuya anulación se pretende. Respecto del primero, porque obra procesalmente en interés público; respecto de la segunda, porque la posición de parcialidad asumida por la Administración en el proceso administrativo es puramente formal, ya que la imparcialidad del Estado se refleja también en los órganos administrativos<sup>12</sup>.

El demandante no sería una parte, porque no ejercita ningún derecho propio para el que pida tutela, sino que simplemente pone en marcha un proceso de control objetivo de los actos administrativos que impugna, por lo que no es el interés del recurrente en que se examinará en la sentencia de fondo, ya que ese interés solo servirá para pasar a examen la validez del

---

9. Canova González. "Reflexiones...". *Ob. cit.*, p. 29.

10. García de Enterría; Fernández. "Curso...". *Ob. cit.* p. 37.

11. *Ídem.* p. 38.

12. Jesús González Pérez. "Las Partes en el Proceso. Terceros Intervinientes Coadyuvantes" en *Primeras Jornadas...* *Ob. cit.* p. 161.

acto impugnado, sin otro parámetro que el del derecho objetivo<sup>13</sup>. Tal situación en cuanto a la indefensión de los derechos subjetivos de los particulares se denota en que ese contencioso objetivo implicaba que la jurisdicción de mérito subsiste solo para casos taxativos<sup>14</sup>.

Otras de las importantes consecuencias que traía esta concepción de la justicia administrativa, como un sistema objetivo, era que al ser un proceso directamente al acto, las actividades administrativas controladas se limitaban a regular la legalidad de actos administrativos positivos, esto es, efectivamente promulgados. Así, toda inactividad u omisión de la Administración no era controlable por el Consejo de Estado.

Asimismo, toda actuación material ilegal, como son las vías de hecho, no eran tampoco fiscalizadas por el contencioso administrativo, lo que reducía el radio de acción de los particulares interesados en la nulidad de los actos. Todo lo cual conduce a que el fallo no pueda imponer a la Administración que no actúa como demandada, nada en absoluto, ni declarar a favor del recurrente, que tampoco ejerce titularidades propias. La sentencia de este recurso por exceso de poder debería limitarse a un pronunciamiento abstracto: declarar la anulación del acto impugnado. Nada más. Al recurrente no le conciernen ya las consecuencias de ese fallo.

En fin, de la justicia retenida se heredó una singular forma de controlar a la Administración y de “resguardar” los intereses de los particulares, los cuales en ningún momento son derechos subjetivos, sino en todo caso, intereses legítimos lo que se intentaba salvar.

Esos derechos subjetivos –los cuales son situaciones de interés evidentemente privados, en servicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder a favor de su titular, con el cual puede imponer a la Administración una conducta- eran pasados por alto por la forma en que estaba concebido el contencioso de anulación, el recurso por *excès de pouvoir*.

## II.- La Subjetivización del Sistema Contencioso Administrativo

El paso del tiempo, estas posturas han ido matizándose, al punto de que en Francia, por ejemplo, el sistema contencioso administrativo ha dado un vuelco contundente en cuanto a su forma de concebir la justicia administrativa.

Lo primero que hay que señalar es que no puede aceptarse el concepto de un recurso objetivo o en puro interés de la legitimidad. Tal situación puede admitirse en los casos de las acciones populares, como los recursos de inconstitucionalidad de las leyes a que se contrae el artículo 5 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Pero fuera de este limitado ejemplo, los recurrentes siempre defienden sus derechos.

Aquella errada concepción de que el contencioso administrativo configura un proceso sin partes se cae por su propio peso, ya que *“en el proceso administrativo, como tal proceso, también se deduce una pretensión de una parte frente a otra.*

---

13. Eduardo García de Enterría. “Hacia una Reconstrucción de la Justicia Administrativa. El Problema de los Derechos Reaccionales y la Subjetivización de los recursos llamados Objetivos” en *Revista de Derecho Público* N° 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 25-26.

14. Massimo Severo Giannini. “Comparación entre los Sistemas del Contencioso Administrativo” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* N° 33, Caracas, 1966, p. 79.

En consecuencia, en el proceso administrativo, al igual que en los demás procesos, se da la existencia de partes procesales<sup>15</sup>. La fórmula del Estado de Derecho, que pasa a ser un elemento crucial en el siglo XX, propugna la observancia suprema a la actividad jurisdiccional<sup>16</sup>.

Ya no tiene sentido constitucional pretender limitar la competencia de los tribunales contencioso administrativos a las solas cuestiones de ilegalidad objetiva, ya que el constitucionalismo moderno plantea un derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, por lo que el sistema contencioso administrativo se configura constitucionalmente, como un instrumento procesal de protección de los administrados frente a la Administración y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares<sup>17</sup>.

El cambio de concepción deviene de la entrada en vigencia de la figura de la tutela judicial efectiva, la cual deviene del Estado de Derecho. La tutela judicial efectiva viene a ser un derecho fundamental mediante el cual se le garantiza a todo ciudadano el respeto y la protección de sus derechos a través de los órganos de justicia<sup>18</sup>. La tutela judicial efectiva se configura como un derecho subjetivo de carácter prestacional frente al Estado, que además por su indudable relevancia ha adquirido jerarquía de derecho fundamental, al ser tratado en gran parte de las constituciones contemporáneas<sup>19</sup> y en tratados internacionales de derechos humanos, especialmente a partir de la segunda guerra mundial<sup>20</sup>.

La tutela judicial efectiva ha resultado de importancia capital para el sistema de justicia administrativa en cuanto a la subjetivización del mismo en pro del justiciable. En efecto, afirma el maestro García de Enterría que el contencioso administrativo está incluido en los

15. González Pérez. "Las Partes...". *Ob. cit.*

16. María Luisa Acuña López. "Algunas Notas relacionadas con los Principios Constitucionales que regulan el Sistema de Justicia Venezolano y su Alcance en la Jurisdicción Contencioso-administrativa" en *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas, 2001, p. 4.

17. Allan R. Brewer-Carías. "La Universalidad del Control Contencioso Administrativo" en *Revista de Derecho Público* N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 7.

18. A pesar que no es materia del presente trabajo, no está de más señalar que somos de la opinión que la tutela judicial efectiva no solo se aplica a los órganos jurisdiccionales, sino que los órganos de la Administración pública se encuentran en la obligación derivada de la Carta Magna de otorgar una efectiva tutela a los derechos de los administrados.

19. Podemos señalar que, entre otras, la Constitución alemana consagra la tutela judicial efectiva (*Reschtsschutzgarantie*) en el artículo 19.IV, que dice: "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria". De igual manera el artículo 24 de la Constitución italiana proclama que: "Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos". Asimismo el artículo 24 de la Constitución española reza: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión". Acerca del sistema contencioso administrativo en estos y en otros países puede verse la grandiosa obra: Javier Barnés Vázquez (Coordinador). *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Monografías Civitas, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993.

20. Antonio Canova González. "Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional" en *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 22.

parámetros de la tutela judicial efectiva, por lo que esta se convierte en una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos y por tanto una tutela de posiciones subjetivas<sup>21</sup>, por lo que, “*la concepción tradicional del contencioso-administrativo, el modelo francés de excès de pouvoir, la idea de un proceso al acto, ha concluido en España*”<sup>22</sup>. Pues bien, puede decirse con el maestro, que en Venezuela tal concepto también ha finalizado.

Lo que mueve al recurrente no es un neutro interés por la legalidad. Sería absurdo pensar que los recurrentes inician un proceso judicial, que cancelen los honorarios de abogados, que se defiendan en proceso y gasten energías por el solo hecho de la legalidad objetiva de un acto, sin que el juez pueda responderles por algún derecho lesionado.

Como dijimos, hay acciones que evidentemente tienen todo el carácter de objetivos, como las acciones populares, pero evidentemente en la acción de nulidad, el recurrente detenta un verdadero interés en las resultas del fallo. Lo que en verdad moviliza al recurrente es el hecho de considerar que la Administración le ha causado un daño, le ha perjudicado al actuar fuera de la legalidad, y que ese perjuicio, por tanto, debe ser descartado mediante la eliminación del acto ilegal que le causa. En palabras de García de Enterría y Fernández, aquí se conectan el derecho subjetivo y la legalidad objetiva en un solo interés<sup>23</sup>. En fin, el particular recurre de la actividad administrativa en razón de su derecho subjetivo, el cual considera lesionado.

Es de hacer notar el comentario que realiza el profesor Canova<sup>24</sup>, que la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva no constrañe a que todos los procesos judiciales sean de naturaleza subjetiva, a que tengan por finalidad la defensa de tales situaciones jurídicas subjetivas, y si así fuera, no tuvieran asidero constitucional las acciones populares. El derecho a la tutela judicial efectiva implica para el contencioso administrativo que cada vez que alguien pide auxilio judicial de sus derechos e intereses debe otorgarse tal protección por parte de los tribunales de forma cierta, real, verdadera y verificable. Por ende, siempre será exigible la tutela judicial efectiva en los procesos en que se diluciden controversias de derechos e intereses de los particulares.

En definitiva, en la interpretación de la función revisora de la jurisdicción contencioso administrativa debe primar la tesis jurisprudencial más progresiva por estar en juego “*un derecho fundamental de “todos”, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*”<sup>25</sup>.

Suscribimos la apreciación de los doctrinarios García de Enterría y Fernández cuando señalan que resulta completamente equivoco pretender que no hay derecho subjetivo por la razón dogmática de que la norma que ha de juzgar la validez del acto es una norma destinada a servir sólo al interés general<sup>26</sup>.

En verdad, todas las normas objetivas, no solo las administrativas, tienen fundamento en el interés general. Pero donde está el derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma, sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que, habiendo violado la norma,

---

21. García de Enterría. *Hacia una Nueva...*, *Ob. cit.* p. 60.

22. *Ídem*.

23. García de Enterría; Fernández. *Curso...*, *Ob. cit.* p. 45.

24. Canova González. *Tutela Judicial...*, *Ob. cit.* p. 46.

25. Vicente Gimeno Sendra; Víctor Moreno Catena; Pascual Sala Sánchez. “Derecho Procesal Administrativo”. Editorial Centro del Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2001. p. 3.

26. García de Enterría; Fernández. *Curso...*, *Ob. cit.* p. 46.

causa un perjuicio personal al ciudadano, siendo evidente que tal acción se otorga en interés del ciudadano, que en tal sentido la ejercita. Por ende, si la norma toma en consideración el interés individual por sí mismo, como interés totalmente diferente del interés general y asegura con medios idóneos su realización, dicho interés se coloca en la posición del derecho público subjetivo<sup>27</sup>.

De todo esto se pueden deducir varios efectos de la subetivización del contencioso. El primero de ellos, el más relevante, es el relativo al control de toda la actividad administrativa, y no solo de los actos que de ella emanen. En efecto, todas las actuaciones de la Administración pública son controlables por la jurisdicción contenciosa administrativa. Recuérdese que la Administración pública se manifiesta bien mediante actos, bien mediante hechos.

De esta manera, todos los actos administrativos son judicialmente revisables. Pero asimismo, todos los hechos de la Administración pública que no se hayan producido por mandato de un acto administrativo, son impugnables por ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Por último, dentro de los hechos de la Administración pueden encontrarse a los hechos positivos y a los hechos negativos, por lo que puede decirse que la justicia administrativa llega hasta las actuaciones materiales de la Administración, así como a las omisiones o a la inactividad de la Administración.

En cuanto a los hechos administrativos controlados por el sistema contencioso administrativo, encontramos a la vía de hecho. Tal figura implica el comportamiento material lesivo de derechos o garantías constitucionales, de la cual su nota común es la irregularidad del comportamiento material por falta de un acto administrativo previo, suspensión de la autotutela ejecutiva, o carencia de eficacia, situaciones a las cuales hay que agregar los supuestos de no coincidencia entre el título jurídico y la ejecución, y de indebida ejecución, por tratarse de casos en los que ella requiere de la intervención judicial<sup>28</sup>.

En fin, la vía de hecho constituye una actuación material sin basamento legal, del cual, el ejemplo más típico es la actuación de la Administración sin la existencia de un acto administrativo que permita tal actuación, o que se realice la misma con un acto administrativo previo pero sin la existencia de un procedimiento administrativo que haya permitido ejercer el derecho a la defensa del interesado lesionado en su derecho.

Cuando la Administración usa un poder del que carece legalmente<sup>29</sup>, o cuando la Administración no procede de acuerdo a la norma que le otorga poder<sup>30</sup>, o cuando dicta una decisión sin previo procedimiento que permita a los afectados ejercer su defensa (*manque de procédure*)<sup>31</sup>, o cuando se ejecuta una decisión administrativa sin cobertura normativa o au-

---

27. Jesús Caballero Ortiz. "La Relación Jurídico Administrativa y las Situaciones Jurídicas de los Administrados" en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 17.

28. Julio Rodolfo Comadira, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 66. También véase Francisco López Menudo. *Vía de Hecho Administrativa y Justicia Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.

29. Sentencia número 1473 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 13 de noviembre de 2000. Ponente: Magistrada Ana María Ruggeri Cova.

30. *Ídem*

31. Sentencia número 1378 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de octubre de 2000. Magistrado Ponente: Juan Carlos Apitz Barbera.

sencia de título normativo que faculte para ello (*manque de droit*)<sup>32</sup>, o cuando para asegurar la ejecución de una decisión se emplea excesiva o irregularmente un medio coactivo<sup>33</sup>, o cuando se cometen flagrantes irregularidades durante la fase de ejecución de un acto validamente dictado<sup>34</sup>, estamos ante la ejecución de una vía de hecho.

La vía de hecho por lo general implica entonces la actuación de la Administración con inexistencia de acto administrativo previo, es decir, comprende todos los casos en que la Administración pública pasa a la acción sin acordar previamente la decisión en la que debe fundarla. La concepción tradicional objetivista se opone a la revisión judicial de la figura de la vía de hecho en cuanto a que la misma implica la inexistencia de un acto administrativo, por lo que objetivamente no existe acto sobre el cual hacer revisión.

En ese sentido, la actividad administrativa se ve a sus anchas, pudiendo realizar actuaciones materiales sin título normativo que lo faculte. Sin embargo, el carácter subjetivo de contencioso, que implica su ampliación y su universalidad, crea a favor del ciudadano un método de resguardo y efectividad de las garantías constitucionales. Así, con la concepción subjetiva de la justicia administrativa, la actividad realizada sin acto administrativo es controlada por la jurisdicción contenciosa administrativa. De tal manera, que no se revisa el acto, se revisa la actividad de la Administración<sup>35</sup>.

Otro de los importantísimos efectos de la concepción subjetiva del contencioso administrativo radica en la tutela judicial frente a la inactividad administrativa. Ya dijimos que la Administración puede eventualmente realizar hechos administrativos sin acto administrativo que ampare tal situación o actuación material. Pero puede suceder que la Administración, estando obligada a realizar una actividad en concreto, omita realizarla.

En ese sentido estamos frente a la inactividad administrativa que es definida como el incumplimiento por omisión de la actuación administrativa jurídicamente debida<sup>36</sup>, siendo que es requisito necesario para el recurso judicial competente la existencia de una obligación específica, contemplada en una norma legal, susceptible de ser individualizada en el particular afectado<sup>37</sup>.

---

32. Sentencia número 1220 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 13 de junio de 2001. Magistrado Ponente: Magistrada Evelyn Marrero Ortiz.

33. *Ídem*.

34. *Ídem*.

35. En efecto, el vicio de la vía de hecho ha sido repudiado por la jurisprudencia en lo contencioso administrativo. La sentencia más relevante fue la de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de septiembre de 1990, Caso: *Ganadería El Cantón*. Interesante resulta el estudio en cuanto a las vías de hecho realizado por el profesor Gilberto Guerrero Rocca. *Nuevas Orientaciones en el Contencioso Administrativo Venezolano*, Editorial Libresca, Caracas, 2002, p. 257-284.

36. Daniela Urosa Maggi, *Tutela Judicial frente a la Inactividad Administrativa en el Derecho Español y Venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2003, p. 48. Otros autores han definido esta figura. Así Alejandro Nieto señala que es la ausencia de actuación de la Administración; mientras que Luciano Parejo Alfonso establece que la inactividad administrativa es la omisión administrativa de la actividad legalmente debida. Todas estas citas están referidas en la obra citada de Urosa Maggi, p. 44.

37. Véase Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 6 de diciembre de 1984, caso: *Teresita Aguilera*; de 28 de febrero de 1985, caso: *Eugenio Igor Vizcaya*; de 14 de agosto de 1991, caso: *Rosa Adelina González*; de 14 de marzo de 1991, caso: *Philip Morris Incorporated*. De igual manera, sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 17 de octubre de 1985, caso: *Metaral, C.A.*; de 29 de octubre de 1985, caso: *Alfredo Yanucci*

En el caso en concreto de la inactividad de la Administración, puede señalarse que pasa lo mismo que sucede con las actuaciones materiales ilegales de la Administración en cuanto a que no existe un acto administrativo al cual impugnar, por lo que, según el viejo sistema objetivo de justicia administrativa, mal podría controlarse la actividad omisiva de la Administración al no haber acto al cual atacar. Por ende, la actividad jurisdiccional en contra de la inactividad administrativa es un logro de la concepción subjetivista de la justicia administrativa.

Así, frente a la inactividad de la Administración, se ha creado la figura procesal del recurso por abstención o carencia, el cual constituye un remedio procesal que permite al administrado el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la abstención u negativa de los funcionarios a cumplir las actos a que está obligada por ley<sup>38</sup>, lo que implica que frente a las omisiones de la Administración de un actuar debido, esto es, obligatorio para la Administración, el contencioso administrativo es competente para ordenar la actuación, y de ser el caso, realizar por medio del propio órgano jurisdiccional.

Otro de los efectos que este concepto subjetivista trae como consecuencia, refiere al tema de la legitimación. Tal elemento, en palabras de García de Enterría y Fernández<sup>39</sup>, la titularidad del derecho subjetivo sobre el que se debate no puede ser nunca un mero requisito procesal en los procesos administrativos, por lo que la equiparación de este supuesto a efectos de su calificación procesal, con el de la titularidad de un interés basta para desautorizar la tesis procesalista de que en los recursos basados en un simple interés éste se limita a juzgar el papel de un requisito de admisión al fondo del proceso, con lo cual es necesario afirmar que como requisito de admisión del recurso contencioso administrativo podrá jugar la mera invocación de la titularidad, pero no la realidad de la misma, la cual siempre pertenece al fondo de la controversia.

Otro elemento de importancia capital que refiere al aspecto subjetivo de la justicia administrativa representa la situación de los poderes del juez contencioso administrativo. Al respecto, se ha señalado que las bases tradicionales del contencioso trasladadas del Derecho francés, ha traído la prohibición de juzgar el mérito, la conveniencia del acto, y aun en materia de legalidad y la prohibición de sustitución en la labor administrativa<sup>40</sup>. Sin embargo, puede decirse que en la jurisprudencia patria se observa una clara evolución de este contencioso objetivo a uno subjetivo, con lo cual las bases tradicionales mencionadas resultan ciertamente inadecuadas.

---

*Fuciardi*; y; de 29 de junio de 1995, caso: *Horacio Velásquez*. Todas estas sentencias, y otras pueden consultarse en Allan R. Brewer Carías; Luís A. Ortiz-Álvarez. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Jurisprudencia N° 4. Caracas, 1996, así como en Carlos Luís Carrillo Artiles. *El Recurso Jurisdiccional contra las Abstenciones u Omisiones de los Funcionarios Públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999. De igual manera, véase Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de abril de 2000, Caso: *Instituto Educativo Henry Clay*. Ponente Magistrado: Carlos Escarrá Malavé, y la sentencia sobre omisión legislativa, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 4 de agosto de 2003, Caso: *Omisión legislativa del nombramiento de la Directiva del Consejo Nacional Electoral*. Magistrado Ponente: *Jesús Eduardo Cabrera Romero*.

38. Rafael Badell Madrid. "El Recurso por Abstención o Carencia" en *Derecho Procesal Administrativo. Primeras jornadas centenarias del Colegio de Abogados del estado Carabobo*. Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1997, p. 173.
39. García de Enterría; Fernández. *Curso...*, *Ob. cit.* p. 44 y 45.
40. María Amparo Grau. "Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo" en *Estudios de Derecho Público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 3, Caracas, 2001, p. 362.

Ahora bien, no ha mucho que la Sala Político Administrativa en Sala Accidental dio un paso adelante en cuanto a la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos, específicamente en el caso Omar Arenas Candelo<sup>41</sup>.

El caso en concreto refiere a la exclusión ilegal de un juez por parte del extinto Consejo de la Judicatura. Pasado más de veinte años, la Sala Político Administrativa señaló que tal exclusión configuró una vía de hecho, por lo que, el efecto natural de tal decisión sería la reincorporación del ciudadano al cargo que ilegalmente fue excluido. Sin embargo, como el ciudadano cumplió con los años necesarios para obtener el Derecho a la jubilación durante el tiempo que estuvo prescindido del Poder Judicial, la Sala decidió otorgar tal beneficio, ya que el mismo es un derecho subjetivo legítimo del ciudadano, quien no tiene la carga de pagar con los errores de la Administración<sup>42</sup>.

---

41. Sentencia N° 00389 de la Sala Político Administrativa de 22 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi. Caso: *Omar Arenas Candelo*.

42. La sentencia citada señala expresamente lo siguiente: *“Los hechos descritos y las normas aplicables al presente caso configuran a juicio de esta Sala Político-Administrativa Accidental la presunción mediante la cual de no haberse dictado la írrita Resolución impugnada por este fallo, el ciudadano Omar ARENAS CANDELO hubiera disfrutado el derecho a permanecer en el servicio público judicial. No obstante, como fundamento de la Resolución contradicha, se tiene una causa no imputable a su persona, razón por la cual a juicio del extinto Consejo de la Judicatura, el recurrente no podía continuar en el ejercicio activo de sus funciones como juez, lo cual hace inaplicable las resultas de la decisión N° 9 de 7 de junio de 1980. En este orden de ideas y teniendo en cuenta que el juez contencioso administrativo tiene los más amplios poderes para solventar las situaciones jurídicas infringidas por la acción del Poder Público, la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra gobernada fundamentalmente por el principio inquisitivo, el cual le permite, entre otras cosas, la corrección de irregularidades que no hayan sido alegadas por las partes con base en el principio del control de la legalidad (...) el juez contencioso administrativo se ha visto fortalecido por el conjunto de principios que consagra la nueva Carta Magna, entre los cuales destaca el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Este principio convierte al sistema contencioso administrativo en un proceso de protección efectiva de los derechos subjetivos, tanto para los administrados como de la propia Administración, lo que hace afirmar al doctrinario GARCÍA DE ENTERRÍA que el contencioso administrativo, desde la aparición de la tutela judicial efectiva como principio constitucional, es una tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas (...). Tal concepción debe a la vez conectarse con lo establecido en el artículo 259 de la Constitución referente a las atribuciones que esta norma establece para los órganos de la justicia administrativa, el cual señala que el juez contencioso administrativo debe velar por el efectivo restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración. Así, con estos dos principios – tutela judicial efectiva y restablecimiento de las situaciones subjetivas infringidas-, el juez contencioso administrativo posee los premisas necesarias para resguardar los derechos subjetivos de los justiciables (...) En el caso de autos se verifica que el ciudadano Omar ARENAS CANDELO, de no haber sido retirado indebidamente por el extinto Consejo de la Judicatura, hubiera mantenido la expectativa de su derecho a obtener el beneficio de la jubilación, pues no existen razones válidas que justifiquen la decisión administrativa; más aún cuando su desincorporación del cargo en la judicatura no fue imputable a su accionar. Por ende, en aplicación de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva, de la seguridad jurídica, del control de la actividad funcional que le corresponde desarrollar a la novísima estructura funcional del sector justicia en Venezuela y en concreto, en aras de brindar la protección en términos de seguridad social a quienes tienen derecho como funcionarios públicos que hayan cumplido con los requisitos de ley en forma debida, esta Sala Político Administrativa Accidental estima procedente ordenar a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que acuerde el beneficio de jubilación al ciudadano Omar ARENAS CANDELO (...).”* En un sentido muy similar la Sala Político Administrativa ratificó el mismo criterio, en sentencia de la Sala Político Administrativa Accidental de 13 de julio de 2004. Sentencia número 00816. Caso: *Guillermo Rodríguez*. Magistrado Ponente: Conjuuez Octavio Sisco Ricciardi.

Tal sentencia es un ejemplo de la subjetivización actual del contencioso administrativo venezolano. Los poderes del juez contencioso administrativo vienen a ser determinados por la pretensión procesal deducida; de manera que, pasan a ser tan amplios como la diversidad de normas jurídicas creadoras de derechos o intereses existan. El juez está dotado, según la teoría subjetivista, de todos los poderes necesarios para que sus sentencias acaben con la legalidad jurídica invocada, cualquiera sea ésta, y para que sea plena y cabalmente restablecida la situación jurídica lesionada<sup>43</sup>.

También puede nombrarse como efecto del cambio de noción de la justicia administrativa el importante tema de las medidas cautelares en el contencioso administrativo. En la vigencia del viejo sistema objetivista, las medidas cautelares existían, pero aplicadas en verdad para favorecer a la Administración, en el sentido de suspender preventivamente los efectos de algún acto administrativo para evitar que esta causara males mayores, no para salvaguardar los derechos de los particulares.

Sin embargo, hoy día se entienden a las medidas cautelares como una forma de proteger los intereses de los interesados en el procedimiento judicial, todo ello basado en la tutela judicial efectiva. En efecto, Eduardo García de Enterría cita un auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala tercera del Tribunal Supremo Español (sección 5ª), que señaló que “...esa fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de todo irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de validez de los actos de la Administración (...) se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón<sup>44</sup>”.

Así, gracias a esta nueva concepción subjetiva del contencioso administrativo, existe la posibilidad de dictar medidas cautelares positivas, como puede ser la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial son apariencia de buen derecho<sup>45</sup>.

Entonces, la tutela judicial efectiva hace nacer el concepto de la tutela judicial cautelar<sup>46</sup>, por medio de la cual, el proceso contencioso administrativo se convierte en un proceso de tutela de los derechos de los particulares, y en el caso en concreto de las medidas cautelares, las mismas deben contribuir a no lesionar la situación jurídica de los particulares. En definitiva, tal es la importancia de las medidas cautelares bajo esta nueva visión, que ha llevado a decir a uno de los grandes doctrinarios patrios que “a nivel mundial, las medidas cautelares quizás han pasado a ser el capítulo más importante, el alma, el centro del universo de la nueva justicia administrativa<sup>47</sup>”.

Otra consecuencia del criterio subjetivo del contencioso radica en la sentencia emanada del juez administrativo. El fallo dictado en estos juzgados queda relegado a descubrir la presencia o no de derechos e intereses del demandante, más que en velar por el respeto a la legalidad objetiva por la actividad pública. no es suficiente, en consecuencia, que un acto

43. Canova González. “Tutela Judicial...” *Ob. cit.* p. 51.

44. Eduardo García de Enterría. *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Segunda Edición ampliada, Monografías Civitas, Ediciones Civitas, S.A. Madrid, 1995, p. 177.

45. *Ídem.* p. 225 y ss.

46. Víctor R. Hernández-Mendible. *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo Venezolano*, Vadell hermanos Editores, Valencia, 1997, p. 22.

47. Luís A. Ortiz Álvarez. *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Colección Tratados y Estudios de Derecho Comparado N° 1, Caracas, 1999, p. 9.

administrativo sea ilegal para que proceda la evaluación de la reclamación. Por tanto, es preciso que tal trasgresión se de sobre una norma jurídica que otorga un derecho o interés al reclamante.

De hecho, el fallo contencioso administrativo puede declarar con lugar las pretensiones de condena en contra de la Administración pública, imponiendo a esta un dar, un hacer o un no hacer. Así, la sentencia estimatoria de una pretensión de condena impone al demandado una situación jurídica, lo condena a una prestación (positiva o negativa), o a un no hacer, por lo que no se trata ya de que el demandado respete genéricamente la situación jurídica reconocida en la sentencia, sino que realice una prestación concreta, positiva o negativa<sup>48</sup>.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

La concepción subjetiva no es un simple esbozo de doctrinas y teorías de académicos estrasnochados. Por el contrario, el concepto subjetivo del sistema contencioso administrativo advierte una tendencia a proteger a los justiciables, por lo que su aplicación en la práctica forense es vital para el sistema. Bajo una concepción subjetiva de los procesos contenciosos administrativos se asegura de manera realmente eficiente los derechos de los particulares, que es el mandato de la Constitución.

La jurisprudencia patria ha resaltado desde hace bastante tiempo que el sistema de justicia administrativa en Venezuela: “consagra el sistema judicialista de la jurisdicción contencioso-administrativa apartándose del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicionalmente predominante en la legislación nacional, de atribuir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial<sup>49</sup>”.

De la misma manera la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dicho que: “de la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa, se aprecia que los justiciables pueden accionar contra la Administración a los fines de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales.

El referido precepto constitucional señala como potestades de la jurisdicción contencioso-administrativa, no solo la anulación de actos administrativos, la condena de pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y el conocimiento de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos, sino también, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración. Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respecto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como

---

48. Jesús González Pérez. “Acciones Declarativas, Constitutivas y de Condena de la Administración Pública” en *Revista de Derecho Público* N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986. p. 20.

49. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 14 de diciembre de 1970. Magistrado Ponente: Martín Pérez Guevara, en Allan R. Brewer Carías; Luís A. Ortiz-Álvarez. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativo*, Ob. cit. p. 15.

un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración (...) sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho<sup>50</sup>.

En verdad, la construcción del contencioso administrativo objetivo no es más que una farsa, una comedia, una excusa cuyo fin no es controlar de la mejor manera la legalidad de la actividad del Ejecutivo, sino que disfraza la intención del los revolucionarios franceses de permanecer exclusivamente en el ejercicio de sus funciones de la fiscalización de los tribunales<sup>51</sup>. En fin, concordamos con el profesor Canova en cuanto a las críticas al carácter objetivo del sistema de justicia administrativa, ya que el mismo nunca tuvo ni ha tenido como justificación el control más exigente y diligente de la legalidad aplicable por las Administraciones públicas, sino que esconde la intención original de un poder ejecutivo libre e incontrolable.

Por otra parte, es de resaltar que la Administración no tiene hacia un ciudadano o hacia un conjunto de ellos, la obligación jurídica de observar la legalidad; por eso mismo no puede hablarse de que los ciudadanos tengan un derecho subjetivo a la observancia de la legalidad del administración<sup>52</sup>, fuera de los casos en que sean titulares de verdaderos derechos subjetivos.

La observancia de la legalidad es para la Administración un deber puramente objetivo, derivado de la vinculación positiva que de dicha legalidad directamente resulta para ella. Así, ese deber está conceptualizado no solo con fines organizativos abstractos, sino también, y preferentemente, como una técnica de libertad de los ciudadanos, los cuales no pueden ser afectados por la Administración en sus *proprios asuntos*, en sus intereses materiales y morales, más que a través de situaciones legítimas, esto es, cubiertas o amparadas por la Ley.

Así, cuando un ciudadano se ve perjudicado, dañado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones u omisiones administrativas ilegales, este adquiere desde ese mismo momento, por el encuentro de los dos elementos de perjuicio e ilegalidad, un verdadero derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses<sup>53</sup>. Pero ese derecho subjetivo es no solo a impugnar el acto y a que este se elimine y desaparezca del mundo jurídico, sino que se restablezca la situación por la cual el ciudadano se vio afectado de manera negativa. El término restablecimiento de situaciones subjetivas derivadas de la actuación de la Administración pública es el ejemplo más latente de la nueva concepción subjetiva del contencioso administrativo.

De hecho, que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias para terceros (sean estas beneficiosas o perjudiciales) como consecuencia de la trascendencia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. El recurrente, en definitiva, es parte en el proceso y no un representante de la legalidad; la Administración de igual manera se convierte en

---

50. Sentencia N° 2629 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando. De igual manera señala la sentencia número 00266 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini, y; sentencia N° 82 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Antonio García García.

51. Canova González. *Tutela Judicial...*, Ob. cit. p. 48.

52. García de Enterría; Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Ob. cit. p. 51.

53. *Ídem*.

parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta y a la que se opone activamente; el recurso es entonces subjetivo, y nunca objetivo. Por tanto, lo que se hace valer en el proceso es un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés.

Ante todo esto, hay que resaltar que el administrado es titular de derechos subjetivos frente a la Administración cuando ostenta pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida, lo que García de Enterría y Fernández llaman derechos típicos o activos<sup>54</sup>.

Por otra parte, el ciudadano también es titular de Derechos subjetivos cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses, derechos estos que los autores señalados los califican de reaccionales o impugnatorios<sup>55</sup>.

Más aún, cierta doctrina latinoamericana asegura que el contencioso administrativo traspasó la noción del derecho subjetivo, siendo superada por las situaciones y las relaciones jurídicas<sup>56</sup>.

Esta teoría afirma que se distingue a la situación jurídica como una ubicación o disposición jurídica en beneficio de un sujeto, la cual puede ser sobre un inmueble, sobre un crédito, sobre una función, y en definitiva se presenta como una pertenencia a favor exclusivamente del titular, la cual es su nota determinante. Mientras que la relación jurídica es la referencia que impone la situación a otro u otros sujetos, es la conexión invisible, pero que obliga a un tercero o a varios terceros una conducta de hacer, no hacer o dar. En cualquiera de estas situaciones, el autor establece que el contencioso administrativo debe procurar la garantía del cumplimiento de tales situaciones o relaciones jurídicas a favor del accionante.

Así, el derecho subjetivo se presenta como una imputación a favor de una situación jurídica determinada, creadora de relaciones jurídicas que contiene prestaciones obligatorias.

Sea como sea, la exigibilidad del derecho subjetivo, de la situación jurídica o de la relación jurídica, siempre que existe un derecho menoscabado por la Administración en ejercicio de su actuación legal o ilegal, el sistema contencioso administrativo debe velar por la correcta observancia de la aplicación de ese derecho lesionado, y procurar, en primer lugar, que tal situación no se genere nuevamente, y en segundo lugar, que el daño causado sea subsanado, y el perjuicio producido sea reparado.

El contencioso no nació para causar estos efectos. Ya señalamos que el contencioso fue creado y organizado de manera tal que el mismo sirviera para protección no de los ciudadanos, sino de los revolucionarios que tomaron el poder luego de la Revolución Francesa. De ello deviene que el ciudadano no pudiese reclamar por sus derechos propios, sus derechos subjetivos.

---

54. *Ídem*. p. 53

55. *Ídem*

56. Bartolomé Fiorini. *Que es el Contencioso*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 50.

Sin embargo los tiempos han ido evolucionando en pro del ciudadano, en garantía del respeto a los Derechos humanos fundamentales, en consideración a las teorías democráticas florecientes en el siglo XX. La situación de los ciudadanos ha cambiado con el devenir del tiempo. Esto es indudable. Hoy el respeto por el ciudadano es primordial en todo Estado de Derecho que medianamente se considere como tal. Así, el particular tiene el derecho de buscar protección a sus derechos propios.

La concepción objetiva del contencioso quedó atrás. En Venezuela culminó tal teoría. Poco a poco la jurisprudencia patria, como tratamos de demostrarlo en el presente estudio, ha ido evolucionando para respetar los derechos subjetivos de los ciudadanos, y que este defienda sus derechos propios, y no solo sea un simple denunciante de la legalidad. Para ello ya está el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo, quienes tienen la competencia para recurrir por la ilegalidad de las actuaciones de la Administración para buscar el retorno a la legalidad en las mismas, pero estos no acuden en defensa de sus derechos subjetivos, porque no los tienen. El ciudadano común sí los posee, y está en la plena capacidad jurídica de defenderlos ante los tribunales contenciosos administrativos.

Un sistema procesal administrativo de carácter subjetivo centraliza su actuación en la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos perjudicados por la actuación pública. Son estos los únicos habilitados para poner en funcionamiento el aparato judicial y, en la exacta medida que pretendan el restablecimiento de su situación jurídica subjetiva, es que pueden ejercitar sus funciones los tribunales.

El contencioso administrativo de corte subjetivo, como bien afirma Canova<sup>57</sup>, no desatiende el control de legalidad del actuar administrativo. Tan solo deja de ser la tarea primordial del contencioso administrativo.

Los derechos e intereses de los ciudadanos se convierten en la punta de lanza de este nuevo sistema de justicia administrativa. en fin, el derecho subjetivo y el derecho objetivo son dos caras de la misma moneda, por lo que resulta materialmente imposible ordenar el restablecimiento del derecho de alguien sin que de manera previa haya habido una vulneración de la norma jurídica que reza o reconoce tal derecho por el obligado.

En definitiva, vale decir que es el ciudadano, y el reconocimiento de sus derechos propios, el objeto central y fundamental del sistema contencioso administrativo, criterio este que deberá ser afianzado más aun por los tribunales contenciosos administrativos, para así hacer más fácil la búsqueda del respeto de los derechos de los ciudadanos, y poder al mismo tiempo, controlar de manera seria la actividad administrativa.

Vaya aquí, nuestro aporte al sistema.

---

57. Canova González. *Tutela Judicial...*, *Ob. cit.* p. 51.

## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2007

Recopilación y selección  
por Marianella Villegas Salazar  
*Abogado*

### SUMARIO

- I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
  1. *Poder Judicial. Órganos: Tribunales Superiores Contencioso Administrativos*
- II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO
  1. *Sistema de Planificación: Comisión Central de Planificación. 2. Sistema Financiero. A. Administración Financiera. B. Fondo para la Estabilización Macroeconómica. 3. Sistema Presupuestario y de Crédito Público. 4. Sistema Impositivo. Impuestos: Impuesto Sobre la Renta. 5. Sistema de Personal. Funcionarios públicos: Declaración jurada de patrimonio.*
- III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA
  1. *Derechos Constitucionales. Derechos Sociales y de las Familias: Derecho de las mujeres.*
  2. *Política de Relaciones Exteriores. A. Tratados, Acuerdos y Convenios: Acuerdos y Tratados Bilaterales. B. Integración Latinoamericana y Caribeña. C. Representaciones militares en el exterior.*
- IV. DESARROLLO ECONÓMICO
  1. *Régimen de la Moneda: Reconversión Monetaria. 2. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras. 3. Régimen de Desarrollo Agropecuario. Suelos con vocación agrícola: Prohibiciones.*
- V. DESARROLLO SOCIAL
  1. *Salud: Salubridad ambiental. 2. Educación: Matrículas y mensualidades. 3. Trabajo: Salario Mínimo. 4. Cultura: Bienes de interés cultural. 5. Régimen de Protección de Niños y Adolescentes: Derecho a opinar y a ser oído. 6. Régimen del Deporte: Participación deportiva. 7. Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas. 8. Régimen de la Vivienda: Deudores hipotecarios en moneda extranjera.*
- VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO
  1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables. 2. Régimen del Transporte y Tránsito. A. Transporte y Tránsito Terrestre: Infraestructura vial. B. Transporte y Tráfico Aéreo.*

## I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

### 1. Poder Judicial. Órganos: Tribunales Superiores Contencioso Administrativos

Resolución N° 2007-0017 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, por la cual se atribuye competencia a los Tribunales Superiores Primero, Segundo y Tercero de Transición de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, que eran los llamados para conocer las causas que cursaban en el Tribunal de la Carrera Administrativa, para conocer de las causas en materia contencioso administrativa, pasando a denominarse, Tribunales Superiores Octavo, Noveno y Décimo, respectivamente, de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. *G.O.* N° 38.700 de 7-6-2007.

## II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

### 1. Sistema de Planificación: Comisión Central de Planificación

Decreto N° 5.384, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación. *G.O.* N° 38.711 de 22-6-2007. (Véase *G.O.* N° 5.841 Extraordinario de esa misma fecha).

### 2. Sistema Financiero

#### A. Administración Financiera

Decreto N° 5.262, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.661 de 11-4-2007.

#### B. Fondo para la Estabilización Macroeconómica

Decreto N° 5.313 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley que Crea el Fondo para la Estabilización Macroeconómica. *G.O.* N° 38.670 de 25-4-2007.

### 3. Sistema Presupuestario y de Crédito Público

Resolución N° 07-06-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que la canalización de los pagos a través de los convenios de pagos y créditos recíprocos celebrados con los bancos centrales de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y con los bancos centrales de la República Dominicana y Malasia, será voluntaria. *G.O.* N° 38.700 de 7-6-2007.

Decreto N° 5.314, con Rango Valor y Fuerza de Ley que Regula la Devolución al Tesoro Nacional de las Sumas Acreditadas en las Cuentas de la República y de sus Entes Descentralizados Funcionalmente sin fines Empresariales Provenientes de Créditos Adicionales. *G.O.* N° 38.680 de 10-5-2007.

### 4. Sistema Impositivo. Impuestos: Impuesto Sobre la Renta

Providencia Administrativa N° 0269 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), mediante la cual se establece el Procedimiento para la Aplicación, Declaración y Enteramiento de las Retenciones del Impuesto Sobre la Renta y el Régimen Especial de Facturación, de las Personas Dedicadas a la Explotación de las Actividades de Loterías. *G.O.* N° 38.698 de 5-6-2007. (Derogada por la Providencia N° 0469, publicada en la *G.O.* N° 38.736 del 31-7-2007).

5. *Sistema de Personal. Funcionarios públicos: Declaración jurada de patrimonio*

Resolución N° 01-00-000144 de la Contraloría General de la República, por la cual se dictan las Normas para la Verificación de la Declaración Jurada de Patrimonio. *G.O.* N° 38.715 de 28-6-2007.

### III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Derechos Constitucionales. Derechos Sociales y de las Familias: Derecho de las mujeres*

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.668 de 23-4-2007.

2. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios: Acuerdos y Tratados Bilaterales*

Resolución N° 094 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Convenio de Cooperación para la donación de 10 Millones de Yuanes Renminbi entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular de China. *G.O.* N° 38.659 de 9-4-2007.

Resolución N° 095 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarús, para la constitución de un Fondo Binacional de Inversiones y el Banco Humanitario de Desarrollo Internacional. *G.O.* N° 38.662 de 12-4-2007.

Resolución N° 096 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Programa de Intercambio en materia de Educación Superior entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán, para el periodo 2007-2009. *G.O.* N° 38.662 de 12-4-2007.

Resolución N° 097 del Ministerio del Poder Popular para 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 Djibouti. *G.O.* N° 38.662 de 12-4-2007.

Resolución N° 098 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Nicaragua, para el Desarrollo de un Proyecto de Construcción de una Refinería en Nicaragua. *G.O.* N° 38.662 de 12-4-2007.

Resolución N° 099 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Nicaragua, relativo a la Nueva Televisión del Sur, C.A. *G.O.* N° 38.662 de 12-4-2007.

Resolución N° 101 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Jamaica, para la Expansión y Desarrollo de la Industria Gasífera en Jamaica. *G.O.* N° 38.662 de 12-4-2007.

Ley Aprobatoria del “Acuerdo de Cooperación en materia de Tecnologías de la Información, Industria del Software, Equipamiento Informático y Comunicaciones entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay”. *G.O.* N° 38.668 de 23-4-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina, para el Desarrollo Tecnológico Industrial. *G.O.* N° 38.669 de 24-4-2007.

Ley Aprobatoria del “Acuerdo de Cooperación Agrícola entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua”. *G.O.* N° 38.669 de 24-4-2007.

Ley Aprobatoria del “Acuerdo sobre Servicios Aéreos entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán”. *G.O.* N° 38.669 de 24-4-2007.

Ley Aprobatoria del «Acuerdo sobre Servicios Aéreos entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba». *G.O.* N° 38.670 de 25-4-2007.

Ley Aprobatoria del “Convenio de Cooperación Técnica en los Campos de la Salud y de la Medicina entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua”. *G.O.* N° 38.681 de 11-5-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia en Materia de Defensa. *G.O.* N° 38.684 de 16-5-2007.

Resolución N° DM/119 del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena publicar el texto del “Acuerdo sobre el Establecimiento de una Comisión Mixta de Cooperación Bilateral entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Democrática de Lao”. *G.O.* N° 38.698 de 5-6-2007.

Resolución N° DM/120 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre el Gobierno Bolivariano de Venezuela y el Gobierno de la República de Bolivia. *G.O.* N° 38.698 de 5-6-2007

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Mancomunidad de Dominica. *G.O.* N° 38.706 de 15-6-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia en Materia de Cooperación Científica, Tecnológica e Innovación. *G.O.* N° 38.706 de 15-6-2007.

Resolución N° 129 del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar las Notas Reversales mediante las cuales se establece la renovación por el período de un (1) año, del Acuerdo de Reciprocidad entre la República Bolivariana de Venezuela y el Reino de los Países Bajos. *G.O.* N° 38.708 de 19-6-2007.

### B. *Integración Latinoamericana y Caribeña*

Resolución N° 100 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Tratado Energético para la Creación de una Organización de Países Productores y Exportadores de Gas de Suramérica (OPPEGASUR). *G.O.* N° 38.662 de 12-4-2007.

Resolución N° 102 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela, la República de Bolivia y la República Argentina, para la constitución del Banco del Sur. *G.O.* N° 38.662 de 12-4-2007.

Resolución N° DM/117 del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Addéndum al Tratado Energético para la Creación de una Organización de Países Productores y Exportadores de Gas de Sudamérica (OPPEGASUR). *G.O.* N° 38.698 de 5-6-2007.

Resolución N° DM/118 del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena publicar el texto del Addéndum al Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela, la República de Bolivia y la República Argentina, para la constitución del Banco del Sur. *G.O.* N° 38.698 de 5-6-2007

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre Transporte Aéreo entre los Estados Miembros y Miembros Asociados de la Asociación de Estados del Caribe. *G.O.* N° 38.706 de 15-6-2007.

Resolución N° 130 del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Memorándum de Entendimiento entre la República de Bolivia, la República de Cuba, la República de Nicaragua y la República Bolivariana de Venezuela, para la creación del Banco del ALBA. *G.O.* N° 38.709 de 20-6-2007.

### C. *Representaciones militares en el exterior*

Resolución N° DG-001864 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, por la cual se dicta la Reforma Parcial de la Resolución N° 031040, de fecha 5 de mayo de 2005, publicada en la *G.O.* de fecha 12 de mayo de 2005, mediante la cual se dictó la «Directiva General Agregadurías Militares, Representaciones y Misiones Militares en el Exterior». *G.O.* N° 38.695 de 31-5-2007.

Resolución N° DG-001865 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, por la cual se dicta la Directiva General N° MD-EMC-DI-006, Agregadurías Militares, Representaciones y Misiones Militares en el Exterior. *G.O.* N° 38.695 de 31-5-2007.

Resolución N° DG-001866 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, por la cual se reforma parcialmente el Reglamento para Agregados Militares en el Exterior. *G.O.* N° 38.695 de 31-5-2007.

## IV. DESARROLLO ECONÓMICO

### 1. *Régimen de la Moneda: Reconversión Monetaria*

Resolución N° 07-06-02 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que rigen la Reexpresión Monetaria y el Redondeo. *G.O.* N° 38.711 de 22-6-2007.

### 2. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*

Resolución N° 067 Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se establece en un ocho coma cinco por ciento (8,5%), el porcentaje que por concepto de comisión de costos operativos, deberán cobrar los operadores financieros que prestan servicios de recaudación del ahorro obligatorio y de gestión para el otorgamiento y recuperación de préstamos a corto y largo plazo con recursos del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda. *G.O.* N° 38.691 de 25-5-2007.

Resolución N° 07-05-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que Regirán las Operaciones en Mercado Abierto con Títulos Valores Desmaterializados. *G.O.* N° 38.688 de 22-5-2007.

### 3. *Régimen de Desarrollo Agropecuario. Suelos con vocación agrícola: Prohibiciones*

Resolución N° DM/059/2007 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, por la cual queda prohibida la siembra de Palma Aceitera, en suelo con vocación agrícola de los Municipios Colón, Francisco Javier Pulgar y Sucre del estado Zulia. *G.O.* N° 38.686 de 18-5-2007.

## V. DESARROLLO SOCIAL

### 1. *Salud: Salubridad ambiental*

Resolución N° 081 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, por la cual se dictan las Normas Sanitarias para la Elaboración, Importación, Exportación, Distribución, Almacenamiento, Promoción y Publicidad, Expendio y Comercialización de Productos Repelentes de Insectos de uso Tópico. *G.O.* N° 38.678 de 8-5-2007.

Resolución N° 082 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, por la cual se dictan las Normas sobre Prácticas para la Fabricación, Almacenamiento y Transporte de Envases, Empaques y/o Artículos Destinados a estar en Contacto con Alimentos. *G.O.* N° 38.678 de 8-5-2007.

### 2. *Educación: Matrículas y mensualidades*

Resolución Conjunta N° DM/253 y DM/131 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Educación, por la cual se mantiene para el año escolar 2007-2008, los montos cobrados en el año escolar 2006-2007, para la matrícula y mensualidades escolares de los planteles educativos privados, que impartan enseñanza en los niveles de educación inicial, básica y media diversificada y profesional. *G.O.* N° 38.712 de 25-6-2007.

### 3. *Trabajo: Salario Mínimo*

Resolución N° 019 del Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, por la cual se dictan los Lineamientos Generales para la Aplicación del Decreto mediante el cual se fija el Salario Mínimo Nacional Obligatorio 2007. *G.O.* N° 38.682 de 14-5-2007.

### 4. *Cultura: Bienes de interés cultural*

Resolución N° 015/07 del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, por la cual se declara, Bien de Interés Cultural, cada una de las manifestaciones culturales empadronadas en el marco de I Censo del Patrimonio Cultural y reflejadas en el Catálogo del Patrimonio Cultural Venezolano 2004-2005. *G.O.* N° 38.697 de 4-6-2007.

5. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes: Derecho a opinar y a ser oído*

Acuerdo del Tribunal Supremo de Justicia mediante el cual se dictan las orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección. *G.O.* N° 38.705 de 14-6-2007.

6. *Régimen del Deporte: Participación deportiva*

Resolución N° 030 Ministerio del Poder Popular para el Deporte, por la cual se dictan las Normas que Regulan el Procedimiento para la Validez de los Pases de los Atletas del Seleccionado Deportivo de una Entidad Federal a Otra para la Participación en los Juegos Deportivos Nacionales. *G.O.* N° 38.695 de 31-5-2007.

7. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas*

Ley de Impuestos a las Actividades de Juegos de Envite o Azar. *G.O.* N° 38.696 de 1-6-2007.

Providencia N° 0343 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), por la cual se dispone que los contribuyentes sujetos al impuesto regulado por la Ley de Impuesto a las Actividades de Juegos de Envite o Azar, deberán presentar las declaraciones de la manera que en ella se especifica. *G.O.* N° 38.708 de 19-6-2007.

8. *Régimen de la Vivienda: Deudores hipotecarios en moneda extranjera*

Resolución N° 080 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se dispone que los deudores hipotecarios de créditos otorgados en moneda extranjera, podrán solicitar ante el Banco Nacional de Vivienda y el Hábitat el recálculo, reestructuración y certificación de la deuda contraída con entes no financieros. *G.O.* N° 38.712 de 25-6-2007.

## VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables.*

Resolución N° 046 Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, por la cual queda expresamente prohibida dentro del Parque Nacional Archipiélago Los Roques, la Introducción, comercialización y venta de cervezas, maltas, refrescos y jugos en botellas y envases de vidrio no retornables. *G.O.* N° 38.692 de 28-5-2007.

2. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre: Infraestructura vial*

Resolución N° 030 del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura, por la cual se establece el Cuerpo de Normas y Procedimientos Técnicos Relativo a los Lineamientos en Materia de Conservación, Administración y Aprovechamiento de la Infraestructura Vial. *G.O.* N° 38.715 de 28-6-2007.

B. *Transporte y Tráfico Aéreo*

Providencia mediante el cual se dicta la Regulación Aeronáutica de Venezuela 83, del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. *G.O.* N° 38.706 de 15-6-2007. (Véase *G.O.* N° 5.840 Extraordinario de la misma fecha).

Providencia mediante la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana RAV 262, Circulación de la Navegación Aérea. *G.O.* N° 38.706 de 15-6-2007. (Véase *G.O.* N° 5.840 Extraordinario de la misma fecha).

## Comentarios Legislativos

### COMENTARIOS SOBRE LA INCONSTITUCIONAL CREACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN CENTRALIZADA Y OBLIGATORIA

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela  
Adjunct Professor of Law, Columbia Law School (2006-2007)*

**Resumen:** *El presente trabajo analiza los vicios de inconstitucionalidad del Decreto Ley de creación de la Comisión Central de Planificación, al contrariar el sistema constitucional de economía mixta que establece el texto fundamental, que no es compatible con un instrumento de economía socialista centralizada y compulsiva como el que se pretende regular.*

El 12 de junio de 2007 el Presidente de la República ha dictado el Decreto Ley N° 5841 (*Gaceta Oficial* N° 5.841 Extraordinaria del 22 de junio de 2007) mediante el cual ha dictado la **Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación**, la cual, después de los múltiples anuncios verbales en discursos y alocuciones de funcionarios públicos, puede decirse que se ha dictado el primer acto estatal formal (decreto ley) mediante el cual se comienza la construcción de un Estado Socialista.

El Decreto Ley se dictó en ejecución de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1° de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan (Ley Habilitante) de 1° de febrero de 2007 (*G.O.* N° 38.617 del 1 de febrero de 2007), en el cual se autorizó la delegación legislativa en “el ámbito de transformación de las instituciones del Estado ... con el objeto de actualizar y transformar el ordenamiento legal que regula a las instituciones del Estado, a los fines de que éstas orienten su actuación al servicio de los ciudadanos, en forma eficaz, eficiente, honesta, participativa, simple, imparcial, racional y transparente, evitando el sobredimensionamiento estructural y garantizando la participación popular”.

Esta autorización, sin embargo, nada indica sobre la posibilidad de creación de un órgano administrativo dentro de la Administración Pública con el objetivo de desarrollar un sistema de planificación centralizada y obligatoria, propia de un Estado Socialista, que es incompatible con el modelo de Estado social y democrático de derecho montado sobre un sistema de economía mixta como el que regula la Constitución.

De allí, el vicio de inconstitucionalidad del Decreto Ley el cual, al exceder la delegación legislativa, viola la Ley Habilitante y el artículo 203 de la Constitución. Además, el Decreto Ley viola abiertamente la Constitución de 1999, la cual a pesar de sentar las bases del autoritarismo, regula un Estado democrático y social de derecho y de justicia, de carácter descentralizado, así como un sistema económico de economía mixta, que es totalmente incompatible con un modelo de Estado socialista centralizado y montado sobre la concentración del poder en el Jefe de Estado, y una planificación centralizada y obligatoria. Adicionalmente, el referido Decreto Ley también puede considerarse inconstitucional al estar fundamentado en una Ley Habilitante inconstitucional como la de febrero de 2007, por haberse excedido en la

delegación legislativa que contiene y por haberse dictado sin haberse garantizado el derecho ciudadano a la participación, mediante la necesaria consulta pública del proyecto, al igual que su consulta a los entes estatales.

#### I. CONTENIDO GENERAL DEL DECRETO LEY DE LEY ORGÁNICA DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN DE JUNIO DE 2007

La Ley Orgánica contenida en el Decreto Ley, en efecto, crea una **Comisión Central de Planificación** como órgano permanente de la Administración Pública, integrada por el Vicepresidente Ejecutivo, quien la preside y coordina, el Ministro del Poder Popular de Planificación y Desarrollo, quien será su Secretario Ejecutivo, y por los Ministros del Poder Popular y los demás ciudadanos que designe el Presidente de la República (art. 6).

En la Exposición de Motivos del Decreto Ley para crear dicha Comisión, se partió de la premisa que “la planificación constituye una materia de alta política de Estado y un **instrumento fundamental en la actual etapa de la Revolución Bolivariana**”, y de la constatación de que “la aplicación del **modelo de economía de mercado y la imposición de las políticas económicas de la globalización capitalista**, produjeron la desarticulación de los diferentes niveles del sistema económico nacional, a lo cual no escaparon las instituciones del Estado y la forma en que éstas abordan la realidad”.

En esta forma, se indicó en la Exposición que ante el “problema estructural e histórico” de “la acción atomizada y aislada de los entes del Estado” se consideró necesario “fortalecer la planificación nacional, dotándola no sólo de su carácter estratégico, participativo y corresponsable, sino subrayando su fundamental **carácter centralizado y su visión integral o de conjunto**”, estableciéndose un sistema conforme al cual, los planes adoptados **serán obligatorios “debiendo ser acatados por quienes laboren en todos los órganos y entes de la Administración Pública”**. Con ello, según se dice en la Exposición de Motivos, se busca “colocar punto final a la existente “atomización” o “independencia” mal ejercida por los órganos y entes de la Administración Pública”.

Dicha Comisión, “atendiendo a una visión de totalidad”, debe elaborar, coordinar, consolidar, hacer seguimiento y evaluación de “los lineamientos estratégicos, políticas y planes, atendiendo a lo dispuesto en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, estableciendo un marco normativo que permita la integración armónica de todos los principios de rango constitucional y legal relativos a la planificación, organización, control y supervisión de la Administración Pública” (art. 1). Dichos lineamientos estratégicos, políticas y planes comprenden al menos, “los ámbitos político, social, económico, político-territorial, seguridad y defensa, científico-tecnológico, cultural, educativo, internacional” (art. 3), dejándose puntualizado en la Exposición de Motivos que “**orientarán las actuaciones de los estados y municipios, así como a los actores del sector privado**, en los respectivos sectores y ámbitos de la actividad productiva”.

Todos “los lineamientos estratégicos, políticas y planes nacionales, regionales, sectoriales e internacionales deben ser sometidos a la aprobación del Presidente de la República, a través del Vicepresidente Ejecutivo, conjuntamente con la Secretaría Ejecutiva” (art. 7)

A la Comisión se le asignan diversas funciones para garantizar una planificación estratégica, participativa y corresponsable (art. 2,2), pero con la finalidad esencial, entre otras, de “impulsar la transición **hacia un modelo integrado de planificación centralizada**, asegurando la gestión social y planificada de la función pública administrativa”(art. 2,1) y de “orientar el establecimiento de un modelo capaz de **garantizar la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales de la sociedad, logrando la suprema felicidad social, esto**

**es, el modelo socialista**” (art. 2,3). Como se indicó también en la Exposición de Motivos: “Con ello, se busca **transitar hacia un modelo de sociedad socialista**, que asegure la satisfacción de las necesidades del ser humano, donde las instituciones y el sistema económico en su conjunto, sean instrumentos dirigidos a ese fin, con garantía de la justa distribución de la riqueza y de la lucha contra la pobreza y la exclusión, la injusticia y la opresión”.

Para ello, entre otras atribuciones, la Comisión debe “elaborar el mapa central de la estructura económica nacional, tanto estatal o pública como privada, que sirva de base para planificar y controlar la construcción del **modelo socialista venezolano**” (art. 4,2).

Con el objeto de cumplir sus funciones, la Comisión tiene a su cargo “controlar y coordinar a la Administración Pública en su conjunto”, es decir, a “los ministerios, servicios autónomos, institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del Estado y demás entes adscritos descentralizados”, los cuales se declara que “**no gozarán de autonomía** organizativa, ni de autonomía para la planificación administrativa-financiera” (art. 4,3).

El artículo 5 de la Ley Orgánica declara como materia de prioridad en la elaboración de los lineamientos estratégicos, políticas y planes, el “planificar y controlar el proceso de transformación de las empresas del Estado **en empresas de carácter socialista** (art.6,2); el “garantizar la planificación centralizada de la **actividad económica**, para satisfacer las necesidades del pueblo, orientando el proceso productivo a la inclusión de los excluidos y excluidas y **a la construcción de un modelo socialista de desarrollo económico** soberano, endógeno y sustentable (art. 6,3); el “combatir el monopolio y los oligopolios privados, como mecanismos y estructuras de dominación, de distorsión de los precios y de la oferta de los productos.”(art. 6,7).

El artículo 13 de la Ley Orgánica dispone que los lineamientos estratégicos, políticas y planes nacionales, regionales, sectoriales e internacionales, una vez aprobados por el Presidente de la República, en general, “**serán de obligatorio cumplimiento** y podrán ser dictados mediante decreto, aprobado en Consejo de Ministros, para su publicación en la *Gaceta Oficial*” (art. 13). Además, el artículo 14 de la Ley agrega, respecto de la Administración Pública nacional, que “los ministerios, servicios autónomos, institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del Estado y demás entes adscritos descentralizados, se regirán en sus actuaciones por los lineamientos estratégicos, políticas y planes aprobados conforme a la planificación centralizada” (art.14).

Por último, se dispuso en la Ley Orgánica que no sólo “todos los órganos y entes del Estado”, sino “las personas naturales o jurídicas de derecho privado” están obligadas a “suministrar la información y documentación que sea requerida por la Comisión Central de Planificación, bien directamente o a través de las comisiones sectoriales o regionales” (art.16). Se agrega en la Ley Orgánica que las comisiones regionales, sectoriales y macrosectoriales también pueden solicitar dentro del ámbito de sus competencias, la información que sea requerida para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, la Ley Orgánica garantiza que la información suministrada “tendrá carácter confidencial, cuando así sea requerido por la parte interesada o cuando así lo determine la Comisión Central de Planificación” (art 16).

La consecuencia de la negativa de “cualquier persona natural o jurídica del sector privado a suministrar información que sea requerida por la Comisión Central de Planificación, o las comisiones sectoriales o regionales” es que deberá ser sancionada con multa que oscilará entre 100 U.T. y 500 U.T., la cual debe ser impuesta por el Contralor General de la República a solicitud de la Comisión Central de Planificación, siguiendo el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control

Fiscal. Luego de impuesta la sanción, de persistir la negativa en el suministro de la información, a las personas infractoras se les debe imponer una nueva sanción con la mayor cuantía prevista, y estarán sujetas a las inspecciones que ordene la Comisión Central de Planificación para obtener la información requerida, “pudiendo valerse de la fuerza pública para el cumplimiento de tal fin” (Art. 18).

En definitiva, la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, y dejando aparte las declaraciones públicas de funcionarios públicos, puede considerarse como el primer instrumento normativo formalmente emitido por los órganos del Estado, mediante el cual se busca establecer en Venezuela un Estado Socialista, a cuyo efecto se dispone un **sistema de planificación centralizada y obligatoria, no sólo para los órganos del Estado sino para los particulares**, lo que es contrario al sistema económico de economía mixta expresamente regulado en la Constitución, y además, violatorio del derecho constitucional a la **libertad económica** garantizado en los artículo 112 del texto constitucional, y de la **libertad de trabajo, de la libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de industria y libertad de competencia** que también garantiza el artículo 299 de la Constitución. Dicha norma constitucional, además, resulta violada por el Decreto de Ley Orgánica, por omisión del “legislador delegado” en no haber establecido en sus normas, además, la necesaria y obligatoria **participación democrática** ni los sistemas de **consulta abierta** en materia de planificación, que obligatoriamente impone el mismo artículo 299 de la Constitución.

## II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY POR ESTAR FUNDAMENTADO EN UNA DELEGACIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Como se ha dicho, en febrero de 2007, la Asamblea Nacional sancionó la Ley habilitante que fundamenta el Decreto Ley comentado, como resultado de considerar el Proyecto que en enero de 2007 le había presentado el gobierno conforme al artículo 203 de la Constitución, con el propósito de poder adoptar medidas legislativas que le permitieran borrar todo el régimen jurídico del Estado democrático y social de derecho que se ha establecido en la Constitución de 1999, y sustituirlo por otro que, como lo dijo la Exposición de Motivos del Proyecto, impulse “una etapa en la que se acentúe el proceso de transformaciones en el que se halla inmersa la Nación”, para establecer un **Estado socialista**.

Supuestamente, conforme a la referida Exposición de Motivos:

“La razón de ser que impulsa la aprobación de la presente Ley Habilitante se refiere a la necesidad de emprender una reestructuración de las instituciones y de las dinámicas que rigen lo público, para hacerlas más acordes con los postulados constitucionales y más eficaces en su labor de representación, intermediación y construcción del interés colectivo.”

A tal efecto, el Presidente de la República, siguiendo los mismos pasos que dio en 2001, pero en esa oportunidad (enero de 2007) con una Asamblea en la cual no tenía ni tiene oposición alguna, ya que está totalmente conformada por sus seguidores, solicitó formalmente y obtuvo, una amplia delegación legislativa contenida en la mencionada Ley Habilitante de 1° de febrero de 2007, que le permite, durante un período de año y medio (18 meses), legislar en todas las materias imaginables. Con ello, nuevamente, el Presidente de la República ha comenzado a legislar sin transparencia alguna, sin que se conozcan previamente los proyectos de leyes (decretos leyes) que ha aprobado o va a aprobar, sin que los mismos puedan debatirse o discutirse, y sin que se realice la consulta pública que la Constitución le ordena hacer a la Asamblea Nacional respecto de los proyectos de ley (artículos 206 y 211), a lo cual también está obligado el Presidente cuando legisla mediante delegación.

En evidente fraude a la Constitución, la potestad estatal de legislar sobre las materias de la competencia nacional se ha trasladado del órgano que ejerce el Poder Legislativo (Asamblea Nacional) al Poder Ejecutivo, a pesar de que éste controla completamente al primero y por tanto, donde no puede encontrar oposición alguna; legislación que se refiere, incluso, a materias que se afectan a los otros poderes del Estado, en particular, tanto en su división horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) como en su distribución territorial (Estados y Municipios).

La habilitación legislativa que se ha efectuado, tal como lo explicó la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Habilitante, tiene por objeto que el Estado cuente “con unas Instituciones aún más consecuentes con los postulados constitucionales”, a cuyo efecto “en el actual momento de profundización sociopolítica”, buscó que el Presidente de la República dictase leyes en los siguientes ámbitos: *transformación de las Instituciones del Estado; participación popular; valores esenciales del ejercicio de la función pública; económico y social; financiero, y tributario; seguridad ciudadana y jurídica; ciencia y la tecnología; ordenación territorial; seguridad y defensa; e infraestructura, transporte y servicios; y ámbito energético.*

Es decir, se ha delegado en el Presidente de la República la legislación en todos los ámbitos de la Nación, eliminándose completamente todo el sentido de la separación de poderes y de la necesidad de que en un Estado de derecho, las leyes tienen que emanar de la representación popular conforme a un procedimiento de formación prescrito en la Constitución, rodeado de transparencia y consulta popular.

Por otra parte, la delegación legislativa que se ha producido se ha redactado de una forma tan general, que materialmente no encuentra límite alguno. Así, por ejemplo, conforme al ordinal 1º del artículo 1º de la Ley Habilitante que se invocó como fundamento del decreto Ley comentado, se autorizó al Presidente para:

**1. En el ámbito de transformación de las instituciones del Estado:** Dictar normas con el objeto de actualizar y transformar el ordenamiento legal que regula a las instituciones del Estado, a los fines de que éstas orienten su actuación al servicio de los ciudadanos, en forma eficaz, eficiente, honesta, participativa, simple, imparcial, racional y transparente, evitando el sobredimensionamiento estructural y garantizando la participación popular.

Ahora bien, conforme a la Constitución de 1999, las materias cuya legislación puede delegarse en el Presidente de la República en Consejo de Ministros, son las que corresponden a la **competencia del Poder Nacional enumeradas en el artículo 156 de la Constitución**, y si bien el texto constitucional no establece límite expreso alguno, dicha delegación indudablemente que tiene límites importantes derivados fundamentalmente del principio constitucional de la reserva legal. Y ello, a pesar de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, haya expresado “que, de acuerdo con el nuevo régimen constitucional, *no existe un límite material* en cuanto al objeto o contenido del decreto-ley” (Sentencia N° 1716 de 19-01-01, revisión constitucional del Decreto-Ley con fuerza de Ley Orgánica de los espacios Acuáticos e Insulares de 2001).

Sin embargo, como se ha dicho, a pesar de la aparente ausencia de límites a la delegación legislativa, el régimen constitucional de los derechos humanos, que tienen prevalencia sobre cualquier otro, impone una limitación esencial a la delegación legislativa en el sentido de que **tal delegación no es posible en materias que impliquen limitación o restricción a los derechos y garantías constitucionales, lo que sólo compete a la Asamblea nacional y no es delegable.**

En efecto, la más importante de las garantías de los derechos constitucionales, tal y como resulta de toda la regulación contenida en los artículos 19 a 129 de la Constitución, es la de la “reserva legal”, es decir, el principio de que **sólo mediante ley es que pueden limitarse o restringirse los derechos** garantizados en la Constitución. El texto constitucional, además, reserva dichas regulaciones a la **ley nacional**, es decir, la emanada de la Asamblea Nacional, teniendo ésta entre sus atribuciones, el “legislar en las materias de la competencia nacional” (art. 187,1), enumerando el artículo 156 de la Constitución, entre ellas, “la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales”.

Conforme a lo anterior, las regulaciones, restricciones y limitaciones a los derechos y garantías constitucionales **sólo pueden ser establecidas mediante ley formal**, y “ley” según se define en el artículo 202 de la Constitución, no es otra cosa que “el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador”; es decir, el acto normativo emanado del cuerpo que conforma la representación popular. Es decir, las limitaciones o restricciones a los derechos y garantías constitucionales, de acuerdo con la garantía constitucional de la reserva legal, sólo puede ser establecidas por el órgano colegiado integrado por representantes electos del pueblo, es decir, por la Asamblea Nacional.

De lo anterior resulta que aún frente a una delegación legislativa tan amplia como la que regula la Constitución, los límites a la misma derivan de los propios principios constitucionales, y en particular de la garantía constitucional de la reserva legal que es de la esencia del régimen constitucional del Estado de derecho. Ello implica, que, la delegación legislativa mediante leyes habilitantes al Presidente de la República para dictar decretos con rango y valor de Ley, **no puede abarcar materias que se refieran al régimen de restricción o limitación a los derechos y garantías constitucionales, como por ejemplo, la libertad económica.**

Por lo anterior, la Ley Habilitante dictada por la Asamblea Nacional en enero de 2007, puede considerarse inconstitucional al prever la posibilidad de una legislación ejecutiva delegada en los siguientes ámbitos que implican limitaciones o restricciones de derechos constitucionales, en violación de la garantía de la reserva legal establecida en la Constitución:

**1. En el ámbito de la participación popular**, por tratarse de la regulación referida a un derecho político consagrado en los artículos 62 y siguientes de la Constitución (**ordinal 2º**).

2. En el ámbito económico y social (ordinal 3), en el ámbito financiero y tributario (ordinal 5), en el ámbito de la infraestructura, transporte y servicio (ordinal 10), y en el ámbito energético (ordinal 11) en los aspectos que impliquen restricción o limitación de derechos de las personas y empresas, por tratarse de una regulación referida a los derechos económicos consagrados en los artículos 112 y siguientes de la Constitución.

**3. En el ámbito de la seguridad ciudadana y jurídica**, por tratarse de una regulación referida al derecho ciudadano a la seguridad y protección personal consagrado en los artículos 55 y 332 de la Constitución (**ordinal 6º**).

En consecuencia, la Ley Habilitante dictada en febrero de 2007 puede considerarse inconstitucional en todos los aspectos referidos a la previsión de una legislación ejecutiva delegada en relación con **la limitación y restricción de derechos constitucionales** que son materia de la reserva legal atribuidas sólo a las leyes dictadas por la Asamblea Nacional, y que no son delegables.

Este vicio afecta el Decreto Ley de creación de la Comisión central de Planificación, el cual al disponer limitaciones a la libertad económica derivadas de la obligatoriedad de la planificación central y prever limitaciones al derecho a la privacidad de la correspondencia y

documentos privados, imponiendo sanciones, viola la garantía de la reserva legal en materia de regulación de los derechos constitucionales previstos en los artículos 48 y 112 de la Constitución.

### III. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA MEDIANTE CONSULTAS PÚBLICAS RESPECTO DEL PROYECTO DE DECRETO

La potestad legislativa que puede delegarse al Presidente de la República, además, tiene otros límites impuestos en la Constitución para garantizar la participación política, que no sólo es uno de los valores fundamentales del texto constitucional, sino uno de los derechos constitucionales más destacados previstos en el mismo.

En efecto, la Constitución consagra el derecho a “la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública”, disponiendo como obligación del Estado el “facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica” (artículo 62). Además, la Constitución garantiza el derecho a la participación en lo político entre otros medios, a través de la “consulta popular” (artículo 70). Precisamente para concretar este derecho constitucional, la propia Constitución expresamente establece previsiones donde **se impone a la Asamblea Nacional la obligación de consulta pública** en el procedimiento de formación de las leyes:

*En primer lugar*, con carácter general, el artículo 211 exige a la Asamblea Nacional y a las Comisiones Permanentes que, durante el procedimiento y aprobación de los proyectos de leyes, **deben consultar (“consultarán”) a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión** sobre los mismos; y

*En segundo lugar*, el artículo 206 exige a la Asamblea Nacional, que **debe consultar a los Estados (“serán consultados”) a través de los Consejos Legislativos**, cuando se legisle en materias relativas a los mismos.

Esta es la forma concreta conforme a la cual, la Constitución garantiza el ejercicio del derecho a la participación política en la gestión de los asuntos públicos en el proceso de formación de las leyes, al establecer la obligación que se impone a la Asamblea Nacional, de consulta pública sobre los proyectos de ley.

Esta obligación constitucional de realizar consulta pública respecto de los proyectos de Ley, por supuesto, **se traslada al Presidente de la República cuando se produce la delegación legislativa**. Esta, como toda delegación, no sólo transfiere poderes sino también deberes, y entre ellos, el deber constitucional de consulta pública de los proyectos de decreto-ley que se dicten en ejecución de la Ley Habilitante. Este es el criterio que se deriva de la citada sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1716 de 19-09-2001 al revisar la constitucionalidad del Decreto-Ley sobre Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001.

Es decir, independientemente del órgano que dicte la ley (Asamblea Nacional o Presidente de la República en virtud de la habilitación legislativa), la obligación de consulta pública es ineludible pues es parte integrante del procedimiento constitucional para la formación de las leyes.

En consecuencia, la delegación legislativa al Presidente de la República no podía configurarse como un mecanismo para eludir el cumplimiento de esta obligación constitucional de consulta en el proceso de elaboración de los decretos-leyes respectivos, la cual no se elimina por el hecho de la delegación legislativa. En consecuencia, los proyectos de decretos-leyes

que se dicten en ejecución de la Ley Habilitante, si no se someten a consulta por el Ejecutivo Nacional en la misma forma indicada en la Constitución, antes de su adopción en Consejo de Ministros, son inconstitucionales, como es el caso del Decreto Ley que crea la Comisión Central de Planificación, cuyo proyecto no fue sometido a consulta popular alguna.

Pero adicionalmente a las previsiones constitucionales sobre consulta de leyes, a partir del 17 de octubre de 2001, la *Ley Orgánica de la Administración Pública* de 2001 (*Gaceta Oficial* N° 37.305 de 17-10-2001) estableció la obligación general de los órganos de la Administración Pública, comenzando por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, que son los de más alta jerarquía en la Administración Pública, de promover “la participación ciudadana en la gestión pública” (artículo 135), a cuyo efecto, el artículo 136 de la referida Ley Orgánica **obliga al Presidente de la República cuando vaya a adoptar “normas legales”, es decir, decretos-leyes en ejecución de una ley habilitante, a remitir el anteproyecto “para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales”** inscritas en el registro que debe llevarse en la Presidencia de la República (artículos 135, 136).

Paralelamente a ello, la Presidencia de la República debe publicar en la *prensa nacional* la apertura del proceso de consulta pública indicando su duración, para recibir las observaciones (artículo 136). Durante el proceso de consulta pública, cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro antes mencionado (artículo 135).

Aún cuando el resultado del proceso de consulta “no tendrá carácter vinculante” (artículo 136), lo importante del régimen de la consulta obligatoria prevista en la Ley, es la disposición del artículo 137 de la misma Ley Orgánica que *prohíbe* al Presidente de la República “aprobar normas” que no hayan sido consultados conforme a lo antes indicado, previendo expresamente dicho artículo que “las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos ...serán *nulas de nulidad absoluta* si no han sido consultadas según el procedimiento previsto”.

El Decreto Ley No. 5841 de 12 de junio de 2007, en consecuencia, también es inconstitucional, por violación del artículo 206 y 211 de la Constitución al no haber el Presidente de la República ordenado efectuar la consulta pública impuesta por la Constitución sobre el proyecto de Ley Orgánica ni haberse consultado su contenido con los Estados ya que afecta su régimen constitucional y, además, puede considerarse ilegal por haber violado las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública que imponen la realización de la consulta pública de los proyectos de normas ejecutivas, debiendo considerarse por ello, nulo de nulidad absoluta.

#### IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY POR VIOLACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE EL SISTEMA ECONÓMICO QUE ES INCOMPATIBLE CON EL DE UN ESTADO SOCIALISTA DE PLANIFICACIÓN CENTRALIZADA OBLIGATORIA

La Constitución de 1999 establece un sistema económico de economía social de mercado que se desarrolla sobre la libertad económica, aún cuando debe desenvolverse conforme a principios de justicia social, que requieren de la intervención del Estado. Es decir, establece un **sistema de economía mixta**, conforme al cual, el artículo 299 prescribe que el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los siguientes principios: justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El sistema económico en la Constitución, por tanto, se fundamenta en la **libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia**, pero con la participación del Estado como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad económica, y **planificador con la participación de la sociedad civil**. Se trata, en definitiva, de un **sistema de economía mixta** que tal como lo precisó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 117 de 6 de febrero de 2001, es “un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el “empresario mayor”)”, conforme al cual, el texto constitucional promueve “expresamente la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución”; persiguiendo “el equilibrio de todas las fuerzas del mercado y la actividad conjunta del Estado e iniciativa privada”.

Conforme a este sistema, al igual que sucedía en el régimen de la Constitución de 1961, dijo además la sala Constitucional, que la Constitución:

“propugna una serie de valores normativos superiores del régimen económico, consagrando como tales la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y fundamentalmente el del Estado Social de Derecho (Welfare State, Estado de Bienestar o Estado Socialdemócrata), esto es **un Estado social opuesto al autoritarismo**. Los valores aludidos se desarrollan mediante el concepto de libertad de empresa, que encierra, tanto la noción de un derecho subjetivo “a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia”, como un principio de ordenación económica dentro del cual se manifiesta la voluntad de la empresa de decidir sobre sus objetivos. En este contexto, los Poderes Públicos, cumplen un rol de intervención, la cual puede ser directa (a través de empresas) o indirecta (como ente regulador del mercado)” (Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001).

Es en tal sentido que el artículo 112 de la Constitución establece el derecho de todas las personas de poder **dedicarse** libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, a cuyo efecto, **el Estado está obligado a promover “la iniciativa privada**, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, **la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria**, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”; de manera tal que como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, “el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía constitucional frente a la cual los **poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica** sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad *de su preferencia* en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas” (sentencia N° 460 de 06-04-2001, Caso: *Oly One Import C.A. vs. Guardia Nacional*, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001).

En definitiva, como también lo puntualizó la Sala Constitucional en la misma sentencia al analizar el alcance de la cláusula del Estado social de derecho:

“No es que el Estado Social de Derecho propenda a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad, sino que es un Estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando

prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (artículo 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (artículo 114 *eiusdem*); la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (artículo 117 constitucional) (*Idem*).

El sistema de economía mixta en la Constitución, por otra parte, conforme se dispone expresamente en el artículo 299, obliga al Estado, **“conjuntamente con la iniciativa privada”, a promover “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, equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza **mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta”**.

El sistema de economía socialista y de planificación centralizada propia de un Estado Socialista como el que se regula en la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, que dispone, en su normativa, la obligatoriedad de la planificación en términos generales no sólo para los organismos de la Administración Pública nacional, sino para los particulares y empresas, es decir para el sector privado, es incompatible con el sistema constitucional de economía mixta que regula el texto de 1999, lo que hace inconstitucional el mencionado Decreto Ley.

#### VI. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY POR VIOLACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE EL SISTEMA DE ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO Y SU INCOMPATIBILIDAD CON EL DE UN ESTADO SOCIALISTA DE PLANIFICACIÓN CENTRALIZADA OBLIGATORIA

La Constitución de 1999 proclama, aún cuando en una forma no exenta de contradicciones, que el Estado venezolano es un **Estado descentralizado** y que **las políticas públicas deben implementarse de manera descentralizada**, lo que por principio es absolutamente incompatible con un sistema de Estado socialista centralizado y de planificación centralizada.

En efecto, en el Preámbulo, la Constitución proclama que el Estado que se organiza es “un Estado de justicia, **federal y descentralizado**”; en el artículo 4 que precisa que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado **federal descentralizado** en los términos consagrados por esta Constitución”; y además, en el artículo 6, al calificarse al gobierno de la República, se dispone que “es y será siempre democrático, participativo, electivo, **descentralizado**, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

Por otra parte, en el artículo 16, la Constitución exige que al regularse la división político territorial, debe siempre garantizarse “la autonomía municipal y la descentralización político administrativa”; y en especial, al referirse a sectores de actividad pública, como la salud, el artículo 84 dispone que para garantizarla, el Estado “gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, **descentralizado** y participativo”; o como la administración de justicia y penitenciaria exige que sea descentralizada (artículos 269 y 272); o como la administración electoral que debe ser descentralizada (art. 295). Incluso en materia de organización administrativa económica del Estado, el artículo 300 dirige al legislador el orden de establecer “las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales” públicas.

Además, en todo caso, respecto de todas las actividades públicas, la Constitución al establecer los principios de la *política nacional de descentralización*, exige que la misma “debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”. Por ello, el artículo 185 identifica al Consejo Federal de Gobierno como “el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de *descentralización* y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios”; y el artículo 166 de la Constitución dispone que los Estados “*descentralizarán* y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público”; y en general, el artículo 184 exige que mediante ley, el Estado cree “mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios *descentralicen* y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlo”, entre otros aspectos, promoviendo “la creación de nuevos sujetos de *descentralización* a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y co-gestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales”(art. 184,6).

No puede ser más clara y terminante una Constitución, en sus términos, en cuanto a la expresión de voluntad del pueblo de que el Estado tiene que ser descentralizado, gobernado y organizado descentralizadamente y gestionado descentralizadamente; y descentralización, como principio de organización implica autonomía, de manera que no puede hablarse de descentralización sin autonomía. Y esa autonomía, o es autonomía política cuando se trata de descentralización territorial política, como la que es propia de los Estados y de los Municipios; o es una descentralización administrativa y de gestión como la que es propia de la descentralización funcional (p.e. institutos autónomos y empresas del Estado).

La creación de una Comisión Central de Planificación, tal como ha sido establecida en el Decreto Ley, por tanto, es esencialmente contraria a la Constitución de 1999, por violar los artículos antes mencionados que establecen el marco del Estado descentralizado, al establecer un sistema de planificación de **carácter centralizado y obligatorio**, lo que hace los planes establecidos por la Comisión Central imperativos para los Estados y Municipios, a pesar de que son autónomos como entidades políticas descentralizadas. En cuanto a los órganos descentralizados funcionalmente de la Administración Pública nacional, por otra parte, es el decreto Ley el que se encarga de eliminarles su autonomía al indicar expresamente que los “servicios autónomos, institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del Estado y demás entes adscritos descentralizados...**no gozarán de autonomía organizativa, ni de autonomía para la planificación administrativa-financiera**” (art. 4,3).

Nueva York, junio 2007



# DOCTRINA ADMINISTRATIVA



# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Segundo Trimestre Año 2007\**

Recopilación y selección  
por José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y  
de la Universidad Católica Andrés Bello*

### SUMARIO

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

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* 2. *El mercado relevante.*

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

1. *Prácticas exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias. 2. *Concentraciones económicas.* A. Principios generales de las concentraciones económicas. B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas. 3. *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.

---

\* 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. *Concepto claves la libre competencia*

Caso: Ethnor Farmacéutica, S.A.  
Resolución N° SPPLC/0035-2007 22-06-07  
**Clasificación de la política de competencia**

Los problemas contra los cuales se puede aplicar la política de defensa de la competencia, surge de la aparición de actos, conductas y estructuras económicas, que van contra el funcionamiento eficiente de los mercados. Según los instrumentos que se utilicen para corregir se puede clasificar la política de competencia en dos grupos: las políticas de comportamiento y las estructurales. Dentro del primer grupo se encuentran a todas aquellas que están enfocadas en la detección de actos, conductas o bien comportamiento restrictivo a la libre competencia. En segundo lugar se encuentran aquellas que están dirigidas a controlar y monitorear la modificación en la configuración de los mercados, básicamente a través del control de las operaciones de concentración económicas, considerando que detrás de cada operación de concentración de propiedad en un rubro, fusión, integración o toma de control, el resultado preciso es que se eliminan uno o mas competidores y por lo tanto, al menos desde el punto de vista estructural, hay menos competencia.

### B. *Ámbito de aplicación de la LPPELC*

Caso: Disyser C.A., vs. Movistar  
Resolución N° SPPLC/0019-2007 7-06-07<sup>1</sup>  
**Ámbito subjetivo de aplicación de la LPPELC**

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. Igualmente, es requisito fundamental que dichas actividades económicas se realicen dentro del territorio nacional o sus repercusiones y efectos tengan íntima relación con el mercado nacional.

### 2. *El mercado relevante*

#### A. *Concepto de mercado relevante*<sup>2</sup>

Caso: Suramericana De Licores 2000, C.A., vs. Diageo  
Resolución N° SPPLC/0026-2007 4-06-07  
**Concepto de mercado relevante**

- 
1. Dentro del trimestre analizado, Resolución N° SPPLC/0026-2007 de 4 de junio de 2007, caso: *Suramericana De Licores 2000, C.A., vs. Diageo*.
  2. No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el 2006, razón por la cual damos por reproducidos los conceptos sobre mercado producto y mercado geográfico contenidos en la anterior doctrina de SPPLC. En general, la SPPLC sigue la doctrina que ha venido sostenido reiteradamente en Resoluciones anteriores.

En el análisis de competencia, los mercados relevantes son definidos en referencia a las fuentes de competencia actual o potencial que puedan contener el ejercicio del poder de mercado por parte de un monopolista hipotético.

(...)Para realizar la evaluación que permite determinar el mercado o los mercados relevantes, se considera necesario el estudio de dos (2) dimensiones: el mercado producto y el mercado geográfico. Estas dos (2) dimensiones no son independientes y ambas contribuyen a la delimitación del mercado relevante.

## II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Prácticas exclusionarias*<sup>3</sup>

#### A. *Principios generales de las prácticas exclusionarias*

Caso: Suramericana De Licores 2000, C.A., vs. Diageo  
Resolución N° SPPLC/0026-2007 4-06-07<sup>4</sup>

#### **Concepto de práctica exclusionaria**

El supuesto de hecho contemplado por la norma citada lo constituye la realización de aquellas conductas o actuaciones que efectúan uno o varios agentes económicos con la finalidad de impedir total o parcialmente la permanencia o el acceso de agentes económicos al mercado. Este tipo de actuación implica un debilitamiento del grado de competencia preva-  
leciente en el mercado en cuestión, que no tendría lugar como resultado natural de la dinámica del mismo, por lo que se considera que se reduce de forma innecesaria el grado de competencia.

Caso: Investigación Preliminar. Sector Guas  
Resolución N° SPPLC/0057-2007 s/f

#### **Análisis de prácticas restrictivas y evaluación de la concentración**

El análisis de prácticas restrictivas a la libre competencia inicia con la evaluación de concentración de mercado relevante, dado que esto nos da la capacidad que pueden tener los agentes económicos participantes en el mercado relevante para influir sobre las variables decisivas en la competencia de dicho mercado.

#### B. *Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias*

Caso: Suramericana De Licores 2000, C.A., vs. Diageo  
Resolución N° SPPLC/0026-2007 4-06-07<sup>5</sup>

#### **La justificación de las causas que llevan a la realización de prácticas exclusionarias**

Como puede observarse, para que pueda configurarse la violación de lo previsto en el artículo 6° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, es decir, para que exista prácticas exclusionarias en el caso objeto de estudio, debe comprobarse que

3. *Cfr.*: DA/RDA N° 109, pp. 75 y ss.

4. Véase también, dentro del presente trimestre, la Resolución N° SPPLC/0029-2007 de 7 de junio de 2007, caso: *Corporacion Digitel, C.A. vs. CANTV*, así como la Resolución N° SPPLC/0028-2007 de 7 de junio de 2007, caso *Tracto Centro, C.A., vs. CNH Latin América LTDA*.

5. Véase también la Resolución N° SPPLC/0024-2007 de 1 de junio de 2007, caso *Alga, C.A. Vs. C.A.N.T.V. NET, C.A.*

las mismas, no sean justificables por razones de eficiencia económica, toda vez que cualquier exceso en las estrategias de mercado por parte de empresas con capacidad para afectarlo se configura una restricción a la libre competencia.

Caso: Corporación Digitel, C.A., vs. CANTV  
Resolución N° SPPLC/0029-2007 7-06-07

**La justificación de exclusiones derivadas de un trato discriminatorio**

Ahora bien, una vez evidenciada la discriminación existente en los Centros de Acceso Restringido, se debe señalar que tal discriminación se considerará restrictiva si tiene por efecto una disminución sustancial de la competencia, especialmente porque en ocasiones la misma esta justificada desde el punto de vista de los costes, eficiencias económicas y economías de escala de los operadores económicos.

3. *El abuso de la posición de dominio*<sup>6</sup>

A. *Principios generales de la posición de dominio*

Caso: Alga, C.A. vs. C.A.N.T.V. NET, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0024-2007 1-06-07

**Empresas vinculadas entre sí**

Un factor que influye en la dinámica de competencia, es la vinculación accionaria entre empresas que forman parte de un grupo o corporación, ya que puede generarse en una posición de ventaja entre las mismas con respecto a otras empresas (...) la empresa matriz y sus filiales actúan como unidad económica, aun cuando estas funcionen como personas jurídicas separadas, las posibles prácticas a la libre competencia que realice una, en determinados casos puede ser considerado un apalancamiento de su matriz con el resto de las empresas filiales debido a su vinculación de conformidad con el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia(...)

Caso: Suramericana De Licores 2000, C.A., vs. Diageo  
Resolución N° SPPLC/0026-2007 4-06-07

**Competencia efectiva y posición de dominio**

Si el grado de competencia efectiva en un mercado es alto, lógicamente no habrá posición de dominio, la cual por definición se refiere a una situación donde no existe competencia efectiva entre las diferentes empresas de una actividad económica. Nótese que se habla del grado de competencia, es decir, que la competencia no es algo que existe o no, sino que existen diferentes grados o intensidades de la competencia.

Caso: Suramericana De Licores 2000, C.A., vs. Diageo  
Resolución N° SPPLC/0026-2007 4-06-07

**Concepto de abuso y su carácter enunciativo**

Dentro de este marco, el encabezado del artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia no define la noción de abuso. En este sentido, la notable evolución que ha visto la interpretación dada a este concepto por la jurisprudencia comunitaria europea y la enorme variedad de comportamientos que aquella ha considerado abusivos son un fiel reflejo no sólo de la dificultad sino, probablemente también, de la inconveniencia de incluir la definición en la norma.

6. DA/RDP N° 108, pp. 79 y ss.

(...)Dentro de esta deducción, se tiene que el encabezado del artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, permite valorar otras conductas que puedan ser caracterizadas como abusivas, en razón a la dinámica de comportamiento que sufren los agentes económicos y los mercados, y que las conductas previstas como abusivas en el mencionado artículo en sus ordinales 1° al 5° son meramente enunciativas, en razón a la interpretación extensiva a las que se deben las normas sobre competencia.

Caso: Suramericana De Licores 2000, C.A., vs. Diageo  
Resolución N° SPPLC/0026-2007 4-06-07

#### **La ratio de la prohibición del artículo 13 de la LPPELC**

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia estriba en que si una empresa no está en posición dominante siempre existe la alternativa para los demás agentes del mercado y para los consumidores, de recurrir a una firma competidora, situación imposible en el supuesto de ausencia de competencia efectiva. Lo cual le permite a quien goce de tal posición explotar a sus clientes o excluir a sus competidores, actuales o potenciales, y así obtener beneficios desproporcionados en detrimento de los demás actores sociales.

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

Caso: Suramericana De Licores 2000, C.A., vs. Diageo  
Resolución N° SPPLC/0026-2007 4-06-07<sup>7</sup>

#### **Condiciones de procedencia del abuso de la posición de dominio**

Sin embargo, el poseer una posición de dominio no constituye una violación a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia por sí mismo, ya que la misma puede ser resultado de estrategias comerciales lícitas o de la inversión en áreas inexploradas del mercado. El monopolio como tal, ni es ni puede ser ilegal. La primera firma que introduce un nuevo producto en el mercado es, inevitablemente, monopolista durante cierto tiempo. Asimismo, dentro de un sistema competitivo siempre es posible que una firma, por su sola eficiencia y por lo menos durante cierto tiempo, pueda ganar a la competencia y atraer toda o casi toda la demanda, esta circunstancia debe ser considerada, desde todo punto de vista, como un éxito del sistema competitivo y no como un ataque a él.

De este modo, el abuso de posición de dominio a que alude el artículo 13 *eiusdem* requiere la concurrencia de dos elementos, a saber:

- a.- Que la empresa que realiza la presunta práctica detente una posición de dominio.
- b.- El carácter abusivo de la práctica realizada

#### **3. Concentraciones económicas**

##### **A. Principios generales de las concentraciones económicas**

Caso: Ethnor Farmacéutica, S.A.  
Resolución N° SPPLC/0035-2007 22-06-07

#### **Concentraciones económicas y libre competencia**

---

7. Véase también, dentro del presente trimestre, la Resolución N° SPPLC/0029-2007 de 7 de junio de 2007, caso: *Corporacion Digitel, C.A. vs. CANTV*, así como la Resolución n° SPPLC/0028-2007 de 7 de junio de 2007, caso *Tracto Centro, C.A., vs. CNH Latin América LTDA*.

En efecto, las concentraciones económicas, aunque pueden estar fundadas en razones de eficiencia para la empresa, presentan riesgos para la competencia. Un mercado con menos actores hace más probable la existencia de acuerdos colusorios. Es bastante más simple que se pongan de acuerdo unas pocas empresas que un grupo significativo de competidores, aun sin necesidad de un acuerdo evidente. Del mismo modo, la concentración en los mercados puede permitir establecer con mayor facilidad barreras a la entrada para nuevos competidores. También en estos procesos se presentan problemas para la libre competencia cuando uno de los competidores es además propietario de una instalación esencial, lo que facilita la práctica de discriminaciones o explotación frente a otros actores.

Caso: Ethnor Farmacéutica, S.A.  
Resolución N° SPPLC/0035-2007 22-06-07

#### **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.

Caso: Telecomunicaciones IMSAT, S.A. Opinión.  
Resolución N° SPPLC/DS/129 s/f<sup>8</sup>

#### **Clasificación de las operaciones de concentración económica**

Antes de continuar con dicho análisis, resulta conveniente mencionar los tipos de operación de concentración económica existentes de acuerdo a la doctrina de competencia. Existen básicamente tres tipos de operaciones de concentración económica: 1) horizontales; 2) verticales; y 3) de conglomerados.

#### *B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas*<sup>9</sup>

Caso: Ethnor Farmacéutica, S.A.  
Resolución N° SPPLC/0035-2007 22-06-07

#### **Condiciones de ilicitud de las operaciones de concentración económica**

De esta manera, como ha sido doctrina pacífica y reiterada de esta Superintendencia, a continuación se pretende analizar los posibles efectos restrictivos que puede generar una operación de concentración económica de este tipo, tomando en consideración a lo establecido en el artículo 11 de la Ley, están relacionados con la posibilidad de que a consecuencia de la operación de concentración económica, se produzca una situación en la que los agentes económicos presentes en el mercado, actuando individualmente o en colusión, tenga la posibilidad de imponer condiciones en las relaciones de intercambio, por una parte y por la otra, la posibilidad, de la creación o aumento de las barreras a la entrada o salida del mercado, siendo que la competencia implica libertad de entrada y salida del mercado, entre otros elementos a considerar.

Caso: Telecomunicaciones IMSAT, S.A. Opinión.  
Resolución N° SPPLC/DS/129 s/f

#### **Eficiencias derivadas de operaciones de concentración económica**

---

8. DA/RDP N° 104, pp. 60 y ss.

9. Se sigue la doctrina tradicional sobre los criterios de evaluación de las concentraciones económicas. *Vid.* DA/RDP N° 106, pp. 99 y ss.

Las eficiencias que puede generar una operación de concentración pueden ser de diferentes tipos, tales como economías de escala, mejor integración de las instalaciones productivas, especialización de las plantas, menores costos de transporte, y eficiencias similares relacionadas con las operaciones de producción, servicio o distribución de las firmas concentradas. La Superintendencia también deberá considerar eficiencias alcanzadas mediante la reducción de gastos generales de ventas, administración y gerencia, u otros no relacionados a las operaciones de manufactura, servicio o distribución.

(...)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 la sociedad.

#### 4. *Competencia desleal*

##### A. *Principios generales de la competencia desleal*<sup>10</sup>

Caso: Corporación Archivos Móviles Archimovil, C.A. vs. Cooperativa Archimovibles 321 R.L.

Resolución N° SPPLC/0027-2007 5-06-07

##### **Estructura del artículo 17 de la LPPELC**

El legislador parte de un supuesto general, comprendido en su encabezamiento, cuando se regula y sanciona la competencia desleal entre competidores, prohibiendo el desarrollo de políticas comerciales cuya naturaleza dependerá de las condiciones imperantes en el mercado donde estos compiten. Por política comercial en este contexto se debe entender el conjunto de medidas adoptadas por sujetos que realizan actividades económicas con el único objeto de ocasionar un detrimento al competidor.

Caso: Corporación Archivos Móviles Archimovil, C.A. vs. Cooperativa Archimovibles 321 R.L.

Resolución N° SPPLC/0027-2007 5-06-07

##### **Carácter enunciativo de los supuestos de competencia desleal**

(...) el artículo a título enunciativo enumera tres supuestos particulares: en primer lugar, la publicidad engañosa o falsa; en segundo lugar, la promoción de productos y servicios en base a declaraciones falsas; y por último, el soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos. Como se ha señalado, en esta enumeración el legislador nos está indicando que tales supuestos no son taxativos sino enunciativos, por lo que pudieran establecerse otros supuestos siempre y cuando constituyan conductas que tiendan a la eliminación de los competidores del mercado por competencia desleal, lo cual entra en el campo de acción de esta Superintendencia.

##### B. *La publicidad engañosa*<sup>11</sup>

Caso: Corporación Archivos Móviles Archimovil, C.A. vs. Cooperativa Archimovibles 321 R.L.

Resolución N° SPPLC/0027-2007 5-06-07

##### **La publicidad engañosa o falsa**

---

10. DA/RDP N° 106, pp. 99 y ss.

11. RDP/DA N° 109, pp. 75 y ss.

(...) sucede cuando un comerciante o agente económico, en lugar de confiar la captación de clientes a su propia actividad y su propio esfuerzo, utiliza para ello el prestigio, la notoriedad, la fama y los resultados favorables conseguidos por los demás.

C. *Simulación de productos*<sup>12</sup>

Caso: Corporación Archivos Móviles Archimovil, C.A. vs. Cooperativa Archimovibles 321 R.L.

Resolución N° SPPLC/0027-2007 5-06-07

**La simulación de productos**

(...) la reproducción de las características formales individualizantes de un producto, de los elementos externos, envoltorios, envases y recipientes, utilizados para ellos, idónea a crear confusión entre mercancías que provienen de diversas empresas. Se induce así al consumidor a 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.

---

12. RDP/DA N° 109, pp. 75 y ss.

# JURISPRUDENCIA



# Información Jurisprudencial

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

Selección, recopilación y notas

por Mary Ramos Fernández

*Abogado*

*Secretaria de Redacción de la Revista*

Marianella Villegas Salazar

*Abogado Asistente*

### SUMARIO

- I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO
  1. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Derecho Comunitario Andino. B. La Ley: Principio de irretroactividad.
- II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
  1. *Delitos contra los derechos humanos: Beneficios procesales*. 2. *Garantías Constitucionales: Las garantías del debido proceso*. A. Presunción de inocencia. B. Principio *non bis in idem*. 3. *Tutela Judicial Efectiva: Potestad Cautelar*. 4. *Derechos Individuales: Derecho a la integridad física y psíquica*. 5. *Derechos Sociales y de las Familias. Protección de los niños y derechos de los jóvenes: Juicios por restitución de guarda*. 6. *Derechos Políticos*. A. *Derecho a la participación*. a. *Referendo Consultivo*.
- III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
  1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Competencias del Poder Nacional: Legislación sobre asuntos de la competencia nacional (órganos del Poder Nacional y derechos y garantías constitucionales). B. El Poder Ejecutivo. a. Administración Pública Nacional. a'. Procuraduría General de la República. Notificación: Prerrogativas Jurisdiccionales. b'. Fuerza Armada Nacional: Régimen laboral. b. Potestad sancionatoria: Principio de legalidad. 2. *El Poder Judicial: Avocamiento*. 3. *El Poder Ciudadano: Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal*.
- IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO
  1. *Libertad Económica*. 2. *Régimen de los Servicios Públicos*. A. Gestión de los servicios públicos: Concesiones. B. Servicio público de telecomunicaciones. C. Servicio público de energía eléctrica. Naturaleza.
- V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
  1. *El Procedimiento Administrativo*. A. Decisión: Cosa juzgada administrativa. 2. *Actos Administrativos*. A. Motivación. B. Efectos: Notificación. C. Vicios. a. Falso supuesto. b. Inmotivación.

## VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Competencia: Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo. B. Suspensión de efectos del acto administrativo. C. Pruebas. Prueba documental: Expediente administrativo. 2. *Contencioso Administrativo de interpretación: Competencia*. 3. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Tributario: Competencia. B. El Contencioso Administrativo Electoral.

## VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad: Suspensión de efectos de una norma como medida cautelar*. 2. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*. 3. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia: Tribunales Laborales. B. Admisibilidad. a. Causales de inadmisibilidad. a'. Amenazas imposibles e irrealizables. b'. Existencia de medios judiciales ordinarios. c'. Cosa Juzgada. C. Partes. Agraviado. Interposición de la acción: Correo especial.

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*A. *Derecho Comunitario Andino*

TSJ-SPA (0872)

31-5-2007

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Pfizer Research and Development Company N.V./S.A. vs. Ministro de la Producción y el Comercio (hoy Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio).

**Desde el momento en que Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena, fundamentándose en el Artículo 135 del Acuerdo de Integración Subregional Andino, dejó de ser un País Miembro y se convirtió en un tercero ante la Comunidad Andina.**

Con relación a la interpretación prejudicial, este Alto Tribunal debe destacar:

La República Bolivariana de Venezuela, en fecha 22 de abril de 2006, denunció el Acuerdo de Cartagena fundamentándose en el artículo 135 del Acuerdo de Integración Subregional Andino, cuyo tenor es el siguiente:

*“Artículo 135. El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia. (...)”*

Con posterioridad a la denuncia del Tratado por parte de la República Bolivariana de Venezuela, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha emitido pronunciamientos en casos de acciones de incumplimiento interpuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela (*vid.* procesos: 25-AI-1999, 132-AI-2003, 133-AI-2003, 125-AI-2004 y 2-AI-2006, publicados en la *Gaceta Oficial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* en fecha 9 de agosto de 2006), expresando lo siguiente:

*“Que en el marco del artículo transcrito, la República Bolivariana de Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena, finalizando de pleno derecho para ese País, desde el momento de la presentación de la denuncia, los derechos y obligaciones originados de su condición de País Miembro. Es decir que, desde el momento de presentación de la denuncia del Tratado, cesa-*

*ron los derechos y obligaciones que había adquirido, en el marco de la integración andina, con excepción de lo previsto en el artículo 135 referido, esto es, el derecho de importar y exportar libre de todo gravamen y restricción los productos originados del territorio de cualquiera de los Países Miembros que hayan sido debidamente acordados en la ejecución de dicho Programa por espacio de cinco años, contados a partir de la fecha de la denuncia del Tratado; (...)*

*Que desde el momento en que la República Bolivariana de Venezuela denunció el Tratado, se convirtió en un Tercer País y cesó la condición de País justiciable por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, (...)*

*Que la República Bolivariana de Venezuela desde el 22 de abril de 2006 ya no tiene calidad de País Miembro y, en consecuencia, no estaría obligada al acatamiento de las sentencias que este Órgano Jurisdiccional Andino resuelve. (Artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal). (...)*

*Que... este Tribunal de Justicia... perdió jurisdicción por la denuncia del Acuerdo de Cartagena antes comentado, toda vez que, con dicha denuncia, la República de Venezuela se excluyó de la jurisdicción dentro de la cual ejerce sus facultades este Órgano Jurisdiccional Andino...”.*

Los anteriores pronunciamientos dejan claramente establecido que desde el momento en que nuestro país denunció el Acuerdo Subregional Andino, dejó de ser un País Miembro y se convirtió en un tercero ante la Comunidad Andina, por lo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina carece de competencia para dilucidar cualesquiera dudas acerca del alcance e inteligencia de la normativa aplicable en la resolución del presente conflicto, en consecuencia, debe esta Sala desestimar la solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 4, 27 y 41 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el artículo 91 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como la interpretación de los artículos 75, 76, 77, 78 y 79 de la Decisión 486 que contiene el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, solicitada por la representación de la República. Así se declara. (Ver sentencia, 27-6-2007 N° 1132, Caso: *Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 71, 72 y 75 (antes artículo 74) del Acuerdo de Cartagena.*

**B. La Ley: Principio de irretroactividad**

**TSJ-SPA (0846)**

**31-5-2007**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de Producción y el Comercio (Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y el Comercio).

...Ahora bien, a fin de determinar si en el acto impugnado se aplicó retroactivamente la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2002, se advierte lo siguiente:

El principio de irretroactividad de la ley se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento, a nivel constitucional, en el artículo 24 de nuestra Carta Magna en los términos siguientes:

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

*Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea.”*

Se refiere así el aludido principio a la prohibición de aplicar una norma nueva a situaciones consumadas con anterioridad a su vigencia o a situaciones en curso en la parte que es anterior al cambio de legislación, permitiéndose únicamente la retroactividad de la Ley cuando la normativa novedosa beneficie a los administrados.

El alcance de este principio ha sido determinado en varias ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala, indicándose que la irretroactividad de la ley constituye uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico, relacionado con los principios de legalidad y de seguridad jurídica, cuyo objeto es garantizar que los derechos subjetivos legítimamente adquiridos bajo la vigencia de una norma, no sean afectados por lo dispuesto en una nueva norma.

A su vez, el aludido precepto es complementado por el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, que con el objeto de preservar la seguridad jurídica de las partes en juicio señala:

*“Artículo 9. La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior”.*

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. *Delitos contra los derechos humanos: Beneficios procesales*

**TSJ-SC (626)**

**13-4-2007**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Varios vs. Decisión Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua.

**A partir de la entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cualquier funcionario imputado, acusado o condenado por violar en ejercicio de sus funciones los derechos constitucionales (que es lo mismo que decir los derechos humanos) de los ciudadanos, no puede beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, o de cualquier beneficio procesal que propenda a la impunidad, porque ello sería desconocer lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución.**

Ahora bien, pese a lo expuesto cabe recalcar, tal y como lo afirmó la representación fiscal, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 constitucional los imputados por violaciones contra los derechos humanos no pueden gozar de beneficio procesal alguno. En efecto, la representación del Ministerio Público alegó que frente a los imputados no operaba la consecuencia jurídica de la norma contenida en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, pues, a su entender, los hechos acusados constituían violaciones a los derechos humanos, lo cual, según el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, imposibilitaba que se le otorgara a aquellos beneficio procesal alguno.

Al respecto, debe indicarse que nuestro texto constitucional estipula la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, así como también prohíbe los beneficios procesales en determinados supuestos, en los siguientes términos:

*“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.*

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que pueden conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”.

El mandato citado, de trascendencia irrefutable, contiene varias normas que es menester distinguir para no incurrir en imprecisiones terminológicas. La primera de ellas está en el encabezado: el deber del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra *los derechos humanos cometidos por sus autoridades*. En rigor, el precepto no es que desconoce el deber intrínseco del Estado de investigar y sancionar cualquier delito, sino que re-afirma la especial obligación de éste de investigar aquellos delitos que atenten contra la dignidad humana cometidos por sus autoridades, quienes precisamente deben velar por la seguridad e integridad de los ciudadanos; con ello, además, se eleva a rango constitucional la preocupación social sobre el tráfico de influencias, y su conexión con la impunidad que puede aparejar el desvío de las potestades públicas atribuidas al funcionario que se ha alejado del fin primordial de su investidura. De ese modo, la lectura del precepto, y no puede ser otra, es que el Estado debe investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos sea quien sea la autoridad -su funcionario- que los haya cometido.

En desarrollo de esta idea debe decirse que, como es sabido, los derechos humanos son la concreción del respeto a la condición humana, que exigen del Estado unas condiciones indispensables para elevar a su máxima expresión la dignidad humana; esto explica por qué todos los sistemas de protección de dichos derechos erigen como responsable de las posibles violaciones a los gobiernos. De allí se deriva que sean las personas provistas de autoridad las que, en principio, pueden incurrir en violación de los Derechos Humanos, pues es la investidura de funcionario, su potestad, el hilo conector entre la acción del agente y la responsabilidad del Estado; sin embargo, tal afirmación está sometida a excepciones producto de actos atentatorios de la dignidad humana cometidos por personas desprovistas de autoridad pero que sí, de algún modo, cuentan con un respaldo o con la simple tolerancia del Estado. En estos casos, bajo parámetros similares, opera frente a aquellas personas que no son funcionarios pero que actúan bajo el incentivo, aquiescencia, tolerancia o aceptación del gobierno, las reglas que el ordenamiento jurídico nacional ha estipulado para tutelar a los derechos humanos e incluso las reglas del sistema internacional de protección de los derechos humanos, pues, en ambos la esencia es la misma: por acción u omisión existe un desvío de la potestad pública, una tergiversación del cometido estatal que, se supone, está al servicio del ser humano.

Lo expuesto es imprescindible tenerlo claro, pues en el constitucionalismo social existe la tendencia de hacer una inscripción expansiva de los derechos humanos en las Constituciones, que ha aparejado una creciente y, por ende, cada vez más real yuxtaposición entre los derechos fundamentales (derechos humanos positivizados) y los derechos humanos; nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es una muestra de ello. El Título III del Texto Fundamental, que recoge la Carta de Derechos, se intitula “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, mientras que el precepto contenido en el artículo 22 -ubicado en ese título- extiende los derechos humanos más allá de los contenidos en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales cuando indica que “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos”; empero, el ejemplo máximo de lo referido lo constituye lo dispuesto en el artículo 23, *eiusdem*, cuando indica que “[l]os 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 sobre su goce y ejercicio más favorables 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”.*

Los preceptos citados ilustran que la línea divisoria entre derechos humanos y derechos constitucionales, antigua expresión de las tensiones y distensiones entre los distintos fundamentos filosóficos de los derechos humanos, está siendo cosa del pasado. Entre nosotros unos y otros parten del mismo fundamento al punto que se confunden, sólo que la trasgresión de los derechos humanos por personas desprovistas de autoridad (aunque en estos casos sí es más apropiado hablar de la trasgresión de derechos fundamentales o constitucionales), supondría un ilícito civil, penal o administrativo, etcétera, salvo que se trata de conductas auspiciadas, avaladas o toleradas por el Gobierno. De manera que, aunque el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela califica a todos los derechos constitucionales como derechos humanos, no toda trasgresión a esos derechos, a los efectos de determinar la aplicabilidad del artículo 29 *eiusdem*, puede ser considerada como una trasgresión a los derechos humanos; sólo lo serán la trasgresión a esos mismos derechos cometidos por autoridades del Estado venezolano y **con fundamento en su autoridad**, o por personas que, aun sin ser necesariamente autoridades, actúan con el consentimiento o la aquiescencia del Estado, lo que excluye cualquier delito cometido por un funcionario sin hacer uso de su potestad de imperio, es decir, como un particular.

Otra de las normas contenidas en el precepto constitucional se refiere a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de las violaciones graves de los derechos humanos y de los crímenes de guerra. La siguiente norma está referida al establecimiento del juez natural: *las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios*, esto para evitar el riesgo de la impunidad en la jurisdicción militar, de lo cual la experiencia latinoamericana ha tristemente dado cuenta. Finalmente, la última de las normas, que es la que aquí nos ocupa, se refiere a la imposibilidad de otorgar cualquier beneficio procesal al incurso en alguno de los delitos mencionados en **la norma anterior**; según el artículo “[d]ichos delitos quedan excluidos de los beneficios que pueden conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”. La estructura del artículo permite concluir que cuando la norma menciona “Dichos delitos” está refiriéndose en un primer término a las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, y en un segundo término a las “violaciones graves de los derechos humanos” y a los crímenes de guerra, como ya lo indicó la Sala en el fallo N° 1712/2001 de 12 de septiembre.

La negativa para el otorgamiento de los beneficios procesales en los delitos contra los derechos humanos se deriva, por una parte, de que el Estado venezolano firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuya normativa impide cualquier beneficio procesal a los juzgados por genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra o el delito de agresión, tratado internacional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente tal como se desprende de la *Gaceta Oficial* N° 5.507, Extraordinario, del 13 de diciembre de 2000; instrumento legal internacional que bajo circunstancias específicas, visto los artículos 22 y 23 de la Carta Magna, puede ser de aplicación preferente. Por la otra, por el deber constitucional del Estado venezolano de investigar y sancionar a sus autoridades acusadas de violar, en uso de su potestad, los derechos constitucionales de sus conciudadanos, o los derechos recogidos en un instrumento internacional o cualquier otro que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos; imposibilidad que se extiende a cualquier fase de la etapa procesal penal (imputación, acusación o cumplimiento de condena). En definitiva, es la censura de la conciencia jurídica a la impunidad lo que impide cualquier despliegue de los efectos jurídicos establecidos en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal.

Entendida en su conjunto la normativa constitucional (artículo 22, artículo 29 y Título III) opera de pleno derecho, por lo que no necesita de ninguna oportunidad procesal específica para ser declarada, de manera que al no trascender del mismo juicio de valor que realiza el Juez para sancionar el delito en sí mismo, a partir de 1999 -oportunidad en que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, cualquier funcionario imputado, acusado o condenado por violar en ejercicio de sus funciones los derechos constitucionales (que es lo mismo que decir los derechos humanos) de lo ciudadanos no puede beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, o de cualquier beneficio procesal que propenda a la impunidad, porque ello sería desconocer lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

En el presente caso, la parte actora está siendo acusada en el proceso penal que motivó el amparo, por el homicidio de varias personas que fueron impactadas por disparos supuestamente provenientes de las armas de reglamento que los acusados portaban el 11 de abril de 2002, en la Avenida Baralt de la ciudad de Caracas, en las inmediaciones del denominado Puente Llaguno, cuando desempeñaban activamente sus funciones de agentes del Estado Venezolano, investidos de autoridad y con el equipamiento que prevé la administración para cumplir con la función de policía, en resguardo de una manifestación política de ciudadanos. El delito imputado constituye una violación al derecho humano a la vida recogido en el artículo 43 de la Carta Magna, razón por la cual considera esta Sala que se verificaron todos los requisitos que establece el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para impedir que se les aplique a los accionantes en amparo lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, razón por la cual la presente acción debe ser declarada sin lugar.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su disenso con el fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los siguientes términos:

1.1. El veredicto respecto del cual se expide el presente voto salvado negó la posibilidad procesal de que, en favor de los quejosos, fuera decretado, dentro del proceso penal que se les sigue, el cese de las medidas cautelares de coerción personal a las cuales están sometidos, cuyo término de vigencia habría caducado, de conformidad con el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal. La Sala adujo dos razones sobre las cuales fundamentó dicho pronunciamiento:

1.1.1.1. Que *“cabe recalcar que en todo proceso existen dilaciones que le son propias en virtud de la complejidad del asunto debatido, por tanto, el simple transcurso del tiempo no da cabida a lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, pues de lo contrario la comprensible complejidad que pudiera llegar a tener un caso se convertiría en un mecanismo que propenda a la impunidad”*.

En relación con el aserto antecedente, quien suscribe recuerda que, de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal, *“las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente...”* (artículo 9); asimismo, que *“todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado, limiten sus facultades... serán interpretadas restrictivamente”* (artículo 247). En estos casos, por consiguiente, no le está conferida, al intérprete, la libertad para la creación de supuestos de excepción, contrarios, distintos o ajenos a los que establezca expresamente el legislador (reserva legal), respecto de las normas que, como la que contiene el citado artículo 244 *eiusdem*, deban ser interpretadas de manera restrictiva.

Debe recordarse, igualmente, que tan vigente como el derecho fundamental a la tutela judicial eficaz, el cual fue invocado como fundamento del pronunciamiento que se examina, lo son los de la libertad personal y la presunción de inocencia, de acuerdo con los cuales:

a) a) La regla general es que el procesado permanezca en libertad durante el proceso penal que se le siga, bajo las condiciones y con las excepciones **que la ley establezca** (Constitución: artículo 44; Código Orgánico Procesal Penal: artículos 9 *in fine* y 243; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 9; Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 7). Ciertamente, el legislador no estableció, como excepción al mandamiento de cesación de las medidas cautelares de coerción personal, “*la complejidad del asunto debatido*”. De allí que la situación de privación de libertad que se mantenga con base en dicha razón *extra legem* y, por tanto, en contravención a lo que dispone el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, está signada por la arbitrariedad que proscribe el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;

b) b) Por razón de la garantía fundamental de la presunción de inocencia que reconoce el artículo 49.2 de la Constitución, las medidas cautelares privativas o restrictivas de la libertad no pueden ser entendidas sino como excepciones al derecho fundamental al juicio en libertad (artículo 44 *eiusdem*), necesarias para el aseguramiento de las finalidades del proceso. En el pronunciamiento que se examina, se advierte que, de acuerdo con el mismo, es harto probable que la situación de privación de libertad bajo la cual se encuentran los quejosos se prolongue indefinidamente, mientras la “*complejidad del asunto debatido*” no permita la conclusión del proceso penal que se les sigue a dichos agraviados: Ello, en términos de fácil lectura, no significa otra cosa que una pena anticipada –y, para colmo, por término indefinido-, que resulta aplicada a quienes todavía deben ser presumidos inocentes respecto de los delitos que se les han imputado.

Por otra parte, aun en la hipótesis, que se niega, de la validez del excepcional supuesto que se invocó para la no aplicación del término de caducidad que contiene el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, resulta curioso, por decir lo menos, que la Sala no se hubiera percatado de que, a la fecha, ya habrían transcurrido casi cuatro años –esto es, alrededor del doble del máximo legal de vigencia de las medidas de coerción personal-, desde el 21 de abril de 2003, cuando, según alegaron los accionantes, éstos fueron sometidos a la medida preventiva de privación de libertad, sin que, durante dicho lapso, hubiera sido, al parecer, posible el allanamiento de las aducidas complejidades inherentes al juicio penal que se les sigue a los actuales accionantes, de suerte que dicho proceso ya hubiera podido ser concluido por sentencia definitivamente firme. ¿Cuánto tiempo más se requerirá para que sea desenmarañada “*la complejidad del asunto debatido*” y culmine el juicio en cuestión?

1.2.1.2. En el fallo sub examine, la Sala afirmó: “*ahora bien, pese a lo expuesto cabe recalcar, tal y como lo afirmó la representación fiscal, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 constitucional los incursos en violaciones contra los derechos humanos no pueden gozar de beneficio procesal alguno. En efecto, la representación del Ministerio Público alegó que frente a los imputados no operaba la consecuencia jurídica de la norma contenida en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, pues, a su entender, lo hechos causados constituían violaciones a los derechos humanos*”, lo cual según el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **imposibilitaba que se le (sic) otorgara a aquellos beneficio procesal alguno**” (resaltados por el voto salvante). Respecto de la precedente argumentación, son pertinentes las siguientes observaciones:

a) a) Esta Sala, en su sentencia N° 537, de 15 de abril de 2005, dejó claramente establecido que era de la competencia del legislador –no del intérprete de la Ley- la calificación de hechos como atentados contra los derechos humanos o como delitos de lesa humanidad.

En el presente asunto, esta juzgadora admitió que dicha calificación correspondió a un juicio subjetivo del Ministerio Público, el cual fue compartido por la Sala. Si ello es así y como quiera que en la sentencia que antecede no se precisó cuáles eran los hechos punibles que fueron imputados a los hoy quejosos, de suerte que se pudiera concluir si tales conductas eran subsumibles en algunas de las que la Constitución u otros textos normativos vigentes en la República; Vg. el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, califican como atentados contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad, surge la grave presunción de que esta Sala juzgó de manera contraria a la doctrina que afirmó en su referido fallo y, por ende, obvió la debida tutela al principio de legalidad de los delitos que, como derecho fundamental inherente al debido proceso, reconoce el artículo 49.6 de la Constitución. En efecto, esta Sala, a través del antes mencionado acto de juzgamiento, se expresó en los siguientes términos:

“1.5. En relación con la colisión que apreció la supuesta agravante de autos, existente entre el artículo 19 de la Ley Penal del Ambiente y el artículo 29 de la Constitución, la Sala observa lo siguiente:

1.5.1. El artículo 29 de la Constitución dispone que “*las acciones para sancionar las violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles*”. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuya Ley Aprobatoria entró en vigencia en diciembre de 2000, también establece la imprescriptibilidad de “los delitos de la competencia de esta Corte”, los cuales aparecen enumerados en el artículo 5 del referido Estatuto; entre ellos, los delitos de lesa humanidad;

1.5.2. Los conceptos de violaciones a los derechos humanos y crímenes o delitos de lesa humanidad están vinculados por una relación de género a especie. Así, la expresión “*violación a los derechos humanos*” comprende todas aquellas conductas –no sólo las punibles– que, constitutivas de infracción a la Ley, producen la consecuencia de lesión a alguno de aquellos derechos que sean calificables como inherentes a la persona humana; esto es, como “*derechos humanos*”. Dentro de tales infracciones quedan comprendidas, como antes se afirmó, aquéllas que están descritas como conductas penalmente castigables. Ahora bien, del principio de legalidad que, como manifestación específica del debido proceso, establece el artículo 49.6 de la Constitución, deriva el monopolio legislativo para la descripción de los tipos penales; en otros términos, sólo el legislador tiene competencia para la determinación de cuáles conductas humanas han de ser tenidas como punibles, vale decir, para la configuración de la tipicidad. De allí que, con base en el carácter de la tipicidad, que la doctrina reconoce como esencial en la estructura del delito, así como en el principio constitucional de legalidad, de acuerdo con el cual sólo el legislador tiene competencia para la descripción de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones penales, se concluye que la calificación de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad –especialmente, en cuanto los efectos jurídico constitucionales de las mismas incidan necesariamente en la estructura del tipo legal–, es materia que compete exclusivamente al legislador y no al intérprete. En efecto, resulta indudable que sólo al funcionario u órgano del Poder Público a los cuales la Constitución atribuyó la *iusdatio* corresponde la determinación de cuáles de esas infracciones penales deben ser calificadas como delitos contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad; sobre todo, para los específicos efectos jurídicos que establezcan la Constitución y la Ley (comprendidos en ésta, obviamente, los instrumentos normativos de Derecho Internacional que sean suscritos y ratificados por la República) –en particular, el de la imprescriptibilidad de la acción penal para el procesamiento judicial y la eventual sanción a quienes resulten declarados responsables penalmente por su participación en la comisión de dichos delitos. De conformidad, entonces, con una interpretación teleológica de la Constitución, así como con base en los términos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (el cual es ley vigente en Venezuela e, incluso, por tratarse de un tratado relativo a derechos humanos, tiene jerarquía constitucional, en la medida que establece el artículo 23 de la Ley Máxima), se concluye que, para el propósito de la calificación sobre la imprescriptibilidad de la acción penal, se tendrán como sinónimos los conceptos de delitos contra los derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

1.5.3. En el orden de ideas que se sigue, concluye la Sala que la calificación de una infracción penal como delito de lesa humanidad o contra los derechos humanos corresponde al legislador, por razón del principio de legalidad que establecen el artículo 49.6 de la Constitución y, entre otros, el artículo 9 del Estatuto de Roma, así como en resguardo de la seguridad jurídica y de la garantía constitucional de uniformidad e igualdad en el tratamiento procesal a los respectivos infractores. El anterior aserto es aún más obligante cuando se trate de que la calificación sea requisito previo para la correspondiente declaración de imprescriptibilidad de la acción penal, en virtud del efecto derogatorio que la misma acarrea respecto de la correlativa garantía fundamental, según se explicará más adelante.

1.5.4. El término de la prescripción de la acción penal, que aparece desarrollado, genéricamente, en los artículos 108 y siguientes del Código Penal, correlacionados, en el caso específico que ocupa la atención de esta Sala, con el artículo 19 de la Ley Penal del Ambiente, conforma uno de los elementos genéricos que definen el tipo legal. Por ello, porque está indisolublemente vinculado como un subelemento de la tipicidad, todo lo que concierne al establecimiento de dicho término, a las modificaciones del mismo, así como a la excepción a la garantía fundamental de la prescriptibilidad de la acción penal –como manifestación específica de la tutela judicial eficaz y del debido proceso–, es materia de la exclusiva competencia de quien, a su vez, tiene el monopolio constitucional para la tipificación, la modificación o la extinción del tipo legal, esto es, el legislador. Por otra parte, la imprescriptibilidad de la acción penal ataca también a otro carácter del delito: la punibilidad (véase, al efecto, a J. R. Mendoza T., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, p. 309), razón que también abunda en favor del monopolio legislativo en referencia.

1.5.5. En el caso venezolano, la Constitución señaló, de manera genérica, cuáles delitos son de acción penal imprescriptible (artículos 29 y 271). Del texto de ambas disposiciones se extrae, igualmente, que el constituyente sólo perfiló o tipificó algunas de las conductas punibles respecto de las cuales, por estar inmersas 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 la comisión de los mismos, así como la sanción penal a dichos partícipes; tales serían, por ejemplo, los casos de los delitos de tráfico –y conductas asociadas al mismo– de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y los crímenes de guerra. Se concluye, entonces, en el contexto de ambas disposiciones y conforme a las razones que anteriormente fueron expuestas, que el desarrollo de la norma constitucional sobre dichas especies delictivas fue remitida por el constituyente al legislador; en otros términos, aquél no agotó –porque, técnicamente, no es materia propia de una Constitución– el catálogo de los actos típicamente antijurídicos que, para efectos de la imprescriptibilidad de la acción penal, deban ser calificados como delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, sino que remitió el desarrollo y concreción de la materia que se examina, a la esfera de la competencia del legislador.

1.5.6. A la conclusión de que la calificación de ciertas conductas punibles como delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad pueda quedar al criterio del intérprete de la Ley y quede a éste, en consecuencia, la potestad de la decisión sobre en cuáles delitos no prescribe la respectiva acción penal, se opone la doctrina penal que, en su mayoría y consustanciada con el espíritu garantista que impregna al Derecho Constitucional y al Derecho Penal de nuestros días, es contraria a la existencia de los llamados tipos penales en blanco; de conformidad, según se afirmó *ut supra*, con la propia garantía fundamental del principio de legalidad que establece el artículo 49.6 de la Constitución, así como a otros derechos fundamentales, tales como el debido proceso y la tutela judicial eficaz, como antes se señaló.

1.5.7. La estricta sujeción que, en materia penal y como garantía fundamental, debe haber al principio de legalidad, fue ratificado por el legislador internacional, a través del artículo 9 del Estatuto de Roma, instrumento normativo este que es, conforme a lo que se ha expresado anteriormente, de indudable pertinencia en el presente análisis.

2. Por las razones que anteceden, concluye esta Sala que, mediante la decisión *sub examine*, la legitimada pasiva invadió la competencia del legislador; es decir, actuó fuera de los límites de su competencia material, y, con ello, efectuó un errado control de la constitucionalidad, lo

cual debe conducir a la declaración de nulidad de la decisión que es objeto de la presente revisión y al correspondiente efecto de reposición al estado de que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia expida nueva decisión sobre la apelación que ejerció el Ministerio Público contra el decreto judicial de sobreseimiento que, el 02 de junio de 2004, emitió el Juez Décimo Tercero del Tribunal de Juicio del prenombrado Circuito Judicial, dentro de la causa penal que se le sigue al supuesto agraviado de autos. Así se declara.”

Adicionalmente, se observa que la Sala, como argumento crucial para la calificación, como atentado a los derechos humanos, que imprimió a los hechos por los cuales se juzga penalmente a los demandantes de amparo, señaló que *“dicho delito constituye una violación al derecho humano a la vida recogido en el artículo 43 de la Carta Magna, razón por la cual considera esta Sala que se verificaron todos los requisitos que establece el artículo 29 del Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para impedir que se les aplique a los accionantes en amparo lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, razón por la cual la presente acción debe ser declarada sin lugar”*. Si tal va a ser la doctrina conforme a la cual se decidirá sobre la aplicación del término de caducidad que establece el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, en relación con las medidas cautelares de coerción personal, ocurre que la misma resultará pertinente no sólo para los delitos que, de acuerdo con la doctrina predominante, deban ser calificados, en propiedad, como atentatorios contra los derechos humanos, para los antes indicado efectos restrictivos, sino, en general, contra todos los delitos comunes que igualmente agravan al derecho a la vida y respecto de los cuales no había habido, hasta ahora, reticencia alguna para la aplicación de la norma en referencia. Por consiguiente y de acuerdo con el predicho criterio que se establece a través del presente fallo, el decreto de decaimiento de las señaladas medidas cautelares será también improcedente en todo caso de violación al *“derecho humano a la vida”*; por ejemplo en cualquiera de los supuestos de homicidio o de aborto, o de lesión personal grave que haya *“puesto en peligro la vida de la persona ofendida”*, abandono de niños o de otras personas incapaces para que provean a su seguridad o a su salud, aun cuando dichas conductas no formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, característico del delito de lesa humanidad, según lo describe el Estatuto de Roma,

b) b) Por otra parte, aun cuando se admitiera que los hechos que fueron imputados a los actuales accionantes se encuentran subsumidos en supuestos que la Ley califica como atentados contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad, se advierte que es manifiestamente errada la afirmación, que compartieron el Ministerio Público (precisamente, el que debía velar por la integridad del Estado de Derecho y de los derechos y garantías fundamentales) y la mayoría de la Sala, de que el artículo 29 de la Constitución niega, en relación con tales hechos, cualquier tipo de beneficio.

La verdad, en relación con la norma que contiene el artículo 29 de la Constitución, es que la misma no contiene la interdicción absoluta que adujeron el Ministerio Público y la mayoría de la Sala. Ella sólo prohíbe el otorgamiento de beneficios que, como la amnistía y el indulto, **conllevan el riesgo de impunidad**. Pues bien, como innumeradas veces lo ha expresado personalmente quien por este medio manifiesta su disenso con el fallo que antecede, resulta un grueso error conceptual la identificación de las medidas cautelares de coerción personal sustitutivas de la de privación de libertad como favorecedoras de la impunidad. En efecto, de acuerdo con los artículos 44, de la Constitución, 9 y 243 del Código Orgánico Procesal Penal, dichas cautelas no pueden ser entendidas como sanciones o castigos –que, por lo demás, serían anticipados- sino, más bien, junto a la privativa, como excepcionales limitaciones a la garantía fundamental del juicio en libertad, necesarias para el aseguramiento de que se cumplan las finalidades del proceso; entre ellas, la muy importante de que el mismo concluya sin dilaciones o trabas indebidas, a través de la sentencia definitiva de condena, absolucón o sobreseimiento. Resulta, entonces, un contrasentido, que se incluya, entre las

vías que pueden conducir a la impunidad a unos mecanismos procesales que, por el contrario, fueron dispuestos por el legislador, a costa del ejercicio, pleno o restringido, del derecho a la libertad personal, como garantía de que el proceso penal concluya con un pronunciamiento de fondo definitivo, incluido el condenatorio.

Por otra parte, resulta igualmente absurdo que si las medidas preventivas de restricción a la libertad personal, menos gravosas que la privativa del ejercicio de dicho derecho fundamental, comportan el riesgo de impunidad, no se haya decretado una proscripción general de las mismas, esto es, su prohibición de aplicación, cualquiera que sea el delito por el cual se juzgue a una persona. En efecto, el interés del Estado tiene que apuntar a la prevención de la impunidad que beneficie a los participantes en la comisión de cualquier delito; por lo menos de los de acción pública. De la doctrina que se analiza deriva la inaceptable conclusión de que si dichas cautelas menos gravosas que la de privación de la libertad conllevan o pueden conllevar el riesgo de impunidad, pero no se prohíbe su otorgamiento en los delitos que no sean calificables como atentados a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad, no será motivo de contención que, en estos últimos casos, los participantes en la comisión de dichos delitos resulten sin sanción penal alguna.

2.2. Con base en las antecedentes consideraciones, el Magistrado que suscribe estima que, en el presente asunto, la decisión conforme a derecho era la declarativa de procedencia del amparo al derecho fundamental a la libertad personal de los quejosos, agraviado por la decisión de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, de 21 de julio de 2005, mediante la cual confirmó la negativa del Juez Cuarto de Juicio de dicho Circuito Judicial, a la declaración de decaimiento, conforme al artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, de la medida preventiva de privación de libertad.

Queda expresado, en los términos precedentes, los motivos del disenso del Magistrado que suscribe el presente voto salvado.

2. *Garantías Constitucionales: Las garantías del debido proceso*

A. *Presunción de inocencia*

**TSJ-SPA (0846)**

**31-5-2007**

Magistrado Ponente. Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de la Producción y el Comercio (actualmente Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio).

**El hecho de que la Administración tenga la carga de probar los hechos con base a los cuales considera que es procedente la aplicación de la sanción correspondiente, no implica que el administrado no tenga la carga de traer al expediente administrativo, pruebas que permitan evidenciar ante la Administración, la licitud de su actuación.**

4. Alega también la parte recurrente que la Administración concluyó que la actora era responsable de los daños ocurridos a la ciudadana denunciante, en virtud de que no probó que su actuación había sido diligente y suficiente para tratar de evitar dicho daño; lo cual en criterio de la parte actora devino en una errónea aplicación de las normas referidas a las cargas probatorias en el proceso, trayendo ello como consecuencia, la violación a la recurrente de su derecho a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

Ahora bien, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento en el numeral 2 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual textualmente reza:

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

(...)

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

Conforme a esta norma toda persona que sea acusada de una infracción se reputa inocente mientras no se demuestre lo contrario, en este sentido el criterio sostenido por la Sala en torno a la violación de este principio, es el siguiente:

“Al respecto, observa la Sala que esta garantía requiere que la acusación aporte un prueba individual de culpabilidad, más allá de la duda, lo cual implica el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad.

(...)

En efecto, el hecho de que la Administración tenga la carga de probar los hechos con base a los cuales considera que es procedente la aplicación de la sanción correspondiente, no implica que el administrado no tenga la carga de traer al expediente administrativo, pruebas que permitan evidenciar ante la Administración, la licitud de su actuación. Por tanto, estima esta Sala que en el presente caso, no se vulneró la presunción de inocencia, ya que la actividad desplegada por la Administración, se efectuó en virtud de cumplir con la carga probatoria que le correspondía. Así se decide”. (Sentencia de esta Sala N° 0378 de fecha 21 de abril de 2004, caso: *MULTINACIONAL DE SEGUROS, C.A. vs. MINISTERIO DE FINANZAS*)

Según se desprende del expediente administrativo, la sociedad mercantil C.A. Electricidad de Caracas fue considerada inocente al inicio del procedimiento, quedando desvirtuada tal presunción una vez que sustanciado el procedimiento administrativo y habiéndose otorgado a las recurrentes oportunidades suficientes para su defensa, ésta no comprobó las circunstancias que alegaba como eximentes de su responsabilidad.

En este sentido, se observa que si bien la parte actora aduce que los daños se originaron como consecuencia del hecho de un tercero, quien había hurtado 33 metros de cable conductor neutro, únicamente consta al folio 69 del expediente administrativo copia de la denuncia que formuló por tal hecho ante el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, lo cual si bien pudiera evidenciar el hurto señalado, no constituye por sí sola prueba de la relación de causalidad necesaria entre dicho hecho y el daño que se produjo.

En efecto, como aduce la parte actora, el artículo 1.193 del Código Civil dispone que “Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito”. En el caso de autos la recurrente se limitó a alegar como eximente de su responsabilidad el hecho de un tercero, sin aportar ni durante el procedimiento administrativo ni en esta instancia judicial, pruebas de la relación de causalidad necesaria para que opere la excepción invocada, entre el hurto que denunció y los daños reclamados por la denunciante.

De igual forma, se advierte que la accionante alegó culpa de la víctima, por cuanto a su decir, la denunciante incumplió obligaciones derivadas del contrato de suministro eléctrico relacionadas con el uso de dispositivos de protección para los equipos eléctricos que usaba en su vivienda, sin embargo, no aportó la parte actora el contrato contentivo de esa obligación o prueba alguna de la misma.

Por todo lo anterior considera la Sala que en el presente caso no existe violación a la presunción de inocencia de la actora, pues la determinación de su incursión en el tipo legal por el cual fue sancionada, fue producto de un procedimiento administrativo en el que se garantizaron las posibilidades de defensa de la recurrente, concluyéndose en su culpabilidad con base en las probanzas existentes en los autos de dicho procedimiento. Así se decide.

Asimismo, conforme se evidencia de los autos, contrariamente a lo alegado por la recurrente, la Administración no invirtió la carga de la prueba, pues si bien puso de relieve la inactividad probatoria en el procedimiento administrativo de la parte actora, la sanción impuesta a la C.A. Electricidad de Caracas se fundamentó en las circunstancias fácticas que se hallaban probadas en el expediente y en la correspondiente subsunción de esos hechos en las normas legales pertinentes; en virtud de lo cual resulta forzoso desestimar la denuncia formulada en ese sentido. Así se decide.

B. *Principio non bis in idem*

**TSJ-SPA (0846)**

**31-5-2007**

Magistrado Ponente. Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de la Producción y el Comercio (actualmente Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio).

**Dadas las competencias concurrentes de algunos entes, no podrá la Administración ejercer dos veces su potestad sancionadora cuando exista identidad de sujetos, identidad de supuesto de hecho e identidad en el bien jurídico protegido por las normas cuya aplicación se pretenda.**

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de la garantía constitucional del *non bis in idem* Art. 49.7CN)- la posibilidad de que los particulares puedan ser sancionados dos veces por una misma situación de hecho que es conocida por dos órganos administrativos que ejercen competencias concurrentes sobre una misma materia

..... De las normas arriba transcritas se desprende que tanto la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU) ostentan competencias atinentes al resguardo de los intereses de los usuarios del servicio eléctrico, pues las empresas que se dedican a la distribución de energía eléctrica se encuentran también comprendidas entre los sujetos descritos como “proveedores” por el artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos (actualmente artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930 del 4 de mayo de 2004).

Incluso es posible que ambas leyes, al coincidir en algunos de sus objetivos, regulen o tipifiquen como ilícitos administrativos situaciones semejantes, sin que ello necesariamente implique que el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), deba renunciar a las competencias y funciones que la Ley le atribuye para procurar la defensa de los derechos e intereses de los consumidores o usuarios; sin embargo, de acuerdo al numeral 7 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no es posible que una persona sea sancionada dos veces por los mismos hechos y con idéntica finalidad, por lo que en casos como el presente, en los que exista una duplicidad de normas destinadas a proteger el mismo bien jurídico, el ejercicio por parte de uno de los mencionados organismos de las competencias que le son otorgadas por ley y la imposición de la respectiva medida, excluirá que el administrado pueda ser nuevamente sancionado por los referidos hechos.

En suma, dadas las competencias concurrentes de algunos entes, no podrá la Administración ejercer dos veces su potestad sancionadora cuando exista identidad de sujetos, identidad de supuesto de hecho e identidad en el bien jurídico protegido por las normas cuya aplicación se pretenda. A su vez, cabe destacar que la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico no deroga ni limita en forma alguna las competencias que legalmente ostenta el INDECU, por lo que la sola previsión de funciones similares en cabeza de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, de los Municipios o incluso de las propias empresas encargadas del suministro de energía eléctrica, no es suficiente para alegar la incompetencia del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), por lo que la Sala desestima la denuncia bajo análisis. Así se decide.

Por último, con relación a la referencia hecha por los apoderados de la parte recurrente respecto a un criterio jurisprudencial emitido por la Sala Constitucional en la aclaratoria a la sentencia N° 1042 del 31 de mayo de 2004, se observa que en dicha decisión se indicó lo siguiente:

“1.- En lo que respecta al primer punto de la solicitud de aclaratoria, observa esta Sala, que en forma precisa y concreta, por decisión del 20 de noviembre de 2002, entre otros particulares, esta Sala decretó medida cautelar en los siguientes términos:

“la Sala resuelve ordenar a la empresa demandada ELEORIENTE abstenerse de cobrar la supuesta energía recuperada, de manera alguna, independientemente de las características físicas del recibo o el método empleado para la exigencia del pago. Esta decisión, lógicamente, incluye que la empresa ELEORIENTE se abstenga de suspender el servicio, amenazar con suspensión o compeler bajo cualquier otra vía a sus suscriptores para que realicen el pago de la supuesta energía recuperada. Todo esto hasta que sea decidida de forma definitiva la presente causa, salvo que esta Sala encuentre que, de la tramitación del proceso, se desprendan elementos que hagan evidente que no sean ya necesarias. Así finalmente se juzga”.

Igualmente observa la Sala, que dicha medida cautelar tuvo vigencia desde la fecha en que fue decretada hasta la fecha de la decisión definitiva que en forma expresa la suspendió y, en virtud, de que se estaba en presencia de una medida preventiva innominada, decretada por esta Sala a fin de evitar cualquier lesión o daño que pudiera haber producido una de las partes en el derecho de la otra y con la finalidad de garantizar, tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional misma, al haberse declarado sin lugar la demanda contra ELEORIENTE, al no quedar comprobado los hechos que se le atribuían, la consecuencia lógica fue suspender la medida preventiva acordada, en consecuencia, en virtud de la naturaleza provisional de las medidas preventivas y su instrumentalidad, la situación con respecto a la misma se retrotrae al momento en que se decretó, todo lo cual se desprende de las “Consideraciones para Decidir” y del dispositivo del fallo. Por lo tanto no hay punto que aclarar al respecto.

Asimismo, reitera la Sala, que el artículo 54 del Reglamento de Servicio, es el que establece el procedimiento que deben aplicar los prestadores de servicio eléctrico, sean públicos o privados, para la recuperación del valor de la energía y la demanda no facturada por concepto de irregularidad o anomalía.

### 3. *Tutela Judicial Efectiva: Potestad Cautelar*

**TSJ-SC (957)**

**25-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: José Félix Guerrero Peralta y otros vs. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

**Las medidas cautelares fungen y surgen como una necesidad de los justiciables, así como también, en determinadas ocasiones, del órgano jurisdiccional, en aras de salvaguardar o mantener resguardado el núcleo esencial del derecho constitucional de las partes involucradas, y no como una excepción, razón por la cual, constituyen una facultad susceptible de ejercitarse en todo estado y grado del proceso, siempre que resulte necesario en el caso que se trate.**

Precisado lo anterior, advierte esta Sala que el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le consagra al juez constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

En este sentido, se observa que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

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

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

De manera que, los principios constitucionales antes señalados además de insistir en la naturaleza instrumental, simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso judicial llevado ante los Tribunales de la República, establece que el fin primordial de éste es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes no sólo estén fundadas en el derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver.

En este sentido, se aprecia que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela judicial requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

Visto el carácter de necesidad, del cual se encuentran imbuidas las medidas cautelares dentro de un determinado procedimiento, se observa que los requisitos exigidos para acordar

la procedencia de las mismas (*fumus boni iuris y periculum in mora*), se reducen a un simple examen del juez de acuerdo a su sano criterio de acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen, así como la ponderación de intereses.

Desde tal perspectiva, deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad, a los fines de lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso (artículos 253, 254, 256 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Asimismo, se advierte que constituida la República como un Estado Social de Derecho y de Justicia, se observa que el mismo debe velar por la protección y resguardo efectivo de los derechos de los ciudadanos, y propender y dirigir su actuación no sólo en el ámbito social, sino en el aspecto económico con la finalidad de ir disminuyendo el desequilibrio existente en nuestra sociedad. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: “*Aso-deviprilara*”).

Tal actuación no solo se centra en el dictamen de leyes, o en la resolución de conflictos por los órganos jurisdiccionales tomando en cuenta el desequilibrio actual de nuestras sociedades, sino que imponen una obligación jurídica que en determinadas ocasionadas viene imbuida de un formato moral, que requiere que los órganos integrantes del Poder Público asuman roles y funciones necesarios para el desarrollo económico, social y cultural de la colectividad.

Esto viene reflejado en la obligación del Estado Venezolano de asegurar unos cometidos sociales básicos para el desarrollo del ser humano, el cual no se satisface únicamente con su sola existencia, sino que requiere de unos medios organizativos y subjetivos que aseguren su desenvolvimiento adecuado dentro de la sociedad. Dichos cometidos consagrados en nuestro Texto Constitucional en su Preámbulo, constituyen una directriz en el desarrollo de sus funciones, y surge correlativamente un deber para los órganos jurisdiccionales y muy en especial para esta Sala Constitucional en la interpretación y adecuación social y real de tales valores superiores a un fin de bienestar y progreso social.

Así pues, se aprecia que el fin último y objeto primordial del Estado (ex artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), es el desarrollo del ser humano y la consecución de prosperidad social, siendo éste su núcleo de protección, por lo que deben disponerse y ejecutarse todas aquellas medidas necesarias y relevantes para la propensión del mismo; en caso contrario, estaríamos afirmando la existencia y creación de un ser innatural, inocuo e ineficaz de contenido y acción.

En base a estos postulados y finalidades del Estado, los cuales son asumidos por la mayoría de las Constituciones modernas, y son concebidos no sólo como un mero número de normas rectoras de las Instituciones Políticas del Estado, sino como un conjunto efectivo de normas jurídicas contentivas de deberes y derechos de los ciudadanos, las cuales se incorporan y confluyen en un juego de inter-relación con los ciudadanos en un sistema de valores jurídicos, sociales, económicos y políticos que deben permitir su desarrollo dentro de una sociedad armónica, es que el Estado debe reinterpretar sus funciones en la búsqueda de la protección de los valores de justicia social y de dignidad humana. Surge así la necesidad en el juez constitucional de advertir y destacar la debida ponderación de intereses que debe realizar todo juzgador en el momento de acordar y justificar una tutela cautelar, en virtud de que debe equilibrar muy bien los intereses generales involucrados en la situación específica respecto de los intereses particulares, a fin de no afectar la globalidad de los intereses públicos supremos tutelados.

En este orden de ideas, se aprecia que dicha ponderación de intereses debe circunscribirse a las características particulares de una actividad, como las telecomunicaciones, sometida a un régimen estatutario de derecho público –Ley Orgánica de Telecomunicaciones–, regido por los principios constitucionales establecidos en los artículos 108 y 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales disponen:

*“Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley.*

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

En desarrollo de los mencionados postulados constitucionales la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dispone en sus artículos 1 y 2:

*“(…) ARTÍCULO 1.- Esta Ley tiene por objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes.*

*Se excluye del objeto de esta Ley la regulación del contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, la cual se regirá por las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.*

*ARTÍCULO 2.- Los objetivos generales de esta Ley son:*

*1. Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones, en adecuadas condiciones de calidad, y salvaguardar, en la prestación de estos, la vigencia de los derechos constitucionales, en particular el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, al secreto en las comunicaciones y el de la protección a la juventud y la infancia. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los operadores de los servicios para la garantía de estos derechos.*

...

*4. Promover el desarrollo y la utilización de nuevos servicios, redes y tecnologías cuando estén disponibles y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad de personas e impulsar la integración del espacio geográfico y la cohesión económica y social.*

*5. Impulsar la integración eficiente de servicios de telecomunicaciones.*

...

*7. Hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones tales como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último.*

*8. Incorporar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas obligaciones relativas a seguridad y defensa, en materia de telecomunicaciones.*

*9. Favorecer el desarrollo armónico de los sistemas de telecomunicaciones en el espacio geográfico, de conformidad con la ley (...).”*

En función de ello, se observa que en el marco del presente caso, al estar inmiscuidos los derechos de los usuarios de los medios de comunicación, en especial del medio televisivo, en la recepción de información y aprovechamiento cultural mediante la prestación de un servicio público, cuya titularidad recae en el Estado y su ejecución se realiza de manera directa (*vgr.* Televisoras Estatales) y de manera indirecta (*vgr.* Televisoras Privadas), debe el Estado a través de los órganos competentes, procurar la satisfacción eficaz del servicio universal de telecomunicaciones y asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad, en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, por ser los medios de comunicación un medio de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad y que pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos.

Dicha obligación estatal de asegurar un servicio público de calidad, debe concebirse en cabeza del Estado no en la simple facultad de otorgar una concesión del uso del espacio radioeléctrico o velar en su correcto cumplimiento, sino en situaciones de necesidad asegurar a un determinado medio de comunicación o a diversos medios, mecanismos jurídicos o fácticos de facilitación estructural que permitan su funcionamiento de una manera eficaz y adecuada para la prestación del servicio público, en concordancia con lo establecido en el artículo 2 numerales 7, 8 y 9 de la mencionada Ley, mediante el otorgamiento, a manera de ejemplo, de permisos de instalación de antenas o construcciones necesarias para su funcionamiento en diversos estados de la República.

Dicho deber estatal no es una potestad exclusiva ejercida a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sino una conducta estatal típica en materia de telecomunicaciones a nivel nacional y de derecho comparado, de permitir el facilitamiento y desarrollo de la actividad comunicacional, por ser ésta de aprovechamiento general y que contribuye al desarrollo cultural de la sociedad, pudiendo el Estado en virtud de ello, hacer uso de aquellos mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para mantener en un momento determinado la actividad operacional de tal servicio.

A título ilustrativo conviene destacar la Resolución N° 88 dictada el 7 de marzo de 1969, por la Dirección de Recursos Naturales Renovables del Ministerio de Agricultura y Cría, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 28.870 del 10 de marzo de 1969, mediante la cual el Estado Venezolano permitió la instalación de antenas y otras estructuras necesarias para la transmisión en el espacio radioeléctrico en un parque nacional, con la finalidad de asegurar el ejercicio eficaz del servicio, no obstante de haberse reservado la titularidad sobre dichas estructuras en el caso específico, en la cual se estableció en los siguientes términos:

*“Por cuanto la firma de Radio Caracas, C.A., ha solicitado del Ejecutivo Nacional autorización para instalar en el Parque Nacional ‘El Ávila’, antenas de televisión, así como las construcciones necesarias para el funcionamiento de dichas instalaciones.*

*Por cuanto el Ministerio de Comunicaciones ha dirigido al Ministerio de Agricultura y Cría, un informe en el cual señala que por razones técnicas es solo dentro del Parque Nacional ‘El Ávila’ donde deben ser ubicadas las instalaciones arriba mencionadas a los fines de su eficaz funcionamiento.*

*Por cuanto corresponde a este Despacho, no sólo la administración de los Parques Nacionales, sino también la determinación de los requisitos a los cuales habrá de someterse el mantenimiento y funcionamiento de las instalaciones que a juicio del Ejecutivo Nacional no perjudiquen los fines para los cuales fue creado el Parque Nacional ‘El Ávila’.*

*Por cuanto esta circunstancia de carácter técnico se presentan como coyuntura propicia para obtener recursos necesarios a fin de ampliar los programas de mejoramiento que adelanta el Ministerio de Agricultura y Cría en el Parque Nacional ‘El Ávila’, de conformidad con*

lo previstos en los artículos 12, 13 y 14 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas y el artículo 5 letra 'c' del Decreto 446 de fecha 20 de enero de 1961.

*Resuelve:*

*Artículo 1. Se autoriza a la firma Radio Caracas, C.A., (...) para utilizar dentro de las limitaciones técnicas necesarias y sin menoscabo de derechos de terceros la antena de televisión y torres respectiva, propiedad de la República, existente en el Parque Nacional 'El Avila' en la zona conocida con el nombre de 'Los Mecedores', e igualmente autorizada a la expresada compañía para hacer las construcciones necesarias para el manejo y funcionamiento de dichas instalaciones.*

*...omissis...*

***Artículo 3. Las instalaciones que se requieran serán construidas por Radio Caracas, C.A., a sus únicas y exclusivas expensas. Tanto esas instalaciones como el terreno sobre el cual estén instaladas serán propiedad exclusiva de la República y en tal sentido la compañía citada, deberá otorgar los instrumentos jurídicos necesarios.***

*Artículo 4. El otorgamiento de esta autorización no impedirá que la República pueda autorizar a otra empresa diferente de Radio Caracas, C.A. y de Color Televisión, C.A., (...) para el uso de las referidas instalaciones, a cuyo efecto determinará el Ejecutivo Nacional las condiciones necesarias a cumplir por la empresa autorizada". (Negrillas de esta Sala).*

Aunado a ello, debe destacarse que posteriormente mediante Resolución N° 355, dictada el 16 de noviembre de 1973 la Dirección de Recursos Naturales Renovables del Ministerio de Agricultura y Cría, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 30.259 del 19 de noviembre de 1973, modificó el artículo 3 de la precitada Resolución, en los siguientes términos:

***"Artículo 3. Las instalaciones que se requieran, serán construidas por Radio Caracas, C.A., a sus únicas y exclusivas expensas. Tanto el terreno, como las torres y construcciones que se instalen, se entenderán propiedad exclusiva de la República y en tal sentido la compañía autorizada, deberá otorgar los instrumentos jurídicos necesarios".*** (Negrillas de esta Sala).

En desarrollo de tal actividad estatal, debe citarse, en igual sentido, lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual consagra una obligación estatal de garantizar la efectiva protección del servicio universal de telecomunicaciones, en los siguientes términos:

*"El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica.*

*El Servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población".*

Así conforme a lo establecido en dicho artículo, se aprecia que el deber del Estado en garantizar el servicio universal de telecomunicaciones –vgr. transmisiones en señal abierta en frecuencia VHF- viene dado por el mantenimiento de una estructura operacional suficiente o adecuada que permitan una eficaz "(...) penetración, acceso y asequibilidad (...)", en el desarrollo de la actividad.

Tales estándares mínimos dan continuidad y desarrollo a los principios que deben regir todo servicio público –mutabilidad, obligatoriedad, igualdad, universalidad-, los cuales en el

presente caso, se encuentran referidos a la utilización y eficaz desarrollo del espectro electromagnético asignado para la transmisión en la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión, el cual no es otro que el actual alcance y calidad de señal que mantenía la operadora de dicho servicio en el ejercicio de sus funciones y deberes de operador televisivo, conforme a la respectiva concesión.

En función de ello, se concibe que la Administración pueda hacer un uso temporal de los bienes afectos a la prestación del mencionado servicio, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad, ya que, en virtud del carácter obligatorio en la prestación de éste, no puede el Estado permitir el cese funcional en la prestación del mismo (vgr. servicio de salud, agua, electricidad).

Incluso el Estado no debe restringirse a la prestación obligatoria en determinadas condiciones excepcionales de un servicio público, sino también puede asumir medidas extraordinarias para mantener operacionales los sistemas de diversos sectores económicos, como así lo ha dispuesto esta Sala en sentencia N° 1.626/2006, la cual expresó:

*“(…) Asimismo, se aprecia que la empresa adquiere en los actuales momentos un factor de relevancia ya que actualmente en nuestro país se está desarrollando una política de construcción de viviendas e infraestructuras cuya principal materia prima se encuentra constituida por el cemento producido a nivel nacional, la cual en virtud de la función de un Estado garantizador, se encuentra obligado esta Sala, en virtud del avocamiento efectuado, garantizar su funcionamiento adecuado y propender al desarrollo coordinado del pluralismo social, representado en el colectivo, y la protección a la propiedad privada de los inversionistas, sean estos extranjeros o nacionales y la seguridad de los trabajadores que prestan servicios dentro de dicha empresa.*

*Así pues, se aprecia que el Estado tiene un rol subsidiario en el desarrollo económico del país, dando primacía y garantizando a la inversión privada individual o social, y ante la falla operacional de ésta, se genera una especie de protección cuando éste aprecia que los fines de seguridad laboral o económica para una región no cumplan con suficiencia los cometidos encaminados al bien común.*

*Este rol subsidiario del Estado concebido para corregir las distorsiones y la ausencia de mercados puede operarse mediante dos intervenciones: una de la actividad empresarial temporal del Estado cuando el bien común exige un bien o servicio que el sector privado, por alguna razón, no está en capacidad de atender; y otra, con acciones de promoción y fomento económico para el desarrollo de mercados. (Vid. Norberto Bobbio y otros; Diccionario de Política; Siglo Veintiuno Editores, 2002, pp. 548-549).*

*Así pues, en reciente decisión esta Sala N° 1502/2006, ha acordado la asunción por parte del Estado de ese rol subsidiario de la economía como fundamento primordial para el mantenimiento del bien común en determinada situación, a través de la asunción de la operatividad temporal de una determinada actividad comercial por una situación coyuntural. En este sentido, dispuso:*

*‘No obstante, considera la Sala que aún así bajo esas circunstancias priva el interés público que atañe a la protección constitucional de la colectividad, y se hace necesaria la intervención del Gobierno Nacional, con asistencia de las partes, que, como se ha dicho, procederá temporalmente al manejo y administración de las instalaciones aeroportuarias, hasta tanto sea resuelto por la jurisdicción contencioso administrativa el conflicto existente, ello, dada la inseguridad jurídica que se ha presentado con respecto a la diversidad de actos promulgados por la Gobernación del Estado Nueva Esparta, así como las distintas acciones interpuestas por la concesionaria con la finalidad de seguir continuando con la administración del servicio, creándose una situación que contraría una finalidad esencial inherente a todo servicio público, como es, la satisfacción del interés general’ (...).”*

En tal sentido, la Sala advierte que los presuntos agraviados aducen como fundamento de la solicitud de medida cautelar que “(...) *Vista la inminencia de la violación de los derechos constitucionales denunciados por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de Radio Caracas, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitamos se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual se le permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación mientras dure la tramitación del presente procedimiento de amparo (...)*”.

**Al respecto, si bien la Sala reconoce que todos los usuarios tienen derecho a acceder y disfrutar de la prestación de un servicio público universal de telecomunicaciones, el contenido del mencionado derecho conforme a los artículos 108 y 117 de la Constitución, comporta en principio, no la continuidad de un determinado operador de radiodifusión sonora y televisión abierta en VHF, sino la posibilidad de que los aludidos usuarios puedan efectivamente acceder en condiciones de igualdad y con el mantenimiento de un estándar mínimo de calidad al correspondiente servicio, al margen de la vigencia o no del permiso o concesión a un operador privado específico.**

Con fundamento en lo expuesto y a los elementos de convicción aportados por los accionantes en su escrito libelar, se advierte que la posible transmisión que efectuará la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), como consecuencia de la habilitación expedida por CONATEL de radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF -en virtud del conocimiento que posee esta Sala por hecho público, notorio y comunicacional-, puede no contar con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional, ello afectaría a los usuarios del ya mencionado servicio público.

En tal sentido, la Sala al evidenciar que el ciudadano Jesse Chacón Escamillo, en su condición de Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y Director de CONATEL, respectivamente, no podrá garantizar que la posible transmisión que efectuará la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), como consecuencia de la habilitación expedida para radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF, contará con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos que se venía prestando, esta Sala de oficio acuerda de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un servicio público universal, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, sin que ello implique menoscabo alguno de los derechos de propiedad que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A., sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República, los cuales se encuentran ubicados en: *“Acarigua, Guigüe-Carabobo, Barinas, Begote, Bejuma, Boconó, Caraballeda, Caricuao-Caracas, Cerro Copey-Carabobo, Cerro Auyarito-Miranda, Cerro Galicio-Falcón, Ciudad Bolívar, Curimagua-Falcón, El Tigre, Gallinero-Táchira, Cerro Geremba-Colonia Tovar, Guanare, Higuerote, Arrecife Cabo Codera-Higuerote, Isla de Guara-Delta Amacuro, La Aguada-Mérida, La Sierra-Nueva Esparta, Laguneta-Trujillo, Maracaibo, Maturín, Mecedores-Caracas, Nirgua, Pico Alvarado, Cerro Platillón-Guarico, Base Naval Puerto Cabello, Puerto Concha-Zulia, Alta Vista-Puerto Ordaz, Punta de Mulatos-Macuto, Cerro Sabana Larga-Guanta, Cerro La Cruz-San Antonio de Capayacuar Monagas, San Fernando de Apure, Cerro San Telmo-Táchira, Cerro Terepaima-Lara, Cerro Tucúquito-Valle de Guanape, Valle de la Pascua, Valles del Tuy, Vichú-Trujillo, Cerro Vidoño-Anzoátegui, Páramo El Zumbador-La Grita Táchira, Cerro Loma Linda-Municipio Torrès”*.

En atención a lo dispuesto, se aprecia que el derecho de uso de los equipos necesarios para las operaciones anteriormente mencionadas, se asigna a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), quedando a su disposición y responsabilidad, como ente regulador del servicio de telecomunicaciones, acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Asimismo, como complemento de la medida cautelar acordada se ordena al Ministerio del Popular para la Defensa garantizar los derechos constitucionales de las partes involucradas en el presente caso, para lo cual deberá custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, cassetas de transmisión, cassetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede, por las siguientes razones:

1. La sentencia cuyo dispositivo se comparte parcialmente admitió la demanda de protección de intereses colectivos y difusos que fue interpuesta contra el Presidente de la República y el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática por un grupo de ciudadanos, para que se ordene a dichos funcionarios que “*se abstengan de realizar cualquier actuación que conlleve al cierre ilegítimo de la planta televisiva Radio Caracas Televisión y que, en consecuencia, pueda ésta continuar con la transmisión de su programación después del 27 de mayo de 2007.*” Asimismo, solicitaron “*se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual se permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación mientras dure la tramitación del presente procedimiento (...)*”.

2. Ahora bien, para la admisión, la Sala analizó, en primer lugar, la legitimación pasiva del Presidente de la República como codemandado y, a la luz del principio de legalidad, determinó que:

“... de conformidad con el ordenamiento jurídico estatutario vigente en materia de telecomunicaciones, el órgano competente para pronunciarse en relación a la posible situación jurídica de la concesión que en la actualidad permite a la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el uso y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, es la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) (...) razón por la cual la acción ejercida contra el ciudadano Presidente de la República como legitimado pasivo resulta inadmisibles, de conformidad con el artículo 19, párrafo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por disponerlo así la ley, toda vez que no tiene atribuida competencia legal alguna en esta materia que le permita ejecutar algún pronunciamiento dictado por esta Sala, dirigido a satisfacer la tutela de los intereses suprapersonales aquí debatidos.” (Subrayado añadido).

Curiosamente, a párrafo seguido, la Sala razonó, “con respecto a las demandas por intereses difusos y colectivos incoadas por los precitados ciudadanos, contra el ciudadano Jesse Chacón Escamillo, en su condición de Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, esta Sala advierte que, revisadas como han sido las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 19.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no se evidencia alguna de las mismas en las presentes demandas, ...” (Subrayado añadido) ¿Es que el Ministro *sí tiene atribuida competencia legal alguna en esta materia que le permi-*

*ta ejecutar algún pronunciamiento dictado por esta Sala, dirigido a satisfacer la tutela de los intereses suprapersonales aquí debatidos?* Si ello es así, ¿cómo se explica la declaratoria de inadmisibilidad por falta de legitimación pasiva respecto del mismo funcionario y del mismo hecho lesivo que esta Sala –con voto concurrente de este Magistrado– declaró en sentencia N° 920 de 17 de mayo de 2007? ¿Cuál es la diferencia entre el Ministro y el Presidente de la República en el marco del razonamiento que se hizo para la declaración de la falta de legitimación pasiva del segundo pero admitir la del primero? Ha incurrido la Sala en una clara incongruencia.

En criterio del salvante, en virtud de que es claro que el ente que podría satisfacer directamente la pretensión de los demandantes es, en efecto, CONATEL y, en tanto que la demanda de autos es de protección de derechos difusos, es decir, en beneficio de toda la sociedad venezolana, la Sala ha debido enmendar este error de la parte actora –explicable, por demás, por cuanto, en este momento, coinciden en la misma persona los cargos de Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y de Director de CONATEL– y admitir la demanda como si hubiere sido interpuesta en contra de este último.

Por otra parte, nada dijo la mayoría acerca de la ausencia, en el proceso, de RCTV, a quien se ordena que permita a TEVES el uso de sus equipos e instalaciones, sin que siquiera se la traiga a juicio para la legítima defensa de sus derechos, entre otros, en forma ostensible, el de propiedad. Así, en virtud de que fue condenada, de manera provisoria, a la ejecución de una conducta determinada, ha debido ser llamada a juicio como legitimada pasiva.

3. Como se reseñó *supra*, la pretensión de la parte actora es la de que se ordene a los demandados que “*se abstengan de realizar cualquier actuación que conlleve al cierre ilegítimo de la planta televisiva Radio Caracas Televisión y que, en consecuencia, pueda ésta continuar con la transmisión de su programación después del 27 de mayo de 2007.*” La medida preventiva que se impetró, como garantía de ejecución del fallo que eventualmente conceda lo que pretenden, fue una “*medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual se permita a dicho canal [RCTV] continuar con la transmisión de su programación mientras dure la tramitación del presente procedimiento (...)*”.

La mayoría de la que se discrepa declaró “**PROCEDENTE** la medida cautelar solicitada” pero, en forma incongruente, acordó una medida completamente distinta, opuesta a los intereses de los demandantes, mediante la cual asignó a CONATEL el derecho de uso de todos los equipos necesarios para la operación de la frecuencia radioeléctrica por la que viene transmitiendo RCTV para que acuerde su uso al operador que disponga, presumiblemente a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), en virtud de que la justificación para el otorgamiento de la medida es la posible transmisión que realizará esa fundación por esa frecuencia, para lo cual podría “*no contar con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional*”, lo cual “*afectaría a los usuarios del ya mencionado servicio público*”.

Es de la esencia de las medidas cautelares, de todas ellas, nominadas o no, el que sean congruentes con la pretensión y, por ende, con la eventual decisión de fondo, ya que su justificación y finalidad es garantizar la eventual eficacia de tal acto decisorio. Así, en palabras de Piero Calamandrei “... el criterio a base del cual las providencias cautelares se distinguen de las no cautelares (...) no es un criterio referente al contenido (...); su peculiaridad característica se busca, por el contrario, en la relación de instrumentalidad que liga indefectiblemente toda providencia cautelar a una providencia principal, el rendimiento práctico de la cual se encuentra facilitado y asegurado anticipadamente en virtud de la primera.” (CALAMANDREI, Piero, *Providencias Cautelares*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984).

Desde este ineludible punto de vista, resultaba jurídicamente imposible, por razón de la instrumentalidad de toda cautela en relación con la sentencia de fondo, que, a un tiempo, se declarase la “procedencia” de la medida que se pidió con la demanda y lo que se acordase fuese no sólo ajeno, sino contrario a la pretensión principal, por lo que la medida cautelar que se pronunció no debió ser acordada.

No dejan de llamar la atención del salvante las siguientes particularidades en relación con la medida cautelar que fue expedida: 1) Implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa; 2) Pese a que se acordó con base en que la posible transmisión que efectuará la Fundación Televisora Nacional Venezolana Social (TEVES) puede no contar con la infraestructura necesaria para que tenga alcance nacional, se autorizó al Ministro del Poder Popular para las Comunicaciones y la Informática y Director de CONATEL para que acuerde el uso de los bienes Radio Caracas Televisión RCTV C.A. al operador que al efecto disponga, esto es, a cualquiera; 3) Se afirma que la cautela se concede de manera temporal, pero no se determinó su duración.

4. *Derechos Individuales: Derecho a la integridad física y psíquica*

**TSJ-SC (952)**

**24-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Ricardo Justo y otros vs. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, y Ministro del Poder Popular para la Comunicación e Información.

La infracción al derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas consecuencias físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.

Ahora bien, como se expuso, también se pretende con la presente acción de amparo se ordene “(...) al ciudadano *Presidente de la República Hugo Chávez Frías*, al ciudadano *Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo*, al ciudadano *Ministro del Poder Popular para la Comunicación e Información y al ciudadano (sic) William Lara que se abstengan de proferir insultos y amenazas que lesionen el derecho a la integridad personal, psíquica y moral de los trabajadores de la empresa Radio Caracas Televisión RCTV, C.A.*”, consagrado en el artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual no fue objeto de análisis en la sentencia N° 920 del 17 de mayo de 2007, por no formar parte de dicha pretensión de amparo, por lo que en este aspecto la misma resulta admisible. No obstante, por razones de economía y celeridad procesal, pasa la Sala a pronunciarse *prima facie* sobre la procedencia de tal pretensión y, al efecto, observa:

Ello así, se estima que de acuerdo a lo expuesto, los accionantes consideran que las declaraciones hechas por los presuntos agraviantes constituyen una violación de su derecho constitucional a la integridad psíquica y moral. En este sentido, consignan una serie de ejemplares de periódicos en los cuales los referidos funcionarios manifiestan su opinión sobre la no renovación de la concesión de la empresa Radio Caracas Televisión RCTV, C.A.

Al respecto, la jurisprudencia nacional y extranjera han coincidido en señalar que la infracción al derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas consecuencias físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.

La doctrina comparada, ha advertido que tanto la tortura como los tratamientos inhumanos exigen deliberación de la acción para producir un sufrimiento que debe ser muy severo para la primera (tortura) y severo para el resto (tratos inhumanos); en el caso de los tratos degradantes, la acción debe producir humillación grave o debe llevar a la víctima a actuar contra su voluntad o su conciencia. Habría que concluir que también el trato degradante exige intencionalidad de causar el efecto (se asimilaría a lo intencional la conducta que no tuviera ningún propósito, pero que fuera resultado de una negligencia grave).

Asimismo, se exige otro elemento que consiste en la ausencia de un propósito legítimo para actuar del modo que se hace. Este último elemento implica entender que en la definición de las conductas prohibidas está implícito el requisito, que no es suficiente por sí solo, de que la afectación a la integridad no persiga un propósito legítimo sino que obedezca a otros propósitos, que serían causar sufrimiento para el logro de determinados fines ilegítimos, en el caso de la tortura y del tratamiento cruel o inhumano, o causar humillación en el caso del tratamiento degradante.

En cuanto a los tipos de “tratos” la jurisprudencia se refiere a un “maltrato” que alcance un nivel mínimo de severidad y que implique un daño corporal real o sufrimiento físico o mental intenso. Cuando el trato humilla o denigra a un individuo demostrando una falta de respeto, o menoscabando su dignidad humana u ocasionando sentimientos de temor, angustia o inferioridad capaz de quebrar la resistencia física y moral de un individuo, puede ser caracterizado como degradante.

Ahora bien, en el presente caso, como se sostuvo *supra* los accionantes sostienen que “(...) los agraviantes han proferido la amenaza posible y ejecutable de impedir que a partir del 27 de mayo de 2007, RCTV no pueda continuar operando como estación de televisión abierta en VHF a nivel nacional, lo cual genera una inquietud y angustia en los trabajadores de la empresa RCTV al crearles una incertidumbre real sobre su futuro económico, profesional, familiar y personal, lo cual evidente y naturalmente genera graves y serios daños psíquicos y morales, así como sentimientos de temor, angustia razonable y justificados”.

En este sentido, para esta Sala, analizado a la luz de los elementos *supra* transcritos y con vista de las actuaciones y pruebas consignadas en el expediente, es claro que las referidas declaraciones no causaron en sí mismas una lesión real y efectiva de la integridad física de los accionantes, ya que no se deduce de los autos que las referidas declaraciones estuviesen encaminadas de forma deliberada a producir un sufrimiento en el personal que labora para la empresa Radio Caracas Televisión RCTV, C.A. (intencionalidad), ni causar un daño a éstos para el logro de determinados fines ilegítimos.

Así pues, se observa de las publicaciones consignadas contentivas de las declaraciones formuladas por los presuntos agraviantes, que las mismas van dirigidas a expresar su postura respecto a la situación jurídica sobre el vencimiento de la concesión para el funcionamiento como estación de televisión abierta en VHF de la empresa Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., atendiendo a la normativa que rige la materia, empresa para la cual laboran los trabajadores accionantes, lo cual forma parte del derecho a la libertad de opinar y libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión, en el marco de un sistema democrático plural. Es por ello que tales disertaciones, sobre el status de la concesión de la empresa Radio

Caracas Televisión RCTV, C.A. como manifestación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión no pueden ser consideradas como violatorias del derecho a la integridad psíquica y moral, ni podrían calificarse como un trato degradante individual o determinado en perjuicio de los accionantes, ni constituyen agresiones que incidan grave y directamente sobre la moral personal de los trabajadores.

Asimismo se observa, de acuerdo a lo expresado en el escrito, que los accionantes consideran que las reseñadas opiniones de los presuntos agraviantes respecto al cese de la concesión han generado incertidumbres, que crea en el ánimo de éstos la idea de una eventual pérdida de sus trabajos, de materializarse lo declarado, lo cual, en todo caso, vulneraría su derecho al trabajo (principio *iuri novit curia*). En este sentido, esta Sala estima que tal derecho se encuentra incólume debido a que la consecuencia del cese de una concesión sólo afecta el uso del espectro radioeléctrico por parte de la empresa; no obstante, ésta como sociedad mercantil, de concretarse tal escenario, no estaría impedida de seguir operando de acuerdo al objeto establecido en sus estatutos y se encontraría obligada a respetar la estabilidad de sus trabajadores, entendida ésta como parte del contenido del derecho al trabajo en su dimensión individual, dirigida al empleador sea éste público o, como el caso de autos, privado, que comprende el derecho a un determinado puesto de trabajo (si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación) y el derecho a la **continuidad o estabilidad** en el empleo. Asimismo el contenido de este derecho, en su vertiente colectiva, propugna la implementación por parte de los poderes públicos para que lleven a cabo políticas de pleno empleo e implementar las medidas tendientes a garantizar la permanencia de los trabajadores en sus puestos de trabajo, por lo que en el presente caso no se encuentra en riesgo, de producirse el escenario que los accionantes refieren, su estabilidad en el desempeño de sus funciones laborales, y así se declara.

En razón de lo expuesto, esta Sala estima que la acción de amparo resulta improcedente *in limine litis*, respecto a que se ordene al Presidente de la República, al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y al Ministro del Poder Popular para la Comunicación e Información “(...) *se abstengan de proferir insultos y amenazas que lesionen el derecho a la integridad personal psíquica y moral de los trabajadores*”, y así lo declara.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede por las siguientes razones:

(...)

2. En cuanto a la improcedencia, ésta se declara respecto de una pretensión diferente de la que se formuló. Así, aunque se denunció la violación al derecho a la integridad psíquica y moral:

2.1 Por una parte, se descartó la existencia de tortura o tratamientos inhumanos -cosa distinta-, para el arribo a la conclusión de que las declaraciones de las que derivarían aquellos daños no causaron lesión a la integridad física de los quejosos porque no hubo intencionalidad de causar sufrimiento, ausencia de intencionalidad que, en todo caso, relevaría de responsabilidad al supuesto agravante –según la tesis mayoritaria- pero no puede descartar el sufrimiento en sí, que es independiente de la finalidad de quien lo inflinge;

2.2 Por otra parte, en la motiva se silenciaron los alegatos de los actores que sí son recogidos en la narrativa, con relación a la emisión de insultos y calificativos peyorativos que, a juicio de quienes demandaron, constituyen un hecho lesivo, para centrarse, el veredicto, en

las declaraciones de la autoridad administrativa que se señaló como agravante en cuanto a *la situación jurídica sobre el vencimiento de la concesión*, las cuales, ciertamente, si a ello se limitasen, no constituirían agravio constitucional; por tanto, la decisión que recayó en relación con estos pronunciamientos no se corresponde con las denuncias de los demandantes, respecto de las cuales se absolvió la instancia;

2.3 A continuación, la mayoría dedujo de los argumentos de los quejosos la delación de violación a un derecho que ellos no invocaron –el derecho al trabajo–, para luego descartar este agravio, con la gravedad de que, para ello, se hacen consideraciones acerca de la relación de trabajo entre RCTV y sus empleados que constituyen adelanto de opinión sobre una controversia que podría presentarse en el futuro, pero respecto de la cual no se hizo planteamiento alguno en esta causa.

En todo caso, es importante que se tenga en cuenta que el principio *iura novit curia* que se invocó no da cobertura al desentrañamiento de las pretensiones de las partes, que, con frecuencia, hace la Sala para protección de éstas y no en su detrimento. Aquél principio supone que el juez conoce todo el Derecho y, concretamente, el que es aplicable a una causa determinada, lo cual releva de su prueba a los litigantes, pero nada tiene que ver, se insiste, con los poderes ampliados del juez constitucional para la cabal protección de los derechos y garantías constitucionales que le confió la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, y en virtud de que la pretensión de que se ordenase la abstención de los legitimados pasivos de “*proferir insultos y amenazas que lesionen el derecho a la integridad personal psíquica y moral de los trabajadores*” era, como reconoció el fallo que antecede, admisible y no era *prima facie* improcedente, ha debido ser abierta la causa a trámite para que se llevase a cabo el debate judicial que habría permitido la cabal emisión de una decisión de fondo a su respecto.

5. *Derechos Sociales y de las Familias. Protección de los niños y derechos de los jóvenes: Juicios por restitución de guarda*

**TSJ-SC (766)**

**27-4-2007**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Douglas Rafael Rodríguez Marval vs. Auto Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**Las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección del Niño y Adolescente son competentes para practicar la restitución de guarda, y así garantizar la ejecución de los fallos por ellos dictados en los juicios relacionados con la guarda de los niños o adolescentes.**

Ahora bien, tal pretensión procesal encuentra su asidero en el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que establece:

“Artículo 390. Retención del Niño. El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo cuya guarda haya sido atorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda, y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo, debiendo reintegrar todos los gastos que se haya hecho para obtener la restitución del niño o adolescente retenido”.

Con respecto a la norma transcrita esta Sala Constitucional ha dejado sentado que de la misma “...se desprende el deber en que se encuentra el funcionario de conminar judicialmen-

te al padre o la madre que haya sustraído o retenido indebidamente a un hijo, a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda. Sin embargo, no consagra un procedimiento especial para la restitución de la guarda, motivo que dio inicio al caso de autos, como tampoco pena o sanción alguna como consecuencia a la negativa de su cumplimiento”. (Sentencia número 2.779 del 12 de agosto de 2005, caso: *Claudia María Zambrano Castro*).

Asimismo, la doctrina del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente –Área Metropolitana de Caracas- respecto a esta disposición jurídica ha establecido lo siguiente:

“De la norma transcrita, se desprende que la intención del Legislador es que de producirse de parte del padre o de la madre, la sustracción del hijo de quien lo tiene bajo su guarda, o quien retenga indebidamente su entrega a este, debe ser conminado judicialmente a restituirlo al que lo tiene legalmente bajo custodia; de manera que la pretensión judicial está reservada al caso del progenitor no guardador que habiendo ejercido su derecho de visitas, no lo entrega oportunamente a su legítimo guardador, debiendo además pagar los daños causados al hijo y los gastos realizados para lograr esa restitución.

En este orden de ideas, conminar judicialmente significa que un juez pronuncie una sentencia en la que se le ordene al infractor entregar al hijo a su legítimo guardián, a pagar los daños ocasionados al menor y los gastos realizados para obtener su restitución; advirtiéndole que de no hacerlo así se le sancionará de acuerdo con la ley, por no obedecer la orden impartida por el Juez.

De modo que la norma citada contiene dos pretensiones: la primera es la restitución del niño o adolescente a quien lo tiene legalmente bajo su guarda, lo cual es un asunto referido estrictamente a la protección del niño o adolescente, pues se trata de que existe disconformidad sobre la permanencia del hijo al lado de uno de sus progenitores; y la segunda pretensión es de carácter pecuniario derivada de la retención, la cual comprende la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que la retención le pudiese ocasionar al niño o adolescente y el reintegro de los gastos en los cuales haya incurrido el guardador para lograr la restitución; pretensiones de carácter accesorio a la principal que es la restitución”. (Sentencia del 18 de abril de 2005, Exp. No. C-05-2373 por la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional).

Ahora bien, se ha dicho que este tipo de juicios no posee un procedimiento propio para su tramitación y, en este sentido, los jueces de instancia han aplicado el que han creído conveniente. Sin embargo, tal situación ha planteado serios inconvenientes en cuanto a la duración de los procesos y al tipo de actuaciones que se ordenan, cuando en realidad la naturaleza del caso supone que el trámite sea muy abreviado, vista la situación de conflicto en que se encuentra el niño o adolescente.

Considérese que ante una eventual retención el niño o adolescente es separado de su hogar y de su entorno, con las graves consecuencias que ello implica, pues se trata de una modificación de su status, de manera arbitraria, con las repercusiones que ello comporta, sobre todo con respecto a su jornada diaria, su colegio, sus compañeros, el arraigo a su espacio físico, sus hábitos dentro de su casa, lo que incluye hasta sus juguetes y mascota, si la tuviere.

Ello ha dado lugar a que esta misma Sala en un caso en que una Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente desconoció el trámite para el restablecimiento de una guarda, y acumuló una solicitud de guarda a una que tenía por objeto el restablecerla, señalara con preocupación lo siguiente:

“En primer término, estima este Máximo Tribunal que la acumulación de dos procedimientos incompatibles resulta un error grave, ya que la atribución de guarda y restitución de guarda, son excluyentes por su naturaleza y objetivo, porque la primera busca que se le otorgue la guarda del hijo a un solo progenitor y el segundo busca la entrega del hijo al padre que tenga el ejercicio de la guarda que hubiere sido previamente otorgada –legal o judicialmente–, con ocasión de la retención indebida que haga el otro padre. En el caso de autos, es evidente que la Juez Unipersonal N° 11 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, cuando ordenó la acumulación de las dos causas, incurrió en una seria inobservancia de las normas sustantivas y adjetivas que contiene la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y el Código de Procedimiento Civil.

En segundo lugar, observa esta Sala que el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece la obligación de entrega del niño que se retenga indebidamente, pero la norma no preceptúa un procedimiento para que se realice dicha entrega; simplemente señala que se conminará judicialmente a que se restituya el niño a la persona que ejerce la guarda. En el caso bajo examen, la Juez Unipersonal N° 11 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas dictó un auto en el que acordó la aplicación supletoria del procedimiento que dispone el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, para la resolución de la restitución de guarda, lo cual contradice e impide la consecución del fin del artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que es la entrega inmediata del hijo que hubiere retenido indebidamente por el padre que no ejerce la guarda.

Esta Sala hizo las consideraciones que preceden ya que ve con suma preocupación que una institución como la restitución de guarda, que es tan expedita (*vid.* artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), en el caso de autos tenga una tramitación de casi dos años. La materia de protección del niño y del adolescente, es intensamente delicada, porque en ella se debaten instituciones familiares, tales como en el caso de autos -la guarda-, en la cual los jueces deben tener un amplio conocimiento sobre el significado, contenido y procedimientos aplicables. En el futuro se deben evitar los graves errores en los que se incurrió en esta causa para que no ocurran dilaciones que entorpezcan la estabilidad y contraríen el interés superior de los niños que están involucrados en estos juicios”. (Sentencia número 2.609 del 17 de noviembre de 2004, caso: *Maoly García*).

Así las cosas, estima esta Sala conveniente determinar con precisión cuál es la actividad judicial que debe desplegarse, cuando se incoa una solicitud de restitución de guarda ante el juez competente. En este sentido, esta Sala considera adecuada la doctrina elaborada a este respecto por la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, en la sentencia antes referida. En efecto, se estableció cuanto sigue:

“...para dictar sentencia se deben cumplir determinados trámites procedimentales, que garanticen el ejercicio de los derechos de petición, por una parte, y de defensa por la otra; así como también las atribuciones para conocer y decidir.

El derecho a la defensa se asegura mediante la citación, de manera que el accionado pueda comparecer y exponer los alegatos que considere pertinentes con relación a la pretensión planteada; por otra parte, la comparecencia permitirá en interés del niño, garantizarle a éste su derecho de relacionarse con el progenitor de quien se está separando y determinar la periodicidad de los futuros encuentros con su hijo, para lo cual deberá garantizársele también su derecho a opinar.

Así tenemos que para que proceda la restitución debe tratarse de una restitución indebida, por lo que el accionante deberá acompañar con su solicitud la prueba de que es titular de la guarda, elemento este que no es suficiente para que el juez califique de indebida la retención del niño, es preciso escuchar los argumentos del accionado sobre los motivos que han dado lugar a mantener al niño a su lado y de ser necesario se abrirá una articulación probatoria para que el accionado demuestre que la retención no es indebida; en tal sentido es preciso destacar que el objeto de la prueba no es la titularidad de la guarda sino la protección del derecho del guardador legítimo del niño o adolescente, razón por la cual los medios probatorios deben ser pertinentes con la pretensión deducida a fin de que el juez pueda pronunciarse con conocimiento de causa sobre el carácter indebido o no de la retención.

Al respecto, observa esta Alzada que a los folios (...) corre inserto el Informe Integral relativo a las evaluaciones practicadas al grupo familiar UGARTE-MARCOS, por el Equipo Multidisciplinario del Área de Servicio Social de la División de Servicios Judiciales de la Región Capital de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, realizado a petición del Tribunal a-quo, el cual esta Corte desecha, en virtud de que el mismo no guarda relación con los hechos debatidos en el presente procedimiento de Restitución de Guarda; Y ASI SE DECLARA.

Es oportuno exhortar a los jueces de instancia, para que se abstengan de seguir realizando la práctica reiterada de solicitar este tipo de informes a los miembros del Equipo Multidisciplinario, todo en aras de evitar dilaciones en casos como el de autos, por cuanto este medio probatorio es impertinente a la pretensión deducida, pues la evacuación de esta prueba distrae la atención de los profesionales del Área de Servicio Social, en aquellos casos en que ésta sí resulta pertinente, es decir, para los casos en que se discuta la Modificación o Revisión de la Guarda y para la Fijación o Revisión del Régimen de Visitas.

En tal sentido, es importante dejar sentado que los supuestos para que proceda la Restitución de Guarda, son los siguientes:

- 1) Que se haya establecido judicialmente quien será el detentador de la guarda y;
- 2) Que se haya producido una retención indebida por el otro de los progenitores, que sin detentar la guarda y disfrutando del derecho de visitas, no haya devuelto al niño y/o adolescente al guardador.
- 3) Por tal razón, la prueba que resulta idónea no es la práctica de un Informe Integral al grupo familiar, por el contrario, lo pertinente es demostrar que tiene la guarda sobre el niño y/o adolescente, y que se ha producido una retención indebida...”.

Nótese que la Corte Superior sostiene que “de ser necesario” se abre la articulación, es decir, sólo si de los argumentos y elementos particulares del caso se desprende que es imperioso contar con un lapso de prueba para demostrar algún hecho, situación o circunstancia. Pero no necesariamente hay que hacerlo, de manera que, debe considerarse como excepcional el que se ordene la apertura de aquella, lo que, en todo caso, amerita -estima esta Sala- un auto motivado.

La tramitación de un proceso, como si se tratase de un juicio que tenga por objeto el establecimiento de la guarda, desvirtúa la esencia misma de la urgencia que aconseja una solicitud de restitución de guarda; pues la restitución de guarda es en sí una ejecución de la guarda ya establecida, bien sea a través de una sentencia que, por procedimiento previo, la haya determinado, o que ha sido convenida por quien o quienes ejerce la guarda, o por disponerlo así la Ley. Ello así, considera esta Sala que no fue la intención del legislador la tramitación de un proceso como tal, para la resolución de una solicitud de este tipo. Por eso, señaló también la Sala en la sentencia antes indicada, número 2.779 del 12 de agosto de 2005, para resolver el amparo, lo siguiente:

“En el caso sub lite, a los fines de pronunciarse sobre la apelación ejercida contra el fallo emitido por la Sala de Juicio N° 4 (...) el Juzgador de alzada aplicó el procedimiento contencioso previsto en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, y cuyo artículo 454 consagra las distintas etapas en que se desarrolla dicho procedimiento, lo cual contradice e impide la consecución del fin previsto en el artículo 390 *eiusdem*, cual es la entrega inmediata del hijo que hubiere sido retenido indebidamente por aquel padre que no ejerce la guarda.

Manifestó la accionante, seguida de la representación del Ministerio Público, la evidente confusión en que incurrió el Juzgado de alzada al considerar la existencia de una acción de distinta naturaleza a la restitución del niño, como la demanda por guarda que sí tiene un procedimiento establecido, pues de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 390, la acción concluía con la restitución de guarda.

En el caso de autos, verifica la Sala que una vez ejercida la restitución de guarda del niño (...) y revisadas las actuaciones, el juzgado de la causa ordenó su entrega inmediata a la ciudadana Claudia María Zambrano Castro, hoy accionante en amparo y progenitora del mismo, decisión contra la cual el ciudadano (...) interpuso recurso ordinario de apelación, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Superior Sexto Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, con sede en San Cristóbal.

A criterio de esta Sala, si bien no consagra la Ley Especial en la materia un procedimiento exclusivo aplicable a la solicitud de restitución, debe dicha Institución concluir con el cumplimiento del mencionado fallo; es decir, con la entrega inmediata del niño a su madre en esta ocasión, lo cual constituye su fin primordial, lógicamente, una vez que la misma haya sido declarada, como evidentemente ocurrió en el caso objeto de estudio”.

Valga destacar, por otra parte, que la Juez señalada como agravante indicó en la actuación impugnada “Cuando los progenitores tienen residencias separadas, la guarda y custodia de los hijos da lugar a debates judiciales, tales como: 1) Privación de guarda que, está dirigida a obtener un cambio en la titularidad de la tenencia de los hijos. 2) La modificación de la guarda, aquí se discute judicialmente alguno de los atributos de ésta (ejemplo: educación, la vigilancia o disciplina, etc.) sin pretender la privación de la guarda. 3) La restitución del niño, donde se busca que el legítimo guardador logre que se le entregue su hijo cuando el otro cónyuge o tercero (sic) lo haya retenido indebidamente”.

Ahora bien, en relación con este último particular, expresa la juez supuestamente agravante que “...la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, no estableció el procedimiento a seguir con relación a la restitución, sólo nos señala el contenido de los artículos 380 antes mencionado y el 272 que nos reza: Sustracción y retención de niños o adolescentes Quien sustraiga a un niño o adolescente del poder de quien lo tenga por virtud de la Ley u orden de la autoridad, será penado con prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurre quien retenga indebidamente a un niño o adolescente. El culpable deberá sufragar los gastos de envío del niño y del adolescente a su lugar de procedencia. Quedando al criterio personal de cada juez las formas procesales a seguirse: 1) unos se han limitado a examinar los recaudos que acompañan la solicitud y han procedido a decretar la restitución del niño al solicitante sin más trámite; 2) otros se han detenido a revisar atentamente el caso, y de acuerdo con las circunstancias y los hechos narrados, han procedido a citar el supuesto retenedor del niño antes de pronunciarse sobre la petición, y 3) otros jueces siempre citan al que se encuentra incurso en la supuesta retención indebida; por todo lo que considera la que suscribe que la restitución es un procedimiento de inmediato cumplimiento, una vez admitida la solicitud y citada la parte involucrada, ésta deberá comparecer ante el Tribunal acompañada del niño, niña o adolescente, a los fines de que sea restituido inmediatamente los niños a

sus padres, tal como lo establece el artículo 390 *ejusdem*, ‘...debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda...’, todo ello en virtud de que existe sanción al respecto, establecida en el artículo 272 *ejusdem*”.

Considera esta Sala que la opinión de la juez es acertada y que, por tanto, su proceder estuvo ajustado a derecho y, en este sentido, valga señalar, siguiendo la doctrina expuesta de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente que, ante solicitudes de restitución de guarda, solo si es necesario, el juez debe ordenar la apertura de una articulación probatoria innominada conforme a lo dispuesto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y no distraer el proceso con la realización de exámenes, informes o pruebas que terminen demorando el trámite y desvirtuando lo preceptuado en el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. No obstante, considera la Sala que no es posible prescindir de la citación previa del accionado, para que pueda ser oído, con el fin de que se respete su derecho a la defensa, e incluso del niño o adolescente en atención a lo dispuesto en el artículo 80 de la referida ley, considerando que su grado de madurez así lo permita. Pero ello no debe desconocer el carácter de urgencia que reviste esta solicitud, por lo que no es posible prolongar la tramitación del asunto con fundamento en la dificultad que exista en hacer efectiva la citación, en tales casos el juez, como director del proceso, debe servirse de todos los medios posibles para lograr decretar cuantas medidas sean necesarias. Así se establece.

Otro aspecto a dilucidar, y que ha sido en realidad el que motivó el ejercicio de esta acción de amparo constitucional, es el referido a la ejecución de la sentencia que ordena la restitución.

En este sentido debe destacarse que no existe en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente una regulación para hacer efectivo el cumplimiento de un fallo de restitución de guarda, puesto que la ley sólo se limita a señalar en el artículo 272: “Sustracción y Retención de Niños o Adolescentes. Quien sustraiga a un niño o adolescente del poder de quien lo tenga por virtud de la Ley u orden de la autoridad, será penado con prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurre quien retenga indebidamente a un niño o adolescente (...)”.

La ausencia en dicha Ley de una fórmula reglamentada para lograr la materialización de la orden de restitución de guarda, ha propiciado una disparidad de criterios entre los juzgados de protección del niño y del adolescente, que concluyen en procesos dispares, nada pacíficos entre los involucrados, incluyendo al niño o adolescente objeto de la medida, pues, la forma como se realiza su ejecución ha creado serios inconvenientes con el correspondiente perjuicio emocional que ello comporta a éstos, ya que en ocasiones resulta traumática la manera en que se despoja al no guardador del niño o adolescente, lo que resulta contrario a lo preceptuado en el artículo 78 constitucional.

La situación planteada obliga a la Sala a definir un sistema, con fundamento en una interpretación coordinada de diversos textos normativos, para garantizar la restitución de la guarda como ejecución de las sentencias que la declaran, es decir, que haga posible la restitución cierta del niño o adolescente, con estricta sujeción al principio del interés superior del niño, es decir, sin que con ello se le cause un perjuicio o gravamen irreparable a sus derechos y garantías, todo de conformidad con los principios que inspiran la Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 34.541 del 29 de agosto de 1990 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; además de garantizar la eficacia de la orden del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, para que efectivamente se cumpla el fallo.

En tal sentido, debe destacarse que el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, antes referido establece claramente que el juez debe conminar al padre o a la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo cuya guarda haya sido atorgada al otro o a un tercero. La cuestión sin embargo está en establecer cómo o en qué consiste la actuación del juez tendiente a conminar al padre o madre que sustrajo o retuvo indebidamente al hijo, esto es, cuál es el contenido de esa actuación.

Ciertamente, el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil establece que “La ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia”. Sin embargo, con posterioridad a la vigencia de esta disposición, en nuestro ordenamiento jurídico se crearon unos órganos judiciales –antes entes administrativos- especializados en la ejecución de providencias cautelares o definitivas de forma concentrada y específica, tales son los Juzgados de Municipio Ejecutores de Medidas, que se encuentran regulados en el artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo contenido se dispone: “Los jueces de municipio actuarán como jueces unipersonales. Los juzgados de municipio serán ordinarios y especializados en ejecución de medidas. Los juzgados ordinarios tienen competencia para: (...omissis...) Los juzgados especializados en ejecución de medidas tienen competencia para cumplir las comisiones que le sean dadas por los tribunales de la República, de acuerdo con la ley”.

Ahora bien, debe anotarse que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, dictó resolución el 4 de agosto de 2000, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, número 37.036 del 14 de septiembre de 2000, por la que expresamente atribuyó a estos órganos competencia para ejecutar decisiones en materia de niños y adolescentes; a saber: “Resolución por la cual se asigna a los Jueces de Municipio ejecutores de medidas, la ejecución de las medidas cautelares o definitivas decretadas por los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente”, instrumento normativo éste que además establece una serie de atribuciones especiales en esta materia especial.

No obstante esta normativa, debe señalar la Sala que, ante casos de restitución de guarda de niños y o adolescentes, fue y aún es una práctica de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, así como otrora fuera de los Juzgados de Familia, incluso de esta misma Sala, ordenar la entrega de los niños con una comisión especial de un órgano de policía.

Empero, observa la Sala que, la naturaleza de la orden a ejecutar, consistente en la separación forzada del niño o adolescente, bien a través del órgano de policía o por medio de un Juez Ejecutor de Medidas, de quien lo tiene consigo, esto es, del padre o la madre, con quien naturalmente mantiene una relación afectiva, no es adecuada para la estabilidad emocional del niño.

La experiencia permite establecer de manera inequívoca que los niños manejan una definición muy restringida del funcionario policial; de hecho, lo perciben con una connotación simplemente represiva; además, no hay que olvidar que para el niño se trata de una persona extraña, absolutamente desconocida, cuya función es constreñirlo para irse de manera obligada de las manos de uno de sus progenitores, similar situación ocurre con los jueces especializados en la ejecución de medida, aunque con éstos funcionarios –a juicio de la Sala- la medida puede resultar menos gravosa para el niño.

Colocar entonces al niño a que se refiere la restitución de guarda en semejante situación podría dificultar su percepción sobre el problema que le afecta. De allí que la comprensión del conflicto, el análisis del asunto desde el aspecto donde más incide, esto es, desde el respeto de los derechos de los niños y o adolescente y desde la satisfacción del principio del interés superior de los niños y adolescente que prescribe la antes referida Convención y la Constitución, exige que órdenes de tanta complejidad como la que implica una restitución del

niño, sean ejecutadas por los mismos órganos especiales de la jurisdicción de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; y si bien en el caso de los Tribunales Ejecutores de Medidas su competencia es la de ejecución de fallos judiciales, lo cierto es que ordinariamente las ejecuciones que practican los jueces ejecutores de medidas tienen un sustrato patrimonial, que se aleja mucho de los principios y directrices que rigen las instituciones familiares.

En efecto, estima la Sala que una orden de esta trascendencia amerita de un juez especializado en instituciones familiares, de allí que, considera la Sala que lo aconsejable es humanizar el sistema de ejecución de este tipo de fallos, para lograr la efectiva materialización del fallo sin afectar la condición psicológica de los niños y de los parientes involucrados.

Para tal fin, considera esta Sala que, conforme a los principios constitucionales del interés superior del niño y de su protección integral, así como de acuerdo con los principios procesales de competencia y de independencia, lo conveniente es que los mismos Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, practiquen este tipo de decisiones, que ordenan una restitución, o cualesquiera otra de la misma índole, con el auxilio, preferiblemente con la ayuda de los auxiliares de justicia especializados que considere pertinente o de los órganos del sistema de protección del niño y del adolescente previstos en el artículo 119 de la Ley Orgánica para la Protección del niño y del Adolescente que estime pertinente, de acuerdo con las circunstancias del caso, y también con la presencia del guardador reclamante, a menos que las circunstancias del caso no lo hagan conveniente.

Estima la Sala que los jueces y demás órganos del sistema de protección del niño y del adolescente se encuentran formados en la doctrina de la protección integral del niño y o adolescente y, por tanto, son los funcionarios más aptos e idóneos para el cumplimiento de la restitución de la guarda, producto de un fallo que la ordene. Y dentro de éstos, considera la Sala que específicamente y en principio, debe ser el mismo juez de la causa, esto es, la Sala de Juicio que ha dado la orden de restitución, la que practique dicha ejecución, siempre que las circunstancias territoriales lo permitan.

#### 6. *Derechos Políticos*

##### A. *Derecho a la participación*

**TSJ-SC (919)**

**16-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Friedrich Wilhelm Siegel vs. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, con respecto al derecho constitucional de participación establecido en el artículo 62 de la Constitución de la República, se observa que el mismo reza:

*...omissis...*

En este sentido, la Sala estima que el hecho que sus propuestas no hayan sido tomadas formalmente en cuenta por los organismos accionados no configura la inconstitucionalidad de los actos u omisiones denunciados, puesto que, dentro de los debidos criterios de administración de oportunidad y conveniencia que rigen la función pública, los organismos tampoco deben ceñir su actividad a las propuestas que reciben, ni siquiera someter tales propuestas a un simple examen.

El balance de los principios que rigen la gestión gubernativa corresponde debidamente a la Administración Pública, y el Supremo Tribunal en Sala Constitucional, a través de la acción de amparo constitucional, controla las actuaciones u omisiones que de manera flagrante

transgredan este delicado balance, cuando se incurre en la infracción de normas constitucionales. En el presente caso, no se observa que se haya denegado al accionante la posibilidad de participar en la gestión pública, por lo que del detallado examen del expediente, puede esta Sala inferir que las apreciaciones del accionante a este particular son incorrectas. Por lo tanto, la presente acción de amparo constitucional resulta evidentemente improcedente, *in limine litis*, y así se decide”. (Vid. En igual sentido, sentencia de esta Sala N° 2109/2002).

En este sentido, se aprecia que lo pretendido por el accionante no constituye objeto de violación de derecho constitucional alguno, ya que la escogencia del Poder Ejecutivo de una determinada medida gubernamental, salvo que ésta se haga en franco menoscabo a lo establecido en el ordenamiento jurídico o resulten menoscabados los derechos constitucionales de los ciudadanos por su asunción o ejecución, no puede ser objeto de control por parte de esta Sala como mecanismo para verificar su eficacia y eficiencia.

En el mismo orden de ideas, debe citarse sentencia de esta Sala N° 23/2003, caso: “*Harry Gutiérrez Benavides*”, en la cual se expuso:

“Por ello, esta Sala ha insistido en que no podría, con ocasión de resolver una solicitud de interpretación, y sin desconocer la estructura político-organizativa erigida en la Constitución, so pretexto de velar por su eficacia y eficiencia, incluso en la realización de la Constitución, suplir las potestades de los órganos del Poder Público u ordenar la manera en que éstos se desempeñen en el ejercicio de sus actividades propias, pues, se insiste, a todos ellos cabe actuar según sus competencias y conforme al principio de legalidad, salvo la existencia de omisiones constitucionales.

En consecuencia, esta Sala evitará, salvo gravísimas dudas, pronunciarse sobre acciones a ser ejecutadas, programas a ser encaminados, políticas a ser establecidas o, en fin, sobre la manera de ejercer sus funciones otros órganos; lo político judicial, administrativo, legislativo o electoral, en el sentido de determinar los campos en que se mueve la realidad social donde deben prestarse sus servicios, o el modo más acorde con el bienestar social, sólo corresponde dictarlos a los entes que ejercen las estrictas funciones anotadas, sin que esta Sala ex ante le señale la mejor forma de hacerlo, salvo atribución expresa en ese sentido, pues, si bien la Sala se encuentra en la cúspide de los órganos judiciales que refieren sus funciones a la Constitución, su labor consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, cumplan con sus objetivos y tomen las decisiones pertinentes a la consecución de los mismos, y, una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar en grado, conforme a la competencia que la Constitución le atribuye, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental”. (Negrillas de esta Sala).

a. *Referendo Consultivo*

**TSJ- SC (919)**

**16-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Friedrich Wilhelm Siegel vs. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, el accionante solicita a esta Sala que se ordene al Presidente de la República que proponga un referendo sobre “(...) la continuación del proyecto ‘Socialismo del Siglo XXI’, propuesto por el actual Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, o, si prefiere la implementación del innovador proyecto del ‘Estado de Naciones Latinoamericanas de Participación Social con Responsabilidad Compartida’”.

En este sentido, se aprecia que en sentencia N° 1372/2006, esta Sala se pronunció sobre la potestad discrecional que posee el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela respecto a la posibilidad de ordenar la convocatoria de referendo, al efecto se dispuso lo siguiente:

“Al no estar el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela en la obligación constitucional de someter a referéndum consultivo las materias de especial trascendencia nacional, ya que es potestativo no sólo del Presidente de la República en Consejo de Ministros, sino de la Asamblea Nacional, de conformidad con el propio texto del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

‘(...) Artículo 71. Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten (...)’ (Resaltado de la Sala).

De una simple lectura del artículo parcialmente transcrito, se evidencia que no sólo es opcional del Presidente de la República en Consejo de Ministros convocar a un referendo consultivo, sino que los particulares pueden mediante la solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral, convocar un referendo consultivo a tal fin”.

En atención a lo expuesto, se observa que el Tribunal Supremo de Justicia, sólo podría ordenar la realización de un referendo en el supuesto de que resulte vulnerado por el Consejo Nacional Electoral la solicitud realizada por un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Ahora bien, la constatación de dichos requisitos corresponde, en todo caso, al Consejo Nacional Electoral, el cual junto con los ciudadanos y órganos mencionados son los principales operadores de la norma en cuestión, siendo el referido órgano competente además para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos a los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que esta Sala Constitucional no se detendrá en el análisis de los mismos, el cual corresponde al Máximo Órgano del Poder Electoral (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 2.926 del 20 de noviembre de 2002, caso: *José Venancio Alborno Urbano*) y cuyo control jurisdiccional está atribuido a este Tribunal Supremo de Justicia.

En consecuencia, esta Sala considera que la presente acción carece de los presupuestos de procedencia del amparo, motivo por el cual, por razones de economía y celeridad procesal, dado que sería inoficioso el trámite del presente amparo por ser evidente que no prosperará la pretensión en la definitiva, resulta forzoso para esta Sala declarar improcedente *in limine litis* la acción de amparo interpuesta. Así se decide.

*Voto Concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz concurre con la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

La sentencia de la que se discrepa declaró la improcedencia *in limine* de la pretensión de autos para lo cual incurrió, a juicio de quien discrepa, en una contradicción.

En efecto, a pesar de que se admitió la demanda por cuanto no entra dentro de ninguno de los supuestos legales de inadmisibilidad y porque “cumple con todos los requisitos contenidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.” Sin embargo, para la decisión de fondo, razonó así:

“No obstante lo anterior, se advierte que constituye una carga procesal para el accionante indicar de una manera específica el hecho o hechos objetos de agravio constitucional y no limitarse a denunciar unos supuestos genéricos que hacen imposible la labor del juez constitucional, así pues, debe el quejoso en la medida de lo posible fundamentar su pretensión mediante una relación detallada de los hechos promoviendo los medios probatorios que sean disponibles que conlleven al juez a proceder a un examen y verificación de los argumentos de hecho con los de derecho.

Ello así, se aprecia que en el presente caso el accionante se limita a denunciar la violación del derecho de autor sin aclarar en específico cuáles han sido los presuntos métodos, ideas y proyectos del macroproyecto ELPAS, que fueron supuestamente objeto de copia y por ende de violación por parte del referido funcionario.

(...) llama poderosamente la atención que el accionante argumente la presunta violación de una manera imprecisa...”

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales reza:

“Artículo 18.- En la solicitud de amparo se deberá expresar:

- 1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido;
- 2) Residencia, lugar y domicilio, tanto del agraviado como del agravante;
- 3) Suficiente señalamiento e identificación del agravante, si fuere posible, e indicación de la circunstancia de localización;
- 4) Señalamiento del derecho o de las garantías constitucionales violados o amenazados de violación;
- 5) Descripción narrativa del hecho, acto, omisión y demás circunstancias que motiven la solicitud de amparo;
- 6) Y, cualquiera explicación complementaria relacionada con la situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional.

En caso de instancia verbal, se exigirán, en lo posible, los mismos requisitos.” (Subrayado añadido).

De la simple lectura de la norma, en contraste con los razonamientos de la decisión mayoritaria, se concluye que la Sala ha debido, según sus mismos argumentos, ejercer, forzosa-mente, el mecanismo del despacho saneador a que tenía derecho el demandante, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyos extremos, sin embargo, se habían declarado satisfechos, tal como se reseñó.

Ahora bien, en criterio del salvante, la demanda de autos es suficientemente precisa en cuanto a lo que se pretende, de modo que, efectivamente, no es inadmisibile.

Sin embargo, el motivo fundante de la improcedencia es que, si se observa el petitorio, es claro que éste no puede ser satisfecho, porque no se puede obligar al Presidente a que ejerza su potestad de convocatoria a referéndum, tal como, acertadamente, se razonó en el

fallo que antecede. Así desde la perspectiva del petitorio, se comprende con claridad que el agravio cuyo reestablecimiento se pretende es la falta u omisión de dicha convocatoria por parte del supuesto agravante, conducta que no es en forma alguna inconstitucional –ya que es potestativa del Presidente de la República- y, por tanto, no puede ser agravante de los derechos del quejoso.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGANICO DEL ESTADO

#### 1. Régimen del Poder Público Nacional

##### A. Competencias del Poder Nacional: Legislación sobre asuntos de la competencia nacional (órganos del Poder Nacional y derechos y garantías constitucionales)

**TSJ-SC (950)**

**23-5-2007**

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Impugnación de los artículos 25 y 43 al 58 de la Ley sobre el Régimen para la comparecencia de Funcionarios Públicos y Funcionarias Públicas y los o las Particulares ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus comisiones.

**El funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado es materia reservada al legislador nacional. De igual manera, el establecimiento de las penas como el procedimiento para la aplicación de las mismas, deben estar previstas en una ley nacional.**

El presente recurso se fundamenta en que la ley impugnada obliga, con amenaza de sanciones que incluyen la privación de libertad, a funcionarios públicos, incluso de nivel nacional -como los Fiscales Superiores del Ministerio Público- a comparecer ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus comisiones en el curso de las investigaciones que se lleven a cabo.

En criterio del demandante, ello es inconstitucional porque: a) los consejos legislativos estatales sólo pueden exigir la comparecencia de funcionarios estatales o de funcionarios de la Administración Pública Nacional que sean encargados de “delegaciones regionales”; b) la tipificación de delitos y el establecimiento de procedimientos de naturaleza penal es de la reserva legal del Poder Nacional.

En primer término, pasa esta Sala a pronunciarse en torno al argumento según el cual la ley impugnada viola el artículo 156 de la Constitución, cuando establece que distintos funcionarios de nivel nacional -como los Fiscales Superiores del Ministerio Público- deben comparecer ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus comisiones con ocasión de las investigaciones que se lleven a cabo.

Al respecto, aprecia la Sala que la referida disposición constitucional establece lo siguiente:

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

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales ...*omissis*... 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” (Negrillas de la Sala).

Como puede apreciarse de la disposición transcrita, el constituyente estableció en forma clara que el funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado es materia reservada al legislador nacional.

En este sentido, aprecia la Sala que el artículo 25 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos o Funcionarias Públicas y los o las Particulares ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus Comisiones, dictada por el Consejo Legislativo de ese Estado (objeto de impugnación), prevé la citación -para la comparecencia ante el Consejo Legislativo- de funcionarios de la Administración Pública Nacional, lo cual incide en el funcionamiento de esta Administración Pública Nacional.

En efecto, puede apreciarse que el artículo impugnado dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 25. La citación para la comparecencia del Defensor o Defensora del Pueblo, Fiscal o Fiscala Superior del Ministerio Público, Contralor o Contralora General del Estado, Procurador o Procuradora General del Estado, Secretario o Secretaria General de Gobierno, Directores o Directoras Ejecutivo, Directores del Consejo Nacional Electoral Dirección Lara, Tesorero o Tesorera General del Estado y representantes del Poder Judicial en el Estado Lara, se hará del conocimiento previo de la Junta Directiva del Consejo Legislativo del Estado Lara.

Parágrafo Único: La comparecencia ante alguna Comisión de los funcionarios señalados en el presente artículo, deberá ser acordada por la mayoría de los integrantes de la respectiva Comisión (Negrillas de la Sala).

Así, de la transcripción realizada, puede constatar la Sala que la norma impugnada (ley estatal), viola el artículo 156.32 de la Constitución, por cuanto se establece que el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o Fiscala Superior del Ministerio Público, los Directores del Consejo Nacional Electoral Dirección Lara y los representantes del Poder Judicial en el Estado Lara, pueden ser citados para comparecer ante el Consejo Legislativo de ese Estado, situación que -como se expuso- se encuentra reservada al legislador nacional.

En virtud de las anteriores consideraciones, debe esta Sala anular parcialmente el artículo 25 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos o Funcionarias Públicas y los o las Particulares ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus Comisiones dictada por el Consejo Legislativo de ese Estado, por violar el 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al cual deberán suprimirse las menciones que realiza en torno al Defensor o Defensora del Pueblo, al Fiscal o Fiscala Superior del Ministerio Público, a los Directores del Consejo Nacional Electoral Dirección Lara y a los representantes del Poder Judicial en el Estado Lara.

En consecuencia, el artículo en cuestión deberá tener la siguiente redacción:

Artículo 25. La citación para la comparecencia del Contralor o Contralora General del Estado, Procurador o Procuradora General del Estado, Secretario o Secretaria General de Gobierno, Directores o Directoras Ejecutivo y Tesorero o Tesorera General del Estado, se hará del conocimiento previo de la Junta Directiva del Consejo Legislativo del Estado Lara.

Parágrafo Único: La comparecencia ante alguna Comisión de los funcionarios señalados en el presente artículo, deberá ser acordada por la mayoría de los integrantes de la respectiva Comisión.

Por otra parte, debe indicar la Sala que la Asamblea Nacional dictó la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados (*Gaceta Oficial* N° 37.282 del 13 de septiembre de 2001), la cual incide sobre el funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional al prever el deber de comparecencia de los funcionarios públicos ante los Consejos Legislativos y establecer cuales funcionarios deben comparecer ante esos órganos legislativos.

A este respecto, indica el mencionado texto legislativo (Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados) que los funcionarios públicos obligados a comparecer antes los Consejos Legislativos son los estatales y los “funcionarios responsables de las delegaciones regionales de los organismos de la Administración Pública Nacional”, al indicar lo siguiente:

Artículo. 42. Los Consejos Legislativos de los Estados o sus comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento Interior y de Debates.

Todos los funcionarios o funcionarias públicos estatales están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezca la ley, a comparecer ante el respectivo Consejo Legislativo o sus comisiones y a suministrarle las informaciones y documentos que requirieran para el cumplimiento de sus funciones. a obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 43. A los efectos de las investigaciones que se adelanten, los funcionarios responsables de las delegaciones regionales de los organismos de la Administración Pública Nacional, están obligados en las materias de su competencia, a comparecer cuando le sea requerido por los Consejos Legislativos de los Estados. (Negrillas de la Sala).

Siendo así lo expuesto, debe esta Sala advertir que la nulidad del artículo 25 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos o Funcionarias Públicas y los o las Particulares ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus Comisiones dictada por el Consejo Legislativo de ese Estado es sin menoscabo de lo previsto en los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, según los cuales los “funcionarios responsables de las delegaciones regionales de los organismos de la Administración Pública Nacional”, deben comparecer ante los Consejos Legislativos de los Estados.

Por otra parte, pasa esta Sala a pronunciarse en torno al alegato del recurrente según el cual el Consejo Legislativo del Estado Lara usurpó funciones del Poder Legislativo Nacional al haber creado penas privativas de libertad así como procedimientos para su aplicación; ello con evidente violación -según el recurrente- al principio de legalidad de las penas y del establecimiento de procesos judiciales.

Al respecto, el artículo 43 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos o Funcionarias Públicas y los o las Particulares ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus Comisiones dictada por el Consejo Legislativo de ese Estado (impugnado) dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 43. Todo funcionario público o funcionaria pública o particular, que siendo citado a comparecer ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o a sus Comisiones, no asista o se excuse sin motivo justificado, será sancionado por contumacia, con multa comprendida entre treinta unidades tributarias (30 U.T.) y sesenta unidades tributarias (60 U.T.), o arresto proporcional, por multa no satisfecha, a razón de un (1) día de arresto por unidad tributaria. (Negrillas de la Sala).

Así, de la transcripción realizada puede apreciarse que efectivamente el referido artículo, crea una pena privativa de libertad al disponer que la no comparecencia al Consejo Legislativo, o la excusa sin motivo justificado, será sancionado con “arresto proporcional, por multa no satisfecha, a razón de un (1) día de arresto por unidad tributaria”.

Asimismo, constata la Sala que los artículos 49 y 58 *eiusdem* contienen regulaciones procedimentales relativas al enjuiciamiento por la pena prevista en el artículo 43 referido *supra*, estableciendo al respecto lo siguiente:

Artículo 49. El enjuiciamiento por contumacia a la comparecencia ante el Consejo Legislativo o sus comisiones, sólo tendrá lugar mediante requerimiento del Consejo Legislativo del Estado Lara o sus comisiones al representante del Ministerio Público, para que promueva lo conducente.

Artículo 58. En el caso de que el multado no cumpliera con la obligación de pago de la multa, el Presidente o Presidenta del Consejo Legislativo del Estado Lara notificará al Ministerio Público y le enviará todos los recaudos relacionados con el caso, a fin de que se proceda a la aplicación de la pena de arresto proporcional mencionada en el Título III de la presente Ley.

Al respecto, dispone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus artículos 49.6 y 156.32 lo siguiente:

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

...omissis...

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

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...

Por su parte, el artículo 1 del Código Penal señala que:

Artículo 1. Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente.

Aprueba esta Sala que de conformidad con las disposiciones antes transcritas, tanto el establecimiento de las penas como el procedimiento para la aplicación de las mismas, deben estar previstas en una ley nacional; es decir sobre estas materias existe una reserva legal nacional.

Así, tal y como lo ha establecido esta Sala Constitucional en su sentencia N° 1394 del 7 de agosto de 2001, el establecimiento de las penas es “una materia que corresponde de manera exclusiva y excluyente al Poder Legislativo Nacional” ya que “es la ley la que puede definir el delito o falta sin que pueda señalar infracciones genéricas”.

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

Este principio de la legalidad en materia penal ha sido explicado por este Tribunal Supremo de Justicia, que al respecto ha señalado lo siguiente:

“(…) la norma constitucional cuya violación se alega, consagra como materia de reserva legal la determinación de las faltas o delitos que puedan acarrear penas o sanciones de privación de libertad por incumplimiento de obligaciones.

Ha querido nuestro constituyente lograr de esta manera que la materia relativa a la libertad personal sea regulada a través de la forma más rigurosa posible, para salvaguardar así uno de los valores capitales del individuo dentro del Estado de Derecho. Por ello exige la estructuración de un sistema en el cual se fije sólo a través de la ley formal tanto las obligaciones cuyo incumplimiento pueda ocasionar sanciones de esa naturaleza, como la definición y alcance

preciso de la sanción misma, para contribuir así a reducir al máximo la arbitrariedad de los agentes públicos” (Sentencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia del 24 de enero de 1988).

Por su parte, el autor Alberto Arteaga Sánchez, en su obra *Derecho Penal Venezolano* (Novena Edición, Editorial McGraw Hill, 2001) al referirse al principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* ha establecido que el delito debe estar:

“...expresamente previsto en una ley formal, previa, descrito con contornos precisos, de manera de garantizar la seguridad del ciudadano...este principio va mucho más allá de la exigencia de una ley formal previa que establezca las conductas delictivas y sus penas, para exigir la certeza o precisión de la ley penal, lo cual supone la determinación de los tipos penales, la reducción al mínimo de su contenido de elementos genéricos, equívocos, o librados a la libre apreciación del juzgador”.

En virtud de las consideraciones expuestas, debe esta Sala anular parcialmente el artículo 43 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos o Funcionarias Públicas y los o las Particulares ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus Comisiones dictada por el Consejo Legislativo de ese Estado, en lo que se refiere al señalamiento según el cual la no comparecencia al Consejo Legislativo sería sancionada con “arresto proporcional, por multa no satisfecha, a razón de un (1) día de arresto por unidad tributaria”; y anular en su totalidad los artículos 49 y 58 *eiusdem* objetos de impugnación. Así se decide.

Así, el referido artículo 43 -anulado parcialmente- deberá tener la siguiente redacción:

Artículo 43. Todo funcionario público o funcionaria pública o particular, que siendo citado a comparecer ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o a sus Comisiones, no asista o se excuse sin motivo justificado, será sancionado por contumacia, con multa comprendida entre treinta unidades tributarias (30 U.T.) y sesenta unidades tributarias (60 U.T.).

B. *El Poder Ejecutivo*

a. *Administración Pública Nacional*

a'. *Procuraduría General de la República. Notificación: Prerrogativas jurisdiccionales*

**TSJ-SPA (0542)**

**18-4-2007**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Jesús Ángel Prieto y Socorro Del Carmen Chirinos de Prieto vs. Sociedad Mercantil Compañía Anónima Energía Eléctrica de la Costa Oriental del Lago (Enelco).

**El deber de notificación del Procurador General de la República, actualmente recogido en el artículo 94 de la Ley que rige las funciones del mencionado órgano, representa una formalidad esencial en el juicio y constituye la expresión de las prerrogativas jurisdiccionales del Estado, que no sólo se circunscribe a los intereses patrimoniales directos de la República, sino que debe hacerse extensiva a los entes descentralizados funcionalmente**

Siendo la oportunidad para pronunciarse sobre el fondo de esta controversia, la Sala observa:

La presente demanda se interpuso contra la sociedad mercantil Energía Eléctrica de la Costa Oriental del Lago (ENELCO), empresa en la cual el Estado tiene participación decisiva, formando parte de la Administración Pública Descentralizada, por lo que al estar involucrados intereses patrimoniales de la Nación, resultaba necesario, como formalidad esencial, la notificación de la Procuradora General de la República, como en efecto lo señaló el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, mediante sentencia de fecha 17 de diciembre de 2001.

Ciertamente, el deber de notificación del Procurador General de la República, actualmente recogido en el artículo 94 de la Ley que rige las funciones del mencionado órgano, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.554 de fecha 13 de noviembre de 2001, representa una formalidad esencial en el juicio y constituye la expresión de las prerrogativas jurisdiccionales del Estado, que no sólo se circunscribe a los intereses patrimoniales directos de la República, sino que debe hacerse extensiva a los entes descentralizados funcionalmente. Al respecto, este Máximo Tribunal sostuvo reiteradamente el criterio conforme al cual la referida disposición legal, recogía la intención del legislador de proteger el interés general que al Estado corresponde tutelar, garantizando la actuación de la República en los procesos que involucran directa o indirectamente su patrimonio.

Ahora bien, de la revisión de las actas procesales que conforman el expediente se evidencia que si bien es cierto el juzgado antes mencionado, mediante la referida sentencia, ordenó reponer la causa al estado de practicar la notificación del Procurador General de la República, de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la ley que regía para el momento de la interposición de la demanda las funciones del mencionado órgano, no es menos cierto que una vez aceptada la competencia por esta Sala para conocer de la presente causa, se acordó no sólo validar las actuaciones realizadas ante el juzgado remitente, sino que también se ordenó fijar la oportunidad para la celebración del acto de informes, sin que mediara la notificación de las partes, ni de la Procuraduría General de la República del contenido de la referida decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

b'. *Fuerza Armada Nacional: Régimen laboral*

**TSJ-SPA (0607)**

**25-4-2007**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Víctor Antonio Palomino Nogales vs. Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas Nacionales.

**El Estado ha consagrado en las leyes aplicables a los militares, un régimen laboral distinto al resto de los trabajadores de la Administración Pública, tomando en cuenta las funciones que cumple la Fuerza Armada Nacional, entre las cuales se pueden mencionar la de garantizar la independencia y la soberanía de la Nación, asegurar la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la defensa del ejercicio democrático de la voluntad popular.**

Al respecto, la Sala observa:

Ciertamente, el régimen de las asignaciones de antigüedad, fideicomiso y otorgamiento de pensión, previsto en la Sección Quinta del Capítulo II de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales es distinto al contemplado en el Capítulo VI del Título II de la Ley Orgánica del Trabajo, cuya aplicación solicita el recurrente, por considerarla más beneficiosa.

No obstante, el artículo 7 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece:

“Artículo 7.- No estarán comprendidos en las disposiciones de esta Ley los miembros de los cuerpos armados, pero las autoridades respectivas, dentro de sus atribuciones, establecerán, por vía reglamentaria, los beneficios de que deberá gozar el personal que allí presta servicios, los cuales no serán inferiores a los de los trabajadores regidos por esta Ley en cuanto sea compatible con la índole de sus funciones.

Se entenderá por cuerpos armados los que integran las Fuerzas Armadas Nacionales, los servicios policiales y los demás que están vinculados a la defensa y la seguridad de la nación y al mantenimiento del orden público.” (sic).

De la norma *supra* transcrita se evidencia que, de manera precisa, el legislador excluyó a los miembros de los cuerpos armados (entre los cuales se encuentra la Fuerza Armada Nacional) de las disposiciones de la Ley rectora de las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social; sin embargo, también ha dispuesto que los beneficios que deberán gozar los señalados miembros, no serán inferiores a los de los trabajadores regidos por esa Ley, en cuanto sea compatible con la índole de sus labores.

Ahora bien, para determinar cuáles son los beneficios y condiciones laborales “incompatibles” con la índole de las funciones de los cuerpos armados, se hace necesario observar el contenido del artículo 2 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que establece:

“Artículo 2.- Miembros de los cuerpos armados. Los miembros de los cuerpos armados, en los términos del artículo 7 de la Ley Orgánica del Trabajo, estarán sometidos al régimen promulgado por la autoridad respectiva.

En ausencia del referido régimen especial, los miembros de los cuerpos armados gozarán de los beneficios previstos en la Ley Orgánica del Trabajo y el presente Reglamento, en cuanto no fueren incompatibles con la índole de sus labores.

Parágrafo Único: Sin perjuicio de la facultad que asiste a las respectivas autoridades en ejercicio de su función normativa, se estimarán incompatibles con la índole de las labores propias de los cuerpos armados, los beneficios y condiciones de trabajo contemplados en los Capítulos VI y VII del Título II de la Ley Orgánica del Trabajo y en sus Títulos IV, VII y X”. (Negrillas de la Sala).

Al concatenar las normas laborales antes transcritas, se puede concluir que existen materias reguladas en la Ley Orgánica del Trabajo que el legislador por vía reglamentaria ha catalogado de “incompatibles” con la particular naturaleza de las labores propias de los cuerpos armados, entre las cuales se encuentran: el derecho colectivo del trabajo, la representación de los trabajadores en la gestión, higiene y seguridad en el trabajo, estabilidad y terminación de la relación de trabajo.

Dicha “incompatibilidad” se encuentra justificada en la obligación de obediencia y disciplina vertical que caracteriza el funcionamiento de la Fuerza Armada Nacional y su función trascendental como expresión directa del poder coactivo del Estado, lo cual explica por ejemplo que los efectivos militares no pueden disponer de la protección y del poder de negociación colectiva derivados de la legislación del trabajo, como tampoco pueda garantizárseles el no ser expuestos, eventualmente, a la acción de agentes físicos, condiciones ergonómicas adversas y otros riesgos que pudieran suscitarse en las labores de resguardo de la seguridad y defensa de la Nación.

Por las mismas razones, señala la Sala que el Estado ha consagrado en las leyes aplicables a los militares, un régimen laboral distinto al resto de los trabajadores de la Administración Pública, tomando en cuenta las funciones que cumple la Fuerza Armada Nacional, entre

las cuales se pueden mencionar la de garantizar la independencia y la soberanía de la Nación, asegurar la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la defensa del ejercicio democrático de la voluntad popular.

De igual manera, la inteligencia de la norma reglamentaria precedentemente transcrita, no ha estimado como compatibles la terminación de la relación laboral prevista para el común de los trabajadores con la de los miembros de la Fuerza Armada Nacional, por la calidad de los efectivos castrenses y por su particular vinculación con el Estado; e incluso, deja incólume la potestad de las autoridades superiores de esos cuerpos armados de disponer por vía de su propio reglamento los beneficios mínimos de su personal, como ocurre en otros ámbitos de la Administración Pública.

Así, el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, que consagra el derecho de prestación de antigüedad del trabajador y el fideicomiso, cuya aplicación por vía supletoria pretende la parte recurrente, está previsto en el Título II, Capítulo VI de la citada Ley, que de acuerdo con el Parágrafo Único del artículo 2 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, anteriormente citado, es un supuesto específico de incompatibilidad con la índole de las labores propias de la Fuerza Armada Nacional.

De tal manera, que formando parte el recurrente para el momento de su pase a situación de retiro por tiempo de servicio cumplido, del personal de Sub-Oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales, desempeñándose como Maestro Técnico Superior de la Aviación, se concluye que el régimen aplicable para el cálculo de su prestación por antigüedad, es el establecido en el artículo 21 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales, tal como lo dispuso el Presidente de la Junta Administradora del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas, en el acto administrativo impugnado.

De acuerdo a lo expuesto, la Sala desestima el alegato sostenido por los apoderados judiciales del recurrente, referente al vicio de falso supuesto de derecho de la Resolución N° 320301 de fecha 5 de julio de 2004, por medio del cual notificó al recurrente los beneficios socio-económicos derivados de su pase a situación de retiro. Así se declara.

b. *Potestad sancionatoria: Principio de legalidad*

**TSJ-SPA (0846)**

**31-5-2007**

Magistrado Ponente. Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de la Producción y el Comercio (actualmente Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio).

**Se cumple con el principio de legalidad de las sanciones, como de ordinario sucede en materia de sanciones administrativas, cuando el tipo generador de la sanción surge de la conjunción de dos normas, la que contempla la orden o prohibición y la que establece que el incumplimiento de aquélla constituye una infracción.**

5. Alega la recurrente que “el artículo 95 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, en concordancia con el artículo 15 *eiusdem*, atenta contra la más elemental exigencia de seguridad jurídica, ya que dicha norma establece, en efecto, una sanción ‘en blanco’, como se denomina en doctrina, es decir, una sanción cuyo supuesto de hecho no está tipificado de una manera suficientemente precisa como para asegurar el respeto a las garantías constitucionales en materia de sanciones administrativas”.

Al respecto se observa, las garantías constitucionales a las que alude la recurrente corresponden al principio de legalidad, el cual en materia sancionatoria se traduce en la exigencia de que las conductas infractoras y sus respectivas sanciones, claramente estén determinadas en una norma preexistente; dicho principio se encuentra consagrado en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del tenor siguiente:

“Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

El precepto transcrito, si bien rige tanto en el campo del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo, en esta área tiene algunos elementos, derivados de las características propias de la actividad de la Administración, que lo diferencian de su aplicación en el derecho penal.

En efecto, dada la diversidad de materias que alcanza la actividad de la Administración y, por ende, el gran número de conductas a ser reguladas por ésta, las infracciones y sanciones no siempre se encuentran previstas dentro de una misma disposición en la que de manera individualizada se atribuye la sanción respectiva a determinada conducta ilícita, sino que en muchas ocasiones se recurre a la técnica de precisar en una norma, la sanción que corresponde al incumplimiento de las conductas o deberes que se encuentran especificados en otra norma, lográndose el cumplimiento del principio de legalidad a través de la interpretación conjunta de dos regulaciones distintas.

Así, se establece en una norma el deber o mandato, mientras que en otra se determinan las consecuencias de su incumplimiento, cumpliéndose el principio de legalidad mediante la predeterminación normativa de las conductas sancionables y de las consecuencias atribuidas a cada una de éstas, facilitando además, a través de esta técnica, la regulación de las múltiples conductas atinentes a la muy variada actividad administrativa.

Este es precisamente el caso de los artículos 15 y 95 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, pues en el artículo 95 *eiusdem* se establece la sanción para el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 15 de esa Ley, las cuales se refieren al cumplimiento de los términos, condiciones y garantías convenidas con el consumidor o usuario, que comprenden como se acotó antes, en el caso del servicio público de suministro de energía eléctrica, el desarrollo de esta actividad bajo parámetros de calidad y eficiencia que garanticen la seguridad en la utilización de la electricidad.

De esta forma, se concluye que el principio de legalidad de las sanciones se cumplió cabalmente, pues como de ordinario sucede en materia de sanciones administrativas, el tipo generador de la sanción surge de la conjunción de dos normas, la que contempla la orden o prohibición y la que establece que el incumplimiento de aquélla constituye una infracción, razón por la cual debe desestimarse el alegato bajo análisis. Así se decide.

## 2. *El Poder Judicial: Avocamiento*

**TSJ-SPA (0791)**

**30-5-2007**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Aeropuerto Caracas, C.A. vs. Consejo Legislativo del Estado Bolivariano de Miranda y Gobernador del Estado Bolivariano de Miranda.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, prevé en su artículo 18, apartes 10, 11, 12 y 13, la figura del avocamiento, en los siguientes términos:

“10. Cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal de instancia, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa, para resolver si se avoca, y directamente asume el conocimiento del asunto, o, en su defecto lo asigna a otro tribunal.

11. Esta atribución deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.

12. La Sala requerida examinará las condiciones concurrentes de procedencia del avocamiento, en cuanto que el asunto curse ante algún tribunal de la República, independientemente de su jerarquía y de especialidad, que la materia vinculada sea de la competencia de la Sala, sin importar la etapa o fase procesal en que éste se encuentre, así como las irregularidades que se alegan hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los recursos ordinarios. Al admitir la solicitud de avocamiento, la Sala oficiará al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y podrá ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. Serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición.

13. La sentencia sobre el avocamiento la dictará la Sala competente, la cual podrá decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido”.

De la norma antes transcrita se colige que para la procedencia en derecho de esta especial institución procesal, se requiera la presencia concurrente de ciertos requisitos, los cuales esta Sala ha establecido jurisprudencialmente, a saber:

1° Que el objeto del avocamiento este referido a aquellas materias atribuidas ordinariamente por el legislador, al conocimiento de los tribunales, aún cuando no sea estricta materia contencioso administrativa.

2° Que un asunto judicial curse ante algún otro Tribunal de la República.

3° Debe tratarse de un caso de manifiesta injusticia o, cuando en criterio de la Sala, existan razones de interés público o social que justifiquen la medida o cuando sea necesario restablecer el orden de algún proceso judicial que lo amerite en razón de su trascendencia o importancia.

4° Que en el juicio cuya avocación se ha solicitado exista un desorden procesal de tal magnitud que exija su intervención, si se advierte que bajo los parámetros en que se desenvuelve no se garantiza a las partes el debido equilibrio a sus pretensiones.

Previo a cualquier otro señalamiento es importante precisar, que para que la Sala estime procedente hacer uso de la facultad excepcional de avocamiento, es necesario que se den por lo menos tres requisitos. Los dos primeros deben concurrir siempre, bien con uno de los supuestos alternativos contenidos en el tercero de los requisitos, o bien con el cuarto.

El primero de los requisitos establecido por la jurisprudencia, exige que el objeto de la solicitud de avocamiento sea de aquellas materias que estén atribuidas ordinariamente al conocimiento de los Tribunales, aún cuando no sea materia contencioso administrativa *strictu sensu*.

Así, si el asunto objeto de avocamiento es afín con la materia cuya competencia corresponde a la Sala, estaría satisfecho el primer requisito para poder avocarse a su conocimiento y decisión, porque sólo la Sala que normalmente conoce esa materia podría estar en condiciones de resolver más adecuadamente la causa sobre la cual se avoca.

En el caso sub examine, el proceso cuyo avocamiento ha sido solicitado es un asunto que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, pues su objeto son las acciones ejercidas por la parte actora contra los actos administrativos emanados del Consejo Legislativo y del Gobernador del Estado Bolivariano de Miranda, lo cual vincula dicha acción con la jurisdicción contencioso administrativa, cuya cúspide es esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; razón por la cual se considera cumplido el primer requisito para avocarse al conocimiento y decisión del asunto. El segundo de los requisitos establecido por la jurisprudencia exige que el asunto cuyo avocamiento se solicita, curse ante algún otro Tribunal de la República.

A juicio de esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Código Civil, la interpretación gramatical de la expresión “que curse ante otro Tribunal”, quiere decir que la causa esté pendiente, es decir, en trámite en sentido amplio y si el juicio comienza con la interposición del libelo de demanda y concluye con la ejecución total de lo establecido en la sentencia definitiva, esto quiere decir que la Sala se puede avocar a una causa, incluso después de que la sentencia definitiva quede firme, esto es, en fase de ejecución, pues en Venezuela el juicio no concluye con la sentencia definitiva y firme, sino con la ejecución de la misma.

Por otra parte, no es suficiente que el proceso esté en curso sino que, además, debe estar en otro Tribunal de la República. En el caso bajo examen, el proceso cuyo avocamiento es solicitado fue interpuesto ante otro órgano jurisdiccional, específicamente, el Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, pero en virtud de la declinatoria de competencia se encuentra en esta Sala Político Administrativa, cumpliéndose así el segundo requisito.

El tercero de los requisitos establecido por la jurisprudencia exige que en el asunto cuyo avocamiento se solicita, exista una manifiesta injusticia o, cuando en criterio de la Sala, se pongan de manifiesto razones de interés público o social que justifiquen la medida o cuando sea necesario restablecer el orden de algún proceso judicial que lo amerite en razón de su trascendencia o importancia.

Este tercer requisito de procedencia del avocamiento, contiene varios supuestos alternativos y basta que se verifique la existencia de uno de ellos para que la Sala pueda considerar satisfecho el cumplimiento de dicho requisito.

Sobre el particular, debe insistirse que cualquiera sea el supuesto invocado por el solicitante o examinado de oficio por la propia Sala, es menester tener siempre como guía, que el avocamiento es una facultad discrecional y excepcional y, por tanto, debe administrarse con criterios de extrema prudencia, con suma ponderación y cautela.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, aprecia la Sala, como antes se mencionó, que el recurso contencioso administrativo de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad de autos, se ha ejercido contra los actos administrativos contenidos en el Acuerdo N° 0107-2007 del Consejo Legislativo del Estado Bolivariano de Miranda de fecha 25 de enero de 2007 y en el Decreto N° 0142 de fecha 31 de enero de 2007, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Bolivariano de Miranda* N° 0115 Extraordinario, del 5 de febrero de 2007, emanado del GOBERNADOR DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA.

Ahora bien, conforme el artículo 156.26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es competencia del Poder Público Nacional “el régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional; de los puertos, aeropuertos y su infraestructura”.

De otra parte, según lo establece el artículo 164.10 *eiusdem*, es de la competencia exclusiva de los Estados: “La conservación, administración y aprovechamiento de (...) así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.”

Asimismo, la Ley de Aeronáutica Civil, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.226 del 12 de julio de 2005, establece en su artículo 45 lo siguiente:

“Los aeropuertos son nacionales o internacionales, los cuales pueden ser de uso comercial o estratégico.

Son nacionales los destinados a la operación de vuelo dentro del territorio venezolano e internacionales, cuando sean designados por la Autoridad Aeronáutica para permitir la llegada o partida, desde o hacia el extranjero.

Son de uso comercial los que exclusivamente se utilizan con fines de explotación y aprovechamiento de sus posibilidades. La conservación, administración y aprovechamiento lo harán los Estados, en coordinación con el Ejecutivo Nacional, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Son de uso estratégico los que por su importancia e interés para la seguridad y defensa de la Nación y por su situación geográfica cumplen funciones de seguridad de Estado, previa determinación del Ejecutivo Nacional. La conservación, administración y aprovechamiento de los aeropuertos públicos civiles de uso estratégico lo harán los órganos y entes descentralizados adscritos al Ejecutivo Nacional, conforme con su ley especial.”

De la normativa precedentemente transcrita, se evidencia que la materia aeronáutica, especialmente en lo que concierne a la conservación, administración y aprovechamiento de los aeropuertos, es de una altísima trascendencia para los intereses de nuestro país, tanto a nivel nacional como estatal, por tener como fin primario y fundamental la prestación de un servicio público de particular interés general, como lo es el transporte aéreo de personas y bienes, lo cual naturalmente incide en la satisfacción de las necesidades del colectivo.

En armonía con lo expuesto, cabe destacar que dicha importancia es tan evidente que conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.475 del 1° de julio de 2002) quedan exceptuados de la formalidad de declaratoria previa de utilidad pública “... las construcciones de ferrocarriles, carreteras, autopistas, sistemas de transporte subterráneo o superficial, caminos, edificaciones educativas o deportivas, urbanizaciones obreras, cuarteles, hospitales, cementerios, aeropuertos, helipuertos, los terrenos necesarios para institutos de enseñanza agrícola y pecuaria, las construcciones o ensanches de estaciones inalámbricas o conductores telegráficos...”.

Esa vital circunstancia está explícita en los considerandos de los actos impugnados, y es reconocida por la recurrente cuando afirma en su recurso que el Aeropuerto cuya creación auspició y actualmente administra su representada, ha operado en forma ininterrumpida por más de 27 años, prestando un servicio de verdadera utilidad pública a la comunidad local y al país, al trasladar a zonas remotas equipos y personal destinados a programas de salud.

Finalmente interesa destacar, que la situación de autos está enmarcada en el ejercicio de la potestad expropiatoria frente a un inmueble y los muebles que lo integran que, de su conjunto, puede inferirse un valor económico de envergadura; más aún en función del potencial aprovechamiento económico que tiene la explotación de ese servicio, por lo que de forma sustancial importa tanto a los intereses patrimoniales del Estado Bolivariano de Miranda, como incluso, a los de la propia República, visto que la conservación, administración y apro-

vechamiento de los aeropuertos de uso comercial, es competencia de los Estados, en coordinación con el Ejecutivo Nacional (artículo 146.10 de la Constitución vigente en concordancia con el artículo 45 de la Ley de Aeronáutica Civil, *Gaceta Oficial* N° 38.226 del 12 de julio de 2005).

Así pues, a juicio de esta Sala la problemática que exhibe el presente caso trasciende del ámbito de la entidad regional, es decir, del Estado Bolivariano de Miranda, proyectándose fehacientemente en los intereses de la República, lo cual hace que se verifique en el caso concreto el tercer requisito de procedencia de avocamiento de la causa, pues, en efecto, se ve involucrado el interés público y social, toda vez que incide no sólo en la esfera jurídica del recurrente, sino también en la del colectivo nacional.

3. *El Poder Ciudadano: Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal*

**TSJ-SC (518)**

**11-4-2007**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Impugnación del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Bolívar.

**Si bien es cierto que la autonomía otorgada a los Órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, no debe entenderse como libertad absoluta de interferencia en la actividad de las otras ramas del Poder Público (Nacional, Estatal o Municipal), no lo es menos que tampoco éstos pueden determinar el modo y la oportunidad en que se realice la función contralora.**

2. Solicitud de nulidad de los artículos 18 y 20 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Bolívar.

Señala el recurrente que el contenido del Reglamento impugnado “atenta contra el espíritu, propósito y razón de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Bolívar”.

Aduce, que de conformidad con el artículo 126 de la Constitución del Estado Bolívar, vigente para la fecha en que se dictó el Reglamento impugnado, “la Contraloría ha de funcionar con plena independencia de la administración activa y limitarse a cumplir sus funciones de control, vigilancia y fiscalización”.

En este orden de ideas, señala el recurrente que los artículos 18 y 20 del Reglamento recurrido, impiden que las funciones que por Ley debe cumplir la Contraloría General del Estado Bolívar sean ejercidas libremente, lo cual -señala- viola su autonomía.

Al respecto, la Sala Observa:

Los artículos 18 y 20 del Reglamento impugnado disponen lo siguiente:

“Artículo 18º: La Contraloría podrá realizar inspecciones en todas las Oficinas Públicas que custodien, administren o manejen fondos o Bienes Públicos del Estado, con el fin de verificar la sinceridad y legalidad del gasto, pero deberá previamente, antes de iniciar dicho procedimiento, dirigirse al Gobernador del Estado o en su defecto al Secretario General de Gobierno o al Director General, a los fines de que estos altos funcionarios faciliten el cumplimiento de la acción Contralora.

(...)

Artículo 20: Para realizar una visita de Inspección ante alguna Dependencia del Ejecutivo Regional, el Contralor General del Estado, deberá dirigirse por escrito al Gobernador del Estado, a fin de hacer de su conocimiento el motivo de la visita y solicitarle las facilidades necesarias para cumplir con su cometido y ordenar a sus subalternos las instrucciones inherentes al caso. Recibida dicha solicitud, el Gobernador dispondrá de un lapso de quince (15) días para ordenar las medidas necesarias para que la Contraloría practique la actuación fiscal, en condiciones adecuadas o por el contrario exponga en forma motivada las razones que impidan su realización.”. (Destacado de la Sala).

Los artículos antes transcritos sujetan las facultades de investigación y fiscalización de la Contraloría General del Estado Bolívar a una condición: que se notifique al Gobernador del Estado a los fines de que dicho funcionario “facilite” el cumplimiento de la acción contralora. Asimismo, establecen que dicho funcionario pudiere incluso llegar a impedir que las visitas de fiscalización e inspección sean efectuadas.

Esa condición impuesta a través de las normas denunciadas, es contraria a la concepción de las Contralorías Estadales contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues constituye sin lugar a dudas una clara lesión a la autonomía que frente a las demás ramas del Poder Público Estadal, debe mantener la Contraloría General del Estado Bolívar.

Ahora bien, con relación a la autonomía que debe caracterizar a los Órganos contralores, debe señalarse que la Contraloría General de la República nació vinculada estrechamente al Poder Legislativo Nacional, no obstante haberse erigido, aun antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como un organismo con autonomía funcional.

Esta vinculación al Poder Legislativo a la que se hace mención, de conformidad con el artículo 236 de la Constitución de 1961, estaba determinada de la siguiente manera:

“Artículo 236. La Contraloría General de la República es un órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública, y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones.” (Resaltado de la Sala).

En atención a la referida disposición constitucional, la doctrina patria señaló que, en efecto, la Contraloría General de la República constituía un órgano constitucional dotado de autonomía funcional, en virtud de su independencia con relación a los demás órganos del Poder Público, lo cual sin embargo, no era óbice para que se le calificase como órgano auxiliar del entonces Congreso Nacional, en su función de vigilancia de la Hacienda Pública Nacional, sin que esta situación colocara al órgano contralor en una posición de dependencia o subordinación con respecto a ningún otro.

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela modificó el esquema clásico de distribución horizontal del Poder Público Nacional, al agregar a las existentes ramas legislativas, ejecutiva y judicial, el Poder Electoral y el Poder Ciudadano.

El Poder Ciudadano, de conformidad con el artículo 273 de nuestro Texto Constitucional, se ejerce “por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o Fiscala General y el Contralor o Contralora General de la República”. Señala igualmente el referido artículo que el Poder Ciudadano es independiente y que sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa.

Esta nueva distribución del Poder Público, de conformidad con lo establecido en la Exposición de Motivos de nuestra Carta Magna, responde a la necesidad de dotar de autonomía plena a los órganos encargados de llevar a cabo los procesos electorales, la función contralora y la defensa de los derechos humanos.

Así pues, la regulación constitucional otorgó a la Contraloría General de la República una nueva posición dentro del Poder Público Nacional que incide directamente en su autonomía y en su jerarquía frente al resto de los órganos integrantes de aquél, ya que dejó de ser un auxiliar del Poder Legislativo para pasar a formar parte de un nuevo poder, esto es el Poder Ciudadano.

En orden a lo anterior, se hace evidente que esta concepción del órgano contralor no hace más que favorecer la realización de la función fiscalizadora que le es atribuida, ya que tal independencia y autonomía le permite llevar a cabo sus funciones de manera más objetiva y eficaz.

Ahora bien, aunado al afianzamiento de la autonomía del órgano contralor, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagró el establecimiento de un sistema nacional de control fiscal, desarrollado posteriormente en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001 (artículos 23 al 76).

Con relación a las Contralorías Estadales, el artículo 163 de la Constitución vigente dispone:

“Artículo 163. Cada Estado tendrá una Contraloría que gozará de autonomía orgánica y funcional. La Contraloría del Estado ejercerá, conforme a esta Constitución y a la Ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estadales, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República. Dicho órgano actuará bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor o Contralora, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo serán determinadas por la Ley, la cual garantizará su idoneidad e independencia, así como la neutralidad en su designación, que será mediante concurso público”.

La norma antes transcrita no hace más que trasladar al órgano contralor estatal las mismas características que definen la naturaleza de la Contraloría General de la República, esto es, autonomía orgánica y funcional.

Las referidas características fueron plasmadas en el artículo 189 de la Constitución del Estado Bolívar, el cual establece:

“Artículo 189°: La Contraloría General del Estado ejercerá el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estadales, así como de las operaciones relativas a los mismos. La Contraloría General del Estado gozará de autonomía orgánica y funcional, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República. (...)”.

Igualmente, el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece que las contralorías estadales y los demás órganos externos de control fiscal, gozarán de autonomía orgánica y funcional, en los siguientes términos:

“Artículo 44. Las Contralorías de los estados, de los distritos, distritos metropolitanos y de los municipios, ejercerán el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes de los órganos y entidades centralizados y descentralizados sujetos a su control, de conformidad con la Ley, y a tales fines gozarán de autonomía orgánica, funcional y administrativa.”

Trayendo los anteriores razonamientos al caso de autos, resulta claro que los artículos denunciados contradicen no sólo el espíritu, propósito y razón de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Bolívar, sino además vulneran la concepción de las contralorías estadales plasmada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y desarrollada en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En efecto, cuando las referidas disposiciones colocan en cabeza de uno de los órganos controlados (la Gobernación del Estado) la facultad de decidir cuándo y cómo se realizará la función contralora (en el caso específico de autos, las visitas de inspección y fiscalización) se desnaturaliza la función que la Contraloría General del Estado Bolívar debe realizar para cumplir con los fines superiores que le han sido encomendados, como lo son el “control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estatales”.

Si bien es cierto que la autonomía otorgada a los Órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, no debe entenderse como libertad absoluta de interferencia en la actividad de las otras ramas del Poder Público (Nacional, Estatal o municipal), no lo es menos que tampoco éstos pueden determinar el modo y la oportunidad en que se realice la función contralora.

En virtud de los anteriores razonamientos y visto que los artículos 18 y 20 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Bolívar vulneran la autonomía e independencia de la que debe estar revestida la actuación de la Contraloría General del Estado Bolívar, constituye un deber para esta Sala declarar su nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad. Así se declara.

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONOMICO DEL ESTADO

##### 1. *Libertad Económica*

**TSJ-SPA (0763)**

**23-5-2007**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Radio Caracas Televisión, C.A, sus Directivos, y otros, vs. Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

**El derecho a la libertad económica encuentra una limitación de orden constitucional en la disposición contenida en el artículo 113 antes transcrito, cuando el ejercicio del mismo suponga la explotación de un recurso natural propiedad del Estado, en cuyo caso se requerirá de una concesión que debe ser otorgada siempre por tiempo determinado, razón por la cual estima la Sala que el vencimiento de una concesión en modo alguno puede ser entendido como una violación del derecho a la libertad económica.**

Los apoderados actores denuncian la violación del derecho a la libertad económica, en tanto y en cuanto las decisiones del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, impedirían que RCTV, C.A. ejerciese la actividad que viene desarrollando, sin que se haya configurado el incumplimiento de la ley ni verificado un supuesto normativo que justifique dichas decisiones las cuales, según afirman, se encuentran al margen de la ley.

Al respecto, niegan que el sacrificio particular al que supuestamente se vería sometida su representada por la no renovación de la concesión se deba a razones de interés general como las alegadas por la Administración, pues -según los dichos de la parte recurrente- en el espectro radioeléctrico estarían disponibles frecuencias suficientes con las características técnicas requeridas por el Estado para desarrollar su política pública de telecomunicaciones y, además, porque conforme con lo establecido en el artículo 107 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la frecuencia operada por RCTV, C.A. no podría considerarse disponible.

Agregan, que la solicitud de transformación de los títulos de RCTV, C.A., fue presentada a tiempo en el año 2002, sin que exista justificación alguna por parte de la Administración

para no dar una oportuna respuesta, lo cual -según lo expuesto por la parte recurrente- era una obligación irrenunciable y legalmente impuesta a la autoridad administrativa en la cual se respetara el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión.

Señalan, que según lo previsto en el artículo 3 del Decreto N° 1577 RCTV C.A., tendría derecho a una extensión de la concesión por veinte (20) años, por no haber sido objeto de sanción.

Visto lo anterior, estima la Sala necesario realizar las siguientes consideraciones:

El derecho a la libertad económica se encuentra establecido en el artículo 112 de la Constitución, de la siguiente manera:

*“Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.*

Por otra parte, el artículo 113 constitucional es del tenor siguiente:

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

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

Como puede observarse, el derecho a la libertad económica encuentra una limitación de orden constitucional en la disposición contenida en el artículo 113 antes transcrito, cuando el ejercicio del mismo suponga la explotación de un recurso natural propiedad del Estado, en cuyo caso se requerirá de una concesión que debe ser otorgada siempre por tiempo determinado, razón por la cual estima esta Sala que el vencimiento de una concesión en modo alguno puede ser entendido como una violación del derecho a la libertad económica.

Asimismo, resulta pertinente indicar que las concesiones comportan un privilegio de carácter exclusivo y excluyente, del cual únicamente durante su vigencia, previamente acordada, el titular puede obtener un beneficio económico por el uso y explotación del bien público, que con motivo de la concesión se le haya asignado.

Igualmente, el artículo 108 de la Constitución establece:

*“Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley”.*

De acuerdo al texto de la referida norma constitucional, se observa que la decisión del Ejecutivo Nacional de propiciar la creación de una estación de televisión de servicio público constituye el cumplimiento de un expreso mandato constitucional, por lo que en modo alguno puede ser interpretado como una lesión al derecho a la libertad económica. Así se declara.

Por otra parte, no pasa inadvertido para la Sala lo alegado por la representación judicial de RCTV, C.A., respecto a la existencia de otras frecuencias televisivas disponibles en el espectro radioeléctrico, con las características técnicas necesarias para que el Estado desarrolle su política pública de telecomunicaciones, no pudiendo considerarse disponible -según afirman- la frecuencia operada por RCTV, C.A., a tenor de lo establecido en el artículo 107 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Sobre este último particular, cabe resaltar que los argumentos expuestos por los recurrentes están sujetos a las pruebas que se promuevan y evacúen en el transcurso del proceso de nulidad, razón por la cual su alegato no debe ser considerado en esta etapa procesal a efectos de evidenciar la supuesta violación del derecho a la libertad económica. Así se declara.

Asimismo, en lo que atañe al alegato referido a la obligación legalmente impuesta a la autoridad administrativa de respetar el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión otorgada bajo la normativa legal anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y que por tal motivo ésta debía haber transformado los títulos de RCTV, C.A.; debe indicarse -sin que ello constituya un señalamiento sobre el fondo de la controversia- que de las pruebas cursantes en autos no se deduce que la circunstancia de la no transformación de los mencionados títulos, haya impedido que la sociedad mercantil actora continúe operando la frecuencia radioeléctrica hasta la fecha del vencimiento de la concesión, lo cual fue expresamente reconocido por la Resolución N° 002 recurrida. Así se declara.

Finalmente, en cuanto a la denuncia relativa a que la Administración tendría que respetar el pretendido derecho de la sociedad mercantil recurrente a la extensión por veinte (20) años de la concesión, con base en el artículo 3 del Decreto N° 1.577, la Sala estima pertinente indicar que tal argumento requiere necesariamente un pronunciamiento sobre las normas legales aplicables al caso de autos, lo que -tal como antes se ha señalado- le está vedado al juez de la causa en esta etapa cautelar. En tal sentido, reitera la Sala que el amparo es un medio extraordinario de protección de los derechos constitucionales.

De lo expuesto se colige que, en el caso bajo análisis, no se verifica la presunción de buen derecho exigida a los fines de acordar la pretendida protección cautelar, por lo que -de acuerdo con el reiterado criterio de la Sala- resulta innecesario verificar el cumplimiento del “*periculum in mora*” el cual es determinable por “la sola verificación del requisito anterior”, es decir, el *fumus boni iuris*, debiendo esta Sala declarar improcedente la acción de amparo constitucional interpuesta en forma conjunta con el recurso contencioso administrativo de nulidad por vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, contra la Resolución N° 002 y la Comunicación N° 0424 del 28 de marzo de 2007, ambas emanadas del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática. Así se declara.

Por último, ante la declaratoria de improcedencia del amparo cautelar se ordena remitir el expediente al Juzgado de Sustanciación, a los fines de que se pronuncie sobre la caducidad de la acción y, de ser el caso, admita el recurso ejercido y abra cuaderno separado con el objeto de tramitar la medida cautelar innominada requerida.

2. *Régimen de los Servicios Públicos*A. *Gestión de los servicios públicos: Concesiones***TSJ-SPA (0763)****22-5-2007**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Radio Caracas Televisión, C.A., sus Directivos, y otros, vs. Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

Vista la improcedencia del amparo cautelar solicitado por los recurrentes, debe señalar esta Sala que la concesión es una forma contractual empleada por la Administración para la gestión de los servicios públicos, la cual comporta una delegación que efectúa el Estado a otra persona a su propio riesgo, para el funcionamiento de dichos servicios por un tiempo expresamente acordado.

En este sentido, resaltan los elementos de temporalidad, exacta delimitación y beneficio económico para el concesionario por el uso y explotación del bien público que con motivo de la concesión se le haya asignado, por cuanto una vez expirado el término de vigencia se produce de pleno derecho la extinción de la relación y, usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión.

B. *Servicio público de telecomunicaciones***TSJ-SC (957)****25-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: José Félix Guerrero Peralta y otros vs. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

**La obligación estatal de asegurar un servicio público de calidad, en materia de telecomunicaciones, debe concebirse en cabeza del Estado no en la simple facultad de otorgar una concesión del uso del espacio radioeléctrico o velar en su correcto cumplimiento, sino en situaciones de necesidad de asegurar a un determinado medio de comunicación o a diversos medios, mecanismos jurídicos o fácticos de facilitación estructural que permitan su funcionamiento de una manera eficaz y adecuada para la prestación del servicio público.**

C. *Servicio público de energía eléctrica. Naturaleza***TSJ-SPA (0846)****31-5-2007**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de Producción y el Comercio (Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y el Comercio).

Ahora bien, los artículos 15 y 95 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, aplicable *ratione temporis* al presente caso, prevén lo siguiente:

“*Artículo 15.* Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, plazos, fechas, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario para la entrega del bien o la prestación del servicio. Si el proveedor incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, el consumidor o usuario tendrá el derecho de desistir de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor obligado a reembolsarle el pago recibido.”.

“*Artículo 95.* Los proveedores que no respeten las estipulaciones a que se refiere el Artículo 15 serán sancionados con multa, equivalente en bolívares, de veinte (20) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano”.

Como puede apreciarse, el precitado artículo 15 establece una obligación genérica exigible a todo proveedor de bienes y servicios, que consiste en el respeto de los términos, plazos, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario.

Dicha obligación general se concreta a partir del momento en que el consumidor o usuario contrata con el proveedor de un bien o servicio, de manera que el incumplimiento de esas obligaciones estipuladas en el contrato, será sancionado con la multa prevista en el precitado artículo 95 *eiusdem*.

Cabe destacar además, que el suministro de energía eléctrica es una actividad legalmente catalogada como servicio público de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.568 Extraordinario del 31 de diciembre de 2001, el cual declara como “*servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico*”.

La categorización de la actividad en comento como servicio público conlleva a que la misma sea ejecutada siguiendo estándares de calidad y eficiencia que permitan garantizar la continuidad y universalidad del servicio, así como la posibilidad de que todos los ciudadanos que cumplan los requisitos que las reglas del servicio imponen, tengan acceso al mismo en condiciones de igualdad con el resto de los usuarios.

Particularmente, dada la naturaleza del servicio eléctrico, se extrae de las normas que lo rigen que la prestación de esta actividad debe desarrollarse de manera confiable, promovándose el uso eficiente y seguro de la electricidad.

De esta forma, las empresas del sector eléctrico al igual que otras empresas prestadoras de servicios públicos, están obligadas a desarrollar su actividad bajo parámetros de calidad y eficiencia que garanticen la seguridad en la utilización de la electricidad, lo cual conlleva al desarrollo de planes de contingencia y mecanismos que permitan afrontar las situaciones de riesgo que se generen en la práctica de esta actividad.

Ahora bien, en el caso bajo análisis el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU) sancionó a la recurrente por los daños ocasionados como consecuencia de fallas eléctricas, considerando el mencionado Instituto al momento de decidir el procedimiento administrativo, que la recurrente incumplió con los deberes establecidos en el artículo 15 *eiusdem*, al causar un daño por una irregularidad en la prestación del servicio.

Así las cosas, esta Sala estima que el mencionado instituto empleó las normas vigentes y perfectamente aplicables a las circunstancias fácticas probadas en el caso de autos, interpretándolas adecuadamente; motivo por el cual no existe falso supuesto de hecho ni de derecho en el acto impugnado, por lo que debe necesariamente desestimarse la denuncia en este sentido. Así se decide.

**TSJ-SPA (0846)****31-5-2007**

Magistrado Ponente. Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de la Producción y el Comercio (actualmente Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio).

Cabe destacar además, que el suministro de energía eléctrica es una actividad legalmente catalogada como servicio público de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.568 Extraordinario del 31 de diciembre de 2001, el cual declara como “*servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico*”.

La categorización de la actividad en comento como servicio público conlleva a que la misma sea ejecutada siguiendo estándares de calidad y eficiencia que permitan garantizar la continuidad y universalidad del servicio, así como la posibilidad de que todos los ciudadanos que cumplan los requisitos que las reglas del servicio imponen, tengan acceso al mismo en condiciones de igualdad con el resto de los usuarios.

Particularmente, dada la naturaleza del servicio eléctrico, se extrae de las normas que lo rigen que la prestación de esta actividad debe desarrollarse de manera confiable, promovándose el uso eficiente y seguro de la electricidad.

De esta forma, las empresas del sector eléctrico al igual que otras empresas prestadoras de servicios públicos, están obligadas a desarrollar su actividad bajo parámetros de calidad y eficiencia que garanticen la seguridad en la utilización de la electricidad, lo cual conlleva al desarrollo de planes de contingencia y mecanismos que permitan afrontar las situaciones de riesgo que se generen en la práctica de esta actividad.

Ahora bien, en el caso bajo análisis el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU) sancionó a la recurrente por los daños ocasionados como consecuencia de fallas eléctricas, considerando el mencionado Instituto al momento de decidir el procedimiento administrativo, que la recurrente incumplió con los deberes establecidos en el artículo 15 *eiusdem*, al causar un daño por una irregularidad en la prestación del servicio. Así las cosas, esta Sala estima que el mencionado instituto empleó las normas vigentes y perfectamente aplicables a las circunstancias fácticas probadas en el caso de autos, interpretándolas adecuadamente; motivo por el cual no existe falso supuesto de hecho ni de derecho en el acto impugnado, por lo que debe necesariamente desestimarse la denuncia en este sentido. Así se decide.

## V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### 1. *El Procedimiento Administrativo*

#### A. *Decisión: Cosa juzgada administrativa*

**TSJ-SPA (0955)****13-6-2007**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Eduardo Roche Lander vs. Contraloría General de La República.

**En la práctica administrativa, se suele utilizar la terminología de cosa juzgada administrativa para referir que una resolución administrativa ya ha sido tomada respecto de un expediente conocido por el ente administrativo y que de conformidad con el artículo 19,**

**numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no puede ser sometido nuevamente al conocimiento de la Administración.**

2.- Seguidamente, aducen la violación del principio de la llamada cosa juzgada administrativa. Según se expone, al haberse desconocido el valor extintivo y de finiquito de la declaratoria de fenecimiento dado a las cuentas de gastos del ejercicio fiscal 1999, que es precisamente el ejercicio al cual se refieren los hechos que originaron la averiguación y la decisión de responsabilidad; por lo que, afirman, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, adolece del vicio de nulidad absoluta, dado que resuelve sobre asuntos ya decididos mediante actos expresos emanados de la propia Contraloría General de la República y que evidentemente, crearon derechos particulares a favor de su representado.

Sobre el particular, es preciso indicar, previamente, que la doctrina procesal ha calificado la cosa juzgada, como la autoridad del Estado manifestada en la sentencia. (*Vid.* CUENCA, Humberto: *Casación Civil*, I, p. 177). De acuerdo con ello, se interpreta que la voluntad que haya guiado una decisión judicial no debe entrar en conflicto con ella misma, vale decir, que el criterio sentado en un fallo no debe ser nuevamente interpretado para un mismo caso, porque se estaría en riesgo de emitir sentencias contradictorias. Es preciso así resaltar que cuando se habla de la autoridad de cosa juzgada siempre se debe tener presente que se trata de una característica exclusivamente judicial, de modo tal que aún cuando algunos autores hacen referencia a la llamada cosa juzgada administrativa, debe interpretarse esta mención como la utilización de un término impropio, pues no opera en la providencia administrativa la característica judicial que acompaña esta garantía.

Ahora bien, en la práctica administrativa, se suele utilizar esta terminología para referir que una resolución administrativa ya ha sido tomada respecto de un expediente conocido por el ente administrativo y que de conformidad con el artículo 19, numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no puede ser sometido nuevamente al conocimiento de la Administración. Como puede verse, se trata de dos áreas distintas del derecho, una que se desarrolla en sede administrativa y otra que tiene lugar en la jurisdicción, sin que en modo alguno, se cree una relación de dependencia entre una decisión y otra. Por el contrario, es posible someter al conocimiento de ambas una misma cuestión jurídica, siempre que las particularidades del caso y la naturaleza jurídica pública de algunas de las partes involucradas admita esta posibilidad.

Sin menoscabo de las consideraciones antes expuestas, y para el caso que nos ocupa, es menester señalar que cuando se habla del fenecimiento de una cuenta de gastos, dicha figura se corresponde con la facultad-obligación del organismo contralor para examinar, calificar y, en definitiva, hacer una declaratoria de finiquito a todas las cuentas de gastos de los empleados y demás personas que administren, manejen o custodien fondos nacionales, por la simple razón de que su revisión resulte conforme y en principio, no se traduzca en perjuicios pecuniarios al patrimonio público que den lugar a un posible reparo.

Ahora bien, no obstante la declaratoria de fenecimiento por parte del ente público en el año 1999, es fundamental tener siempre en cuenta que aún cuando existiese la respectiva conformidad, como ocurrió en este caso, la Administración Contralora, en cumplimiento de la función fiscalizadora del patrimonio público, tendrá siempre a su disposición la posibilidad de ejercer las actuaciones fiscales que se deriven de la transgresión de la legislación correspondiente, si en el futuro de cualquier modo, éstas llegasen a ser advertidas. Por esta razón, la Sala estima infundado el argumento sostenido por el recurrente cuando afirma que con el acto se vulneró la llamada cosa juzgada administrativa, pues evidentemente se trata de dos circunstancias completamente diferenciadas en tiempo y espacio.

2. *Actos Administrativos*

A. *Motivación*

**TSJ-SPA (0846)**

**31-5-2007**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de la Producción y el Comercio (actualmente Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio).

2.- En segundo lugar, ha alegado la representación judicial de la empresa recurrente que el acto administrativo que impuso la sanción se encuentra viciado de inmotivación.

La jurisprudencia de esta Sala ha dejado sentado con relación a la motivación, que la misma es la expresión sucinta de los fundamentos de hecho y de derecho que dan lugar a la emisión de un acto por parte de la Administración, independientemente de la falsedad o no de la fundamentación expresada, siendo así necesario distinguir entre la motivación y el motivo del acto, el cual forma parte de los elementos de fondo del acto administrativo. De allí que la falsedad del motivo pueda acarrear la nulidad absoluta del acto, mientras que los vicios en la motivación sólo producen su anulabilidad, siendo subsanables en cualquier caso, salvo que afecten el derecho a la defensa del particular. (Ver sentencia N° 226 del 13 de febrero de 2003).

Es así como la motivación como requisito formal del acto administrativo, sólo podrá ocasionar la nulidad absoluta del acto cuando su ausencia tenga una incidencia directa en el derecho a la defensa del particular, restringiéndolo injustificadamente al impedir totalmente al administrado conocer los fundamentos de la decisión adoptada por la Administración.

En el caso bajo análisis se evidencia del texto del acto emitido por el Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), que éste expresó los motivos por los cuales declaraba sin lugar el recurso jerárquico interpuesto por los recurrentes; así como también se desprende del acto de primer grado dictado el 7 de noviembre de 2001, que el Presidente del INDECU exteriorizó en el mismo los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, indicando la conducta que consideraba ilegal y relacionándola con el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario vigente en ese momento, de la siguiente manera:

“...de autos se evidencia que la empresa ‘ELECTRICIDAD DE CARACAS, C.A.’, infringió lo establecido en dicho artículo, por cuanto no cumplieron con el servicio que prestan a los usuarios, estipulado en el convenio de servicio del suministro de Energía Eléctrica, que no tomaron las medidas pertinentes a fin de evitar daños a los artefactos eléctricos por posibles fallas eléctricas, a consecuencia del hurto del cable conductor del neutrón.

*(omissis)*

La conducta exteriorizada por los representantes de la Sociedad Mercantil ‘ELECTRICIDAD DE CARACAS, C.A.’, va en contra de lo establecido en el señalado Artículo que de manera clara dispone:...”.

De esta forma, la Administración permitió a la recurrente, el ejercicio pleno de su derecho a la defensa, mediante la impugnación y ataque de los razonamientos que sirvieron de fundamento a la sanción que objeta, por lo que debe la Sala desechar el alegato de inmotivación. Así se decide.

**TSJ-SPA (0917)****6-6-2007**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Constructora Mergabi C.A. vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (hoy Ministerio del Poder Popular para el Ambiente).

3.- Por otra parte, la recurrente sostuvo que el acto administrativo adolecía de inmotivación y falso supuesto.

Al respecto esta Sala Político-Administrativa en numerosas decisiones, entre otras, véase, sentencias números 01661, 01044, 03405 y 00649, de fechas 28 de octubre de 2003, 12 de agosto de 2004, 26 de mayo de 2005 y 15 de marzo de 2006, ha indicado que en principio, los vicios de inmotivación y falso supuesto son excluyentes, ya que si se afirma que el acto administrativo impugnado está inmotivado, que se desconocen los motivos que tuvo la Administración para dictarlo, no puede al mismo tiempo sostenerse que son falsos los motivos en que se fundamentó o que éstos fueron apreciados erróneamente, resultando por tanto contradictoria su alegación simultánea.

Asimismo esta Sala ha precisado en sentencias números 01930 y 02779 de fechas 27 de julio y 07 de diciembre de 2006 que tal contradicción o incompatibilidad entre los alegatos de inmotivación y falso supuesto se produce sólo “(...) *cuando lo argüido respecto a la motivación del acto es la omisión de las razones que lo fundamentan, pero no en aquellos supuestos en los que lo denunciado es una motivación contradictoria o ininteligible, pues en estos casos sí se indican los motivos de la decisión (aunque con los anotados rasgos), resultando posible entonces que a la vez se incurra en un error en la valoración de los hechos o el derecho expresados en ella (...)*”. (Subrayado del fallo).

En el caso que se examina, la recurrente para sustentar su denuncia de inmotivación señaló:

“(...) los actos administrativos, que le fueron notificados, carecen de motivación dado que tanto los hechos como el derecho que se le aplica, al caso de autos, no se compaginan con la realidad (...) del propio expediente administrativo se evidencia la falsedad de los motivos expuestos en el contenido del acto administrativo (...)” (sic) (Resaltado de la Sala).

De lo expuesto por la actora se colige que no ha sido denunciado motivación contradictoria o ininteligible y que la actora sí conocía los hechos, ya que afirma que la decisión de la Administración no se compagina con éstos.

En atención a lo expuesto, la Sala acorde con el criterio jurisprudencial citado, conforme al cual no deben alegarse conjuntamente la inmotivación y el falso supuesto, desecha la denuncia de inmotivación. Así se decide.

**B. Efectos: Notificación****TSJ-SPA (0917)****6-6-2007**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Constructora Mergabi C.A. vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (hoy Ministerio del Poder Popular para el Ambiente).

**La Sala Político Administrativa admite la posibilidad de utilizar el fax como instrumento de notificación en los procedimientos administrativos, siempre y cuando pueda comprobarse su recepción por parte del destinatario del acto.**

En primer término el apoderado judicial de la recurrente señaló que a su representada no se le dio la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, no se le notificó de la apertura de un procedimiento en su contra, ni se le concedió un plazo para presentar sus descargos.

Que conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la notificación debía realizarse personalmente o mediante la publicación del acto administrativo en un diario de mayor circulación de la República. Sin embargo, alega la recurrente que fue notificada por fax del oficio N° 000532, s/f, emanado del Director Estatal Ambiental Falcón del M.A.R.N.R.

Asimismo adujo la actora que el referido fax además de ser “totalmente ilegible” no le señaló la oportunidad que tenía para ejercer sus descargos, violando lo dispuesto en los artículos 9, 48 y 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Al respecto se observa, que en ocasiones anteriores la Sala se ha pronunciado en torno a las notificaciones defectuosas, señalando:

“(…) la finalidad de la notificación es la de llevar al conocimiento de su destinatario la existencia de la actuación de la Administración. Si una notificación defectuosa ha cumplido con el objetivo a que está destinada, ha puesto al notificado en conocimiento del contenido del acto y ha cumplido con el propósito de ponerlo al tanto de la existencia del acto notificado, más aún cuando como ocurre en este caso, el recurso fue oportunamente interpuesto permitiéndole acceder a la vía judicial, debe concluirse que los defectos que pudiera contener han quedado convalidados. Así se declara. (...)” (sentencia N° 01889 de fecha 14 de agosto de 2001) (Resaltado de la Sala).

En cuanto al uso del fax como mecanismo para practicar la notificación, debe señalarse que aun cuando la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que data del año 1982, sólo prevé la notificación en el domicilio del interesado o en su defecto mediante su publicación en un diario de mayor circulación “de la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede” (artículos 75 y 76 *eiusdem*), no es menos cierto que actualmente la Administración no sólo dispone de mayores herramientas para lograr sus cometidos sino que “deberán utilizar las nuevas tecnologías que desarrolle la ciencia, tales como los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para su organización, funcionamiento y relación con las personas (...)” (artículo 12 de la Ley Orgánica de Administración Pública).

El ordenamiento jurídico en aras de adaptarse a las nuevas tecnologías, en normativas especiales como la tributaria, ha incluido preceptos en los que se prevé que las notificaciones podrán ser practicadas “(...) Por correspondencia efectuada mediante correo público o privado, por sistemas de comunicación telegráficos, facsimilares, electrónicos y similares, siempre que se deje constancia en el expediente de su recepción.” (Artículo 162 del Código Orgánico Tributario, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001).

El avance tecnológico ha llevado a que este Supremo Tribunal, para marchar a la par de la realidad social, considere válidamente interpuestos los amparos por vía electrónica, bajo ciertas condiciones, aún cuando ello no esté previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Decisión de la Sala Constitucional N° 523 del 09 de abril de 2001 dictada en el expediente N° 00-2317).

En el caso de autos, si bien es cierto que la recurrente fue notificada mediante un fax en el que se le envió el oficio N° 00532 de fecha 15 de julio de 1998, no lo es menos que ésta admitió que dicha notificación fue recibida.

A juicio de la Sala, la recepción por parte de la recurrente de ese fax, permitió que ésta tuviese conocimiento de las irregularidades y deficiencias que habían sido detectadas en la obra, prueba de esto es que, como ha sido señalado, en igual fecha, también mediante el uso del fax, la actora envió una comunicación al Director Estadal Ambiental de Falcón del M.A.R.N.R. en torno a las anomalías detectadas en la obra indicando que “las divergencias con la inspección son irrelevantes, lo mas importante es el cumplimiento de la ejecución de la obra (...) la empresa ha ejecutada (*sic*) mayor cantidad de obra de la establecida en el contrato si se analiza desde el día que fue presentado el proyecto de Contrato en fecha 12/11/97 al día que fue concluida la obra 5/5/98 las variaciones de costos (...)” (*sic*) (Resaltado de la Sala), dando así respuesta a lo solicitado.

De manera que en el caso de autos, el mencionado instrumento cumplió su finalidad que era la de notificar a la recurrente de las irregularidades detectadas en la ejecución de la obra, a fin de que “aclarar” la situación, y de ser el caso, subsanar “de inmediato” las deficiencias, y en fin pedirle que respondiera “a la mayor brevedad posible esta solicitud”, lo cual implicaba que aquella expusiera lo que considerara conveniente a los fines de ejercer su derecho a la defensa, como en efecto lo hizo.

Por otra parte se observa, que una vez dictado el acto administrativo N° 0256 de fecha 25 de marzo de 1999 emanado del Director de Finanzas del Ministerio del Ambiente, que ordenó que la recurrente reintegrara la cantidad de DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO CINCO BOLÍVARES CON TREINTA Y SIETE CÉNTIMOS (Bs. 17.436.105,37), ésta fue notificada tanto del contenido íntegro de ese acto, como de los recursos administrativos que procedían y el lapso para ejercerlos, lo cual le permitió recurrir del señalado acto administrativo, según se evidencia de los folios 26, 27, 32 al 34.

Las consideraciones anteriores llevan a esta Sala a concluir que el hecho de haber notificado por fax a la recurrente del procedimiento administrativo que se le seguía, no le impidió a ésta defenderse de las irregularidades que se le imputaban en cuanto a la obra; por lo que, en efecto, sí ejerció su derecho a la defensa en vía administrativa, debiendo ser desestimada su denuncia en este sentido. Así se decide.

### C. *Vicios*

#### a. *Falso supuesto*

**TSJ-SPA (0917)**

**6-6-2007**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Constructora Mergabi C.A. vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (hoy Ministerio del Poder Popular para el Ambiente).

Por otra parte, en relación al falso supuesto la actora señaló que las “actas fiscales, (...) no concuerdan con la realidad de lo acontecido, por cuanto mi representada ejecutó mayor cantidad de obra de la prevista en el contrato, (...)” (*sic*).

Respecto al falso supuesto, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que este vicio puede verificarse de dos maneras, a saber: “cuando la Administración, al dictar un acto administrativo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el

asunto objeto de decisión, en cuyo caso se incurre en el vicio de falso supuesto de hecho; por otra parte, cuando los hechos que dan origen a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración al dictar el acto los subsume erróneamente en una norma inaplicable al caso o en una inexistente en el universo normativo para fundamentar su decisión (lo cual incide decisivamente en la esfera de los derechos subjetivos de los administrados), se está en presencia de un falso supuesto de derecho que acarrearía la anulabilidad del acto (...)” (Sentencia N° 02779 de fecha 07 de diciembre de 2006).

b. *Inmotivación*

**TSJ-SPA (0846)**

**31-5-2007**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de Producción y el Comercio (Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y el Comercio).

2.- En segundo lugar, ha alegado la representación judicial de la empresa recurrente que el acto administrativo que impuso la sanción se encuentra viciado de inmotivación.

La jurisprudencia de esta Sala ha dejado sentado con relación a la motivación, que la misma es la expresión sucinta de los fundamentos de hecho y de derecho que dan lugar a la emisión de un acto por parte de la Administración, independientemente de la falsedad o no de la fundamentación expresada, siendo así necesario distinguir entre la motivación y el motivo del acto, el cual forma parte de los elementos de fondo del acto administrativo. De allí que la falsedad del motivo pueda acarrear la nulidad absoluta del acto, mientras que los vicios en la motivación sólo producen su anulabilidad, siendo subsanables en cualquier caso, salvo que afecten el derecho a la defensa del particular. (Ver sentencia N° 226 del 13 de febrero de 2003).

Es así como la motivación como requisito formal del acto administrativo, sólo podrá ocasionar la nulidad absoluta del acto cuando su ausencia tenga una incidencia directa en el derecho a la defensa del particular, restringiéndolo injustificadamente al impedir totalmente al administrado conocer los fundamentos de la decisión adoptada por la Administración.

## VI. LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Competencia: Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo*

**TSJ-SPA (0791)**

**30-5-2007**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Aeropuerto Caracas, C.A. vs. Consejo Legislativo del Estado Bolivariano de Miranda y Gobernador del Estado Bolivariano de Miranda.

**Los actos administrativos, tanto de efectos generales como particulares, dictados por las autoridades que conforman los Estados y Municipios, están bajo la égida de control de los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativos.**

En la oportunidad para decidir, se observa que el Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, declinó la competencia en esta Sala para conocer

el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con medida de suspensión de efectos, al considerar aplicable para la situación de autos el criterio establecido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante decisión N° 61 de fecha 23 de enero de 2007 en el expediente N° 06-1204 (Caso: *Juan Pablo Torres Delgado y otros vs. Alcalde del Municipio Metropolitano*).

...esta Sala Político-Administrativa mediante sentencias Números 440 del 15 de marzo de 2007, 538 y 552 del 18 de abril de 2007, aceptó la competencia que le fuera declinada por la Sala Constitucional, en la primera de ellas, y por un Juzgado Superior de lo Contencioso-Administrativo, en las otras dos, debe sin embargo acotarse lo siguiente:

1.- Los tres casos se circunscriben a recursos de nulidad contra actos de rango sublegal de efectos generales emanados del **Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas**; autoridad administrativa que, conforme a criterio de la misma Sala Constitucional, gobierna al Distrito Metropolitano de Caracas, la cual *“es una entidad estrictamente municipal”* referida *“a una fórmula de administración a nivel municipal, y no puede confundirse con un territorio federal autónomo, ya que el Constituyente no sólo no lo expresó así, sino que obró conforme al artículo 18 constitucional, que tomó en cuenta al Distrito Capital, como parte de la organización política del territorio nacional, diferenciado de otras entidades político-territoriales, como los Estados”*. (Destacado de la presente decisión).

2.- A la vista del fallo dictado por la Sala Constitucional, no se expresan los fundamentos legales o jurisprudenciales que sustentan el criterio allí expuesto, por el contrario aprecia la Sala que:

2.1- Conforme a los artículos 266.5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5.31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, a esta Sala Político-Administrativa le corresponde el control de la legalidad de los actos administrativos generales o individuales de los órganos que ejercen el Poder Público de **rango Nacional**.

2.2.- Sobre la base de esas normas, de manera pacífica la doctrina de este Máximo Tribunal, tanto en Sala Constitucional como en Sala Político-Administrativa, ha delimitado la competencia de esta última precisamente a los actos administrativos que emanan de autoridades de **rango Nacional**. Al efecto, resulta oportuno destacar que, entre otras, en sentencia N° 01.611 publicada el 29 de septiembre de 2004, esta Sala Político-Administrativa expresó lo siguiente:

“IV

#### DE LA COMPETENCIA

*(...) corresponde a esta Sala pronunciarse previamente sobre su competencia para conocer del recurso contencioso administrativo de nulidad, interpuesto y de ser el caso, acerca de su admisibilidad. En ese mismo sentido, debe emitir pronunciamiento expreso sobre la aceptación o no de la declinatoria de competencia que le fuere formulada para lo cual se observa:*

*En el presente caso, la recurrente interpuso un recurso contencioso administrativo de nulidad, conjuntamente con acción de amparo constitucional, contra el acto administrativo contenido en la Resolución N° CS 025/2000 de fecha 12 de septiembre de 2000, emanada del Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta, mediante la cual se dictó la Reforma Parcial del Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de la referida Casa de Estudios. Asimismo, impugnó el Oficio N° 066 de fecha 21 de febrero de 2001, emanado del Consejo Superior de la citada Universidad, mediante el cual se informa a la recurrente que su derecho a la jubilación puede ser ejercido ‘...cuando cumpla con los requisitos de tiempo de servicio y edad exigidos en el Reglamento de Jubilaciones y Pensiones del Personal Administrativo de la Universidad Nacional Abierta, dictado por el Consejo Superior en fecha 12 de sep-*

tiembre de 2000...". En virtud de ello solicitó "...se ordene el restablecimiento del derecho constitucional infringido y se ORDENE A LA UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA se proceda al otorgamiento del DERECHO A LA JUBILACIÓN A PARTIR DEL MES DE NOVIEMBRE DE 2001, a la ciudadana MILAGROS PESTANO HERNÁNDEZ, acogiéndose para ello al contenido del Reglamento de Jubilaciones y Pensiones del Personal Administrativo de la Universidad Nacional Abierta, publicado según la Resolución N° C.S. 018 de fecha 12 de abril de 1994, con goce del cien por ciento (100 %) del último sueldo devengado, tal y como lo dispone su Artículo 5° y que fue el derecho que adquirió mi poderdante desde el año 1994. Por último solicito respetuosamente a ese Honorable Tribunal sea condenada la Universidad Nacional Abierta (UNA) al pago de las costas y costos en las que ha incurrido mi representada en virtud de la violación habida sobre sus derechos constitucionales...".

Por su parte, el tribunal declinante al dictar su decisión de fecha 15 de marzo de 2004, consideró que la Resolución N° CS 025/2000 de fecha 12 de septiembre de 2000, emanada del Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta, es un acto de contenido normativo por consiguiente, de efectos generales por cuanto recae sobre un número indeterminado de sujetos de derecho y que de conformidad con lo establecido en el artículo 132 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo la del acto general que le sirve de fundamento, como sucede en el presente caso, existe un fuero de atracción siendo la primera atraída por la segunda, resultando en consecuencia, competente para conocer del asunto, la Sala Político-Administrativa de este Máximo Tribunal.

Al respecto, la Sala en su jurisprudencia, ha precisado lo siguiente:

'...en el presente caso, se ha interpuesto un recurso de nulidad, contra el acto administrativo de efectos particulares, contenido en las Resoluciones N° DP-2002-145 y DP-2002-160, mediante las cuales la parte actora fue removida del cargo que venía ejerciendo dentro de la Defensoría del Pueblo y también contra el acto administrativo de efectos generales, contenido en las Resoluciones N° DP-2001-174 y N° DP-2003-035, que contienen las Normas Transitorias que regulan el Régimen de Personal de la Defensoría del Pueblo, todo ello con fundamento a lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se establece lo siguiente:

'...Cuando se demande la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo la del acto general que le sirva de fundamento, y se alegaren razones de inconstitucionalidad para impugnarlos, se seguirá el procedimiento establecido en la Sección Tercera de este capítulo y el conocimiento de la acción y del recurso corresponderá a la Corte en Pleno...'.

..Omissis...

Expuesto lo anterior, la Sala debe reiterar que en efecto, el supuesto establecido en el artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, determina la competencia en virtud de la naturaleza normativa que tiene el acto de efectos generales, que sirve de fundamento al acto de efectos particulares. De allí que bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, haya atribuido la competencia para conocer de este tipo de recursos a la Corte en Pleno, ya que para esa oportunidad, dicho órgano era el que hacía las veces del máximo tribunal constitucional y en consecuencia, ejercía el control concentrado de las leyes y otros actos normativos, incluso de los Reglamentos. No obstante, la Sala Político Administrativa, aplicando el criterio de que a ella corresponde el control universal de todos los actos administrativos, indistintamente de que los motivos de impugnación sean por inconstitucionalidad o ilegalidad, precisó su criterio respecto a estos casos de impugnación conjunta de actos de efectos generales y actos de efectos particulares, dejando establecido que ella era la competente para conocer de aquellos y no la Corte en Pleno de la antes denominada Corte Suprema de Justicia.

En el asunto de autos, la parte actora ha impugnado conjuntamente, actos de efectos generales y actos de efectos particulares, dictados por el Defensor del Pueblo. En consecuencia, el criterio antes referido es el que resulta aplicable, más aún con la entrada en vigencia de la

*Constitución de 1999, que ha delimitado el ámbito de competencia de las jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción constitucional.*

*...Omissis...*

*De allí que habiéndose impugnado en el presente caso, la Resolución DP-2001-174, y la Resolución DP-2003-035, que contienen las Normas Transitorias que Regulan el Régimen de Personal de la Defensoría del Pueblo, la Sala debe declarar que la competencia para conocer de este recurso corresponde a la Sala Político Administrativa. Así se declara...'. (Vid. Sent. N° 01265 de fecha 19 de agosto de 2003).*

*Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, resulta necesario referirse a la disposición prevista en el numeral 28 del artículo 5 eiusdem, puesto que de alguna manera reproduce el contenido del citado artículo 132 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de la manera siguiente:*

*'5. Es competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:*

*(...omissis...)*

*28. Conocer, en alzada de las decisiones de los Tribunales Contencioso Administrativos, cuando su conocimiento no estuviera atribuido a otro tribunal, y de los recursos, cuando se demande la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo el acto general que le sirva de fundamento...".*

*Ciertamente en la parte final de la disposición transcrita se consagra ahora, expresamente, el criterio atributivo de competencia a favor de esta Sala Político-Administrativa, para conocer de aquellos recursos en los que se demande la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo, del acto administrativo de efectos generales que le sirva de fundamento, recogiendo de esta manera la interpretación de la Sala, respecto al contenido del citado artículo 132 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues tal y como se expuso, en su jurisprudencia estableció el criterio de que a ella le correspondía conocer de estos casos de impugnación conjunta de actos de efectos generales y actos de efectos particulares y no a la Corte en Pleno, en virtud de que es la Sala Político Administrativa, la que ejerce el control universal de todos los actos administrativos, indistintamente de que los motivos de impugnación sean por inconstitucionalidad o ilegalidad.*

*De allí que la Sala, deba ahora destacar, que el numeral 28 del citado artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, no sólo reproduce el contenido del artículo 132 en referencia, sino más importante aún, el avance interpretativo jurisprudencial de esta Sala, estableciendo el control universal de todos los actos administrativos, indistintamente de cuales hayan sido los motivos de impugnación.*

*En el presente caso, como se expuso, se ha interpuesto un recurso contencioso administrativo de nulidad, conjuntamente con acción de amparo constitucional, contra el acto administrativo contenido en la Resolución N° CS 025/2000 de fecha 12 de septiembre de 2000, emanada del Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta, mediante la cual se dictó la Reforma Parcial del Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de la referida Casa de Estudios. Asimismo, se impugnó el referido Oficio N° 066 de fecha 21 de febrero de 2001, emanado del Consejo Superior de dicha Universidad. Es decir, que tal y como se ha señalado, la parte actora impugnó conjuntamente un acto de efectos generales y otro de efectos particulares. De allí, que el citado criterio jurisprudencial sea el aplicable, en lo relativo a que un mismo órgano judicial sea el competente para conocer tanto del acto de efectos particulares como del general que le sirve de fundamento.*

*No obstante, debe precisar la Sala, que en el caso que se examina, el acto general que sirve de fundamento, es decir, aquel mediante el cual se dictó la Reforma Parcial del Reglamento*

*de Jubilaciones y Pensiones de la Universidad Nacional Abierta, es un acto emanado del Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta y no de uno de los órganos superiores de la Administración Pública Central. Es por ello que precisado lo anterior, resulta necesario referir la jurisprudencia reciente de esta Sala, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido siguiente:*

*‘...El artículo 5, numeral 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, establece:*

*‘5. Es competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:*

*(...omissis...)*

*30. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Poder Ejecutivo Nacional, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad;*

*(...)*

*El Tribunal conocerá en (...) Sala Político Administrativa los asuntos previstos en los numerales 24 al 37.(...)’.*

*Asimismo, ha establecido esta Sala que su competencia para conocer de la nulidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional, en aras de la desconcentración de la actividad jurisdiccional de este Máximo Tribunal, se limitará a los actos administrativos individuales emanados de los órganos superiores de la Administración Pública Central, que a tenor de lo pautado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública son: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, El Consejo de Ministros, los Ministros o Ministras, los Viceministros o Viceministras. Igualmente, la Sala ha sentado que le corresponde conocer de los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y gabinetes ministeriales...’. (Vid. Sent. N° 1027 de fecha 11 de agosto de 2004, caso: Nancy Leticia Ferrer Cubillán vs. Consejo de Apelaciones de la Universidad del Zulia).*

*En efecto, en el caso que se analiza, como ha quedado evidenciado con la jurisprudencia citada, aún cuando se ha impugnado “...la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo el acto general que le sirva de fundamento...”, la Sala Político-Administrativa, no es la competente para conocer del recurso de nulidad, interpuesto contra el acto administrativo de efectos generales contenido en la Resolución N° CS 025/2000 de fecha 12 de septiembre de 2000, emanada del Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta y en consecuencia, tampoco del acto administrativo de efectos particulares contenido en el Oficio N° 066 de fecha 21 de febrero de 2001, emanado del Consejo Superior de dicha Universidad, ya que los mismos, no son actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central. De allí que la competencia para conocer y decidir acerca de la nulidad tanto del acto administrativo de efectos generales como el de efectos particulares impugnados en el presente caso, corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.”*

A su vez, la Sala Constitucional en sentencia N° 985 del 11 de mayo de 2006, señaló:

*“(...) En primer lugar esta Sala observa del escrito libelar presentado, que el apoderado accionante, en principio calificó su solicitud, como una acción de amparo autónoma, contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en la Resolución N° 01-00-042 del 30 de marzo de 2005, dictada por el Contralor General de la República y contra la decisión del 23 de noviembre de 2004, dictada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades Administrativas, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República.*

*Ahora bien, a pesar del impreciso y confuso escrito libelar presentado por el apoderado accionante, esta Sala pudo deducir, después de la lectura del petitorio (página seis 6), que el presente recurso va dirigido a solicitar la nulidad de unas decisiones dictadas por la Contraloría General de la República y no la de interponer una acción de amparo autónoma contra dichas decisiones, como en un principio el accionante señaló.*

*Omissis*

*Por estas razones, esta Sala pasa a decidir, la presente solicitud como un recurso de nulidad conjuntamente con solicitud de medida cautelar y, en tal sentido, observa que:*

*En el sistema judicial que impera en nuestro país, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, más recientemente, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentran perfectamente delimitadas las competencias de la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa, en atención al rango de las actuaciones objeto de control, es decir, a su ubicación dentro del esquema piramidal de fuentes del Derecho, como advirtió esta Sala Constitucional (vid. stc. n° 6/2000, caso: Milagros Gómez) y ha ratificado consecuentemente desde entonces.*

*Asimismo, el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa como los «[...] competentes para anular los actos administrativos 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 [...]».*

*En este sentido, esta Sala Constitucional carece de competencia para juzgar, respecto de la pretensión de nulidad del acto administrativo impugnado en esta oportunidad, expedido por el Contralor General de la República, dada su jerarquía normativa como un acto de rango sublegal, expedido por un órgano del Poder Público Nacional, como la Contraloría General de la República, por cuanto a diferencia de otros recursos ejercidos ante esta Sala, en el presente caso no se ha impugnado la norma en que dicho acto se ha fundamentado (artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Tal atribución, en cambio, está expresamente conferida a la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia.*

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece en su artículo 5, numeral 31, lo siguiente:

(...)

**31. Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango Nacional;**

(...)

*El Tribunal conocerá en Sala Plena lo asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2. En Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23. En Sala Político Administrativa los asuntos previstos en los numerales 24 al 37. En Sala de Casación Penal los asuntos previstos en los numerales 38 al 40. En Sala de Casación Civil el asunto previsto en los numerales 41 al 42. En Sala de Casación Social los asuntos previstos en los numerales 43 y 44. En Sala Electoral los asuntos previstos en los numerales 45 y 46. En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida (...).*

*Atendiendo tal precedente, esta Sala Constitucional, declina el conocimiento del presente asunto, en la Sala Político- Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide (...).*”

Conforme al marco jurídico antes esbozado, se impone por tanto aclarar que el criterio establecido por la Sala Constitucional en la decisión N° 61 de fecha 23 de enero de 2007 (Caso: *Juan Pablo Torres Delgado y otro vs. Alcalde del Municipio Metropolitano*), fue acatado por esta Sala Político-Administrativa en función de la sujeción estricta que -por principio- exige la doctrina emanada de aquella Sala, en espera que en ulterior oportunidad su desarrollo jurisprudencial permita esclarecer las dudas que al respecto se presentan.

Establecido lo anterior, en la situación de autos se observa que los actos administrativos impugnados fueron dictados por autoridades estatales, concretamente, el Consejo Legislativo del Estado Bolivariano de Miranda y el Gobernador del Estado Bolivariano de Miranda, respectivamente.

Así, salta a la vista, que las autoridades antes señaladas no son aquellas que conforman un ente político territorial semejantes a las que integran el Distrito Metropolitano de Caracas, motivo por el cual el criterio que sirvió como base a la declinatoria de competencia objeto de examen, resulta inapropiado en el caso de autos, atendiendo al carácter estatal de las autoridades de las cuales emanaron los actos, pues más bien se revela que ambas Salas (Constitucional y Político-Administrativa) han sido consecuentes en declarar que los actos administrativos, tanto de efectos generales como particulares, dictados por las autoridades que conforman las demás entidades político territoriales (Estados y Municipios), están bajo la égida de control de los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativos.

En efecto, sobre la materia interesa destacar la sentencia N° 1900 del 27 de octubre de 2004 (Ponencia Conjunta), en la que visto el silencio de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Político-Administrativa ratificó la competencia en primera instancia de los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativo para conocer y decidir las impugnaciones, tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad, contra los actos administrativos generales e individuales dictados por las autoridades Estadales, como por las municipales. En dicho fallo se estableció lo siguiente:

*“(...) con base a todo lo anteriormente expuesto, mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, será competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo:*

*omissis*

*3°. Conocer de las acciones o recursos de nulidad, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, contra los actos administrativos emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción.*

*omissis”.*

Obsérvese en el mismo sentido, entre otras, la sentencia N° 320 del 7 de marzo de 2001 de esta Sala Político-Administrativa.

Cabe reseñar igualmente, que la doctrina reiterada de la Sala Constitucional, reflejada, por ejemplo, en sentencia N° 194 del 4 de abril de 2000, cuyo contenido es similar al señalado en el párrafo precedente y en la que, además, concretamente, se abandonó el criterio conforme al cual cuando frente al acto de rango sublegal se denunciaran vicios de inconstitucionalidad, la competencia sería de esta Sala Político-Administrativa.

Siguiendo ese criterio, la misma Sala Constitucional en un caso donde se demandó la nulidad de un acto de rango sublegal y de efectos generales dictado por una autoridad estatal, en sentencia N° 730 del 18 de julio de 2000 (Exp. 00-734), declaró:

*“Acogiendo el criterio antes expuesto y por cuanto en el presente caso se trata de un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con acción de amparo en contra del Reglamento Interno Disciplinario de los Docentes al Servicio del Estado Miranda, y de la Resolución N° 633 de fecha 21 de diciembre de 1998 expedida por el Secretario General de Gobierno del Estado Miranda, se inaplica en este caso la norma contenida en el primer aparte del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y se concluye que en este caso corresponde el conocimiento y decisión de la causa a un Tribunal Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital, conforme a la motivación que antecede”.*

En este mismo contexto, es de particular importancia resaltar que, en sentencia N° 202 del 14 de febrero de 2007, la propia Sala Constitucional reiteró la competencia de los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativo para conocer de los recursos contenciosos administrativos de nulidad ejercidos contra los actos de rango sublegal dictados por las autoridades Estadales, sin hacer distingo en cuanto a los efectos generales o particulares de los mismos.

La decisión comentada es parcialmente del siguiente contenido:

*“...Las sociedades mercantiles recurrentes impugnan ante esta Sala Constitucional el Decreto N° 806 dictado por el Gobernador del Estado Nueva Esparta el 17 de julio de 2006, publicado en la Gaceta Oficial de esa entidad estadal en esa misma fecha, Número Extraordinario E-734. Dicho acto establece una serie de medidas administrativas adoptadas por el Ejecutivo Regional tendientes a recuperar la administración, conservación y aprovechamiento de las actividades aeroportuarias llevadas a cabo en el Aeropuerto Internacional del Caribe “General en Jefe Santiago Mariño” y del Aeropuerto de la Isla de Coche “Teniente Coronel Andrés Salazar Marcano”, ello a través de la figura contractual del rescate anticipado de la concesión del servicio, otorgado a las sociedades mercantiles que funjan como actoras en el presente juicio de nulidad por el Contrato de Alianza Estratégica para la Prestación de los Servicios en esos terminales aeroportuarios.*

*Tales medidas fueron adoptadas por la autoridad estadal en el marco de la relación jurídica sostenida con las sociedades mercantiles que desarrollan, mediante concesión, la prestación del servicio aeroportuario en esa entidad. En tal sentido, como actividad administrativa y, por tanto, de rango sublegal, no se trata de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de alguna atribución o competencia conferida por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que, conforme a lo preceptuado en el numeral 2 del artículo 336 constitucional, pueda ser objeto de control directamente ante esta Sala Constitucional.*

*En tal sentido, visto que el Gobernador del Estado Nueva Esparta es una autoridad estadal, sus actos, actuaciones y omisiones son controladas jurisdiccionalmente, a través de los medios que prevé el ordenamiento procesal administrativo, por el Juzgado Superior en lo Contencioso Administrativo de la Región Nororiental, conforme al reparto competencial efectuado provisionalmente -ante la falta de regulación específica en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- por la Sala Político-Administrativa de este Alto Tribunal en su sentencia N° 1900 del 27 de octubre de 2004, caso: “Marlon Rodríguez contra la Cámara Municipal del Municipio ‘El Hatillo’ del Estado Miranda”. (Destacado con negrillas de esta Sala Político Administrativa).*

En el marco del presente fallo, obsérvese que la decisión precedentemente transcrita es incluso posterior a la decisión de la Sala Constitucional N° 61 del 23 de enero de 2007 (Exp. N° 06-1204, Caso: *Juan Pablo Torres vs. Alcalde del Municipio Metropolitano*), lo que permite inferir que el criterio establecido en el último de los mencionados fallos, no fue considerado por esa Sala extensible a ese tipo de actos, cuando emanaran de autoridades estadales, como ocurre en el presente caso.

A la luz del análisis precedente, resulta claro que a esta Sala no le corresponde la competencia para conocer el caso de autos por lo que se impondría declarar al Juzgado Superior

Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, como órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir el presente recurso, ordenándose en consecuencia, la remisión del expediente a dicho Juzgado.

B. *Suspensión de efectos del acto administrativo*

**TSJ-SPA (0817)**

**31-5-2007**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Federación Médica Venezolana vs. Ministerio del Poder Popular para la Salud, y Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura.

**La medida cautelar consagrada en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sólo está dirigida a suspender los efectos de los actos administrativos de efectos particulares.**

Para resolver la suspensión de efectos requerida, esta Sala observa:

La medida cautelar solicitada por la representación judicial de la Federación Médica Venezolana se circunscribe a suspender los efectos de la Resolución N° 399-112 de fecha 24 de noviembre de 2006, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.572 del 27 de igual mes y año, dictada conjuntamente por los Ministros de Salud y de Infraestructura, en la cual se estableció el lapso de dos (2) años de vigencia de los Certificados Médicos para Conducir Vehículos de Motor.

Ahora bien, la parte actora solicitó la suspensión de efectos de la Resolución recurrida haciendo referencia a la factibilidad de aplicar, en este caso, la norma que prevé la medida de suspensión de efectos propia de los actos administrativos de efectos particulares, por la distinción doctrinaria y jurisprudencial realizada entre actos generales normativos de efectos generales y actos no normativos de efectos particulares, sin señalar con claridad y certeza el fundamento de su solicitud.

Al respecto, debe indicar esta Sala que la medida cautelar consagrada en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, anteriormente establecida en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sólo está dirigida a suspender los efectos de los actos administrativos de efectos particulares, por lo cual dicha norma no resulta aplicable en el caso de autos tomando en consideración que el recurso contencioso administrativo de nulidad ha sido ejercido contra una Resolución ministerial que goza de las características propias de los actos administrativos de efectos generales -alcance normativo general, abstracto, indeterminado e impersonal- actos éstos a los cuales no les es aplicable la norma en referencia.

No obstante lo anterior, atendiendo al contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, basado en el derecho que tiene toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, previendo expresamente la garantía de una justicia gratuita, autónoma, sin dilaciones indebidas o reposiciones inútiles, y de conformidad con lo establecido en el artículo 259 del Texto Constitucional, que prescribe el amplio poder del juez contencioso administrativo para decretar de oficio o a instancia de partes, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva o para restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad de la Administración, esta Sala considera pertinente pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada por la parte accionante.

C. *Pruebas. Prueba documental: Expediente administrativo***TSJ-SPA (0992)****14-6-2007**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Alban Fernando Dore Mejías vs. Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

**La no remisión del expediente administrativo constituye una grave omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una presunción favorable a la pretensión de la parte accionante.**

1. Revisadas las actas procesales, se observa que el entonces Ministerio de la Defensa, hoy Ministerio del Poder Popular para la Defensa, no remitió el expediente administrativo que le fuera solicitado por este Tribunal mediante Oficios N° 6259 y 3771, de fechas 25 de julio de 2005 y 26 de junio de 2006, respectivamente.

Ahora bien, el expediente administrativo está constituido por el conjunto de actuaciones previas que están dirigidas a formar la voluntad administrativa, y deviene en la prueba documental que sustenta la decisión de la Administración. Por tanto, sólo a ésta le correspondía la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos; su no remisión constituye una grave omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una presunción favorable a la pretensión de la parte accionante.

En este sentido, se insiste en que la remisión de los antecedentes administrativos es una carga procesal de la Administración, cuya omisión puede acarrear consecuencias negativas para ésta como parte que es en el proceso, pues no puede el juzgador apreciar en todo su valor el procedimiento administrativo, así como tampoco las razones de hecho y de derecho que fundamentaron la decisión.

No obstante, ello no releva a la parte actora de las cargas procesales indispensables para sustentar su pretensión, entre ellas el acompañar los documentos fundamentales que permitan verificar la legalidad o no de las actuaciones administrativas que alegue lesivas de su esfera de derechos.

Concluye la Sala entonces, que debe pronunciarse con base en los argumentos expuestos por las partes y las probanzas traídas al proceso por la parte actora. Así se declara.

2. *El Contencioso Administrativo de Interpretación: Competencia***TSJ-SC (609)****9-4-2007**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones.

**A fin de determinar la competencia para conocer de la acción de interpretación, se debe precisar la “materia” que regula la norma en cuestión, es decir, el ámbito de relaciones sobre las que incide (civiles, mercantiles, laborales, administrativas, por citar parte de una clasificación tradicional de relaciones intersubjetivas regidas por el Derecho).**

Se ha solicitado a esta Sala la interpretación de un texto legal: el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones. Ahora bien, la competencia de esta Sala para conocer y decidir sobre la interpretación de normas esta supeditada al Texto Fundamental, (sen-

tencia 1415/200) y a las que integran el bloque de la constitucionalidad (sentencia 1860/2001), del cual forman parte: a) los tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organismos multiestatales (cf. sent. N° 1077/2000, caso: *Servio Tulio León*); b) las normas generales dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente (cf. al respecto sent. N° 1563/2000, caso: *Alfredo Peña*) o, c) aquellas otras normas también de rango legal que cumplen una función constitucional, tal como lo ha justificado el Tribunal Constitucional español y lo ha comentado alguna doctrina (Rubio Llorente: “El bloque de la constitucionalidad”, en el *Libro Homenaje a E. García de Enterría*, Tomo I, pp. 3-27).

Si bien no existía una disposición concreta que lo previese, esta Sala tempranamente declaró su competencia, dentro de la estructura del Máximo Tribunal, para conocer de las solicitudes de interpretación del Texto Constitucional, así como en los supuestos en que la constitucionalidad esté involucrada como parte de un bloque de normas y principios de rango supremo (sentencia N° 1077/2000, caso: *Servio Tulio León*; criterio reiterado luego de forma pacífica en toda la jurisprudencia de la Sala).

El reconocimiento de una acción autónoma para lograr que el Tribunal Supremo de Justicia fije el sentido y alcance de la Constitución (y el bloque de constitucionalidad) se fundamentó en la cualidad que tiene esta Sala como garante máximo del respeto del Texto Fundamental, así como en el poder que expresamente se le atribuye para la interpretación vinculante de sus normas.

En todo caso, la Sala ha dejado claramente establecido que la acción de interpretación constitucional es distinta a la de interpretación de “textos legales”, que sí estaba recogida expresamente en nuestra legislación desde hacía décadas como competencia exclusiva de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal (número 24 del artículo 42 de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), competencia que ahora tienen todas las Salas del Tribunal Supremo, en atención a lo establecido en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia tampoco previó la acción de interpretación constitucional, pero sí la de las leyes, confirmando lo que había sido el criterio de esta Sala sobre la competencia distribuida entre todas las Salas que integran el más Alto Tribunal de la República. Esta ausencia de previsión legal acerca de la acción de interpretación constitucional es comprensible, por cuanto la jurisprudencia de esta Sala había dejado claramente sentado que se derivaba de los propios poderes que consagra la Constitución, por lo que resultaría irrelevante su previsión expresa. Es, en pocas palabras, un poder consustancial a su misión constitucional.

Esta Sala, con base en lo expuesto, ha aceptado siempre su competencia para conocer de la interpretación constitucional, pero la ha declinado cuando se trata de pretensiones interpretativas de textos legales, como sucede en el caso de autos. Sin embargo, los accionantes en el presente caso afirmaron la competencia de la Sala, aun siendo un recurso respecto a una ley, en el entendido de que el asunto debatido guarda relación con tres disposiciones constitucionales.

Ahora bien, no comparte la Sala la apreciación de los actores, sin negar la posible vinculación del asunto que plantean con esas tres (o más) disposiciones de la Constitución, toda vez que lo normal es ese nexo, más o menos notorio, entre la legislación y los postulados de rango supremo. No puede, entonces, sostenerse que la relación de una norma legal con las normas constitucionales sea fundamento suficiente para que esta Sala fije su sentido y alcance, pues sería tanto como desplazar a ella la casi totalidad de las acciones autónomas de interpretación.

En realidad, lo relevante a efectos de la determinación de la competencia para conocer de la acción de interpretación, es precisar la “materia” que regula la norma en cuestión, es decir, el ámbito de relaciones sobre las que incide (civiles, mercantiles, laborales, administrativas, por citar parte de una clasificación tradicional de relaciones intersubjetivas regidas por el Derecho).

En el caso de autos, se trata de una norma legal que regula la figura del arbitraje respecto de inversiones extranjeras, respecto de la cual a los accionantes se les presenta la duda acerca de si contiene una declaración de consentimiento general (legal) del Estado venezolano de someterse siempre a tal medio de solución de conflictos o si, por el contrario, es sólo una previsión que exige ese consentimiento en cada oportunidad en que sea necesario.

Es evidente, entonces, que se trata de un asunto de Derecho Público, sobre las relaciones (en este caso, la solución de controversias) derivadas de la inversión extranjera en el Estado venezolano, lo que hace que la competencia, por la materia, corresponda a la Sala Político-Administrativa de este Máximo Tribunal, con base en el número 6 del artículo 266 de la Constitución y número 52 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

### 3. *El Contencioso Administrativo Especial*

#### A. *El Contencioso Administrativo Tributario: Competencia*

**TSJ-SPA (1099)**

**20-6-2007**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Servicios Halliburton de Venezuela, S.A. vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

**En lo relativo a la materia fiscal, en aquellos supuestos en los cuales la competencia territorial para la interposición del recurso contencioso tributario presente dudas, deberá determinarse el Tribunal Superior Regional competente para conocer la reclamación judicial, a través de la noción del domicilio fiscal del recurrente.**

El presente caso se circunscribe a regular la competencia en un recurso contencioso tributario interpuesto por la representación judicial de la contribuyente, sociedad mercantil **SERVICIOS HALLIBURTON DE VENEZUELA, S.A.**, “*en contra de la Resolución N° GGSJ/GR/DRAAT/2006/993 de fecha 31 de mayo de 2006*”, emanada de la **GERENCIA GENERAL DE SERVICIOS JURÍDICOS DEL SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA (SENIAT)**, adscrita al Ministerio del Poder Popular para las Finanzas, la cual, declaró “**PARCIALMENTE CON LUGAR**”, el recurso jerárquico interpuesto por la mencionada contribuyente, contra la Resolución N° RZ-SA-R-2003-500165 de fecha 26 de diciembre de 2003, emanada de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Zuliana y la División de Sumario Administrativo de la misma Región.

Ahora bien, se impone a la Sala, como Máxima Instancia de la jurisdicción contencioso tributaria, precisar los factores de enlace de las reclamaciones judiciales que surjan en razón de la actividad fiscal, con las potestades jurisdiccionales de los Tribunales Superiores que la integran, vale decir, con las diversas regiones judiciales creadas en la materia, a cuyo efecto observa:

El artículo 262 del Código Orgánico Tributario vigente, dispone:

*“Artículo 262: El recurso podrá interponerse directamente ante el tribunal competente, o por ante un juez con competencia territorial en el domicilio fiscal del recurrente. Asimismo, podrá interponerse ante la oficina de la Administración Tributaria de la cual emanó el acto...”*. (Resaltado de la Sala).

De la norma antes transcrita, se evidencia que el legislador tributario en desarrollo de los mencionados principios de libre acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, considera de suprema importancia el domicilio fiscal del recurrente, como aquel elemento que permite con mayor eficacia, regionalizar la justicia y acercarla a los administrados en los términos expuestos.

Así, en lo relativo a la materia fiscal, en aquellos supuestos en los cuales la competencia territorial para la interposición del recurso contencioso tributario presente dudas, deberá determinarse el Tribunal Superior Regional competente para conocer la reclamación judicial, a través de la noción del domicilio fiscal del recurrente.

El criterio precedente ha sido asumido por esta Sala en sentencia N° 1.434 del 15 de septiembre de 2004, Caso: *Papelería y Librería Tauro, C.A.*, ratificado por esta Sala en su fallo N° 2.358 de fecha 28 de abril de 2005, habiéndose expuesto lo siguiente:

*“Artículo 32: A los efectos tributarios y de la práctica de las actuaciones de la Administración Tributaria, se tendrá como domicilio de las personas jurídicas y demás entes colectivos en Venezuela:*

- 1. El lugar donde esté situada su dirección o administración efectiva.*
- 2. El lugar donde se halle el centro principal de su actividad, en caso de que no se conozca el de su dirección o administración.*
- 3. El lugar donde ocurra el hecho imponible, en caso de no poder aplicarse las reglas precedentes.*
- 4. El que elija la Administración Tributaria, en caso de existir más de un domicilio según lo dispuesto en este artículo, o sea imposible determinarlo conforme a las reglas precedentes.*

*Así, la norma transcrita distingue las reglas según las cuales se determina el domicilio fiscal. El artículo describe varios fueros sucesivamente concurrentes, donde la segunda opción opera sólo en defecto de la primera, la tercera sólo en defecto de la segunda y así sucesivamente hasta llegar a la última opción, en la cual la Administración Tributaria tiene amplias facultades de imposición.*

*Conforme a lo anterior, se establece que el domicilio fiscal del recurrente corresponderá al lugar donde esté situada la dirección o administración efectiva de la contribuyente o, en su defecto, donde se halle el centro principal de su actividad, o en defecto de ambas, donde ocurra el hecho imponible, o en defecto de estos lugares, donde elija la Administración Tributaria...”*.

Ahora bien, en atención al criterio parcialmente transcrito y por cuanto constata la Sala de las actas procesales cursantes a los folios ciento veintinueve (129), ciento treinta (130), cuatrocientos setenta y cuatro (474) y cuatrocientos setenta y cinco (475), respectivamente, contentivas: a) del documento poder otorgado por el ciudadano José de Oliveira Parejo, actuando en su carácter de Director Principal de la contribuyente de autos, el cual fuera autenticado ante la Notaría Pública Novena del Municipio Libertador del Distrito Capital en fecha 07 de febrero de 2007, inscrito bajo el N° 58, Tomo 19 de los libros de autenticaciones llevados por la mencionada Notaría, y b) de la planilla de actualización temporal del Registro Único de Información Fiscal, que el domicilio fiscal de la contribuyente se encuentra ubicado en la “Calle 13 con Calles 4 y 5, Edificio Halliburton, Piso PB, Zona Industrial de Maturrín” todo lo cual vincula en los términos que anteceden, al Tribunal Superior de lo Conten-

cioso Tributario de la Región Oriental, con sede en la ciudad de Barcelona, con competencia en los Estados Anzoátegui, Monagas, Sucre, Nueva Esparta, y en las Dependencias Federales, y en consecuencia corresponde al mencionado órgano jurisdiccional la competencia para conocer del caso de autos. Conforme a lo expuesto debe revocarse la sentencia del a quo de fecha 28 de febrero de 2007, en la cual se declaró incompetente. Así se declara.

B. *El Contencioso Administrativo Electoral*

**TSJ-SE (90)**

**14-6-2007**

Magistrado Ponente: Luis Alfredo Sucre Cuba

Caso: Tomas Francisco Aguilera Hurtado vs. Acto de escrutinio de Elecciones Internas del Movimiento UDO-70 para seleccionar el Candidato a Decano o Decana de la Universidad de Oriente, Núcleo Anzoátegui, período 2007-2010.

**La Sala Electoral establece que otras atribuciones competenciales le corresponden, distintas a las establecidas en los apartes 46 al 52 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.**

Antes de proceder al análisis de la situación planteada en relación con la pretensión de amparo cautelar que nos ocupa en esta oportunidad, esta Sala Electoral debe establecer, como punto previo, su competencia para conocer de la presente acción y, en caso de resultar competente para conocer y decidir la presente causa, emitir de seguida un pronunciamiento en torno a su admisibilidad, pues, resulta que la referida pretensión cautelar es accesoria de la acción principal: recurso contencioso electoral.

En ese sentido, la Sala Electoral debe reiterar que ante la inexistencia de desarrollo legislativo de las normas constitucionales que instauraron la jurisdicción contencioso electoral, su ámbito de competencia vino estableciéndose por vía jurisprudencial desde la sentencia N° 2 del 10 de febrero de 2000 (Caso: *Cira Urdaneta de Gómez*), partiendo de dos (2) criterios fundamentales. El orgánico, referido al origen del acto, actuación u omisión, y el material, concerniente al contenido del acto.

Es así como desde entonces corresponde a esta Sala Electoral ejercer *-en forma exclusiva y excluyente-* el control de legalidad y constitucionalidad de los actos, actuaciones y omisiones emanados de los órganos del Poder Electoral, así como de los órganos de los entes enumerados en el numeral 6 del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, vale decir, sindicatos, gremios profesionales, organizaciones con fines políticos y otras organizaciones de la sociedad civil. (Énfasis agregado)

El 20 de mayo de 2004 entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en cuyo artículo 5, apartes 45 y 46, establece como competencia específica de la Sala Electoral el conocimiento de los recursos que se ejerzan contra actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas con la designación de miembros de organismos electorales, con el Registro Electoral Permanente, con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional, así como también de aquellos fallos emanados de los Tribunales con competencia en materia electoral, que aún cuando no fueren recurribles en casación, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Electoral.

Además de estas competencias específicas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece otras de carácter general que corresponderán a la Sala afín con la materia debatida, tales como las previstas en los apartes 47, 48, 49, 50, 51 y 52 del artículo 5, referi-

das a la competencia residual de controversias litigiosas, avocación, recursos de hecho, acciones conexas, conflictos de competencias, y la interpretación de leyes respecto a su alcance e inteligencia.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dejó de regular en su integridad los postulados constitucionales que instauraron la jurisdicción contencioso electoral, razón por la cual esta Sala Electoral procedió a examinar los criterios jurisprudenciales establecidos, adoptando una interpretación presidida por el principio de supremacía constitucional y por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales concernientes a la organización y funcionamiento de los órganos judiciales establecidos en la Carta Magna, con el objeto de complementar la competencia asignada en el novedoso texto legal en referencia.

Bajo esas premisas conceptuales, esta Sala Electoral estableció que, además de las atribuciones competenciales que le corresponden de acuerdo con los apartes 46 al 52 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a la misma le sigue correspondiendo conocer los siguientes asuntos:

1) Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos relacionados con su organización, administración y funcionamiento.

2) Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales, y otras organizaciones de la sociedad civil.

3) Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra actos, actuaciones u omisiones relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en lo político.

4) Los recursos de interpretación que se interpongan con el objeto de determinar el sentido y alcance de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, de otras leyes que regulen la materia electoral y la organización, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, en cuanto sean compatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De igual modo, hasta tanto se dicte la correspondiente ley y la Sala Electoral sea el único órgano integrante de la jurisdicción contencioso electoral, le seguirá correspondiendo conocer las acciones de amparo autónomo contra los actos, actuaciones u omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que lógicamente detenten competencia en materia electoral, e igualmente de las solicitudes de amparo cautelar que en su ámbito de competencia material sean interpuestas conjuntamente con recursos contencioso electorales. (Cfr. Sentencia N° 77 del 27 de mayo de 2004)

Dicho lo anterior, la Sala Electoral observa que no es posible determinar *prima facie* cuál es la naturaleza jurídica del Movimiento Institucional Universitario UDO-70 y si éste goza de personalidad jurídica. Sin embargo, de acuerdo con los instrumentos (estatutos internos) que cursan en el expediente, se trataría de un ente de carácter privado, organizado en todos los núcleos de la Universidad de Oriente y cuya esencia está orientada a buscar la verdad a través de la docencia, investigación y extensión, y que a reserva de lo que resulte más adelante en el presente asunto, podría erigirse como mecanismo de participación política en los asuntos de interés colectivo de la Universidad de Oriente, desligado del gobierno y de los partidos políticos.

De modo que dicho ente podría asimilarse a una de las organizaciones de la sociedad civil, cuyos actos, actuaciones y omisiones de naturaleza electoral caen bajo el control de legalidad y constitucionalidad ejercido por este órgano judicial, de conformidad con el numeral 6 del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a través del recurso contencioso electoral a que se refiere el artículo 235 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Por esta razón, la Sala Electoral estima que le corresponde la competencia para conocer de la presente acción, en el entendido de que se trata de una impugnación de naturaleza electoral ejercida contra actos de un órgano electoral de un ente privado que podría asimilarse a una de las organizaciones de la sociedad civil, y así se decide.

## VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad: Suspensión de efectos de una norma como medida cautelar*

**TSJ-SC (1348)**

**27-6-2007**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación del artículo 37 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación y el artículo 2.7 del Reglamento de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, referido a los aportes e inversión.

**La suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al Derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas**

Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que la suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al Derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas. Al efecto ha declarado que, por el contrario, en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter *erga omnes*, las normas en principio deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez.

En el caso de autos se han impugnado una norma legal y una reglamentaria, referidas a los aportes para la inversión que deben efectuar determinadas empresas.

La parte actora afirma, respecto de uno de los requisitos esenciales para la procedencia de la medida cautelar –el *periculum in mora*– que se les causaría un perjuicio irreparable si tuvieran que efectuar el aporte establecido en la Ley, sin obtener a cambio compensación alguna.

Ahora bien, es evidente que tal afirmación no permite a la Sala determinar que existe ese gravamen irreparable, que justifique la suspensión de las normas impugnadas.

Al decidir sobre la protección cautelar solicitada en el expediente N° 05-2361 (sentencia N° 204/2006), en el que se pidió la suspensión de numerosas normas, entre ellas el artículo 37 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, esta Sala sostuvo:

*“Respecto al eventual perjuicio patrimonial -impacto financiero- que pudieran sufrir las accionantes, por el pago de los montos derivados de la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos impugnados, se observa que a los fines de demostrar tal perjuicio, deben consignarse documentos contables, estados financieros de la sociedad mercantil o al menos informes de expertos contables, de los cuales pueda desprenderse que la aplicación de las normas objeto de impugnación afectarían significativamente su estabilidad económica (Vid. Sentencias de esta Sala N° 5.090/2005, caso: “Makro Comercializadora, S.A.” y N° 200/2004, caso: “Caribe Motor y otras.”).*

*Por lo tanto, al no constar en autos un solo instrumento que permita a esta Sala ponderar la presión fiscal alegada a la cual están siendo -o serán- sometidas las contribuyentes en cuestión y determinar preliminarmente si la aplicación de las normas impugnadas afectan en forma ilegítima los derechos invocados, esta Sala debe declarar improcedente la protección cautelar innominada solicitada, al no existir pruebas que permitan presumir un peligro en la situación jurídica de las afectadas que no sea reparable en la definitiva, por lo que resulta innecesario un pronunciamiento en torno a la presunción de buen derecho en el presente caso. Así se decide”.*

Para la Sala, en el presente caso tampoco los demandantes han demostrado ese perjuicio económico irreparable, por lo que niega la medida solicitada, por no haberse satisfecho los requisitos para su concesión. Así se declara.

*Voto Concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz concurre con la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede por las siguientes razones:

Aunque se concuerda con la denegación de la medida cautelar que fue solicitada, en su análisis al respecto la Sala señaló:

*“Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que la suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye un respuesta excepcional del juez frente a violaciones al Derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas. Al efecto ha declarado que, por el contrario, en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter *erga omnes*, las normas en principio deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez.”*

Tal afirmación no puede ser compartida porque se enfrenta con la naturaleza misma de las medidas cautelares como concreción principalísima del derecho constitucional a la tutela judicial eficaz, en tanto garantizan, *ab initio* las resultas del proceso, de *cualquier* proceso, aún el que corresponde a una demanda de nulidad de normas. También en estos casos, ante el cumplimiento con los requisitos de procedencia, la medida debe ser otorgada.

Las circunstancias que apunta la Sala que le darían ese supuesto carácter “excepcional” a la suspensión de una norma, en realidad, son manejables desde, precisamente, el análisis de la satisfacción de los extremos de ley, comunes para toda medida de esta naturaleza. Así, la presunción de constitucionalidad de la que están revestidas las normas hasta pronunciamiento judicial en contrario, simplemente opera como un elemento de análisis de la presunción de buen derecho de la pretensión de nulidad de aquéllas, la cual deberá ser de tal entidad que supere a la que cubre al dispositivo normativo de que se trate. En cuanto al carácter *erga omnes* como supuesto rasgo de “excepcionalidad” de la suspensión, éste opera en la ponderación de intereses que debe hacer el Juez cada vez que se le solicite una medida cautelar en asuntos en los que estén en juego tanto intereses individuales como intereses generales; la cual, por cierto, podría llevar, incluso, a acordar efectos *erga omnes* a una suspensión que se hubiere pedido sólo para el demandante, cuando la protección del interés general así lo aconseje. Por el contrario, como producto de la misma ponderación, el Juez podría acordar sólo la

desaplicación de la norma a una situación jurídica concreta y no su suspensión con efectos generales aún en contra de lo que le hubiere sido pedido, y a pesar de que, por la característica congruencia de las medidas cautelares con la pretensión principal, en los casos de nulidad de normas u otros actos de efectos generales, lo natural es que la cautela tenga el mismo alcance general que el precepto sobre el que recae.

En consecuencia, debe apartarse, quien concurre, de una postura restrictiva que ya ha sido superada ampliamente en el campo del Derecho Público con relación a las medidas cautelares en casos como el de autos, ya que las reglas generales del proceso resuelven a cabalidad las peculiaridades de estos pronunciamientos previos en el marco de demandas de nulidad de actos normativos.

2. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

**TSJ-SC (591)**

**9-4-2007**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Solicitud de Revisión de la decisión dictada el 18 de julio de 2005 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

El artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone:

“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”. (Subrayado nuestro).

De acuerdo con la norma transcrita, no existe duda alguna que esta Sala posee la máxima potestad de interpretación de la Constitución y que sus decisiones son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República. Así las cosas, el resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales. El hecho de que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales de la República cometan errores graves y grotescos en cuanto a la interpretación de la Constitución o no acojan las interpretaciones ya establecidas por esta Sala, implica, además de una violación e irrespeto a la Constitución, una distorsión de la certeza jurídica y, por lo tanto, un quebrantamiento del Estado de Derecho. Por ello, la norma contenida en el artículo 335 de la Constitución establece un control concentrado de la constitucionalidad por parte de esta Sala, en lo que respecta a la unificación de los criterios relativos a la interpretación de la Constitución.

Ahora bien, en la citada sentencia No. 93 del 6 de febrero de 2001 caso: *Corporación de Turismo de Venezuela (CORPOTURISMO)*, se señaló con relación a la potestad de revisión dispuesta en el cardinal 10 del artículo 336, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente:

“... se mantiene el criterio que dejó sentado la sentencia dictada por esta Sala en fecha 2 de marzo de 2000 (caso: *Francia Josefina Rondón Astor*) en cuanto a que esta Sala no está en la obligación de pronunciarse sobre todos y cada uno de los fallos que son remitidos para su revisión, y la negativa de admitir la solicitud de revisión extraordinaria como violación del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes, por cuanto se trata de decisiones amparadas por el principio de la doble instancia judicial.

*Por lo tanto esta Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión, "...sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales..."*.

*En cuanto a la potestad de esta Sala para revisar de oficio las sentencias definitivamente firmes en los mismos términos expuestos en la presente decisión, esta Sala posee la potestad discrecional de hacerlo siempre y cuando lo considere conveniente para el mantenimiento de una coherencia en la interpretación de la Constitución en todas las decisiones judiciales emanadas de los órganos de administración de justicia...(omissis)...*

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

- 1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.*
- 2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.*
- 3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.*
- 4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional..."* (subrayado de la Sala).

Igualmente, esta Sala expresó, en sentencia del 2 de marzo de 2000 (Caso: *Francia Josefina Rondón Astor*), que en materia de revisión ella posee facultad discrecional y tal potestad puede ser ejercida sin motivación alguna "cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, ni constituya una deliberada violación de preceptos de ese mismo rango".

Visto que la solicitud en cuestión fue formulada con relación a una decisión definitivamente firme dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por haber incurrido en la violación del derecho al debido proceso a que se refiere el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a juicio de esta Sala dicha decisión encuadra en el supuesto antes transcrito al obviar en el análisis del caso sometido a su conocimiento la interpretación de la norma constitucional relativa al debido proceso.

*Sentado lo anterior, observa la Sala, de las actas del expediente, que el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas ordenó una experticia complementaria a su fallo ejecutivo, dictado el 7 de octubre de 1993, que versaba sobre "Los intereses que se sigan venciendo hasta la total cancelación de la obligación demandada".*

*La sociedad mercantil Asfaltos, Bitúmenes, Combustibles y Derivados, A.B.C.D., C.A., ejerció el recurso de reclamo contra la decisión de los expertos ante el mismo Juzgado Décimo de Primera Instancia y éste lo declaró sin lugar.*

*Contra esa sentencia la hoy solicitante ejerció recurso de apelación, que fue conocido por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el cual sentenció lo siguiente:*

“... la doctrina judicial mayoritaria al inteligenciar (*sic*) la *ratio legis* del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, ha señalado que la experticia complementaria tiene su esencia en la necesidad de realizar operaciones complejas, de no fácil realización para el juez, y de ser así, cuando existe un reclamo sobre el método y cálculo de la experticia ordenada, el juez para resolver sobre el mismo debe estar asesorado por peritos distintos a los del informe pericial, para determinar las bondades o no de la experticia. Luego, esta Alzada al suscribir su criterio al de la doctrina judicial mayoritaria, considera que al no decidir el reclamo la primera instancia, con el asesoramiento de dos expertos, inficionó de nulidad su decisión apelada. ASÍ SE DECLARA. ...(*omissis*)... IMPROCEDENTE la reclamación de la parte demandada ...(*omissis*)... contra el Informe de Experticia Complementaria del fallo, rendido por los expertos ...(*omissis*)...Y, en consecuencia, se fija definitivamente el monto por concepto de intereses moratorios...”.

*Al respecto, observa la Sala que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso de autos, establece lo siguiente:*

“Artículo 249.- En la sentencia en que se condene a pagar frutos, intereses o daños, se determinará la cantidad de ellos, y si el Juez no pudiere estimarla según las pruebas, dispondrá que esta estimación la hagan peritos, con arreglo a lo establecido para el justiprecio de bienes en el Título sobre ejecuciones del presente Código. Lo mismo se hará cuando la sentencia ordene restitución de frutos o indemnización de cualquier especie, si no pudiere hacer el Juez la estimación o liquidación, con arreglo a lo que hayan justificado las partes en el pleito.

*En todo caso de condenatoria, según este artículo, se determinará en la sentencia de modo preciso, en qué consisten los perjuicios probados que deban estimarse y los diversos puntos que deban servir de base a los expertos.*

*En estos casos la experticia se tendrá como complemento del fallo ejecutoriado; pero si alguna de las partes reclamare contra la decisión de los expertos, alegando que está fuera de los límites del fallo, o que es inaceptable la estimación por excesiva o por mínima, el Tribunal oír a los asociados que hubieren concurrido a dictar la sentencia en primera instancia, si tal hubiere sido el caso, y en su defecto, a otros dos peritos de su elección, para decidir sobre lo reclamado, con facultad de fijar definitivamente la estimación; y de lo determinado se admitirá apelación libremente” (resaltado de este fallo).*

*En este sentido, esta Sala advierte que, una vez impugnada la experticia por la solicitante mediante el recurso de reclamo, el juez de la causa no aplicó lo dispuesto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a oír a dos nuevos expertos conforme a lo dispuesto en la parte **in fine** del citado artículo.*

*No obstante lo anterior, el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas no sólo declaró sin lugar el recurso de apelación contra el auto dictado el 1 de febrero de 2005 por el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sino que también fijó directamente el monto por concepto de intereses moratorios.*

Así, esta Sala Constitucional evidencia que lo decidido por el juez de la causa y confirmado por el juez de la alzada -a pesar que en su motivación reconoció la existencia de la infracción al artículo 249 del Código de Procedimiento Civil-, subvirtió los trámites establecidos por el legislador en cuanto al recurso de reclamo cuando es impugnada la experticia complementaria del fallo, resultando una violación del derecho al debido proceso a que se refiere el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De esta forma, atendiendo a lo dispuesto en la mencionada norma y en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señala que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, se concluye que el Tribunal de la causa infringió las reglas contenidas en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 15 *eiusdem*, con lo cual se afectó el derecho a la defensa de la parte demandada; y por cuanto su alzada omitió corregir ese vicio mediante la nulidad y reposición correspondiente, infringiendo a su vez lo establecido en el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, estima la Sala que debe anularse la sentencia objeto de la presente revisión y reponerse el juicio al estado de que el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas restablezca la situación jurídica infringida y resuelva el recurso de reclamo formulado por el ahora solicitante, tomando en cuenta el informe de otros dos expertos designados conforme a lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil.

*En consecuencia, esta Sala declara ha lugar la revisión ejercida contra la decisión dictada el 18 de julio de 2005 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por violaciones de orden público relativas al debido proceso, la cual se anula, y se ordena la reposición del procedimiento al estado de que el Juzgado Décimo de Primera Instancia, antes indicado, proceda de la forma antes señalada. Así se decide.*

**TSJ-SC (1076)**

**1-6-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Khalu Pizani Orsini vs. Banco de Venezuela S.A.C.A. Banco Universal. (Revisión de sentencia)

**Entre las circunstancias configuradoras de la revisión extraordinaria se encuentra la correspondiente a los errores de interpretación sobre principios fundamentales del Estado de derecho, que por su entidad atenten contra la incolumidad del orden constitucional.**

En primer lugar, se debe reiterar que de acuerdo con lo sostenido en la decisión N° 1457 del 27 de julio de 2006 (caso: *Pedro José Martínez Yáñez*), la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, recoge en sus artículos 7, 25, 131, 137 y 335, el modelo del artículo 1,3 de la Ley Fundamental de Bonn, que estableció la vinculación de los Poderes Públicos al Texto Fundamental, reconociendo su eficacia organizatoria inmediata y en consecuencia, su valor normativo.

Ahora bien, tal como sostiene García de Enterría (2000. *Curso de Derecho Administrativo*, 7° Edición, Tomo II, Madrid: Editorial Cívitas, p. 100) y según estableció este Órgano Jurisdiccional en la sentencia N° 3067/2005 del 14 de octubre, el referido carácter normativo de la *norma normarum*, es consecuencia directa e inmediata del control de la constitucionalidad de toda actuación pública positiva o negativa y de allí, que el artículo 334 del propio Texto Fundamental atribuya a todos los jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Carta Magna, siempre dentro del ámbito de su competencia y a fin de garantizar la supremacía constitucional.

Por ello, el artículo 25 de nuestro Texto Fundamental, plasma una evidente superación de la tesis de los actos excluidos y positiviza la teoría de la universalidad de control de los actos del Poder Público, enraizando dentro de la estructura del Estado al control como un predicado republicano, que encuentra su raíz en el estado de derecho a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental, cuya vigencia demanda de modo indefectible la existencia de

órganos contralores de la legalidad, entendida *lato sensu*, pues la sumisión a la ley, comprenden en el contexto expuesto, la vinculación a la Constitución como norma suprema y por ende, la vigencia del principio de unidad del ordenamiento jurídico o bloque de la legalidad.

En el contexto expuesto, debe observarse que entre las circunstancias configuradoras de la revisión extraordinaria se encuentra la correspondiente a los errores de interpretación sobre principios fundamentales del Estado de derecho, que por su entidad atentan contra la incolumidad del orden constitucional y en este sentido, la controversia planteada en el caso de autos, se contrae a la demanda que por cobro de prestaciones sociales y daño moral interpuso la ciudadana Khalu Pizani Orsini, contra la referida sociedad mercantil **BANCO DE VENEZUELA S.A.C.A. BANCO UNIVERSAL**, en la cual de acuerdo a la decisión sobre la cual versa la presente revisión, se desconocieron los informes médicos presentados por la demandante y de igual forma, surgió un cuestionamiento sobre la experticia realizada a los fines de establecer el nexo causal entre las patologías presentadas por la trabajadora y la relación de empleo.

Sobre el particular y en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, conceptualizado por esta Sala en la decisión N° 585 del 30 de marzo de 2007 (caso: *Félix Oswaldo Sánchez*), como un derecho operacional que ha permitido la sustitución de la autodefensa y constituye un derivado del ejercicio estatal del monopolio de la coacción física legítima, mediante el cual se garantiza a los sujetos de derecho el goce y la salvaguarda de sus situaciones jurídicas, debe precisarse, que el derecho en referencia supone en el contexto del artículo 26 del Texto Fundamental, el desarrollo de una función jurisdiccional informada de los principios de imparcialidad, gratuidad, accesibilidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, equidad, celeridad, antiformalismo, debido proceso (que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, la prohibición de declarar contra sí mismo y allegados, la confesión sin coacción, la libertad de pruebas, *el nulla crimen nulla pena sine lege*, el *non bis in idem* y la responsabilidad del Estado por error judicial) y finalmente, el derecho a la ejecución del fallo proferido.

Así y de acuerdo a los valores fundamentales de imparcialidad y presunción de inocencia, el Código de Procedimiento Civil, dispone en su artículo 506 lo siguiente:

*“Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.”*

La norma transcrita, se complementa con la disposición consagrada en la primera parte del artículo 254 *eiusdem*, donde se establece:

*“Los Jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma.”*

Las invocadas disposiciones ponen de relieve, que el juez se encuentra constreñido a decidir en el contexto de lo que ha sido alegado y probado por las partes, enmarcándose así en el principio de verdad procesal, que a su vez somete a las partes al cumplimiento de las cargas procesales relativas a formulación de los alegatos y a la actividad probatoria, destinada a demostrar la veracidad de sus afirmaciones. Es decir, la decisión debe estar fundada en un juicio de certeza.

Así, el demandante no sólo debe exponer las circunstancias sobre las cuales esgrime su pretensión, sino que debe traer a los autos los elementos de prueba que conforme al principio de mediación se encuentra compelido a evidenciar en el expediente, a los fines de apoyar su petición. De allí, que si el accionante no demuestra sus afirmaciones, sucumbirá en el debate y el juez así deberá decretarlo por incumplimiento de las cargas procesales derivadas de la acción, toda vez que la prueba de los hechos en que se fundamenta la demanda incumbe al actor, en razón de la naturaleza constitutiva de los hechos invocados y su consecuente carácter generador de derechos.

En tal sentido, analizadas como han sido las actas que conforman el expediente se evidencia, que tanto los informes médicos consignados por la actora, como la experticia practicada en el legajo, se encuentran entredichas, pues los primeros fueron no sólo impugnados por la demandada, sino desvirtuados por la experticia médica practicada, respecto de la cual se presentó una situación de cuestionamiento por parte de uno de los mismos expertos.

Ante la situación descrita, resulta patente que la decisión del *ad quem* se apartó de los parámetros establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, en franca lesión del principio de imparcialidad y por ende, en menoscabo del derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva de la demandada, por cuanto el sustento probatorio instrumental de la acción no permite constatar la certeza de las afirmaciones formuladas por la accionante.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el juez de alzada debió ejercer la facultad que le confiere el artículo 401.5 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de restablecer el equilibrio procesal y en consecuencia, practicar una nueva experticia que dilucidara dicha circunstancia y de confirmarse que en el asunto planteado se estaba en presencia de una enfermedad profesional, proveer lo conducente a la indemnización, conforme a parámetros racionales tendientes a compensar la lesión del bien jurídico, en este caso salud, en un contexto proporcional que permita el acomodamiento que debe darse entre la lesión y su indemnización. Es decir, observar la noción de equilibrio conforme al cual resulta inadmisibles distorsionar los parámetros indemnizatorios en pro de un eventual exceso de ponderación del hecho dañoso, especialmente tratándose de una indemnización por daño moral.

Por tanto, la sentencia objeto del presente análisis hizo nugatorios los postulados contenidos en los artículos 26 y 49 de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues no adecuó su apreciación a los parámetros dispuestos en los artículos 506 y 254 del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia, con el objeto de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de las potestades que tiene atribuida esta Sala en materia de revisión y sobre la base del principio de imparcialidad y verdad procesal cuya vigencia fue inconstitucionalmente inobservada por el Juez Superior del Trabajo Accidental de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, se declara ha lugar la revisión de la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2005, a través de la cual se resolvió en segunda instancia el juicio que por cobro de prestaciones sociales y daño moral interpuso la ciudadana Khalu Pizani Orsini, contra la sociedad mercantil **BANCO DE VENEZUELA S.A.C.A. BANCO UNIVERSAL**.

En tal virtud, se anula el referido fallo y se repone la causa al estado de que se designe un Tribunal Accidental que entre a conocer del presente asunto sin menoscabo de las facultades a que se refiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil y dicte un nuevo pronunciamiento conforme a la doctrina expuesta en el presente fallo. Así se decide.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto del fallo que antecede, con fundamento en los siguientes razonamientos:

La mayoría sentenciadora mediante el acto de juzgamiento del cual se disiente declaró, de oficio, que ha lugar a la revisión del pronunciamiento que dictó el Juzgado Superior del Trabajo Accidental de la Circunscripción Judicial del Estado Lara el 09 de diciembre de 2005, en el procedimiento laboral que, por cobro de prestaciones sociales y daño moral, inició la ciudadana Khalu Pizani Orsini contra el Banco de Venezuela S.A.C.A. Banco Universal, por cuanto, supuestamente, el juzgador no realizó un adecuado análisis y valoración de las pruebas que fueron presentadas, con lo que se apartó de lo que preceptúa el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, la mayoría sentenciadora decidió, de oficio, la revisión de un acto decisorio definitivo por cuanto, en su criterio, habría incurrido en vicios que, sin embargo, y en opinión de este salvante, no trascienden la esfera jurídica subjetiva de las partes –que sería lo que habría justificado tal actuación-. En efecto, lo que se cuestionó y condenó fue la valoración de las pruebas que realizó el juzgador de la causa originaria en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo cual no es procedente ni siquiera en amparo, donde sí se persigue la tutela jurídica de los derechos subjetivos.

Esta Sala Constitucional ha señalado en innumerables oportunidades que el análisis y valoración que sobre las pruebas hagan los juzgadores forma parte de la autonomía e independencia de la cual gozan en su actividad jurisdiccional (*Vid.*; entre otras, s. S.C. N° 3149, del 06-12-02 y 828, del 27-07-00). Además de ello, considera quien disiente que fueron claras las razones por las cuales el juez desestimó la experticia complementaria y estimó los informes médicos, es decir, que realizó, dentro de los límites de su competencia, una ajustada valoración probatoria.

En efecto, la mayoría sentenciadora, se insiste, esgrimió, como fundamento de la revisión, motivos de nulidad del fallo que, además de que no se comparten, en todo caso no van más allá de la esfera jurídica subjetiva de las partes, de modo que, mediante este mecanismo objetivo de protección constitucional, interfirieron en la autonomía e independencia de la que deben gozar, por disposición constitucional, los operadores de justicia en su función juzgadora; ello sin que precisasen alguna violación grotesca de derechos constitucionales o subsumiesen su fundamentación en los supuestos que fueron establecidos para la procedencia de la revisión constitucional, con lo que olvidaron que ésta no constituye otro grado de jurisdicción dentro de un proceso, ni un medio ordinario o extraordinario que proceda bajo cualquier fundamentación.

Por el contrario, esta Sala ha repetido incesantemente que la revisión a que se contrae el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es una potestad extraordinaria, excepcional y discrecional de esta Sala Constitucional que le fue conferida con la específica finalidad de que garantice, al más alto nivel del Poder Judicial, la uniformidad de los criterios de interpretación de las normas, principios y valores constitucionales, para la garantía de su supremacía y eficacia, en obsequio a la seguridad jurídica.

Por otro lado, mediante el fallo del cual se difiere se pretende convertir en una obligación la facultad probatoria que tiene el juzgador de conformidad con el artículo 401.5 del Código de Procedimiento Civil (la disposición correcta sería el artículo 71 de la LOPT), pues ésta sólo procede para el supuesto de que el juez tenga dudas sobre la determinación o existencia de algún hecho, lo cual no sucedió en el asunto que se juzgó.

Por último, la mayoría soslaya la facultad de apreciación que tienen los juzgadores en materia laboral y que les atribuye la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; en efecto, ese instrumento legal, por ejemplo, dispone, expresamente, que “Los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su convicción se opone a ello. En este caso razonarán los motivos de su convicción” (Art. 92).

En razón de todo ello, no era procedente la revisión de oficio del acto de juzgamiento que emitió el Juzgado Superior del Trabajo Accidental de la Circunscripción Judicial del Estado Lara el 09 de diciembre de 2005.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

3. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Competencia: Tribunales Laborales*

**TSJ-SC (1232)**

**25-6-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Margarita Márquez vs. Zona Educativa del Estado Anzoátegui.

**En consideración a las características del juicio de amparo constitucional establecidas en el artículo 27 del Texto Fundamental, la Sala Constitucional desaplica la norma contenida en el artículo 30 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con respecto al órgano de la jurisdicción del trabajo ante quien debe proponerse las acciones de amparo constitucional, a fin interponer dichas pretensiones, ante los tribunales de juicio del trabajo y no ante los tribunales de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo**

Ahora bien, en el presente caso se interpuso, de manera autónoma, acción de amparo constitucional contra un órgano administrativo (Zona Educativa del Estado Anzoátegui), por la presunta infracción de los artículos 89, cardinales 2, 4 y 5; 92, 93 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referidos a la protección al trabajo como hecho social, al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, a la nulidad de los actos contrarios a la Constitución realizados por el patrono, a la no discriminación, al derecho a las prestaciones sociales, la garantía de la estabilidad laboral y la igualdad ante la ley, respectivamente.

Establecido lo precedente, esta Sala, para decidir el conflicto de competencia planteado, advierte que el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece el criterio general atributivo de competencia en amparo en razón de (i) el grado de la jurisdicción (tribunal de primera instancia), (ii) la materia (afín con la naturaleza del derecho o la garantía constitucional violado o amenazado), y (iii) el territorio (lugar donde hubiere ocurrido el acto, actuación u omisión inconstitucional).

Ahora bien, para dilucidar la afinidad de la naturaleza del derecho violado o amenazado de violación, la Sala, en sentencia n° 1555/2001, caso: *Yoslina Chanchamire*, señaló que el juzgador debe revisar la particular esfera en la cual se generó o pudiera producirse la violación o amenaza; es decir, examinar la situación jurídica que ostenta el presunto agraviado frente al agente lesivo, entendiendo por situación jurídica el “estado fáctico que surge del derecho subjetivo, y que se verá desmejorado por la trasgresión constitucional de los derechos y garantías de quien en él se encuentra”. Así, si tal relación tiene una naturaleza delictual, serán competentes los órganos de la jurisdicción penal; si lo es de derecho común, corresponderá a los tribunales civiles; si el vínculo fuese dado con ocasión de una relación de trabajo, a los juzgados laborales; o si se produjere con ocasión de la relación existente entre un administrado y la respectiva Administración, corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa, general o especial, según el caso.

Precisado lo anterior, esta Sala observa que, en el caso de autos, la accionante interpuso la acción de amparo constitucional en razón de las supuestas violaciones atribuidas a la Zona

Educativa del Estado Anzoátegui, con ocasión a la terminación de la relación laboral derivada de contrato de trabajo -por haberla desincorporado de la nómina sin notificación- que, a su vez, conculcó sus derechos al trabajo, a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, a la no discriminación, a las prestaciones sociales, a la estabilidad laboral y la igualdad ante la ley, previstos en los artículos 89, cardinales 2, 4 y 5; 92, 93 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente.

En razón de ello, observa la Sala que las partes de la presente controversia se encuentran vinculadas por una relación de empleo, de allí que deba dilucidarse si dicha relación es de carácter laboral privada, caso en el cual el conocimiento del asunto competirá a la jurisdicción del trabajo; o bien se trata de una relación funcional, supuesto en el que la resolución del caso estará asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al respecto, en el caso de bajo examen, la accionante afirmó en su escrito que "... el 1° de diciembre de 2004, comenzó a prestar servicios laborales en la Institución Educativa 'Escuela Técnica Industrial Eugenio Mendoza', mediante contrato de servicios laborales, el cual venció el 31 de julio de 2005". De igual forma, señaló que "...habiéndome vencido el referido contrato, seguí prestando servicios laborales hasta julio de 2006, fecha en que se produjo su desincorporación...".

Así las cosas, es menester advertir que el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela exceptúa de la función pública al personal contratado por los órganos de la Administración Pública, al prever que:

*"Artículo 146.* Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.

El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño" (subrayado de la Sala).

Por su parte, el artículo 39 de la Ley del Estatuto de la Función Pública señala que: "...En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública...". En efecto, la disposición legal citada recoge la regla general contenida en la norma constitucional precedentemente transcrita, en el sentido de que no es posible considerar a los contratos como modos de ingreso a la función pública, y por esta razón, también resulta imposible considerar a los contratados como funcionarios de carrera, con lo cual quedó cerrada toda posibilidad de aplicarles el régimen general que corresponde a los funcionarios públicos.

De igual forma, la Sala advierte que el cardinal 4 del artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo prevé que los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social.

Dentro de este orden de ideas, la Sala, en sentencia del 21 de mayo de 2005, caso: *Olga Josefina Bracho*, en un caso análogo, estableció que:

"...Bajo la vigencia de la referida Ley de Carrera Administrativa, la Administración, ante la falta de rigor legal, contrataba personal para ocupar cargos de carrera, lo cual, según criterio jurisprudencial, era una forma irregular de ingresar a la carrera cuando el contratado ejercía el cargo mas allá del periodo de prueba sin haber sido evaluado, ya que al ejercer el contrata-

do un cargo de los regulados por la ley, en las mismas condiciones que los funcionarios regulares, existía una simulación de tal contrato, concurriendo una propia y real relación de empleo público, sometida a la legislación funcionarial.

En resguardo de la integridad de la carrera el señalado Estatuto de la Función Pública, determina que el contrato es una vía excepcional, válido sólo en aquellos casos que se requiera personal altamente calificado para tareas específicas y por tiempo determinado. Igualmente precisa que, el régimen aplicable a los contratados es el previsto en el respectivo contrato y, subsidiariamente, el de la legislación laboral. De allí, que el régimen contractual es distinto, podría incluso señalarse paralelo, al de la función pública.

Conforme a lo precedentemente expuesto, a criterio de la Sala, la hoy accionante en ningún momento ostentó la categoría de funcionaria pública de carrera, por no tratarse su relación de empleo de una relación Administración-funcionario, sino del tipo patrono-empleado. En razón de lo cual la resolución del caso corresponde a la jurisdicción laboral, tal como lo ha sostenido esta Sala -entre otras- en sentencia del 28 de mayo de 2003 (Caso: *Jorge Antonio Bizzi*), y así se declara...”.

Así las cosas, visto que, a decir de la accionante, ésta era personal contratado de la Zona Educativa del Estado Anzoátegui, la misma no tenía la cualidad de funcionaria de carrera, en los términos previstos en Ley del Estatuto de la Función Pública, por lo tanto, se ha de concluir que el régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, por lo cual el conocimiento del asunto bajo estudio compete a la jurisdicción del trabajo.

No obstante lo anterior, resulta necesario advertir que, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la jurisdicción laboral, la primera instancia está integrada por los tribunales de sustanciación, mediación y ejecución; y por los tribunales de juicio, correspondiéndoles a los primeros la fase de sustanciación, mediación y ejecución del proceso; y a los segundos, la de juzgamiento, tal como lo prevé el artículo 17 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Ahora bien, el artículo 30 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo dispone que “...*Las demandadas o solicitudes se propondrán por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo competente por el territorio que corresponda...*”. Por otra parte, el artículo 193 *eiusdem* establece que “...*Son competentes para conocer de la acción de amparo laboral, sobre derechos y garantías constitucionales, los Tribunales del Trabajo previstos en esta Ley, aplicándose el procedimiento establecido al efecto...*”. Ciertamente, al concordar los preceptos legales transcritos se colige que las pretensiones de amparo constitucional deben interponerse ante los tribunales de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo.

Sin embargo, también observa esta Sala que la naturaleza expedida, informal y concentrada del procedimiento de amparo constitucional, en los términos consagrados en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y desarrollados por la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la doctrina establecida por esta Sala en sentencia N° 07/2000 del 1° de febrero, caso: *Amando Mejía Betancourt*, donde no se admiten incidencias ni formas de auto composición procesal (con excepción del desistimiento de la pretensión, siempre que no se encuentre involucrado el orden público), impide que este tipo de acciones sean decididas por un órgano jurisdiccional cuya función dentro de las fases del proceso laboral, es previa a la decisión sobre el fondo de la controversia, tales como los tribunales de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo.

Por ello, la Sala juzga que, en consideración a las características del juicio de amparo constitucional establecidas en el artículo 27 del Texto Fundamental, se debe desaplicar la norma contenida en el artículo 30 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con respecto al

órgano de la jurisdicción del trabajo ante quien debe proponerse las acciones de amparo constitucional, a fin interponer dichas pretensiones, ante los tribunales de juicio del trabajo y no ante los tribunales de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo. La establecido en el presente fallo constituye doctrina de interpretación vinculante que debe ser acatada por todos los tribunales de la República, por lo que la Sala ordena la publicación de la presente decisión en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Así se declara.

Con fundamento en las razones expuestas, esta Sala Constitucional juzga que el conocimiento del asunto bajo estudio compete a un Juzgado de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, al cual se ordena remitir el presente expediente. Así se decide.

B. *Admisibilidad*

a. *Causales de inadmisibilidad*

a'. *Amenazas imposibles e irrealizables*

**TSJ-SC (920)**

**17-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Radio Caracas Televisión RCTV, C.A. y otros vs. Presidente de la República y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

**La amenaza que hace procedente la acción de amparo es aquella que sea inmediata, posible y realizable por el imputado, siendo dichos requisitos concurrentes.**

Ahora bien, a los fines de realizar el examen de las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional consagradas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala considera necesario formular las siguientes consideraciones:

I.- En el caso de autos, la representación judicial de los accionantes expresaron que interpusieron acción de amparo constitucional, contra los ciudadanos Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, por la violación de “(...) (i) *la libertad de pensamiento y expresión garantizada por el artículo 57 de la Constitución República Bolivariana de Venezuela (...) y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) (ii) el derecho al debido proceso, expresado en el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a ser oído por una autoridad imparcial, garantizado por el artículo 49 de la Constitución y el artículo 8(2) de la Convención Americana y (iii) el derecho a la igualdad y la no-discriminación, garantizado por el artículo 21 de la Constitución y el artículo 24 de la Convención Americana, todo de conformidad con el artículo 27 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (...)”.*

Ahora bien, considera esta Sala que vistos los términos en que fue planteada la presente acción de amparo constitucional, resulta claro que la misma se sustenta en que “(...) *el ciudadano Presidente de la República ha decidido canalizar su decisión de impedir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF a través del ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, el cual es el funcionario competente por la materia, según lo dispuesto en el artículo 31(5) del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional (...). Por consi-*

*guiente, salvo que el ciudadano Presidente de la República decida modificar la instrucción que impartió al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, ese funcionario procederá a tomar las medidas necesarias para impedir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF a partir del 28 de mayo de 2007 (...)*”.

Al respecto, la Sala advierte que de conformidad con el ordenamiento jurídico estatutario vigente en materia de telecomunicaciones, el órgano competente para pronunciarse en relación a la posible situación jurídica de la concesión que en la actualidad permite a la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el uso y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, es la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Así, corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) resolver todo lo concerniente al otorgamiento, uso, revocatoria y demás relaciones que se produzcan entre el Estado y la concesionaria en ejecución del correspondiente contrato de concesión, así como cualquier forma de extinción de ésta -artículo 73 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones-, razón por la cual el presente amparo resulta inadmisibile, toda vez que la lesión no es inmediata, posible y realizable por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías, en lo que respecta a la pretensión dirigida contra su persona como presunto agravante.

Lo cual se evidencia del contenido de la pretensión de la acción de amparo interpuesta y su petitorio, en la cual se requiere: “(...) 1. ORDENE al ciudadano Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías que instruya al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, para que se abstenga de tomar medida alguna que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007 (...). 2. ORDENE al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, que se abstenga de tomar medida alguna que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007 (...). 3. ORDENE al ciudadano Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías que instruya al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, para que adopte todas las medidas necesarias para permitir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007 (...). 4. ORDENE al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, que adopte todas las medidas necesarias para permitir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007 (...). 5. ORDENE al ciudadano Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías y al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, que respeten el estado de inocencia de RCTV que se deriva del hecho de que para el 28 de diciembre de 2006, a esa estación de televisión abierta en VHF no le había sido impuesta sanción alguna que hubiera adquirido firmeza como consecuencia de la comisión de infracciones graves a la LOTEL, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión u otras leyes aplicables a los medios de comunicación radioeléctricos (...). 6. ORDENE al ciudadano Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías y al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, que otorguen a RCTV un trato no-discriminatorio con respecto a las otras estaciones de televisión abierta y radiodifusión sonora que se encuentran en la misma situación que RCTV, con respecto a su continuidad como operadores de telecomunicaciones (...)”.

Ciertamente, al no ser competente el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, el peligro inminente de lesión denunciado por los accionantes, no guarda relación alguna con los preceptos constitucionales en los que fundamentó su pretensión y, por tanto, no constituyen fundamento positivo para reclamar tutela judicial, por vía de amparo, de los derechos individuales que alegó amenazados, respecto del presunto agravante, ello en virtud del carácter personalísimo que distingue a la acción de amparo.

En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala reitera el criterio contenido en sentencia N° 448 del 9 de marzo de 2006 (caso: *Samir Daniel Lisson Ortega*), al afirmar que: “(...) [L]a amenaza que hace procedente la acción de amparo es aquella que sea inmediata, posible y realizable por el imputado, estableciendo al efecto que tales requisitos deben ser concurrentes, por lo cual es indispensable -además de la inmediación de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados -que podría materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita- deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción; de lo cual deviene, por interpretación a (sic) contrario, la improcedencia de la acción, cuando se le imputen al supuesto agravante resultados distintos a los que eventualmente pudiere ocasionar la materialización de la amenaza que vulneraría los derechos denunciados, o cuando la misma no sea inmediata o ejecutable por el presunto agravante (...)” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.002/04, caso: *Federación Médica Venezolana*”), lo cual se verifica en el presente caso, al no ser una competencia del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, sino una atribución de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Por lo tanto, la acción de amparo constitucional incoada es inadmisibles de conformidad con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en relación con el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías. Así se decide.

b'. *Existencia de medios judiciales ordinarios*

**TSJ-SC (920)**

**17-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Radio Caracas Televisión Rctv, C.A. y otros vs. Presidente de la República y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

**La vía idónea para impugnar un acto administrativo es el recurso de nulidad.**

La Sala advierte que la acción de amparo constitucional ejercida por el ciudadano Marcel Granier H., la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A. y otros accionantes, ya identificados; contra el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, Jesse Chacón Escamillo, se circunscribe a las lesiones que a su decir produciría el cierre inminente de Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., como estación de televisión abierta en VHF, todo ello con fundamento en las declaraciones dadas por el ciudadano Presidente de la República y por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

Ahora bien, dado que el 2 de abril de 2007 la representación judicial de la parte accionante consignó escrito ratificando la continuidad de las lesiones a los derechos constitucionales, para lo cual consignó el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002, ambas dictadas por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, cuyo contenido es el siguiente:

En el acto administrativo contenido en el Oficio N° 424 dictado por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, mediante el cual se dio respuesta a la mencionada solicitud efectuada por Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el 24 de enero de 2007, se resolvió que “(...) *la presente comunicación tiene carácter mero-declarativo, esto es, que no crea, modifica o extingue la situación jurídica respecto a la concesión de RCTV que se vence el 27 de mayo de 2007 a las 12 p.m. hora legal de Venezuela, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contenido del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras, lo cual incluye las frecuencias accesorias otorgadas a nivel nacional para la explotación de la concesión cuya vigencia expira (...)*”.

Por su parte, en la Resolución N° 002 dictada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, se determinó “(...) *declarar terminado el procedimiento administrativo iniciado según la solicitud formulada por Radio Caracas Televisión, en fecha 6 de mayo de 2002, relativa a la transformación de su concesión, por decaimiento del objeto de dicha solicitud. En consecuencia, dicha concesión se mantendrá en vigencia hasta su vencimiento el 27 de mayo de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contenido del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras (...)*”.

Ello así, se observa que el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, textualmente dispone lo siguiente:

*“(...) Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:  
...omissis...*

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

Al respecto y con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cabe acotar que no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como se ha sostenido y así lo ha reiterado la Sala en diversos fallos, no toda transgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias, en las cuales todos los jueces de la República deben restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable.

Respecto del artículo *supra* transcrito, esta Sala en sentencia N° 2.369 del 23 de noviembre de 2001, caso: “*Parabólicas Service´s Maracay, C.A.*”, señaló lo siguiente:

*“(...) La Sala estima pertinente señalar que la norma prevista en el artículo 6, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, consagra simultáneamente el supuesto de admisibilidad e inadmisibilidad de la acción de amparo.*

*Así, en primer término, se consagra claramente la inadmisión de la acción cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías ordinarias o a los medios judiciales preexistentes, sobre el fundamento de que todo juez de la República es constitucional y, a través del ejercicio de los recursos que ofrece la jurisdicción ordinaria, se pueda alcanzar la tutela judicial efectiva de derechos o garantías constitucionales.*

*No obstante, la misma norma es inconsistente, cuando consagra que, en el caso de la opción por la vía ordinaria, si se alega violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, la acción de amparo será admisible, caso en el cual el juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos previstos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y su decisión versará exclusivamente sobre la suspensión o no, de manera provisional, sobre el acto cuestionado de inconstitucionalidad.*

*En otras palabras, la acción de amparo es inadmisible cuando el agraviado haya optado por recurrir a vías ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes; por argumento a contrario es admisible, entonces, si el agraviado alega injuria constitucional, en cuyo caso el juez debe acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado. Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente (...)*”.

El criterio anterior fue ratificado por esta Sala, indicando que “(...) ‘[a]hora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente’ (...)” (Cfr. Sentencia N° 2.094 de esta Sala del 10 de septiembre de 2004, caso: “José Vicente Chacón Gozaine”).

No puede afirmarse de acuerdo con lo expuesto, que el amparo constituya el único medio capaz de ofrecer al justiciable la garantía de un proceso restablecedor de su esfera jurídica cuando hubiese sido lesionada, o sobre la cual haya incidido alguna conducta reputada como antijurídica. Eventualmente, la elección de uno de los mecanismos que conforman el ordenamiento jurídico puede resultar idóneo para la protección de algún derecho fundamental que se estime conculcado, en cuyo caso el amparo debe ceder ante la vía existente, si el juez constata que resulta capaz de garantizar la protección de los derechos fundamentales alegados como infringidos, por lo que es claro que la inadmisibilidad debe prosperar, como circunstancia que puede ser subsumida en la causal contenida en la norma antes aludida.

Así las cosas, en diversos fallos respecto a la norma contenida en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala ha concluido que el amparo constitucional como acción destinada al restablecimiento de un derecho o una garantía constitucional que ha sido lesionada, sólo se admite -para su existencia armoniosa con el sistema jurídico- ante la inexistencia de una vía idónea para ello, la cual por su rapidez y eficacia, impida la lesión de los derechos que la Constitución vigente garantiza (Vid. Sentencias de esta Sala N° 848/2000, 963/2000, 1120/2000, 1351/2000, 1592/2000, 27/2001, 454/2001, 1488/2001, 1496/2001, 1809/2001 y 2369/2001 y 5.133/2005).

En tal sentido, observa la Sala que si bien la acción de amparo procede contra violaciones de derechos fundamentales o amenaza de violación de los mismos, de las actas que conforman el expediente, no se deriva la necesidad de interposición de una acción de amparo constitucional, con la finalidad de impedir que la situación jurídica presuntamente infringida sea irreparable y que el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad no resulte idóneo para lograr una efectiva tutela judicial de las accionantes.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo que como ocurre sobrevenidamente en el presente caso, se incoa contra actos administrativos, procede cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional, es decir, que existiendo una vía ordinaria dentro de las leyes administrativas adjetivas, que permita la obtención del mismo fin que se obtendría con la interposición de la acción de amparo, es esa vía a la que debe acceder, en primer término, quien considere infringidos sus derechos constitucionales.

Así, también establece el ordenamiento jurídico vigente que la acción de amparo contra actos administrativos de efectos particulares o contra conductas omisivas de la Administración, puede ser interpuesta conjuntamente con el recurso contencioso administrativo, en cuyo

caso, cuando el recurso se fundamente en infracción de algún derecho constitucional, “(...) *el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la ley (...)*” (Vid. Sentencia N° 631 de esta Sala del 1 de abril de 2002, caso: “*La Fontana D’ Orazio, C.A.*”, en concordancia con el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

En el presente caso, la Sala constata que la parte accionante contaba con la vía judicial idónea contra los referidos actos administrativos, como lo es el recurso contencioso administrativo de nulidad previsto en el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Igualmente, no se evidencia de las actas del expediente que exista una situación de hecho que permita afirmar que los quejosos puedan sufrir una desventaja inevitable o que la lesión denunciada devenga en irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa, porque los medios procesales preexistentes son insuficientes para restablecer la situación infringida, o cuando su procedimiento -dada la naturaleza de la infracción alegada- no cumple con la finalidad de lograr la protección de forma inmediata, toda vez que en el marco de los procesos contencioso administrativos de nulidad, la parte accionante cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares capaces de tutelar la violación o amenaza de violación de sus derechos e intereses -Vgr. Amparo cautelar, suspensión de efectos y medidas cautelares innominadas-.

En relación con la eficacia del recurso contencioso administrativo de nulidad, la Sala estableció en la sentencia N° 82 del 1 de febrero de 2001 (caso: “*Freddy Guzmán*”), que:

*“(...) la eficacia del recurso contencioso administrativo de anulación como medio judicial a los fines del cabal restablecimiento de la situación jurídica infringida, se evidencia de las amplias potestades que por disposición del texto constitucional le han sido otorgadas al juez contencioso, dado que no sólo puede anular el acto administrativo impugnado, sino también ‘(...) disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa’, lo cual demuestra su absoluta idoneidad, con relación a lo que ocurre con el juez constitucional de amparo, para alcanzar así la efectiva protección de los derechos y garantías constitucionales que han sido conculcados por el acto administrativo impugnado (...)*”.

Al respecto, se advierte por notoriedad judicial de la revisión de la Página Web del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente de la cuenta de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 18 de abril de 2007, que la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., interpuso recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medidas cautelares innominadas ante la referida Sala Político Administrativa el 17 de abril de 2007, contra los actos administrativos contenidos en el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002 dictados por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, lo cual no sólo ratifica la aplicabilidad de la causal de inadmisibilidad respecto a la mencionada empresa, sino la posibilidad del resto de los accionantes en el presente amparo de hacerse parte en el mencionado juicio a los fines de tutelar sus derechos e intereses.

En tal sentido, de lo anterior se desprende que antes de la interposición de un amparo como el de autos, la Sala es del criterio que la vía idónea para impugnar un acto administrativo es el recurso de nulidad, por lo que la acción de amparo constitucional interpuesta resulta inadmisibile con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

*Voto Concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz concurre con la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

La sentencia cuyo dispositivo se comparte declaró la inadmisibilidad de distintas pretensiones de la parte actora con fundamento en los cardinales 1, 2 y 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Concuerda este Magistrado con que las pretensiones de la quejosa de protección a varios de sus derechos constitucionales pueden ser cabalmente satisfechas por la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de que se contraen a acciones y amenazas que atribuyen a autoridades administrativas en el marco del ejercicio de sus potestades administrativas, lo cual determina la inadmisibilidad de su pretensión de conformidad con lo que dispone el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Al respecto, es pacífica la jurisprudencia de esta Sala. Así, en sentencia N° 93 de 01.02.06, se expresó:

“La constitucionalización de la justicia administrativa, a partir de la Constitución de 1961, implicó la adición de su función subjetiva o de tutela judicial de los administrados a su función tradicional u objetiva de control de la legalidad de la Administración Pública. De conformidad con esa premisa y la correcta lectura de las normas constitucionales que se transcribieron, la justicia contencioso-administrativa venezolana debe garantizar los atributos de integralidad y efectividad del derecho a la tutela judicial. De esa manera, y en lo que se refiere a la integralidad, toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, debe ser atendida o amparada por los tribunales con competencia contencioso-administrativa, pues el artículo 259 constitucional no es, en modo alguno, taxativo, sino que, por el contrario, enumera algunas –las más comunes– de las pretensiones que proceden en este orden jurisdiccional (pretensión anulatoria y pretensión de condena a la reparación de daños) y enunciativamente permite, como modo de restablecimiento de las situaciones que sean lesionadas por la actividad o inactividad administrativa, la promoción de cuantas pretensiones sean necesarias para ello. Integralidad o universalidad de procedencia de pretensiones procesales administrativas que, además, son admisibles con independencia de que éstas encuadren o no dentro del marco de medios procesales tasados o tipificados en la Ley, pues, se insiste, es el Texto Constitucional el que garantiza la procedencia de todas ellas. Pero en atención a la cláusula constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259), ésta no sólo ha de dar cabida a toda pretensión, sino que, además, debe garantizar la eficacia del tratamiento procesal de la misma y en consecuencia, atender al procedimiento que más se ajuste a las exigencias de la naturaleza y urgencia de dicha pretensión.

El enfoque del tratamiento y estudio del contencioso administrativo desde la óptica de la pretensión consigue, así, fundamento en el artículo 259 de la Constitución y es, además, consecuencia obligada de su función subjetiva y de su naturaleza jurídica: la de un orden jurisdiccional, inserto dentro del sistema de administración de justicia, cuya finalidad primordial es el restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas y que debe, por ende, informarse siempre con los principios generales del Derecho Procesal (*cf.* González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.). De allí el error cuando se entiende que es el acto administrativo –en vez de la pretensión procesal– el objeto del proceso contencioso administrativo y de allí también la tradicional imprecisión terminológica que ha caracterizado el tratamiento de nuestro sistema contencioso administrativo, denominando recursos a medios procesales tales como, entre otros, el “recurso por abstención o carencia”, que mal puede considerarse “recurso” ni “medio de impugnación”, cuando su objeto es la pretensión de condena a una obligación de hacer o de dar por parte de la Administración.

Ya esta Sala, en anteriores oportunidades, específicamente en su sentencia N° 2.629 de 23 de octubre de 2002 que antes se mencionó, sostuvo la amplitud que, en aras de esa función subjetiva y de la tutela judicial de los administrados, exhibe la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana:

‘De este modo la Constitución garantiza a los administrados, funcionarios públicos o sujetos bajo relaciones especiales, un plus de garantías que no deja dudas respecto a la potestad que tienen esos tribunales para resguardar los derechos constitucionales que resulten lesionados por actos, hechos, actuaciones, omisiones o abstenciones de la Administración Pública; potestad que según la doctrina más actualizada, se ejerce al margen de que la denuncia encuadre en los recursos tradicionales establecidos en la ley o que haya construido la jurisprudencia, pues, la tendencia es a darle trámite a este tipo de demandas en tanto subyazca un conflicto de orden administrativo que exija el examen judicial respectivo.

Así tenemos que, de la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa, se aprecia que los justiciables pueden accionar contra la Administración a los fines de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales. **El referido precepto constitucional señala como potestades de la jurisdicción contencioso-administrativa, no solo la anulación de actos administrativos, la condena de pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y el conocimiento de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos, sino también, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración.**

Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respeto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, **la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración -a pesar de que la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, regula procedimientos objetivos, cuya finalidad es declarar la nulidad del acto impugnado - sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho’.** (Destacado añadido).

Posteriormente, y en atención al mismo criterio, esta Sala expuso en la sentencia N° 1029 de 27 de mayo de 2004, lo siguiente:

‘...la potestad que tienen los Tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo para resguardar aquellos derechos protegidos por la Constitución y los Tratados de Protección de los Derechos Humanos que puedan resultar lesionados por actos, hechos, actuaciones, omisiones o abstenciones de la Administración Pública; potestad ésta que, según la doctrina más actualizada, **se ejerce al margen de que la denuncia encuadre en los recursos tradicionales establecidos en la ley o que haya construido la jurisprudencia, pues, la tendencia compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional, es a darle recibo y trámite a todo tipo de demandas en tanto subyazca un conflicto de orden administrativo, derivado de una relación jurídica entre un particular y un órgano o ente investido de potestades públicas, que exija el examen judicial respectivo** (cfr. Santiago González-Varas Ibáñez, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 125 y ss.).

De acuerdo con lo indicado, el mencionado artículo 259 de la Constitución otorga a los Tribunales con competencia en lo contencioso administrativo un conjunto de atribuciones que permiten que los justiciables puedan accionar contra la Administración Pública a fin de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de dicha Administración incluidas las vías de hecho o actuaciones materiales, de allí que **dicho precepto constitucional señala como potestades de los órganos judiciales con competencia en lo contencioso-administrativo no solo la posibilidad de anular actos administra-**

**tivos, de condenar al pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y de conocer de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos prestados mediante gestión directa o indirecta, sino también el poder de restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de los órganos y entes que integran la Administración Pública**. (Destacado añadido).

Se trata de un criterio que ha sostenido esta Sala en múltiples ocasiones, como lo demuestran también, y entre otras, las sentencias de 23 de octubre de 2002 (caso *María Valentina Sánchez y otros*); de 20 de febrero de 2003 (caso *Benedetto D'alto Carrano*); de 23 de abril de 2003 (caso *Edgar Parra Moreno*), de 6 de junio de 2003 (caso *José Ángel Rodríguez*); de 22 de octubre de 2003 (caso *Enrique Ramón Tigua Vélez*); de 24 de mayo de 2004, (caso *Leonilda Asunta Filomena Rattazzi Tuberosa*); de 20 de julio de 2005 (caso *Justo Javier Macuribana*); de 28 de julio de 2005 (caso *Zdenko Seligo*). De manera que se trata de una postura unánimemente sostenida y reiterada por la Sala, cuyo desconocimiento, en el caso de autos, abona a favor de esta solicitud de revisión y nulidad de la sentencia objeto de la misma.

Con fundamento en la postura que se ha sostenido en las decisiones que antes se citaron, esta Sala ha declarado la inadmisibilidad de pretensiones de amparo que se han ejercido contra actuaciones u omisiones de la Administración, precisamente porque los medios procesales contencioso-administrativos son medios ordinarios capaces, por imperativo constitucional, de dar cabida y respuesta a esas pretensiones procesales y a cualesquiera otras que se planteen contra los órganos del Poder Público en ejercicio de la función administrativa, por lo que no es admisible, salvo excepciones, acudir a la vía del amparo constitucional.

Esa procedencia en el contencioso administrativo de cuantas pretensiones se planteen frente a la Administración Pública se sostiene, según se dijo ya, en el principio de universalidad de control y de integralidad de la tutela judicial, incluso frente a actuaciones administrativas frente a las que el ordenamiento legal no regula medios procesales especiales. Caso paradigmático es el de las vías de hecho, a las que se referían los fallos cuya cita se transcribió, frente a las cuales los administrados pueden incoar pretensiones procesales que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa han de ventilar aunque no exista aún en nuestro ordenamiento un procedimiento especial para ello”.

Esta determinación, en criterio de quien concurre con la mayoría, hacía irrelevante el pronunciamiento acerca de la legitimación pasiva de los demandados en amparo.

Por otra parte, no comparte el concurrente la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda con base en el cardinal 1 del artículo 6 de la Ley especial, para lo cual se transformó la pretensión de la parte actora, que fue formulada con suficiente claridad, en una distinta, con el objeto de declarar esa pretensión reconducida, y no la que planteó la demandante, inadmisibile.

En efecto, la denuncia que se formuló acerca del procedimiento administrativo que estaba en curso para el momento de la interposición de la demanda de amparo era, como lo recogió la mayoría, de violación al derecho al juez natural en el aspecto de su imparcialidad –ya que, según delataron, el ente a cargo del trámite y decisión del procedimiento había adelantado opinión al respecto- y no la falta de respuesta de la autoridad administrativa llamada a decidir. Por tanto, mal podía haber sido declarada la inadmisibilidad de la pretensión por cesación del agravio, puesto el que habría cesado, la falta de respuesta, no fue el que se denunció. Por el contrario, la amenaza objeto de la denuncia de que decidiera un ente parcializado se habría concretado con la respuesta del Ministro cuya competencia subjetiva se cuestionó. En este sentido, se reitera la discrepancia varias veces manifestada con la reinterpetación de las pretensiones de los justiciables para que luego se declare inadmisibile o improcedente un pedimento distinto del que hubiera llevado al justiciable a entablar litigio en protección a sus derechos constitucionales.

Sin embargo, tal pedimento sí era inadmisibles pero en los términos del cardinal 3 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que reza:

“No se admitirá la acción de amparo: / (...)

3) Cuando la violación del derecho o la garantía constitucionales, constituya una evidente situación irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida.”

En este sentido, resulta evidente que la amenaza de lesión al derecho constitucional de la parte actora al juez natural, que derivaría del riesgo de que la decisión administrativa que instaron la tomara una autoridad que ya habría emitido opinión sobre el asunto a resolver, se concretó en los pronunciamientos que recayeron después de la interposición de la demanda de autos y cuya conformidad a derecho está siendo debatida, como corresponde, en sede contencioso-administrativa. De modo que ya no es posible para este Tribunal, en sede constitucional, la reparación de la situación jurídica cuya violación se alegó, ya que no es posible el impedimento de la amenaza que ya se materializó, materialización de la cual se está defendiendo la quejosa ante los tribunales competentes de acuerdo con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

**TSJ-SC (951)**

**24-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuña

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

**Analizado el escrito de solicitud de amparo y declarada como ha sido la competencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta, la Sala observa que el mismo cumple con todos los requisitos contenidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.**

La Sala advierte que la acción de amparo constitucional ejercida por la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., contra el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, Jesse Chacón Escamillo, se circunscribe a las lesiones que a su decir se generan, en primer lugar (i) por la aplicación del Plan Nacional de Telecomunicaciones, Informática y Servicios Postales 2007-2013, en los actos administrativos contenidos en el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002 dictados por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, sin que el mismo haya sido adoptado formalmente, previo cumplimiento del procedimiento de consulta establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley Orgánica de la Administración Pública, así como (ii) en la “(..) *violación al derecho a la participación ciudadana y al debido proceso de nuestra representada, y de todos los ciudadanos interesados en el sector de las telecomunicaciones, la informática y los servicios postales, en la medida en que el trámite de consulta que se estaría supuestamente adelantando para conocer la opinión del interesado en el PNT 2007-2013, no conduciría a que las consideraciones que se hagan y manifiesten durante esa consulta, sean efectivamente oídas y analizadas a los fines de la adopción del Plan, que en virtud de estarse aplicando formalmente, ya se tiene como adoptado (...)*”.

En el acto administrativo contenido en el Oficio N° 424 dictado por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, mediante el cual se dio respuesta a la mencionada solicitud efectuada por Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el 24 de enero de 2007, se resolvió que “(..) *la presente comunicación tiene*

*carácter mero-declarativo, esto es, que no crea, modifica o extingue la situación jurídica respecto a la concesión de RCTV que se vence el 27 de mayo de 2007 a las 12 p.m. hora legal de Venezuela, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras, lo cual incluye las frecuencias accesorias otorgadas a nivel nacional para la explotación de la concesión cuya vigencia expira (...)*”.

Por su parte, en la Resolución N° 002 dictada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, se determinó “(...) declarar terminado el procedimiento administrativo iniciado según la solicitud formulada por Radio Caracas Televisión, en fecha 6 de mayo de 2002, relativa a la transformación de su concesión, por decaimiento del objeto de dicha solicitud. En consecuencia, dicha concesión se mantendrá en vigencia hasta su vencimiento el 27 de mayo de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras (...)”.

Ello así, se observa que el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, textualmente dispone lo siguiente:

*“(...) Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:*

*...omissis...*

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

Al respecto y con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cabe acotar que no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como se ha sostenido y así lo ha reiterado la Sala en diversos fallos, no toda transgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias, en las cuales todos los jueces de la República deben restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable.

Respecto del artículo *supra* transcrito, esta Sala en sentencia N° 2.369 del 23 de noviembre de 2001, caso: “*Parabólicas Service´s Maracay, C.A.*”, señaló lo siguiente:

*“(...) La Sala estima pertinente señalar que la norma prevista en el artículo 6, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, consagra simultáneamente el supuesto de admisibilidad e inadmisibilidad de la acción de amparo.*

*Así, en primer término, se consagra claramente la inadmisión de la acción cuando el agraviado haya optado por recurrir a la vías ordinarias o a los medios judiciales preexistentes, sobre el fundamento de que todo juez de la República es constitucional y, a través del ejercicio de los recursos que ofrece la jurisdicción ordinaria, se pueda alcanzar la tutela judicial efectiva de derechos o garantías constitucionales.*

*No obstante, la misma norma es inconsistente, cuando consagra que, en el caso de la opción por la vía ordinaria, si se alega violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, la acción de amparo será admisible, caso en el cual el juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos previstos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y su decisión versará exclusivamente sobre la suspensión o no, de manera provisional, sobre el acto cuestionado de inconstitucionalidad.*

*En otras palabras, la acción de amparo es inadmisible cuando el agraviado haya optado por recurrir a vías ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes; por argumento a contrario es admisible, entonces, si el agraviado alega injuria constitucional, en cuyo caso*

*el juez debe acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado. Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente (...)*".

El criterio anterior fue ratificado por esta Sala, indicando que "(...) '[a]hora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente' (...)" (Cfr. Sentencia N° 2.094 de esta Sala del 10 de septiembre de 2004, caso: "José Vicente Chacón Gozaine").

No puede afirmarse de acuerdo con lo expuesto, que el amparo constituya el único medio capaz de ofrecer al justiciable la garantía de un proceso restablecedor de su esfera jurídica cuando hubiese sido lesionada, o sobre la cual haya incidido alguna conducta reputada como antijurídica. Eventualmente, la elección de uno de los mecanismos que conforman el ordenamiento jurídico puede resultar idóneo para la protección de algún derecho fundamental que se estime conculcado, en cuyo caso el amparo debe ceder ante la vía existente, si el juez constata que resulta capaz de garantizar la protección de los derechos fundamentales alegados como infringidos, por lo que es claro que la inadmisibilidad debe prosperar, como circunstancia que puede ser subsumida en la causal contenida en la norma antes aludida.

Así las cosas, en diversos fallos respecto a la norma contenida en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala ha concluido que el amparo constitucional como acción destinada al restablecimiento de un derecho o una garantía constitucional que ha sido lesionada, sólo se admite -para su existencia armoniosa con el sistema jurídico- ante la inexistencia de una vía idónea para ello, la cual por su rapidez y eficacia, impida la lesión de los derechos que la Constitución vigente garantiza (Vid. Sentencias de esta Sala N° 848/2000, 963/2000, 1120/2000, 1351/2000, 1592/2000, 27/2001, 454/2001, 1488/2001, 1496/2001, 1809/2001 y 2369/2001 y 5.133/2005).

En tal sentido, observa la Sala que si bien la acción de amparo procede contra violaciones de derechos fundamentales o amenaza de violación de los mismos, de las actas que conforman el expediente, no se deriva la necesidad de interposición de una acción de amparo constitucional, con la finalidad de impedir que la situación jurídica presuntamente infringida sea irreparable y que el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad no resulte idóneo para lograr una efectiva tutela judicial de la accionante.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo que como ocurre en el presente caso, se incoa contra actos administrativos o la actividad desarrollada por la Administración (Vid. Sentencias de esta Sala N° 925/2006 y 1183/2006), procede cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional, es decir, que existiendo una vía ordinaria dentro de las leyes administrativas adjetivas, que permita la obtención del mismo fin que se obtendría con la interposición de la acción de amparo, es esa vía a la que debe acceder, en primer término, quien considere infringidos sus derechos constitucionales.

Así, también establece el ordenamiento jurídico vigente que la acción de amparo contra actos administrativos de efectos particulares o contra actuaciones u omisiones de la Administración, puede ser interpuesta conjuntamente con el recurso contencioso administrativo, en

cuyo caso, cuando el recurso se fundamente en infracción de algún derecho constitucional, “(...) el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la ley (...)” (Vid. Sentencia N° 631 de esta Sala del 1 de abril de 2002, caso: “La Fontana D’ Orazio, C.A.”, en concordancia con el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

En el presente caso, la Sala constata que la parte accionante contaba con el recurso contencioso administrativo de nulidad previsto en el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como vía judicial idónea, para impugnar no sólo los referidos actos administrativos, sino las posibles violaciones que se generan a su decir, en el respectivo procedimiento administrativo de consulta previa.

Igualmente, no se evidencia de las actas del expediente que exista una situación de hecho que permita afirmar que la quejosa pueda sufrir una desventaja inevitable o que la lesión denunciada devenga en irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa, porque los medios procesales preexistentes son insuficientes para restablecer la situación infringida, o cuando su procedimiento -dada la naturaleza de la infracción alegada- no cumple con la finalidad de lograr la protección de forma inmediata, toda vez que en el marco de los procesos contencioso administrativos de nulidad, la parte accionante cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares capaces de tutelar la violación o amenaza de violación de sus derechos e intereses -Vgr. Amparo cautelar, suspensión de efectos y medidas cautelares innominadas-.

En relación con la eficacia del recurso contencioso administrativo de nulidad, la Sala estableció en la sentencia N° 82 del 1 de febrero de 2001 (caso: “Freddy Guzmán”), que:

*“(...) la eficacia del recurso contencioso administrativo de anulación como medio judicial a los fines del cabal restablecimiento de la situación jurídica infringida, se evidencia de las amplias potestades que por disposición del texto constitucional le han sido otorgadas al juez contencioso, dado que no sólo puede anular el acto administrativo impugnado, sino también ‘(...) disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa’, lo cual demuestra su absoluta idoneidad, con relación a lo que ocurre con el juez constitucional de amparo, para alcanzar así la efectiva protección de los derechos y garantías constitucionales que han sido conculcados por el acto administrativo impugnado (...).”*

Al respecto, igualmente se advierte por notoriedad judicial de la revisión de la Página Web del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente de la cuenta de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 18 de abril de 2007, que la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., interpuso recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medidas cautelares innominadas ante la referida Sala Político Administrativa el 17 de abril de 2007, contra los actos administrativos contenidos en el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002 dictados por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, lo cual ratifica la aplicabilidad de la causal de inadmisibilidad respecto a la mencionada empresa.

En tal sentido, de lo anterior se desprende que antes de la interposición de un amparo como el de autos, la Sala es del criterio que la vía idónea para impugnar un acto administrativo es el recurso de nulidad, por lo que la acción de amparo constitucional interpuesta resulta inadmisibles con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que resulta inoficioso pronunciarse en relación con la medida cautelar innominada solicitada, por su carácter instrumental y accesorio respecto de la acción principal. Así se decide.

*Voto Concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz concurre con la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede por las siguientes razones:

El fallo cuyo dispositivo se comparte declaró la inadmisibilidad de la demanda de autos con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, porque “*la parte accionante contaba con el recurso contencioso administrativo de nulidad (...), como vía judicial idónea, para impugnar no sólo los referidos actos administrativos, sino las posibles violaciones que se generan a su decir, en el respectivo procedimiento de consulta previa.*”

El concurrente estima necesario poner de relieve que el objeto de la demanda no eran los actos administrativos; ellos fueron señalados sólo como prueba del agravio, ya que de su texto se evidencia que el fundamento que invocó la Administración cuando los dictó fue, precisamente, el Plan Nacional de Telecomunicaciones, para cuya formulación y aprobación no se habría llevado a cabo proceso de consulta, lo cual, en criterio de la parte actora, impide su legítima aplicación.

Al respecto, sin embargo, una vez más resulta pertinente la transcripción de la sentencia de esta Sala del caso *Bogsivica* (N° 93 de 01-02-06), de la cual se desprende, con absoluta claridad, que toda pretensión que se tenga frente a la Administración Pública –en este caso, que se suspenda la aplicación del Plan Nacional de Telecomunicaciones hasta que se produzca el mecanismo de consulta- debe ventilarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa:

“La constitucionalización de la justicia administrativa, a partir de la Constitución de 1961, implicó la adición de su función subjetiva o de tutela judicial de los administrados a su función tradicional u objetiva de control de la legalidad de la Administración Pública. De conformidad con esa premisa y la correcta lectura de las normas constitucionales que se transcribieron, la justicia contencioso-administrativa venezolana debe garantizar los atributos de integridad y efectividad del derecho a la tutela judicial. De esa manera, y en lo que se refiere a la integralidad, toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, debe ser atendida o amparada por los tribunales con competencia contencioso-administrativa, pues el artículo 259 constitucional no es, en modo alguno, taxativo, sino que, por el contrario, enumera algunas –las más comunes- de las pretensiones que proceden en este orden jurisdiccional (pretensión anulatoria y pretensión de condena a la reparación de daños) y enunciativamente permite, como modo de restablecimiento de las situaciones que sean lesionadas por la actividad o inactividad administrativa, la promoción de cuantas pretensiones sean necesarias para ello. Integralidad o universalidad de procedencia de pretensiones procesales administrativas que, además, son admisibles con independencia de que éstas encuadren o no dentro del marco de medios procesales tasados o tipificados en la Ley, pues, se insiste, es el Texto Constitucional el que garantiza la procedencia de todas ellas. Pero en atención a la cláusula constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259), ésta no sólo ha de dar cabida a toda pretensión, sino que, además, debe garantizar la eficacia del tratamiento procesal de la misma y en consecuencia, atender al procedimiento que más se ajuste a las exigencias de la naturaleza y urgencia de dicha pretensión.

El enfoque del tratamiento y estudio del contencioso administrativo desde la óptica de la pretensión consigue, así, fundamento en el artículo 259 de la Constitución y es, además, consecuencia obligada de su función subjetiva y de su naturaleza jurídica: la de un orden jurisdiccional, inserto dentro del sistema de administración de justicia, cuya finalidad primordial es el restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas y que debe, por ende, informarse siempre con los principios generales del Derecho Procesal (*cfr.* González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.). De allí el error cuando se entiende que es el acto administrativo –en vez de la pretensión proce-

sal- el objeto del proceso contencioso administrativo y de allí también la tradicional imprecisión terminológica que ha caracterizado el tratamiento de nuestro sistema contencioso administrativo, denominando recursos a medios procesales tales como, entre otros, el 'recurso por abstención o carencia', que mal puede considerarse 'recurso' ni 'medio de impugnación', cuando su objeto es la pretensión de condena a una obligación de hacer o de dar por parte de la Administración.

(...)

Con fundamento en la postura que se ha sostenido en las decisiones que antes se citaron, esta Sala ha declarado la inadmisibilidad de pretensiones de amparo que se han ejercido contra actuaciones u omisiones de la Administración, precisamente porque los medios procesales contencioso-administrativos son medios ordinarios capaces, por imperativo constitucional, de dar cabida y respuesta a esas pretensiones procesales y a cualesquiera otras que se planteen contra los órganos del Poder Público en ejercicio de la función administrativa, por lo que no es admisible, salvo excepciones, acudir a la vía del amparo constitucional.

Esa procedencia en el contencioso administrativo de cuantas pretensiones se planteen frente a la Administración Pública se sostiene, según se dijo ya, en el principio de universalidad de control y de integralidad de la tutela judicial, incluso frente a actuaciones administrativas frente a las que el ordenamiento legal no regula medios procesales especiales. Caso paradigmático es el de las vías de hecho, a las que se referían los fallos cuya cita se transcribió, frente a las cuales los administrados pueden incoar pretensiones procesales que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa han de ventilar aunque no exista aún en nuestro ordenamiento un procedimiento especial para ello".

*c'. Cosa Juzgada*

**TSJ-SC (955)**

**24-5-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Nohemí Del Carmen Santelíz Arroyo y otros vs. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

Analizado los escritos contentivos de las solicitudes de amparo constitucional y declarada como ha sido la competencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de las acciones de amparo constitucional interpuestas, la Sala observa que cumplen con los requisitos de forma contenidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ahora bien, a los fines de realizar el examen de las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional consagradas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala considera necesario formular las siguientes consideraciones:

En este sentido, se advierte que las acciones de amparo constitucional, previamente acumuladas, fueron intentadas contra los ciudadanos Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, por la violación de los derechos constitucionales a la libertad de expresión y pensamiento y a la pluralidad de las comunicaciones, establecidos en el artículo 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pretendiendo obtener un pronunciamiento que ordene a tales funcionarios, tomar todas las medidas necesarias para asegurarle a los venezolanos que la señal de Radio Caracas Televisión se mantenga en el aire.

Respecto de tal pretensión, considera esta Sala que vistos los términos en que fue planteada, resulta claro que se sustenta en que el ciudadano Presidente de la República ha decidido canalizar su decisión de impedir que Radio Caracas Televisión, C.A., siga funcionando

como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007, en cabeza del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, el cual es el funcionario competente por la materia, según lo dispuesto en el artículo 31.5 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional.

Ahora bien, en razón del conocimiento de su propia actividad jurisdiccional (*Vid.* Sentencia N° 150 del 23 de marzo de 2000, caso: “*José Gustavo Di Mase y otro*”) debe advertirse que esta Sala mediante sentencia N° 920 del 17 de mayo de 2007, recaída en el expediente N° 07-0197, se declaró “(...) 1. **COMPETENTE** para conocer la acción de amparo constitucional ejercida por los abogados Gustavo J. Reyna y Pedro Alberto Perera Riera, procediendo en su carácter de apoderados judiciales del ciudadano **MARCEL GRANIER H.**; los abogados Gustavo J. Reyna, Pedro Alberto Perera Riera, José Valentín González P., y José Humberto Frías, procediendo en su condición de apoderados judiciales de la sociedad mercantil **RADIO CARACAS TELEVISIÓN RCTV, C.A.** y otros accionantes, ya identificados; contra los ciudadanos Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Rafael Chávez Frías y el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, Jesse Chacón Escamillo, por el cierre inminente de Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., como estación de televisión abierta en VHF; 2. **INADMISIBLE** la acción de amparo constitucional incoada contra el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías, de conformidad con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; 3. **INADMISIBLE** la acción de amparo constitucional ejercida contra el ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), Jesse Chacón Escamillo, respecto a la solicitud de tutela del derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; 4. **INADMISIBLE** la acción de amparo constitucional ejercida contra el ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), Jesse Chacón Escamillo, de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por el cierre inminente de Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., como estación de televisión abierta en VHF”.

Del estudio de las presentes acciones de amparo constitucional, esta Sala constata que fueron interpuestas con la misma fundamentación, por los mismos hechos y si bien las partes no son las mismas que en el amparo previamente decidido, los presentes actores actúan con un interés de coadyuvar en el objeto de la pretensión decidida, ya que en los supuestos antes descritos, la pretensión de amparo se encuentra dirigida a impedir el cese en el ejercicio de la señal abierta del canal Radio Caracas Televisión.

Ahora bien, esta Sala observa que en razón de los hechos que se señalan como lesivos a los derechos e intereses de los actores, así como de los sujetos señalados como agraviantes y de la causa (“*causa petendi*” o título de la pretensión, en términos procesales) que da lugar a su ejercicio, se configura la causal de inadmisibilidad contenida en el numeral 8 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En tal sentido, es menester hacer referencia al contenido del artículo 6, numeral 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que regula la *litis pendencia* en materia de amparo constitucional; la cual, además, ha sido extendida por la Sala, en uso del argumento *a fortiori*, a la cosa juzgada, que sería la razón por la cual el caso de autos es inadmisibile.

En efecto, en la sentencia de esta Sala N° 1.614 del 29 de agosto de 2001, recaída en el caso “*Soportes Eléctricos C.A., (SOPELCA) y Giuseppe Boccasini*”, reiterada, entre otras, por las sentencias N° 2.518 del 19 de diciembre de 2006, caso “*Valores y Desarrollos, S.A. (VADESA)*”; 1.598 del 10 de agosto de 2006, caso: “*Ibeth Cecilia Chávez*” y 970 del 9 de mayo de 2006, caso: “*Enudio Guevara*”, se delimitó el alcance de dicha causal, en los términos siguientes:

*“Esta causal no sólo se da cuando la acción esté pendiente de decisión, en sentido estricto, sino con mayor razón cuando la acción de amparo pendiente de decisión sea sentenciada. En efecto, en tal caso, habría cosa juzgada formal, con base en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que a la letra dice ‘La sentencia firme de amparo producirá efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objeto del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes’.*

*Es decir, en suma, que en el presente caso vuelve a replantearse una acción de amparo que versa sobre el mismo objeto, que denunció las mismas infracciones, que se basó en los mismos objetivos y fundamentaciones y que giró en relación con idéntico objeto al anteriormente intentado.*

*Ante tal constatación es evidente que en el supuesto de que el primer amparo se encuentre decidido con sentencia firme al momento de publicarse el presente fallo, si bien no estaría pendiente de decisión, se impondría la fuerza de la cosa juzgada para impedir que sea sentenciada por esta Sala, ya que la cuestión debatida posee la misma identidad subjetiva y objetiva. Por los argumentos expuestos en este numeral, esta acción debe declararse inadmisiblemente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6, numeral 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; y así se decide” (Subrayado añadido).*

En consecuencia, ante la verificación de la existencia de cosa juzgada respecto de la pretensión de amparo constitucional de autos, esta Sala debe declarar su inadmisibilidad, conforme a la regla procesal contenida en el numeral 8 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede por las siguientes razones:

El fallo del que se discrepa declaró la inadmisibilidad de la pretensión de que se ordenase al Presidente de la República y al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática que tomen todas las medidas para asegurarle al pueblo venezolano que la señal de RCTV se mantendrá en el aire.

En criterio del salvante, la demanda de autos no es inadmisiblemente de conformidad con lo que dispone el artículo 6.8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales porque no hay cosa juzgada en esta causa respecto de la que se decidió el 17 próximo pasado ya que no se trata de la misma parte actora –quien no se puede ver perjudicada por una demanda interpuesta por otra persona- ni se invocó la misma *causa petendi*.

En efecto, aunque coincidan los petitorios, la causa de pedir que se invocó en el caso que ya se decidió fue los derechos de RCTV (a la libertad de pensamiento y expresión, al debido proceso, expresado en el derecho a la presunción de inocencia, a la defensa, a ser oído por una autoridad imparcial, y a la igualdad y la no-discriminación), en tanto que, en el de autos, se pretende la protección a derechos –que se calificaron de difusos- que pertenecen a la esfera jurídica de los quejosos (a la libertad de expresión y a la comunicación plural), y no de aquella persona jurídica. El hecho de que el modo de protección a los derechos de la parte actora coincida con aquél que escogió otro sujeto, en otra causa, no es suficiente para la iden-

tificación de sus pretensiones: en la causa que fue decidida, la protección de los derechos individuales de la destinataria de la decisión administrativa; en ésta, la protección de derechos difusos de los quejosos quienes se encuentran en distinta posición jurídica frente a la Administración, aunque se sientan afectados por la misma decisión que habría lesionado aquélla.

Prueba de la inexistencia de la cosa juzgada que se declaró es que si los demandantes de autos planteasen estas mismas pretensiones en jurisdicción contencioso-administrativa, el asunto tendría que ser declinado en esta Sala por la invocación de derechos e intereses difusos, el monopolio de cuya protección ésta se reservó.

Por tanto, estima quien se aparta del criterio mayoritario que la pretensión a que se ha hecho referencia y que fue planteada en la demanda de autos no ha debido ser declarada inadmisiblesino, por el contrario, ha debido ser abierta la causa a trámite para que se llevase a cabo el debate judicial que habría permitido la cabal emisión de una decisión de fondo a su respecto.

**TSJ-SC (1205)**

**25-6-2007**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Hugo Armagno Montiel y otros vs. Presidente de la República y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática.

Corresponde a la Sala analizar los términos en que fueron propuestas las acciones de amparo que anteceden, siendo necesario analizar si las mismas cumplen a cabalidad con los presupuestos procesales previos al inicio del procedimiento de amparo, para lo cual, se observa:

Se interpone acción de amparo constitucional por la presunta violación del derecho a la libertad de expresión y a la pluralidad de las comunicaciones, establecidas en los artículos 57 y 58 constitucionales, con ocasión a las declaraciones emitidas por el ciudadano Presidente de la República y el Ministro para el Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática, en las que se anuncia la negativa de ampliar temporalmente el uso de la concesión del espectro radioeléctrico para el canal de televisión Radio Caracas Televisión.

Los términos sobre los cuales se presenta la acción de amparo, se vinculan directamente con el período de vencimiento para la explotación del uso de la porción del espectro radioeléctrico asignado para las televisoras, de conformidad con el Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987, y publicado en la *Gaceta Oficial* N° 33726 de misma fecha, que estipuló en su artículo 1°, la extensión para esta clase de operador de telecomunicaciones, una extensión en el período de uso del medio aéreo para la transmisión de su señal por un período adicional de (20) veinte años a partir la publicación en *Gaceta Oficial*, lo cual, en términos del artículo 4 del Decreto, expresamente determina que las operadoras que venían transmitiendo con anterioridad les correspondía precisamente ese mismo período de tiempo para utilizar el espacio destinado para la propagación de la señal.

La circunstancia de la cual se origina la presente acción, permite inferir que si bien los accionantes aducen actuar en su propio nombre, en realidad pretenden hacer valer una situación jurídica sustantiva ajena a ellos, al tratar de equiparar la defensa de sus derechos como si fuese en nombre de la operadora Radio Caracas Televisión, única parte a quien puede hacer valer su propio interés, siendo evidente que lo requerido por los accionantes se relaciona con hacer valer en amparo, bajo invocación del derecho a la información, derechos que más bien atienden a la esfera jurídico subjetiva de esta televisora, la cual, es la única que puede ejercer su defensa frente a los presuntos agravantes, como es, la Administración encargada del marco regulatorio de las telecomunicaciones.

En este caso, existe una clara identificación de quienes son las partes que tienen cualidad en esta causa, siendo evidente que quienes solicitan el amparo, no pueden subrogarse en nombre de Radio Caracas Televisión, toda vez que no detenta la legitimación ad causam para asumir la cualidad de accionante, ni llevan consigo la representación de ésta para actuar en amparo, por lo que al no existir, en constante denominación de la jurisprudencia, lo que se conoce como el carácter personalísimo del amparo, mal puede atribuírsele a los accionantes la cualidad para actuar en nombre del presunto agraviado.

No obstante, y en aras de analizar el presente caso de autos, en criterio de los accionantes, consideran que existe una relación directa entre las opiniones formuladas por el ciudadano Presidente de la República, y el vencimiento de los efectos autorizatorios establecidos en el mencionado Decreto.

Al respecto, cabe señalar que las imputaciones aducidas en contra del Presidente de la República no pueden ser consideradas como tales, toda vez que, si bien la materia de telecomunicaciones es de la competencia del Poder Nacional, dicha competencia en específico corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). En lo concerniente a la investidura del Presidente de la República, esta Sala ya determinó con anterioridad (*vid. s. S.C. N° 920/2007 del 17 de mayo*) que no puede considerársele como agravante, toda vez que no se encuentra asignado directamente bajo su potestad, el control y la supervisión del sector de telecomunicaciones, estableciéndose a tal efecto, lo siguiente:

*“Ahora bien, considera esta Sala que vistos los términos en que fue planteada la presente acción de amparo constitucional, resulta claro que la misma se sustenta en que “(...) el ciudadano Presidente de la República ha decidido canalizar su decisión de impedir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF a través del ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, el cual es el funcionario competente por la materia, según lo dispuesto en el artículo 31(5) del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional (...). Por consiguiente, salvo que el ciudadano Presidente de la República decida modificar la instrucción que impartió al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, ese funcionario procederá a tomar las medidas necesarias para impedir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF a partir del 28 de mayo de 2007 (...)”.*

*Al respecto, la Sala advierte que de conformidad con el ordenamiento jurídico estatutario vigente en materia de telecomunicaciones, el órgano competente para pronunciarse en relación a la posible situación jurídica de la concesión que en la actualidad permite a la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el uso y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, es la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).*

*Así, corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) resolver todo lo concerniente al otorgamiento, uso, revocatoria y demás relaciones que se produzcan entre el Estado y la concesionaria en ejecución del correspondiente contrato de concesión, así como cualquier forma de extinción de ésta -artículo 73 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones-, razón por la cual el presente amparo resulta inadmisibile, toda vez que la lesión no es inmediata, posible y realizable por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías, en lo que respecta a la pretensión dirigida contra su persona como presunto agravante.*

*Lo cual se evidencia del contenido de la pretensión de la acción de amparo interpuesta y su petitorio, en la cual se requiere: “(...) 1. ORDENE al ciudadano Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías que instruya al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, para que se abstenga de tomar medida alguna que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007 (...). 2. ORDENE al ciudadano*

*Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, que se abstenga de tomar medida alguna que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007 (...). 3. ORDENE al ciudadano Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías que instruya al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, para que adopte todas las medidas necesarias para permitir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007 (...). 4. ORDENE al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, que adopte todas las medidas necesarias para permitir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta a partir del 28 de mayo de 2007 (...). 5. ORDENE al ciudadano Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías y al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, que respeten el estado de inocencia de RCTV que se deriva del hecho de que para el 28 de diciembre de 2006, a esa estación de televisión abierta en VHF no le había sido impuesta sanción alguna que hubiera adquirido firmeza como consecuencia de la comisión de infracciones graves a la LOTEL, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión u otras leyes aplicables a los medios de comunicación radioeléctricos (...). 6. ORDENE al ciudadano Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías y al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática Jesse Chacón Escamillo, o quien haga sus veces, que otorguen a RCTV un trato no discriminatorio con respecto a las otras estaciones de televisión abierta y radiodifusión sonora que se encuentran en la misma situación que RCTV, con respecto a su continuidad como operadores de telecomunicaciones (...)*".

*Ciertamente, al no ser competente el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, el peligro inminente de lesión denunciado por los accionantes, no guarda relación alguna con los preceptos constitucionales en los que fundamentó su pretensión y, por tanto, no constituyen fundamento positivo para reclamar tutela judicial, por vía de amparo, de los derechos individuales que alegó amenazados, respecto del presunto agravante, ello en virtud del carácter personalísimo que distingue a la acción de amparo.*

*En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala reitera el criterio contenido en sentencia N° 448 del 9 de marzo de 2006 (caso: "Samir Daniel Lisson Ortega"), al afirmar que: "(...) [L]a amenaza que hace procedente la acción de amparo es aquella que sea inmediata, posible y realizable por el imputado, estableciendo al efecto que tales requisitos deben ser concurrentes, por lo cual es indispensable -además de la inmediación de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados -que podría materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita- deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción; de lo cual deviene, por interpretación a (sic) contrario, la improcedencia de la acción, cuando se le imputen al supuesto agravante resultados distintos a los que eventualmente pudiere ocasionar la materialización de la amenaza que vulneraría los derechos denunciados, o cuando la misma no sea inmediata o ejecutable por el presunto agravante (...)" (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.002/04, caso: "Federación Médica Venezolana"), lo cual se verifica en el presente caso, al no ser una competencia del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, sino una atribución de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).*

*Por lo tanto, la acción de amparo constitucional incoada es inadmisibile de conformidad con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en relación con el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías. Así se decide.*

En lo que respecta al Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones, en esa misma decisión, la Sala asentó que la acción de amparo constitucional interpuesta por los representantes de la televisora Radio Caracas Televisión –auténticos legitimados para obrar en amparo- resultaba inadmisibile, determinando a tal efecto, que Radio Caracas Televisión

RCTV C.A. acudió ante la Sala Político Administrativa para hacer valer ante la vía contencioso administrativa, los derechos considerados por su persona como conculcados por la actividad Administrativa, haciendo operativa la causal de inadmisibilidad establecida en el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en virtud de haberse ejercido los mecanismos procesales regulares destinados a ventilar, ante el juez de la legalidad, el control de la Administración sobre sus actos. Sobre este particular, el criterio asentado fue el siguiente:

*“III.- Realizadas las anteriores consideraciones, esta Sala advierte respecto al resto de las denuncias formuladas en la acción de amparo constitucional lo siguiente:*

*La Sala advierte que la acción de amparo constitucional ejercida por el ciudadano Marcel Granier H., la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A. y otros accionantes, ya identificados; contra el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, Jesse Chacón Escamillo, se circunscribe a las lesiones que a su decir produciría el cierre inminente de Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., como estación de televisión abierta en VHF, todo ello con fundamento en las declaraciones dadas por el ciudadano Presidente de la República y por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.*

*Ahora bien, dado que el 2 de abril de 2007 la representación judicial de la parte accionante consignó escrito ratificando la continuidad de las lesiones a los derechos constitucionales, para lo cual consignó el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002, ambas dictadas por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, cuyo contenido es el siguiente:*

*En el acto administrativo contenido en el Oficio N° 424 dictado por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, mediante el cual se dio respuesta a la mencionada solicitud efectuada por Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el 24 de enero de 2007, se resolvió que “(...) la presente comunicación tiene carácter mero-declarativo, esto es, que no crea, modifica o extingue la situación jurídica respecto a la concesión de RCTV que se vence el 27 de mayo de 2007 a las 12 p.m. hora legal de Venezuela, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras, lo cual incluye las frecuencias accesorias otorgadas a nivel nacional para la explotación de la concesión cuya vigencia expira (...)”.*

*Por su parte, en la Resolución N° 002 dictada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, se determinó “(...) declarar terminado el procedimiento administrativo iniciado según la solicitud formulada por Radio Caracas Televisión, en fecha 6 de mayo de 2002, relativa a la transformación de su concesión, por decaimiento del objeto de dicha solicitud. En consecuencia, dicha concesión se mantendrá en vigencia hasta su vencimiento el 27 de mayo de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras (...)”.*

Ello así, se observa que el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, textualmente dispone lo siguiente:

*“(...) Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:*

*...omissis...*

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

*Al respecto y con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cabe acotar que no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como se ha sostenido y así lo ha reite-*

rado la Sala en diversos fallos, no toda transgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias, en las cuales todos los jueces de la República deben restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable.

(omissis)

El criterio anterior fue ratificado por esta Sala, indicando que "(...) '[a]hora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmítirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente' (...)" (Cfr. Sentencia N° 2.094 de esta Sala del 10 de septiembre de 2004, caso: "José Vicente Chacón Gozaine").

No puede afirmarse de acuerdo con lo expuesto, que el amparo constituya el único medio capaz de ofrecer al justiciable la garantía de un proceso restablecedor de su esfera jurídica cuando hubiese sido lesionada, o sobre la cual haya incidido alguna conducta reputada como antijurídica. Eventualmente, la elección de uno de los mecanismos que conforman el ordenamiento jurídico puede resultar idóneo para la protección de algún derecho fundamental que se estime conculcado, en cuyo caso el amparo debe ceder ante la vía existente, si el juez constata que resulta capaz de garantizar la protección de los derechos fundamentales alegados como infringidos, por lo que es claro que la inadmisibilidad debe prosperar, como circunstancia que puede ser subsumida en la causal contenida en la norma antes aludida.

Así las cosas, en diversos fallos respecto a la norma contenida en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala ha concluido que el amparo constitucional como acción destinada al restablecimiento de un derecho o una garantía constitucional que ha sido lesionada, sólo se admite -para su existencia armoniosa con el sistema jurídico- ante la inexistencia de una vía idónea para ello, la cual por su rapidez y eficacia, impida la lesión de los derechos que la Constitución vigente garantiza (Vid. Sentencias de esta Sala N° 848/2000, 963/2000, 1120/2000, 1351/2000, 1592/2000, 27/2001, 454/2001, 1488/2001, 1496/2001, 1809/2001 y 2369/2001 y 5.133/2005).

En tal sentido, observa la Sala que si bien la acción de amparo procede contra violaciones de derechos fundamentales o amenaza de violación de los mismos, de las actas que conforman el expediente, no se deriva la necesidad de interposición de una acción de amparo constitucional, con la finalidad de impedir que la situación jurídica presuntamente infringida sea irreparable y que el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad no resulte idóneo para lograr una efectiva tutela judicial de las accionantes.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo que como ocurre sobrevenidamente en el presente caso, se incoa contra actos administrativos, procede cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional, es decir, que existiendo una vía ordinaria dentro de las leyes administrativas adjetivas, que permita la obtención del mismo fin que se obtendría con la interposición de la acción de amparo, es esa vía a la que debe acceder, en primer término, quien considere infringidos sus derechos constitucionales.

Así, también establece el ordenamiento jurídico vigente que la acción de amparo contra actos administrativos de efectos particulares o contra conductas omisivas de la Administración, puede ser interpuesta conjuntamente con el recurso contencioso administrativo, en cuyo caso, cuando el recurso se fundamente en infracción de algún derecho constitucional, "(...) el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la ley (...)" (Vid. Sentencia N° 631 de esta Sala del 1 de abril de 2002, caso: "La Fontana D' Orazio, C.A.", en concordancia con el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

En el presente caso, la Sala constata que la parte accionante contaba con la vía judicial idónea contra los referidos actos administrativos, como lo es el recurso contencioso administrativo de nulidad previsto en el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

*Igualmente, no se evidencia de las actas del expediente que exista una situación de hecho que permita afirmar que los quejosos puedan sufrir una desventaja inevitable o que la lesión denunciada devenga en irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa, porque los medios procesales preexistentes son insuficientes para restablecer la situación infringida, o cuando su procedimiento -dada la naturaleza de la infracción alegada- no cumple con la finalidad de lograr la protección de forma inmediata, toda vez que en el marco de los procesos contencioso administrativos de nulidad, la parte accionante cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares capaces de tutelar la violación o amenaza de violación de sus derechos e intereses -Vgr. Amparo cautelar, suspensión de efectos y medidas cautelares innominadas-.*

*En relación con la eficacia del recurso contencioso administrativo de nulidad, la Sala estableció en la sentencia N° 82 del 1 de febrero de 2001 (caso: "Freddy Guzmán"), que:*

*'(...) la eficacia del recurso contencioso administrativo de anulación como medio judicial a los fines del cabal restablecimiento de la situación jurídica infringida, se evidencia de las amplias potestades que por disposición del texto constitucional le han sido otorgadas al juez contencioso, dado que no sólo puede anular el acto administrativo impugnado, sino también '(...) disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa', lo cual demuestra su absoluta idoneidad, con relación a lo que ocurre con el juez constitucional de amparo, para alcanzar así la efectiva protección de los derechos y garantías constitucionales que han sido conculcados por el acto administrativo impugnado (...)'.*

*Al respecto, se advierte por notoriedad judicial de la revisión de la Página Web del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente de la cuenta de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 18 de abril de 2007, que la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., interpuso recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medidas cautelares innominadas ante la referida Sala Político Administrativa el 17 de abril de 2007, contra los actos administrativos contenidos en el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002 dictados por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, lo cual no sólo ratifica la aplicabilidad de la causal de inadmisibilidad respecto a la mencionada empresa, sino la posibilidad del resto de los accionantes en el presente amparo de hacerse parte en el mencionado juicio a los fines de tutelar sus derechos e intereses.*

*En tal sentido, de lo anterior se desprende que antes de la interposición de un amparo como el de autos, la Sala es del criterio que la vía idónea para impugnar un acto administrativo es el recurso de nulidad, por lo que la acción de amparo constitucional interpuesta resulta inadmisibile con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide".*

Atendiendo al criterio anterior, esta Sala determina que las acciones dirimidas en la presente decisión guardan idéntica relación, evidenciándose el mismo interés de las partes intervinientes en esta causa respecto a la acción decidida anteriormente, como es que *"se le ordene al Presidente de la República y al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática que tomen todas las medidas para asegurarle al pueblo venezolano que la señal de RCTV se mantenga en el aire"*.

Al verificarse que las pretensiones esgrimidas son idénticas a aquella resuelta anteriormente, aun cuando no sean las mismas partes que en el amparo previamente decidido, esta Sala Constitucional determina que la presente acción incurre en la causal de inadmisibilidad establecida en el artículo 6, numeral 8, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al mediar un pronunciamiento con carácter de cosa juzgada, por lo que el presente amparo resulta inadmisibile, en atención al impedimento procesal para la instauración de una causa basada en los mismos elementos de otra que ya ha sido decidida (*vid. s. S. C. N° 970/2006 del 9 de mayo*), por lo que la misma se desestima en razón de los términos que anteceden. Así se decide.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede por las siguientes razones:

La Sala declaró que los demandantes de autos pretenden la protección de los intereses de RCTV, a pesar de que claramente señalan que defienden el interés difuso que tendría toda la colectividad en que dicho canal de televisión de señal abierta siga transmitiendo, así como la lesión a sus derechos, no a los de RCTV, a la libertad de expresión e información. Al respecto, resulta irrelevante que la forma de restitución de la situación jurídica cuya infracción alega sería favorable a los intereses de RCTV; no cabe hablar, por tanto, en criterio de quien discrepa, de subrogación alguna.

Por otra parte, la cosa juzgada, que es la causal de inadmisibilidad a que, *a fortiori*, se contrae el artículo 6.8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales –que se refiere directamente a la *litis pendencia*–, sólo opera en identidad de sujeto, objeto y causa, de conformidad con lo que dispone el artículo 1395.3 del Código Civil que reza:

“La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior.” (Subrayado añadido).

Como salta a la vista, según los parámetros de ley no existe la cosa juzgada que fue declarada, ni siquiera si se aceptase la interpretación que de la pretensión hizo la mayoría.

Por último, resulta pertinente el señalamiento de que la Sala habría podido reconducir las pretensiones de los demandantes por la vía de la demanda por intereses difusos y acumularlas a las que ya admitió y están en trámite de sustanciación.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

C. *Partes. Agravado: Interposición de la acción: Correo especial*

**TSJ-SC (993)**

**28-5-2007**

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Edinson Carrillo Mogollón vs. Decisión Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado.

**En aquellos casos en los cuales una persona se encuentre privada de su libertad, ésta podrá interponer en nombre propio por intermedio de correo especial, la solicitud de amparo constitucional.**

Se desprende del contenido del escrito libelar que el ciudadano Edinson Carrillo Mogollón, quien se encuentra recluso en el Centro Penitenciario de Occidente, intentó la presente acción de amparo en nombre propio, sin asistencia de abogado, y designó a su hermana Edilma Carrillo Mogollón como correo especial para presentarlo ante esta Sala Constitucional.

Visto lo anterior, la Sala advierte que se encuentra ante un nuevo supuesto de interposición de acciones de amparo, no previsto por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y no resuelto, hasta ahora, por criterio jurisprudencial alguno.

Así las cosas, el artículo 16 de la referida Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece lo siguiente:

“La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta”.

Luego entonces por vía de interpretación jurisprudencial, consideró la Sala, “...que un amparo en caso de suma urgencia, para impedir una caducidad (por ejemplo), puede ser enviado mediante un disquette u otro instrumento de procesamiento mediante máquinas y hasta por un sistema de facsímil (fax), siempre que el autor acepte de inmediato la autoría de lo impreso y transcrito, teniéndose con carácter retroactivo interpuesto el amparo, una vez ratificado por el accionante”. (*vid. sent. N° 742 del 19 de julio de 2000, caso: “Rubén Darío Guerra”*)

Posteriormente, y en atención al carácter cambiante de las situaciones jurídicas y de los avances tecnológicos, realizó otra interpretación jurisprudencial respecto a los medios de interposición de las acciones de amparo, y en este sentido indicó “...por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción...” (*vid. sent. N° 523 del 9 de abril de 2001, caso: Oswaldo Álvarez*).

En este orden de ideas, la Sala ante un supuesto muy cercano al planteado en el presente caso, realizó una ampliación en cuanto a su criterio que de manera reiterada había venido sosteniendo sobre la legitimación para ejercer acciones de amparo cuyo objeto fuera la protección a la libertad y seguridad personal y, en tal sentido, en sentencia N° 412 del 8 de marzo de 2002 (Caso: *Luis Reinoso*) dispuso lo siguiente: “...debe entenderse que cuando se trata de un hábeas corpus, *strictu sensu*, o de un amparo contra sentencia, que tenga como objeto la tutela de los referidos derechos, la legitimación activa le corresponderá a la persona afectada directamente o bien podrá ser extendida a cualquier persona, conforme lo dispone el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...” (resaltado del original). Sin embargo, en esa oportunidad no se concluyó respecto al caso de autos, esto es, amparo contra sentencias distinto al supuesto citado, en el que se interpusiere mediante correo especial.

Ahora bien, esta Sala observa que en el presente caso nuevamente debe hacer uso de su potestad de interpretar el alcance del referido artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en lo referente a las formas de interposición de las acciones de amparo –distinta de las dirigidas a la protección a la libertad y seguridad personal- cuando cualquier persona requiera, a través de la designación de correo especial, el restablecimiento inmediato de una situación jurídica que estime infringida o la situación que más se asemeje a ella.

Con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, y visto que en el presente caso el presunto agraviado se encuentra recluido en el Centro Penitenciario de Occidente, lo que hace imposible la interposición personal de la solicitud de amparo constitucional, se estima pertinente analizar la viabilidad de su consignación por intermedio de correo especial.

Así en jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Máximo Tribunal, se ha establecido que la falta de representación o asistencia por abogados, prevista en el artículo 4 de la Ley de Abogados, a la demanda o solicitud que inicia un proceso, no puede convertirse en un impe-

dimento a la garantía constitucional de acceso a la justicia que tiene toda persona, y menos para que ella pueda defender sus derechos y garantías constitucionales (*vid.* sent. 742 del 19 de julio de 2000, caso: *Rubén Darío Guerra*).

Por tanto al tener, cualquier persona, el derecho de acudir a la sede constitucional aún sin la asistencia técnica de un abogado, se estima que en aquellos casos en los cuales una persona se encuentre privada de su libertad, como en el caso de autos, ésta podrá interponer en nombre propio por intermedio de correo especial, la solicitud de amparo constitucional. De ser así, tal como lo establece el artículo 16 de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, deberá ser ratificada dentro de los tres (3) días siguientes.

En estos casos, y ante la notoria imposibilidad de la confirmación personal, por cuanto es un supuesto especial dirigido sólo a personas privadas de su libertad, la Sala debe garantizar la posibilidad de la ratificación de la acción de amparo constitucional; en este orden de ideas, se advierte que la referida ratificación debe ser realizada por abogado o abogados (defensa pública o defensa privada) con facultad suficiente para intentar este tipo de acción en representación del privado de libertad. La falta de ratificación de la acción de amparo, acarreará la declaratoria de inadmisibilidad de la misma, salvo que el juez constitucional del estudio de la demanda observe violaciones flagrantes que afecten el orden público constitucional.

Establecido lo anterior, la Sala en aras de salvaguardar el derecho de acceso a la justicia del ciudadano Edinson Carrillo Mogollón y en virtud del criterio innovador contenido en el presente fallo acuerda, conceder el lapso para la ratificación de la presente acción luego de la notificación del mencionado ciudadano de la presente decisión.

En virtud del pronunciamiento anterior, esta Sala Constitucional, acuerda notificar al ciudadano Edinson Carrillo Mogollón, quien se encuentra recluso en el Internado Judicial del Estado Táchira, del deber de ratificar, por intermedio de apoderado, la presente solicitud de amparo constitucional, luego de los tres (3) días siguientes a su notificación, más nueve (9) días que corresponden al término de la distancia.

En virtud de la doctrina vinculante sentada en este fallo se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial* y para su mayor divulgación, su reseña en el portal de la página web del este Alto Tribunal. Así se declara.



## Comentarios Jurisprudenciales

### BREVES NOTAS SOBRE LA RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO

José Ignacio Hernández G.  
Profesor de Derecho Administrativo  
de la Universidad Central de Venezuela

**Resumen:** *Este artículo establece cuáles son los principios generales que derivados de la teoría de la concesión administrativa aplicarían a la concesión del dominio público radioeléctrico, y cómo estos principios deben ser necesariamente matizados, especialmente, a fin de reconocer el carácter reglado de la renovación de estas concesiones.*

La reciente decisión de la Administración Pública en Venezuela de no renovar la concesión del dominio público radioeléctrico a la empresa Radio Caracas Televisión, C.A. (RCTV), bajo la tesis según la cual tal concesión vencía el 27 de mayo de 2007, pone una vez más en relieve la importancia de esclarecer el régimen jurídico aplicable al espectro radioeléctrico, todo ello, atendiendo a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 763 de 23 de mayo de 2007, por medio de la cual se admitió el recurso de nulidad incoado contra dos actos administrativos que, entre otros aspectos, consideraron que la concesión otorgada a la referida empresa para la explotación del servicio de televisión abierta VHF vencía el 27 de mayo de 2007<sup>1</sup>.

En efecto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTel) de 2000, siguiendo la tendencia imperante en Europa, pero que ya entonces se encontraba en revisión, declara al espectro radioeléctrico como un *bien del dominio público* y, en consecuencia, establece que su uso exclusivo requerirá de la correspondiente concesión, la cual se plasmará a través de un contrato. La teoría general apunta a que esa concesión es un *contrato administrativo*, en cuya ejecución la Administración puede ejercer amplias potestades de ordenación, reconocidas incluso en la LOTel. Tales potestades permitirían a la Administración, incluso, extinguir unilateralmente la concesión; adicionalmente, y siempre bajo esta teoría general, al vencimiento de la concesión la Administración, discrecionalmente, podría decidir si renueva o no el contrato.

Lo cierto es que la aplicación de la teoría general de la concesión administrativa – anclada en la tesis del contrato administrativo – genera notables contradicciones al ser aplicada al espectro radioeléctrico.

---

1. El presente artículo no pretende analizar los fundamentos de la demanda incoada por la empresa ni, tampoco, los razonamientos contenidos en la sentencia citada de la Sala Político-Administrativa. El objetivo, por el contrario, es más modesto: analizar teóricamente si la renovación de la concesión del dominio público radioeléctrico responde al ejercicio de potestades regladas o discrecionales de la Administración.

No sólo por la poca precisión de la declaratoria de ese espectro como un bien del dominio público –declaratoria hoy abandonada en la Unión Europea<sup>2</sup>- sino además, por su colisión con el régimen general de las telecomunicaciones derivado de la LOTel.

Estas breves notas establecen cuáles son los principios generales que derivados de la teoría de la concesión administrativa aplicarían a la concesión del dominio público radioeléctrico, y cómo estos principios deben ser necesariamente matizados, especialmente, a fin de reconocer el carácter reglado de la renovación de tales concesiones.

#### I. PRINCIPIOS TRADICIONALES DE LA REGULACIÓN SOBRE EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. EN ESPECIAL, EL CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO

La regulación tradicional de las telecomunicaciones se basaba en dos principios cardinales: la expresa reserva al Estado sobre ese sector (reserva confundida en ocasiones con la consideración de *servicio público* de esas actividades) y la concesión necesaria para que los particulares pudiesen explotar estas actividades reservadas (es decir, la concesión del servicio público). Este sistema ha sido paulatinamente abandonado, a fin de dar paso a otro modelo de regulación basado en dos principios: el reconocimiento de la libertad de empresa como título para ejercer los servicios de telecomunicaciones (que no son considerados ya servicios públicos reservados al Estado) y la autorización necesaria para que los particulares emprendan el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones de su preferencia. Ese modelo, notablemente desarrollado en la Unión Europea, fue el adoptado en Venezuela en el año 2000, con la aprobación de la LOTel<sup>3</sup>.

Que se abandone la reserva sobre el sector no empece a la decidida intervención que la Administración despliega en el sector de las telecomunicaciones. El nuevo modelo de regulación se fundamenta, de esa manera, en una amplia intervención pública llevada a cabo a fin de cumplir dos objetivos: asegurar la existencia de condiciones de competencia efectiva y asegurar la prestación adecuada de aquellos servicios que satisfacen necesidades básicas. El primer objetivo toma en cuenta la presencia de ciertos *recursos escasos* cuyo uso racional

- 
2. Según el artículo 7 de la LOTel, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público. Como muchas otras disposiciones de esa Ley, este artículo fue calcado de la Legislación europea, en concreto, la *Ley General de Telecomunicaciones* en España entonces vigente. Sin embargo, ya para el 2000 se debatía arduamente en Europa sobre la pertinencia de considerar al espectro radioeléctrico como un bien del dominio público, declaratoria expresamente abandonada en el 2002 (vid. Directiva 2002/21/CE, *relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* y la Directiva 2002/20/CE de 7 de marzo de 2002, *relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*). Nuestra crítica a la declaratoria de dominio público contenida en el artículo 7 de la LOTel, con referencias a la evolución del punto en Europa, en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2002, pp. 484 y ss. En resumen, se sostiene que el espectro radioeléctrico no es un bien apropiable por el Estado, sino en realidad, una actividad –consistente en la propagación de ondas- cuyo ejercicio es limitado por razones técnicas. Una de las principales críticas puede verse en Fernando Pablo, Marcos “Sobre el Dominio Público Radioeléctrico: Espejismo y Realidad”, *Revista de Administración Pública número 143*, Madrid, 1997, pp. 131-145.
  3. Sobre ello, véase en general lo que tratamos en “Reflexiones sobre la nueva ordenación de las telecomunicaciones en Venezuela”, en *Revista Derecho y Sociedad número 2*, Universidad Monteávila, Caracas, 2001, pp. 151 y ss., posteriormente ampliado en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 303 y ss. Nos remitimos a lo allí tratado en relación con la doctrina que rechaza que la LOTel haya despublicado el sector de las telecomunicaciones (pp. 325 y ss).

debe ser asegurado por la Administración. Precisamente, uno de esos recursos escasos es el espectro radioeléctrico, catalogado como un *bien del dominio público* por el artículo 7 de la LOTel. En la práctica, ello implica que la prestación de servicios de telecomunicaciones que requieran el uso de ese espectro –como sucede con los servicios de televisión abierta– requieren de la correspondiente autorización (denominadas por la LOTel *habilitaciones administrativas*), así como de la concesión del espectro radioeléctrico, que es una concesión del dominio público<sup>4</sup>.

Sobre la base de estas consideraciones podemos enumerar los principios tradicionales de la regulación del espectro radioeléctrico:

- En *primer lugar*, es preciso recordar que la LOTel derogó la reserva que, sobre todo el sector, había declarado la Ley de Telecomunicaciones de 1940. Más allá de la calificación jurídica que pretenda otorgarse a los servicios de telecomunicaciones, lo cierto es que tal actividad, bajo la LOTel, no se encuentra reservada al Estado.

- En *segundo lugar*, el artículo 7 de la LOTel declara al espectro radioeléctrico como un bien del dominio público. La *publicatio* sólo recae sobre ese bien, no así respecto de los servicios de telecomunicaciones cuya explotación requiere el uso del espectro, en tanto –insistimos– sobre estos servicios no existe reserva alguna.

- En *tercer lugar*, en los servicios de telecomunicaciones que requieren el uso del espectro radioeléctrico –como la televisión abierta– coexisten dos títulos: las llamadas *habilitaciones administrativas*, que son auténticas autorizaciones, en tanto controlan el ejercicio del derecho a emprender servicios de telecomunicaciones. Además, el uso del espectro radioeléctrico se sujeta a la correspondiente concesión del dominio público, que se otorgará mediante contrato (artículo 73, LOTel).

- En *cuarto lugar*, la LOTel reguló, en su artículo 210, la situación de aquellos operadores que prestaban servicios de telecomunicaciones al momento de su entrada en vigencia, es decir, los *operadores preexistentes*. Siguiendo las tendencias del Derecho Comparado, la LOTel estableció que tales operadores estaban obligados a solicitar a la Administración la transformación de sus antiguos títulos en las nuevas habilitaciones y concesiones, de ser el caso. La transformación de títulos responde a un mero procedimiento de organización, pues los servicios de telecomunicaciones, a la entrada en vigencia de la LOTel, podían ser explotados en ejercicio de la libertad de empresa, al derogarse expresamente la reserva entonces existente. Es decir, que la aplicación del nuevo régimen no se supeditaba a la efectiva transformación de los anteriores títulos en las nuevas habilitaciones y concesiones.

---

4. Y no una concesión del servicio público. La concesión administrativa responde a un tratamiento unitario que arranca en el Derecho Romano, y que la concibe como el acto mediante el cual la Administración transfiere, a terceros, derechos que le son propios (Villar Palasí, José Luis, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, en *Revista de Administración Pública número 1*, Madrid, 1950, pp. 90 y ss.). Si tal derecho implica la explotación de una actividad expresamente reservada al Estado, estaremos ante una *concesión de servicio público*; si por el contrario, el derecho que se transfiere permite el uso exclusivo de un bien del dominio público, se estará ante una *concesión del dominio público*. En la LOTel sólo tendría vigencia la concesión del dominio público, no así la concesión de servicio público, en tanto los servicios de telecomunicaciones no se encuentran reservados al Estado. Vid. Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 334 y ss., trabajo al que nos remitimos para la exposición más detenida de este punto.

En todo caso, las limitaciones existentes en los títulos preexistentes –incluyendo las limitaciones temporales– deberán mantenerse, como regla general, bajo los nuevos títulos, salvo que resulten contrarias al nuevo régimen basado en la vigencia de la libertad de empresa y libre competencia<sup>5</sup>.

.- En el específico caso del servicio de televisión abierta, y en *quinto lugar*, el Decreto N° 1.577, contenido del *Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras*, vigente desde el 27 de mayo de 1987, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 33.726 de 27 de mayo de 1987, estableció que las concesiones de televisión abierta entonces existentes, tendrían una duración de veinte años, límite temporal que, conforme al citado artículo 210 de la LOTel, debía ser respetado a consecuencia de la transformación de títulos, sin perjuicio de la potestad de la Administración de renovar tal concesión en los términos previstos en la LOTel y el *Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico*, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.085 de 24 de noviembre de 2000<sup>6</sup>.

Como se observa, tanto antes como después de la LOTel, la explotación del espectro radioeléctrico se sujeta a una concesión otorgada siempre por tiempo limitado, concesión que en el caso de los operadores preexistentes –como es el caso de RCTV, C.A.– vencía el 27 de mayo de 2007, según el citado Decreto N° 1.577, límite temporal que debía ser respetado incluso a consecuencia de la transformación de títulos. De forma tal que, frente a tal vencimiento, el punto central que debía ser resuelto es si la Administración debía renovar la concesión o si, por el contrario, se trataba de una decisión discrecional.

Si se aplica la teoría general de las concesiones administrativas, habría que reconocer que la renovación responde a un acto mayormente discrecional, en tanto, frente a las concesiones, los particulares no cuentan con el “derecho” a ejercer la actividad de que se trate, en este caso, el uso exclusivo de un bien del dominio público<sup>7</sup>. Incluso, teniendo en cuenta que bajo la LOTel la concesión se implementa mediante un contrato administrativo, habría que precisar que la Administración, en la ejecución de tal contrato, podría ejercer las potestades exorbitantes propias de este contrato que le permitirían incluso resolver unilateralmente, y por razones de mérito, la concesión. La sentencia de la Sala Político-Administrativa N° 763 de 23 de mayo de 2007, antes citada, acogerá estas conclusiones desde una perspectiva abstracta, para sostener que:

“la concesión es una forma contractual empleada por la Administración para la gestión de los servicios públicos, la cual comporta una delegación que efectúa el Estado a otra persona a su propio riesgo, para el funcionamiento de dichos servicios por un tiempo expresamente acordado.

- 
5. Véase el tratamiento del tema en Quadra Salcedo, Tomás, “El sistema de transición de los derechos especiales o exclusivos a un escenario de competencia y la filosofía de la liberalización”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones y de las Infraestructuras en Red [REDETI] número 2*, Madrid, 1998, pp. 15 y ss.). Nuestros comentarios sobre la conversión de títulos en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit., pp. 579 y ss.
  6. El *Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras*, en su artículo 1, previó que “las concesiones para el establecimiento y explotación de estaciones televisoras y radiodifusoras se otorgarán por veinte (20) años”. Por su parte, el artículo 4 acotó que “las concesiones que se hayan otorgado antes de la fecha de vigencia del presente Decreto, se considerarán válidas por el término establecido en el artículo 1º”, es decir, 20 años.
  7. No existe un derecho del particular –ha expresado la sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de mayo de 1997, Art. 1997/4369– a obtener una concesión administrativa de uso del dominio público “porque la Administración goza de potestad discrecional para su otorgamiento”. De allí que, por interpretación analógica, la renovación constituye un acto discrecional.

En este sentido, resaltan los elementos de temporalidad, exacta delimitación y beneficio económico para el concesionario por el uso y explotación del bien público que con motivo de la concesión se le haya asignado, por cuanto una vez expirado el término de vigencia se produce de pleno derecho la extinción de la relación y, usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión”<sup>8</sup>

Habría que acotar que, en el marco de la LOTel, no cabe referirse ya a la figura de la concesión del servicio público sino a la concesión del dominio público necesaria para el uso exclusivo del espectro radioeléctrico. Pero, más allá de esta necesaria salvedad, la Sala Político-Administrativa acoge la teoría general de la concesión administrativa, a fin de concluir que tal título se extingue por cumplimiento del lapso bajo el cual fue otorgado sin que el concesionario tenga el “derecho” a la renovación.

Ese ése, precisamente, el aspecto central dentro del recurso de nulidad incoado por RCTV, cuya admisión acordó la Sala Político-Administrativa en la sentencia citada, en tanto esa empresa invoca su derecho a la renovación de la concesión en virtud de lo previsto en el artículo 3 del Decreto N° 1.577<sup>9</sup>. Bajo la tesis tradicional, no existiría ese derecho a renovación en tanto, al vencimiento del lapso de la concesión, el ente concedente podría, discrecionalmente, decidir si renueva o no la concesión.

## II. LA NECESARIA REVISIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS TRADICIONALES. EN ESPECIAL, EL CARÁCTER REGLADO DE LA RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO

Sin embargo, en nuestra opinión, la teoría general de la concesión administrativa no puede ser aplicada, sin más, a la concesión del dominio público radioeléctrico regulada en la LOTel. En efecto, y dejando a un lado la crítica antes esbozada en cuanto a la posibilidad de considerar al espectro radioeléctrico como un bien del dominio público, lo cierto es que, en el ámbito de la LOTel, los servicios de telecomunicaciones no se encuentran reservados al Estado y, por consiguiente, todos los particulares tienen derecho a emprender y explotar los servicios de telecomunicaciones de su preferencia, tal y como reconoce su artículo 1. Como

---

8. Esta tesis se sostiene también en el *Libro Blanco sobre RCTV*, Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, Caracas, 2007 (consultado en original), p. 46.

9. Tal artículo prevé que “al finalizar la concesión, los concesionarios que durante el período señalado en el artículo 1° hayan dado cumplimiento a las disposiciones legales establecidas por la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento de Radiocomunicaciones y demás disposiciones legales, tendrán preferencia para la extensión de la concesión por otro período de veinte (20) años”. Según se narra en la sentencia de la Sala Político-Administrativa citada, la referida empresa solicitó, mediante comunicación de 24 de enero de 2007 al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática: (i) la transformación de su título con un supuesto derecho a operar hasta el 12 de junio de 2022; (ii) subsidiariamente, la transformación de su título con un supuesto derecho a operar hasta el 27 de mayo de 2027 y (iii) subsidiariamente, la renovación de la concesión por un período de veinte (20) años adicionales. Ante tales solicitudes, el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática dictó la Resolución N° 002, mediante la cual declaró el decaimiento del procedimiento administrativo de transformación del título de concesión en los títulos de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones (televisión abierta en VHF) y concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, al considerarse que la concesión otorgada a RCTV vence el 27 de mayo de 2007. De igual manera, el aludido Ministerio dictó la Comunicación N° 0424, mediante la cual informó el vencimiento de la concesión de RCTV el 27 de mayo de 2007, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1° del Decreto N° 1.577. En el recurso contencioso administrativo de nulidad presentado contra ambos actos, RCTV alegó que “tendría derecho a la extensión del plazo de la concesión por veinte (20) años más, a partir del 28 de mayo de 2007, día siguiente a la fecha en la que vence el plazo de veinte (20) años de la concesión otorgada el 27 de mayo de 1987”, pues “ha dado cumplimiento a la normativa en materia de telecomunicaciones y, por tanto, no ha sido objeto de sanciones”.

consecuencia de ello, los operadores preexistentes, al momento de la entrada en vigencia de la LOTel, adquirieron el derecho a continuar en la prestación del servicio de telecomunicaciones de su preferencia.

Es decir, que la explotación de servicios de telecomunicaciones, desde la LOTel, no depende ya del derecho concedido por la Administración sino que, por el contrario, es consecuencia directa del derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 112 constitucional. Esta conclusión rige, incluso, en relación con aquellos servicios que requieren el uso del espectro radioeléctrico: en tales casos, los particulares tienen derecho a emprender los servicios de telecomunicaciones de su preferencia, lo que se extiende al uso del espectro radioeléctrico. Bajo esta perspectiva, el ejercicio del derecho de emprender y explotar servicios de telecomunicaciones no puede depender de valoraciones discrecionales de la Administración, en tanto ambos atributos derivan del derecho fundamental de libertad de empresa. No puede la Administración, como principio general, negar el ejercicio de derechos fundamentales sobre la base de valoraciones discrecionales. Se insiste, en los términos del artículo 1 de la LOTel, los particulares tienen derecho a emprender servicios de telecomunicaciones. Forzoso es concluir que el otorgamiento o renovación de la concesión del espectro radioeléctrico responde a potestades regladas, que no discrecionales, en tanto el uso de ese espectro es indispensable para prestar el servicio de televisión abierta<sup>10</sup>.

Asunto del todo distinto al anterior es que el espectro radioeléctrico es un recurso limitado y no sustituible cuyo uso racional ha de asegurar la Administración. Por ello, es factible que, por razones técnicas, no sea posible adjudicar determinada porción del espectro a un particular e incluso, podría la Administración modificar o revocar la previa asignación de determinada porción, así como no renovar el lapso de la concesión. Pero –nótese bien– las decisiones en cuanto al otorgamiento, modificación, revocación de la adjudicación de porciones del espectro radioeléctrico o renovación no puede depender de valoraciones discrecionales, sino estrictamente, de aspectos técnicos, anclados en el carácter de recurso limitado del espectro radioeléctrico, teniendo en cuenta además que, a fin de proteger la competencia efectiva, el artículo 113 constitucional ha dispuesto que las concesiones deberán otorgarse por tiempo limitado<sup>11</sup>.

La tesis que se desarrolla, debemos reconocerlo, no encuentra cobertura explícita en la LOTel, la cual, por el contrario, atribuye a la Administración amplísimas potestades de ordenación sobre el espectro radioeléctrico (artículo 70) que le permiten modificar discrecionalmente la asignación de frecuencias (artículo 74.1) e incluso, no otorgar discrecionalmente la buena pro para la adjudicación (artículo 108.5). Estas disposiciones, sin embargo, parten la hipótesis según la cual el uso exclusivo del espectro radioeléctrico se rige por la teoría general de las concesiones administrativas, en cuya ejecución puede la Administración ejercer potestades de ordenación con carácter discrecional. Empero, insistimos, es nuestra opinión que la teoría general de las concesiones administrativas no resulta trasladable a la concesión del dominio público radioeléctrico, en tanto el uso de ese espectro es presupuesto para el ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, siendo que el ejercicio de derechos fundamentales no puede condicionarse a valoraciones discrecionales de la Administración.

---

10. Conclusión que hemos afirmado con anterioridad, y con mayor extensión, en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit., pp. 653 y ss.

11. Tal disposición constitucional rige a plenitud para los bienes del dominio público apropiables, como los yacimientos, pero no respecto del espectro radioeléctrico, en tanto este carece no es como tal apropiable. En todo caso, el límite constitucional debe ser interpretado en función a la exclusividad asociada a la concesión del dominio público radioeléctrico y su carácter de recurso limitado.

# ÍNDICE



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

### -A-

- Acción de Amparo. 191
  - Admisibilidad. 194
  - Competencia. Tribunales Laborales. 191
  - Inadmisibilidad. 194
  - Amenazas imposibles e irrealizables. 194
  - Existencia de medios judiciales ordinarios. 196
  - Cosa Juzgada. 208
  - Partes: Agravado: Interposición de la Acción. Correo especial. 217
- Actos Administrativos. 163
  - Efectos. Notificación. 164
  - Motivación. 163
  - Vicios. 166
  - Falso supuesto. 166
  - Inmotivación. 167
- Administración Pública Nacional. 145
- Avocamiento. 149

### -C-

- Contencioso Administrativo. 167
  - Competencia. Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo. 167
  - Prueba documental: Expediente administrativo. 176
  - Suspensión de efectos del acto administrativo. 175
- Contencioso Administrativo de Interpretación. Competencia. 176
- Contencioso Administrativo Electoral. 180
- Contencioso Administrativo Especial. 178
- Contencioso Administrativo Tributario. Competencia. 178

### -D-

- Derecho Comunitario Andino. 104
- Derechos Humanos. Delitos. Beneficios procesales. 106
- Derechos Individuales. 127

- Derechos Individuales. Derecho a la integridad física y psíquica. 127
- Derechos Políticos. 137
  - Derecho a la participación. 137
  - Referendo Consultivo. 138
- Derechos Sociales y de las Familias. 130
- Derechos Sociales y de las Familias. Protección de los niños y derechos de los jóvenes: Juicios por restitución de guarda. 130

### -F-

- Fuerza Armada Nacional: Régimen laboral. 146

### -G-

- Garantías Constitucionales. 114, 141
- Garantías del debido proceso. 114
  - Presunción de Inocencia. 114
  - Principio *non bis in idem*. 116

### -J-

- Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo. 167

### -L-

- La Ley. 105
- La Ley. Principio de irretroactividad. 105
- Libertad Económica. 156

### -O-

- Ordenamiento Jurídico. 104

### -P-

- Poder Ciudadano. 153
  - Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal. 153
- Poder Ejecutivo. 145
- Poder Judicial. 149
- Poder Nacional. Competencias. 141

Poder Público Nacional. Régimen. 141  
Potestad Sancionatoria: Principio de Legalidad. 148  
Procedimiento Administrativo. 161  
- Decisión. Cosa Juzgada administrativa. 161  
Procuraduría General de la República. Notificación. 145  
- Prerrogativas jurisdiccionales. 145

-R-

Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional. 184

-S-

Servicio Público. Energía Eléctrica. Naturaleza. 159  
Servicio Público. Telecomunicaciones. 159  
Servicio Públicos. Gestión: Concesiones. 159  
Servicios Públicos. Régimen. 159

-T-

Tribunales Laborales. Competencia. 191  
Tutela Judicial efectiva: Potestad Cautelar. 117

