

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVERO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUDERO 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 **FAÜNDEZ 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 ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE (Perú)**, Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H. (República Dominicana)**, Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO (Uruguay)**

#### Revista de Derecho Público

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

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

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

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

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

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

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley  
Depósito Legal: pp 198002DF847  
ISSN: 1317-2719

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

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

Impresión litográfica: Anauco Ediciones  
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

*Normas para el envío de originales*

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

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

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

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

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

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

**ESTUDIOS**

**Artículos**

**INTRODUCCIÓN**

*Resumen informativo sobre los 26 Decretos-Leyes dictados en Julio-Agosto de 2008*..... 11

**PRIMERA PARTE:**

**APRECIACIÓN GENERAL SOBRE LOS DECRETOS  
LEYES DE JULIO-AGOSTO 2008**

**Sección I: La rechazada reforma constitucional de 2007 y los  
Decretos Leyes de 2008**

*Límites del poder ejecutivo en el ejercicio de la habilitación legislativa: Imposibilidad de establecer el contenido de la reforma constitucional rechazada vía habilitación legislativa, Loly-mar HERNÁNDEZ CAMARGO* ..... 51

*Breves reflexiones en torno a los 26 Decretos-Ley de Julio-Agosto de 2008, y la consulta popular refrendaria de Diciembre de 2007, Jorge KIRIAKIDIS* ..... 57

*Los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con apariencia de legalidad (A propósito del proyecto de reforma constitucional de 2007 y los 26 decretos leyes del 31 de julio de 2008 que tratan de imponerla), José Vicente HARO GARCÍA* ..... 63

## **Sección II: El abuso de la delegación legislativa**

<i>Notas sobre el uso del poder de legislar por decreto por parte del Presidente venezolano, Aurilivi LINARES MARTÍNEZ</i> .....	79
<i>La paradójica situación de los Decretos Leyes Orgánicos frente a la Ingeniería Constitucional de 1999, Carlos Luis CARRILLO ARTILES</i> .....	93
<i>El “paquetazo”, un conjunto de leyes que conculcan derechos y amparan injusticias, Freddy J. ORLANDO S.</i> .....	101
<i>Control constitucional de la delegación legislativa en Venezuela, Marie PICARD DE ORSINI y Judith USECHE,</i> .....	105
<i>La centralización del poder en el Estado federal descentralizado, Manuel RACHADELL</i> .....	111
<i>Límites constitucionales de la Contraloría Social Popular, Juan M. RAFFALI A.</i> .....	133
<i>Notas sobre la expansión del ámbito de la declaratoria de utilidad pública o interés social en la expropiación, Carlos GARCÍA SOTO</i> .....	149

## **SEGUNDA PARTE:**

### **RÉGIMEN ORGÁNICO DEL ESTADO**

#### **Sección I: Régimen de la Administración Pública**

<i>El sentido de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública, Allan R. BREWER-CARIAS</i> .....	155
<i>La reedición de la propuesta constitucional de 2007 en el Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, Cosimina G. PELLEGRINO PACERA</i> .....	163
<i>Algunos comentarios sobre la descentralización funcional en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública, Jesús CABALLERO ORTÍZ</i> .....	169
<i>“Afrenta a la Debida Dignidad frente a la Administración Pública”. Los Decretos 6.217 y 6.265, Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO</i> .....	175

**Sección II: Garantías judiciales en el régimen de la Procuraduría General de la República**

*Tutela judicial efectiva, justicia material e igualdad de las partes en el contencioso administrativo y tributario: Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República vs. Código Orgánico Tributario*, Carlos E. **WEFFE H.** ..... 181

**Sección III: Régimen de la Fuerza Armada Bolivariana**

*Fuerza Armada Nacional: Antecedentes, evolución y régimen actual*, Alfredo **ARISMENDI A.** ..... 187

*La nueva Fuerza Armada Bolivariana (comentarios a raíz del Decreto N° 6.239, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana)*, Jesús María **ALVARADO ANDRADE** ..... 207

**TERCERA PARTE:**

**RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA**

**Sección I: Aspectos generales de la Constitución Económica y los Decretos Leyes**

*Los 26 nuevos Decretos-Leyes y los principios que regulan la intervención del Estado en la actividad económica de los particulares*, Ana Cristina **NUÑEZ MACHADO** ..... 215

*Los Decretos-Leyes de 30 de julio de 2008 y la Comisión Central de Planificación: Instrumentos para la progresiva abolición del sistema político y del sistema económico previstos en la Constitución de 1999*, Luis A. **HERRERA ORELLANA** ..... 221

**Sección II: Régimen de defensa de las personas en el Acceso a los Bienes y Servicios**

*El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión*, Alfredo Morles **HERNÁNDEZ**..... 229

*Nuevas restricciones al principio de la autonomía de la voluntad contractual aplicables a las relaciones jurídicas entre los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios*, Tamara **ADRIAN HERNÁNDEZ** ..... 233

<i>Comentarios en cuanto a los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto N° 6.092 con rango, valor y fuerza de Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, Juan Domingo</i> <b>ALFONSO PARADISI</b> .....	245
<i>El carácter autónomo de las “medidas preventivas” contempladas en el artículo 111 del Decreto-Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, Karina</i> <b>ANZOLA SPADARO</b> .....	271
<i>Disquisiciones sobre el Decreto-Ley para la defensa de las personas en el acceso a bienes y servicios, José Gregorio</i> <b>SILVA</b> .....	277
<i>Decreto N° 6.092 con rango, valor y fuerza de la ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios (Referencias a problemas de imputación), Carlos Simón</i> <b>BELLO RENGIFO</b> .....	281
<b>Sección III: Régimen de la pequeña y mediana industria</b>	
<i>Notas sobre el Decreto-Ley para la promoción y desarrollo de la pequeña y mediana industria y unidades de propiedad social, Manuel</i> <b>ROJAS PÉREZ</b> .....	307
<b>Sección IV: Régimen del fomento y desarrollo de la economía popular</b>	
<i>La desaparición del bolívar como moneda de curso legal (Notas críticas al inconstitucional Decreto N° 6.130, con rango, valor y fuerza de la ley para el fomento y desarrollo de la economía comunal, de fecha 3 de junio de 2008, Jesús María</i> <b>ALVARADO ANDRADE</b> .....	313
<b>Sección V: Aspectos tributarios de los decretos leyes</b>	
<i>Aspectos tributarios de las leyes de la habilitante, José Amando</i> <b>MEJÍA BETANCOURT</b> .....	321
<i>Los aportes correspondientes al régimen prestacional de vivienda y hábitat a la luz de las recientes reformas legales, Juan Cristóbal</i> <b>CARMONA BORJAS</b> y Karla <b>D´VIVO YUSTI</b> .....	325

## CUARTA PARTE:

### RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

#### Sección I: Régimen prestacional de la vivienda y el hábitat

<i>Reforma de la Ley de Arrendamiento Inmobiliarios a través del Decreto Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, Irma LOVERA DE SOLA</i> .....	331
<i>Nuevo Decreto-Ley de la Ley Orgánica del régimen prestacional de vivienda y hábitat, Betty ANDRADE RODRÍGUEZ</i> .....	341
<i>La usucapión y adjudicación de la propiedad de terrenos públicos urbanos, en el marco de la Constitución de 1999 y el Decreto-Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitat de 2008, Ramón AGUILAR</i> .....	367

#### Sección II: Régimen de la seguridad y soberanía agroalimentaria

<i>Planificación y soberanía alimentaria, José Ignacio HERNÁNDEZ G.</i> .....	389
<i>La constitución económica establecida en la Constitución de 1999, el sistema de economía social de mercado y el Decreto 6.071 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de seguridad y soberanía agroalimentaria, Juan Domingo ALFONSO PARADISI</i> .....	395
<i>La participación del sector privado en la producción de alimentos, como elemento esencial para poder alcanzar la seguridad alimentaria (Aproximación al tratamiento de la cuestión, tanto en la Constitución de 1999 como en la novísima Ley Orgánica de soberanía y seguridad alimentaria), Gustavo A. GRAU FORTOUL</i> .....	417

## QUINTA PARTE:

### RÉGIMEN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

<i>Una visita a las leyes referidas a la geografía, territorio y turismo. Las nuevas leyes de espacios acuáticos y canalizaciones, Juan Carlos SAINZ BORGÓ</i> .....	425
--	-----

## LEGISLACIÓN

### Información Legislativa

<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el tercer trimestre de 2008, por Marianella VILLEGAS SALAZAR</i> .....	439
--	-----

## DOCTRINA

### Doctrina Administrativa

<i>Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el tercer trimestre de 2008, por José Ignacio HERNÁNDEZ G.</i> .....	451
---	-----

## JURISPRUDENCIA

### Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): tercer trimestre de 2008, por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianella VILLEGAS SALAZAR</i> .....	457
--	-----

## ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i> .....	675
--	-----



## ESTUDIOS

*Este número de la Revista está destinado a analizar los diversos decretos leyes que el Presidente de la república ha dictado entre julio y agosto de 2008 en ejecución de la Ley habilitante de enero de 2007; mediante varios de los cuales ha pretendido implementar, desconociendo la voluntad popular, el proyecto de reforma constitucional que luego de ser sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, fue rechazada por el pueblo en el referendo celebrado el 2 de diciembre de 2007.*

*La coordinación de los estudios ha estado a cargo de **Carlos Luis Carrillo**, a quien queremos agradecer tanto su iniciativa como el empeño que puso en lograr que se presentasen todos los trabajos que se publican.*

*La Revista agradece además, a los autores, por haber respondido a su llamado y contribuido así a conformar este comprehensivo conjunto de estudios sobre esta importante legislación dictada a través de la delegación legislativa.*

*Allan R. Brewer Carías*



# Artículos

## INTRODUCCIÓN

### *Resumen informativo sobre los 26 decretos-leyes dictados en julio-agosto de 2008*

Coordinación: Juan Domingo Alfonzo Paradisi, Juan C. Garantón,  
Juan Korody y Gabriela González

#### I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

##### 1. Régimen de la Administración Pública

1. *Ley Orgánica de la Administración Pública (Decreto Ley N° 6.217 del 15 de julio de 2008, G.O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 de julio de 2008)*<sup>1</sup>

Juan Korody Tagliaferro y  
Andrés Ortega  
Abogados

A. ASPECTOS GENERALES: Se trata de una nueva Ley, sin embargo, se mantiene la misma estructura que la anterior, pero incluyendo una exposición de motivos y nuevas instituciones y paradigmas sobre la organización de la Administración Pública.

B. SE AMPLIA EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: Las disposiciones de esta Ley son de aplicación *obligatoria* a toda la Administración Pública, incluyendo a los Estados, Distritos Metropolitanos, Municipios y las nuevas formas de organización administrativa y participación ciudadana creadas en ella y de aplicación supletoria a los demás órganos y entes del poder público.

##### C. SE CREAN NUEVOS ENTES Y ÓRGANOS:

- *Comisión Central de Planificación (Art. 57)*: Dicha Comisión, está catalogada en la presente Ley como un Órgano Superior (art. 44), el cual tiene entre sus funciones Coordinar y Controlar la planificación centralizada de la Administración Pública (Art. 23), y además se encuentra presidido por el Vicepresidente de la República. En la Ley se delega en la promulgación de una futura Ley su objeto, atribuciones, organización y Funcionamiento.
- *Autoridades Regionales (Art. 70)*: Son designadas por el Presidente de la República, y tienen entre sus funciones la planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas de desarrollo del Territorio.

---

<sup>1</sup> Reforma parcial de la Ley Orgánica de la Administración Pública, G.O. N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

En la Ley se señala expresamente que dichas autoridades gozaran de Recursos propios, pero no se establece nada más, ni se delega su regulación.

- *Las Misiones (Art. 15 y 131)*: Son creadas por el Presidente en Consejo de Ministro para satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población. Se establece que se crearán cuando “*circunstancias especiales lo ameriten*” y funcionaran bajo la rectoría de las Políticas de la Planificación Centralizada. Se delega en un “*instrumento jurídico*” su ente u órgano de adscripción, financiamiento y conformación.

D. SE INCREMENTA EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS: La Ley establece la obligación para la Administración Pública, de utilizar los medios tecnológicos que desarrolle la ciencia, y asimismo les impone el deber a cada órgano y ente de la Administración Pública de mantener una página WEB (Art. 11). Se señala además, que se podrán incorporar cualquier medio electrónico, informático, óptico o telemático, y que los documentos reproducidos por estos medios gozan de validez y eficacia (Art. 151). Se abre la posibilidad de archivar el expediente administrativo de forma electrónica (Art. 162).

E. QUÉ SE ELIMINA EN ESTA NUEVA LEY:

- *El principio de Responsabilidad de los funcionarios públicos por violación de los derechos humanos*: Sin embargo sigue vigente lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y lo dispuesto en el artículo 8 de la LOAP (responsabilidad de los funcionarios por violaciones a la Constitución Nacional).
- *La consulta obligatoria para promulgar Decretos Leyes, contemplada en el artículo 137 de la Ley anterior*: Con la anterior Ley, la única forma para dictar Leyes sin necesidad de ser consultada a la comunidad organizada, era en casos de Emergencia Manifiesta. En la nueva LOAP, se creó otra forma excepcional de dictar normas jurídicas sin necesidad de realizar la consulta popular: en los casos de Legislación Excepcional, entre los cuales encontramos a los Decretos Leyes.
- *Los Principios de Racionalidad Técnica y Jurídica de los principios generales rectores de la Administración Pública* (Art. 12).
- *Los obstáculos para realizar inspecciones judiciales sobre archivos de la Administración* (Art 168): La Ley faculta a la autoridad judicial para acordar la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro administrativo y se ejecutará la providencia, siempre y cuando la autoridad competente no hubiera resuelto con anterioridad al documento, libro, expediente o registro, la clasificación como secreto o confidencial.
- *El agotamiento de la vía administrativa*: La Ley, elimina la disposición transitoria séptima de la Ley anterior que “congelaba” la aplicación del principio del agotamiento de la vía administrativa opcional para el administrado, a la vigencia de la Ley del Contencioso Administrativo. Si bien la Ley anterior también establecía esta norma donde se eliminaba la obligación de agotar la vía administrativa antes de acudir al contencioso administrativo, no es menos cierto que existía la disposición transitoria que congelaba dicha disposición hasta tanto no se creara la Ley del Contencioso Administrativo, pero surgió la problemática sobre si había la obligación o no de agotar la vía administrativa antes de ir al Contencioso debido a que la Ley del Contencioso Administrativo jamás se dictó.

En el año 2001, se publicó la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, donde entre las causales de inadmisibilidad de los Recursos o Demandas intentadas se obvió colocar la necesidad de agotar la vía administrativa antes de acudir al contencioso, y así fue reconocido por la jurisprudencia patria.

Actualmente, en la Ley, encontramos que se señala expresamente que no hay la obligación de agotar la vía administrativa para acudir ante el contencioso administrativo, y que es opcional para el particular hacerlo, y dicha norma jurídica tiene actualmente plena validez por sí misma.

#### F. OTROS CAMBIOS:

- *Institutos Públicos (Art. 96)*: Básicamente los regula de la misma manera que a los Institutos Autónomos de hecho se indica que a estos últimos se les aplicará las mismas disposiciones.
- *Juntas Ministeriales (Art. 63)*: Son lo que antes se conocía como Gabinetes Ministeriales.
- *Consejos Comunales y demás formas de organización comunitaria o del sector privado*: Se incorporan como entes que coadyuvan a la Administración Pública en el cumplimiento del principio de eficiencia en la utilización de recursos públicos (Art. 20).
- *Expediente Administrativo (Art. 162)*: Se establece la obligación por parte de la Administración Pública el deber de llevar de forma ordenada los archivos. Si bien esto ya se encontraba reconocido en la LOPA y en la jurisprudencia, su incorporación es sin duda un avance.
- *Derecho de preferencia para la adquisición de documentos privados con valor patrimonial (Artículo 157)*: Se establece que el Estado Venezolano tiene derecho de preferencia para adquirirlos en un término de 2 años”.
- Se incorporan nuevas atribuciones al Presidente, Vicepresidente y Ministros relacionados con la Comisión Central de Planificación.

2. *Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. (Decreto Ley N° 6.286 de 30 julio de 2008, G.O. N° 5.892 Extraordinario de 31 de julio de 2008)*<sup>2</sup>

Luis Mariano Rodríguez  
Abogado

A. ASPECTOS GENERALES: No se trata de una nueva Ley. Sin embargo, (i) se incorpora una exposición de motivos, (ii) 18 artículos son modificados y (iii) sólo 2 fueron incluidos.

#### B. NUEVOS PARADIGMAS EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

- “...se prevé que el Organismo desarrollará un Sistema Integral de Asesoría Jurídica bajo su dirección, destinado a homogeneizar la política jurídica del Estado, y cuyos elementos de funcionamiento serán dispuestos por el Procurador o Procura-

---

2 Reforma la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, G.O. N° 5.554 Extraordinario de 13 de noviembre de 2001.

*dora General de la República mediante resolución. Igualmente, se prevé en materia de contratos bajo la modalidad de honorarios profesionales de asesoría jurídica y de representación judicial, que suscriban los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, la obligación de los mismos de informar a la Procuraduría General de la República, lo relacionado con las actuaciones y el desempeño de los contratados en el cumplimiento de las actividades encomendadas.”*

- *“En el mismo ámbito consultivo, se previó en la reforma, en atención al principio de colaboración entre los Poderes Públicos, la posibilidad de participación de la Procuraduría General de la República en los procesos de formación de leyes en el seno de la Asamblea Nacional”.*
- *“... en lo relativo a la representación judicial de la República en defensa de sus bienes, derechos e intereses, destaca la reforma al artículo 44, a los fines de agilizar los trámites para otorgar poder a abogados en el exterior que atiendan asuntos de interés de la República, notificando de ello al ciudadano Presidente de la República...”.*

C. OPINIÓN PREVIA EN ACTOS DE DISPOSICIÓN: Se establece en el artículo 5° que, todo acto en sede administrativa de convenimiento, desistimiento, compromiso arbitral, conciliación, transacción o cualquier otro acto de disposición relacionado directamente con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República requiere de la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República;

- En caso contrario, el funcionario que realice el acto sin tal autorización responderá administrativa, civil y penalmente de los perjuicios causados a los derechos, bienes e intereses de la República.
- Sin embargo, se ha suprimido la nulidad de los actos de disposición por falta de opinión previa de la Procuraduría.

D. CONTRATACIONES DE ASESORÍA JURÍDICA Y REPRESENTACIÓN JUDICIAL: Los artículos 15 y 16, señalan que la Procuraduría General de la República tendrá la competencia para autorizar la contratación de cualquier clase de asesoría jurídica externa por cualquier órgano o ente de la Administración Pública Nacional, central o descentralizada, dentro del lapso de 20 días hábiles siguientes a la solicitud de autorización por el ente contratante, so pena de responsabilidad civil, penal y administrativa para el funcionario contratante que omita este requisito previo.

- A diferencia del cuerpo normativo reformado, el incumplimiento de este requisito no acarrea la nulidad del acto.
- Los entes de la Administración Pública se encuentran obligados a informar a la Procuraduría General de la República del desempeño del asesor externo contratado, al igual que los funcionarios a quienes la Procuraduría haya otorgado sustitución de poder para representar judicialmente a la República.
- La Ley le confiere a la Procuraduría General de la República la competencia para asesorar jurídicamente a toda la Administración Pública, incluyendo a los Estados y Municipios, *“cuando a su juicio el asunto objeto de la consulta esté relacionado con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República”.*

E. PROYECTOS DE LEY: Ahora la Procuraduría General de la República participará en el proceso legislativo ordinario, mediante “la revisión jurídica de los proyectos de leyes a ser sometidos a la Asamblea Nacional, cuya iniciativa corresponda al Poder Ejecutivo Nacional”, así como por su colaboración con el Poder Legislativo “en atención al principio de colaboración entre los Poderes Públicos”.

F. REPRESENTACIÓN EN JUICIO DE LA REPÚBLICA EN EL EXTERIOR: El artículo 46 de la reforma autoriza a la Procuraduría General de la República para otorgar poder a abogados que no sean funcionarios de ésta “*para cumplir actuaciones fuera de la República Bolivariana de Venezuela, en representación y defensa de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República*”, caso en el cual el poder se otorgará con las formalidades legales correspondientes al país en el que se realice el respectivo otorgamiento. Si el apoderado fuere extranjero, deberá notificarse del otorgamiento a la Presidencia de la República.

G. MEDIDAS CAUTELARES EN JUICIO:

- En el artículo 92 se deja claramente establecido que para procedencia de una medida cautelar o ejecutiva, solicitada por la Procuraduría, bastará con el cumplimiento de alguno de los dos requisitos:
  - (i) Presunción de buen derecho o;
  - (ii) Peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo.
- Estas medidas podrán suspenderse por el otorgamiento de caución o garantías suficientes, aceptada por el Procurador o quien actúe en su nombre.

2. *Régimen de la Fuerza Armada*

3. *Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (Decreto Ley 6.239 de 22 julio de 2008, G.O. N° 5.891 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*<sup>3</sup>

Patricia Zúñiga  
Abogada

ASPECTOS RESALTANTES:

A. OBJETO: El objeto de la Ley de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana es establecer los principios de las disposiciones que rigen su organización, funcionamiento y administración, dentro del marco de las co-responsabilidades entre el estado y la sociedad, como fundamento de la seguridad de la nación, consecuente con los fines supremos de preservar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la República.

Este resulta ser un punto importante puesto que se persigue la posibilidad de materializar dentro de la fuerza, una participación por parte del personal civil y el militar, para lograr la llamada unión cívico-militar.

---

3 Deroga Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional (G.O. N° 38.280 del 26 de Septiembre de 2005), que a su vez derogó la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (G.O. N° 4.860 del 22 de febrero de 1995).

- Se designa un cambio de nombre de la Fuerza Armada Nacional, a Fuerza Armada Nacional Bolivariana, lo que resulta ser inconstitucional, ya que nuestra carta magna ha establecido que el nombre de la institución será Fuerza Armada Nacional.
- Se erige el carácter del Comandante en jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, como un grado militar, lo que igualmente resulta ser inconstitucional, siendo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 236, entre las atribuciones y facultades del Presidente, ostentaba el dirigir a la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe y ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente sin ser catalogado como un grado militar.
- Se suprime por completo el carácter apolítico del personal militar, consagrado anteriormente en el Artículo 6 de la derogada Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales del 22 de febrero de 1995, donde se establecía que el personal militar de todos los grados y categorías en situación de actividad o disponibilidad, según el caso, no podían tener participación directa o indirecta en la política ni ejercer ningún derecho político.

Lo que nos lleva a la conclusión de que en la actualidad en consideración con la nueva Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, el personal militar podrá realizar actividades políticas, siendo que el único mecanismo en contra de estas prácticas, aún cuando resulta ser un concepto muy amplio, sería el establecido en el Artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al exponer que la Fuerza Armada Nacional constituye una institución profesional sin militancia política.

- Considerando el grado militar ejercido por el Presidente de la República, se delegan nuevas funciones en él, pudiendo ejercer el control pleno sobre el plano operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, lo que incluye el Cuerpo Estratégico Operacional, las Regiones Estratégicas de Defensas, la Milicia Nacional e incluso sobre la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en su conjunto.
- Se le atribuye a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, la tarea de preparar y organizar al pueblo para la Defensa Integral del espacio geográfico de la Nación, así como el de difundir el pensamiento militar venezolano. Esta nueva función que se le asigna a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana va ligada directamente con el ya desarrollado concepto de unión cívico-militar o co-responsabilidad social.
- Se establece una nueva organización de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, la cual estará constituida bajo el concepto de dos planos; el primero, un plano administrativo que dependerá del Ministerio del Poder Popular para la Defensa y el segundo, un plano operacional que será ejercido directamente por el Presidente de la República.

La Carta Magna en su artículo 329 establece que serán el Ejército, la Aviación y la Naval, con ayuda de la Guardia Nacional, los encargados de la ejecución y control de las operaciones militares, por lo cual al establecerse mediante el presente decreto, que esta función recae en el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, se está violentando directamente nuestros principios fundamentales.

- La organización en el plano operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, estará integrada por el Comandante en jefe, el Comando Estratégico Operacional (CEO), los Componentes Militares, la Milicia Nacional Bolivariana y las Regiones



Militares. Se crea el Estado Mayor Conjunto, como un órgano de planificación y asesoramiento estratégico operacional, que depende del Comando Estratégico Operacional (CEO).

- Se introduce una nueva figura de Regiones Estratégicas de Defensa, las cuales serán nombradas posteriormente por el Presidente de la República, que tendrán como función todo el estudio, planificación, control y ejecución del plano operacional de las regiones, así como coordinar con las instituciones del sector público y privado, la participación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en la planificación del desarrollo de las mismas, esto en concordancia con el concepto de Defensa Integral que se maneja en el Decreto de aquellos sectores del territorio que tienen planes geo estratégicos o ubicaciones estratégicas.
- Se instituye el grado militar de Mayor General, atribuido por el Presidente de la República, el cual consiste en un rango ubicado entre el grado de General de División y el de General en Jefe, que tendrá como función el comando de las Regiones Estratégicas de Defensas. Existen grandes críticas de si a esta nueva figura de Mayor General le serán atribuidas funciones propias de los Alcaldes y Gobernadores, lo que no pareciera ser de poco juicio al habersele designado funciones dentro del ámbito público y privado, que serán desarrolladas en normas posteriores.
- Bajo el concepto de corresponsabilidad social y unión cívico-militar, se decreta un nuevo órgano llamado Milicia Nacional Bolivariana, destinado a complementar a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en la Defensa Integral de la Nación, que depende directamente del Presidente de la República, y que se encuentra integrado por la Reserva Militar (Órgano creado mediante la Ley de la Fuerza Armada Nacional del año 2005, propio de los países de corte socialista) y por la Milicia Territorial; siendo que la Reserva Militar está conformada por venezolanos (as) y la Milicia Territorial por ciudadanos (as), lo que abre las puertas a que la organización de defensa Venezolana, no sólo esté integrada por ciudadanos Venezolanos, si no también por ciudadanos de cualquier otra nacionalidad, lo que no se encuentra contemplado dentro de las normas Constitucionales.
- Se eleva a los Suboficiales Profesionales de Carrera de los diferentes componentes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana a Oficiales Técnicos, por lo tanto ostentarán el mismo grado de los Oficiales de Carrera, contando con un período de 5 años de transmisión para ir adaptando esta nueva figura, y la cual será desarrollada mediante una Ley posterior que deberá ser dictada en el plazo de 4 meses contados desde la fecha de publicación del presente Decreto.
- Se reduce el proceso de formación regular de los Oficiales, a un período de 4 años, y se equipara la de los suboficiales a 4 años. Igualmente se amplía la regulación de la educación militar, la cual deberá sustentarse en los principios de unidad, interrelación, continuidad, coherencia, flexibilidad, innovación, factibilidad, y productividad, para promover y difundir las ideologías de nuestros precursores, emancipadores y próceres venezolanos.
- Las Disposiciones Transitorias crean plazos para dictar reglamentos que desarrollen posteriormente varias de las nuevas estructuras creadas bajo el presente Decreto.

## II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

### 1. Régimen de la administración Financiera del sector Público

4. *Ley de reforma de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público (Decreto Ley N° 6.233 de 15 julio de 2008, G.O. N° 5.891 Extraordinaria de 31 de julio de 2008)*<sup>4</sup>

Margot Araujo Medina  
Abogada Especialista en Derecho Financiero

Esta Ley se limita a modificar el artículo 90 en los siguientes términos:

*“Artículo 90. Los institutos autónomos y los institutos públicos cuyo objeto principal sea la actividad financiera, así como las sociedades mercantiles del Estado, están exceptuados del requisito de ley especial autorizatoria para realizar operaciones de crédito público; sin embargo, requerirán de la autorización del Presidente en Consejo de Ministros.*

*En todo caso, el monto de las obligaciones pendientes por tales operaciones más el monto de las operaciones a tramitarse, no excederá de dos veces el patrimonio del respectivo instituto autónomo o instituto público o el capital de la sociedad; salvo que su respectiva ley especial disponga un monto mayor.”*

No obstante el cambio señalado, la Ley no establece en qué consiste este ni explica el por qué de la mención adicional a los institutos públicos distintos de los institutos autónomos. Sin embargo, consideramos que esta nueva mención es para ajustar la regulación a lo establecido en la Ley Orgánica de Administración Pública, respecto a los Institutos Públicos.

### 2. Régimen de la simplificación de trámites administrativos

5. *Ley sobre simplificación de tramites administrativos (Decreto Ley N° 6.265 de 22 julio de 2008, G.O. N° 5.891 de 31 julio de 2008)*<sup>5</sup>

Juan Korody Tagliaferro  
Abogado Especialista en Derecho Financiero  
y Andrés Ortega  
Abogado

A. OBJETO: La presente Ley, al igual que su predecesora, busca optimizar la elaboración de planes de simplificación de trámites administrativos, bajo esquemas uniformes aplicables a toda administración pública.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN: La Ley señala que es de obligatorio cumplimiento y aplicación a los órganos y entes de la Administración Pública Nacional y como novedad incorpora a las Administraciones Públicas Estadales y Municipales.

---

4 Reforma la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público G.O. N° 38.648 de 20 de marzo de 2007 reimpresa en G.O. N° 38.661 de 14 de abril de 2007

5 Deroga la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, decreto N° 368 de fecha 05 de octubre de 1. 999, G.O. N° 5.393 Extraordinario de fecha 22 de octubre de 1999 reimpreso por error material en G.O. N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999.

No se indica expresamente la aplicación obligatoria para los Municipios Metropolitanos, pero sin duda que es inherente su aplicación.

C. **NUEVOS PRINCIPIOS GENERALES:** Se incluyen a la Eficiencia, la Rendición de Cuentas, la Solidaridad y la Responsabilidad, como principios de la simplificación de trámites administrativos.

D. **CONSEJOS COMUNALES:** En cuanto a las formas de participación popular y control de los planes de simplificación, la Ley señala que se tendrá en cuenta la opinión de la comunidad organizada, a través de cualesquiera formas de participación popular, en especial a través de los consejos comunales.

E. **LAS VENTANILLAS ÚNICAS:** Como un medio de simplificación de trámites administrativos, se crean las ventanillas únicas, las cuales son las oficinas creadas por cada órgano o ente de la Administración Pública, a las que pueden dirigirse las personas para centralizar las diligencias, actuaciones o gestiones de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal.

- *Finalidad:* Garantizar la cercanía de la Administración Pública a las personas, así como la simplificación de los trámites que se realizan ante ella.
- *Clases:*
  - De Carácter Institucional: Es aquella creada de forma individual por un órgano o ente de la Administración Pública.
  - De Carácter Interinstitucional: Es aquella creada de manera conjunta por los órganos y entes que conforman la Administración Pública.

F. **FUNCIONES:**

- Registro y tramitación de diligencias, actuaciones o gestiones dirigidas a cualquiera de los distintos entes y órganos de la Administración Pública en relación con uno o varios trámites.
- Suministrar información sobre los requisitos exigidos para cada trámite, las administraciones que intervienen, su duración aproximada, estado de las tramitaciones, y derechos de las personas en relación con el trámite en cuestión.
- Tramitar sugerencias y quejas relativas al funcionamiento de los servicios de la Administración Pública.
- Recepción y entrega de documentos solicitudes y requerimientos en general.
  - Las demás establecidas en el presente Decreto, el Reglamento Orgánico respectivo, y demás normas aplicables.

G. **SE INCREMENTA EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS:** En la Ley, se obliga a la Administración Pública a crear sistemas de información centralizada, automatizada, ágil y de fácil acceso que sirva de apoyo al funcionamiento de los servicios de atención al público.

Además se establece que se deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos con el objeto que las personas interesadas envíen y reciban la información requerida en sus actuaciones frente a la administración pública.

H. ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN A LA LEY: La Ley establece en su disposición transitoria, que los órganos y entes competentes de los Estados, Municipios y demás entidades locales deberán, dentro de los noventa (90) días siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto-Ley, dictar las Leyes, Ordenanzas u otros instrumentos normativos que sean necesarios para su efectivo y cabal cumplimiento.

### III. RÉGIMEN DEL DESARROLLO ECONÓMICO

#### 1. *Régimen de las instituciones financieras*

##### A. *Régimen de los bancos y demás instituciones financieras*

6. *Ley de reforma parcial de la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras (Decreto Ley N° 6.287 de 30 julio de 2008, G.O. N° 5.892 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*<sup>6</sup>

Margot Araujo Medina  
Abogada Especialista en Derecho Financiero

El único cambio habido en la reforma de la Ley es el artículo 318. Mediante el cambio lo que se pretende es legalizarse el procedimiento de transferencia de bienes que FOGADE hace a la República, lo cual puede hacerse por cualquier medio traslativo de propiedad ya sea gratuito u oneroso (en cuyo caso requiere de un avalúo).

##### B. *Régimen de las instituciones financieras públicas*

7. *Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela BANDES (Decreto Ley N° 6.214 15 de julio de 2008, G.O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*

Margot Araujo Gimón  
Abogada Especialista en Derecho Financiero

A. OBJETO: Con esta Ley se deroga al Fondo Inmobiliario de Venezuela (FIV), y transfiere las competencias propias de dicho ente al BANDES.

B. EL BANDES: De acuerdo a la Ley, el BANDES es ahora un Instituto adscrito al Ministerio con competencia en materia de Finanzas, cuyo objeto es promover el desarrollo económico-social y financiar actividades a través del apoyo técnico y financiero a las inversiones sociales y productivas nacionales e internacionales de acuerdo con las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

Dicho instituto se encuentra facultado para actuar en el territorio nacional y en el extranjero, y goza de las mismas prerrogativas, privilegios y exenciones de la República. Asimismo, se encuentra sujeto a la regulación del Sistema Financiero Público.

---

6 Reforma la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, G.O. N° 5.555 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

Básicamente su labor se centra en realizar operaciones financieras y técnicas nacionales e internacionalmente a corto, mediano y largo plazo; administrar recursos y fomentar políticas, planes, proyectos y acciones conducentes a la expansión, diversificación y desconcentración de la infraestructura social y productiva para el desarrollo integral de la Nación.

8. *Ley de supresión y liquidación del Fondo de Crédito Industrial FON-CREI (Decreto Ley N° 6.216 de 15 julio de 2008, G. O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 de julio de 2008)*<sup>7</sup>

Jesús Escudero  
Abogado egresado de la UCV  
Profesor de la misma Universidad

A. OBJETO: Es la supresión y liquidación del Fondo de Crédito Industrial (FON-CREI).

El proceso antes descrito será llevado a cabo en un lapso no mayor de un (1) año, prorrogable por igual período, contado a partir de la publicación del nombramiento de su Junta Liquidadora en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*.

9. *Ley del Banco Agrícola de Venezuela (Decreto N° 6.241 de 22 julio de 2008, G.O. N° 5.891 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*

Francis Pérez Graziani  
Abogado

A. ASPECTOS RESALTANTES:

- Su exposición de motivos, busca consolidar el nuevo modelo socio-productivo, privilegiar el trabajo sobre el capital, acentuar la propiedad social, facilitar acceso a las distintas fuentes de financiamiento, a la población de actividad agrícola que requieran de recursos financieros.
- El Banco es una compañía anónima con domicilio en Caracas, adscrito al Ministerio del Poder Popular para Agricultura y Tierras que podrá actuar como cualquier banco y otras Institución Financiera, realizar operaciones financieras y técnicas en el ámbito nacional e internacional y otorgar créditos o garantizados por lapsos superiores a los establecidos en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

B. OBJETO:

- Insertar en este sistema a los micro, pequeños y medianos productores, otorgándoles recursos económicos para contribuir con su formación de una manera cónsona con los valores impulsados por el estado venezolano, procurar el desarrollo agrario nacional, estatal, municipal y local;

---

7 Deroga la Ley del Fondo de Crédito Industrial de (G.O. N° 2.254 Extraordinario, del 22-05-1978) y sus posteriores modificaciones parciales. G.O. N° 5.396 Extraordinario, del 25-10-1999 y G.O. N° 5.556, de fecha 13 de noviembre de 2001.

- Satisfacer los requerimientos de los sectores agrícolas vegetal, animal, pesquero, forestal y acuícola; así como financiamiento para el transporte, almacenamiento, comercialización de productos alimenticios y conexos;
- Intervenir en proyectos estratégicos, de acuerdo con las orientaciones del Ejecutivo Nacional; organizar e intervenir en la capitalización de empresas financieras de carácter privado, mixto o público, con actividades afines al sector agrícola, domiciliadas en el país o en el exterior, para complementar o ampliar los servicios financieros del banco.

C. CAPITAL: Cuarenta Millones de Bolívares (Bs. 40.000.000) propiedad en un cien por ciento (100%) de la Republica Bolivariana de Venezuela y el traspaso de acciones sujeto a autorización del Presidente de la Republica y a la aprobación de SUDEBAN.

D. JUNTA DIRECTIVA: está conformada por un presidente, un vicepresidente y cinco directores, todos de libre nombramiento y remoción presidencial, y debe cumplir con ciertos requisitos. Sus trabajadores no son funcionarios públicos y se rigen por ley orgánica del trabajo.

Se otorga un término de dos (2) meses para ajustar estatutos a la ley desde la publicación en *Gaceta Oficial*.

En fin el banco agrícola está revestido con las prerrogativas judiciales de la República.

## 2. Régimen de los Fondos públicos de financiamiento

10. *Ley de creación del Fondo Social, para la captación y disposición de los recursos excedentarios de los entes de la Administración Pública Nacional -FSCDRE- (Decreto Ley N° 6.128 de 03 junio de 2008, G.O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*

Valentina Cabrera Medina  
Abogada Especialista en Derecho Tributario

A. JUSTIFICACIÓN: Según la exposición de motivos, este fondo “coadyuva en la evolución y dinamismo de la gestión de proyectos de envergadura necesarios para la satisfacción de las necesidades colectivas, más aún cuando los entes sujetos al Decreto deberán presentar ante la Comisión Central de Planificación, en su rol de órgano coordinador y planificador coherente de la gestión administrativa, su gestión económica financiera, o la proyección de la misma, para con ello hacer posible la verificación sobre la existencia de los recursos excedentarios que serán destinados al fondo para la realización de los proyectos y programas de impacto social y que contribuirán con el desarrollo integral del pueblo venezolano”.

B. OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA: Su objeto es destinar los recursos regulados a la ejecución y desarrollo de programas y proyectos de inversión social.

C. NATURALEZA JURÍDICA: El FSCDRE fue creado sin personalidad jurídica y como un patrimonio separado del Tesoro Nacional, no estando en consecuencia los recursos destinados a dicho fondo sujetos al Presupuesto Nacional.

D. FINALIDAD: Percibir, para su posterior disposición, los excedentes que resulten de las actividades de entes de la Administración Pública regulados por dicho decreto. El Decreto define como recursos excedentarios al superávit o los dividendos de los entes sujetos a su aplicación.

E. **ÁMBITO DE APLICACIÓN:** Están sujetos los entes de la Administración Pública Nacional no relacionados con actividades de Hidrocarburos (Institutos Públicos, Sociedades mercantiles en las cuales la República o demás entes públicos tengan participación igual o mayor al 50% del capital social, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos).

Los entes públicos sujetos al Decreto 6.128, en la oportunidad que indique la Comisión Central de Planificación, deberán presentar el proyecto de presupuesto y proyección de resultados a fines de demostrar la existencia o no de recursos excedentarios.

F. **CAPTACIÓN Y DISPOSICIÓN DE FONDOS:** La transferencia de fondos excedentarios al PSCDRE se realizará a solicitud de la Comisión Central de Planificación una vez obtenida la necesaria aprobación del Presidente de la República. En tal sentido, la captación y disposición de los referidos recursos excedentarios está sujeta a la autorización previa del Presidente de la República.

G. **ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO:** EL FSCDRE estará bajo la dependencia de la Comisión Central de Planificación. La organización y funcionamiento del PSCDRE será regulada por el Reglamento que se dicte a tales efectos. Mientras no se dicte el Reglamento correspondiente, la Comisión Central de Planificación establecerá una unidad Operativa liderizada por un Coordinador General.

### 3. Régimen de defensa del acceso a los bienes y servicios

11. *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios (Decreto Ley N° 6.092 de 27 mayo de 2008, G.O. N° 5.889 Extraordinaria de 31 julio de 2008*<sup>8</sup>

Juan Domingo Alfonzo Paradisi  
Profesor de Derecho Administrativo de la UCV y de  
Prácticas de Derecho Administrativo de la UCAB

A. **OBJETO:** Regular las instituciones, principios y medios para la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades.

B. **ÁMBITO DE APLICACIÓN:** Las disposiciones de presente decreto ley son de orden público e irrenunciable por las partes y se aplican:

- A todos los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes y servicios,
- A las personas organizadas o no, así como entre éstas, relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes,
- A la contratación de servicios prestados por entes públicos o privados y cualquier otro negocio de interés económico;

---

8 Deroga la Ley de protección al consumidor y al usuario (G.O. 37930 de 4-5-2004) y la Ley de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier conducta que afecte el consumo de alimentos o Productos Sometidos a Control de Precios Decreto 5.197 G.O. 38.628 de 16-2-2007 reimpresa en G.O. 38.629 de 21-02-2007 y la reforma a esta mediante Decreto Ley N° 5.835 de G.O. N° 38.862 del 31-01-2008).

- A los actos o conductas de acaparamiento, especulación, boicot y cualquier otra que afecte el acceso a los alimentos o bienes declarados o no de primera necesidad, por parte de cualquiera de los sujetos económicos de la cadena de distribución, producción y consumo de bienes y servicios, desde la importadora, la almacenadora, el transportista, la productora, fabricante, distribuidor, mayorista y detallista.

C. UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL: todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad.

Contempla la posibilidad de iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de éste decreto, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional. Esto constituye una violación a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

D. SERVICIOS ESENCIALES:

- Las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos declarados de primera necesidad;
  - Estos servicios esenciales deben ser prestados en forma continua, regular, eficaz, eficiente, interrumpida en atención a las necesidades colectivas.
  - Cuando no se preste el servicio en tales condiciones el órgano competente podrá tomar las medidas necesarias para garantizar la efectiva prestación del servicio, lo que conlleva a una intervención administrativa.
- Se entiende la aplicación de las disposiciones relativas al acaparamiento y boicot a los bienes de primera necesidad en lugar de los bienes sometidos a control de precios.

E. MEDIDAS PREVENTIVAS: Se otorgan amplias facultades a los funcionarios públicos para proceder a dictar las medidas preventivas en las situaciones previstas y determinadas en la misma Ley. Entre ellas:

1. Aquellas necesarias para impedir la presunta destrucción, desaparición o alteración de los bienes y de la documentación que se exija conforme las disposiciones de este Decreto.
2. Tomar posesión de los bienes y utilización de su respectivo medio de transporte.
3. Tomar posesión de los bienes y de los medios de transporte con los que se suponga fundamentalmente que se ha cometido acaparamiento, boicot, especulación y otros delitos.
4. Ocupación y operatividad temporal.

F. SANCIONES: Se establecen sanciones generales y específicas, entre ellas:

- Las sanciones específicas, incluyen multas que van desde 100 UT hasta 5.000 UT, o clausura temporal por noventa (90) días del establecimiento.
- Por incumplimiento a los derechos de las personas: multa de 100 UT a 500 UT o clausura temporal por noventa (90) días.
- Por incumplimiento a la protección de la Salud y Seguridad: clausura temporal por noventa (90) días o cierre definitivo.



- Por incumplimiento de la protección de los intereses económico y social: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.
  - Por incumplimiento a los deberes correspondientes a la prestación de los servicios: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.
  - Por incumplimiento a la Protección en el Comercio Electrónico: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.
  - Por incumplimiento a la Información y Publicidad: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.
  - Por Especulación, Acaparamiento y por Boicot: clausura temporal por noventa (90) días o cierre definitivo.
  - Por incumplimiento a las Obligaciones inherentes a los Contratos de Adhesión: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.
  - Por incumplimiento a las Operaciones a Crédito de Bienes o Prestaciones de Servicios: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.
  - Por incumplimiento a las Responsabilidades del Proveedor: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.
- G. DELITOS: penas que abarcan prisión desde los dos (02) años, hasta los diez (10) años.
- Por incurrir en especulación, acaparamiento, alteración fraudulenta de precios y contrabando de extracción Prisión de dos (02) a seis (6) años - Por incurrir en Boicot: Prisión de seis (6) a diez (10) años.
  - Por alteración fraudulenta de condiciones de oferta y demanda: Prisión de cinco (5) a diez (10) años.

#### 4. Régimen de fomento al desarrollo económico y social

##### A. Régimen del fomento a la pequeña y mediana industria

12. *Ley para la promoción y desarrollo de la pequeña y mediana industria y demás unidades de producción social (Decreto Ley N° 6.215 de 15 julio de 2008, G.O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 de julio de 2008)*<sup>9</sup>

Ana Carolina González  
Economista egresada de la UCAB

A. OBJETO: Regular el proceso de desarrollo integral a través de la promoción y financiamiento de la Pequeña y Mediana Industria y unidades de producción social.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN: Las disposiciones de la Ley se aplicaran para el financiamiento, formación y acompañamiento integral de los sujetos destinatarios de los beneficios.

---

<sup>9</sup> Deroga La Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.547 con fuerza de Ley para la Promoción y desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, (G. O. N° 37.583 de fecha 3 de diciembre de 2002.

- Se delimita a las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social constituidas en el país y con domicilio principal y excluyente en Venezuela.
- El Ejecutivo Nacional podrá otorgar incentivos fiscales a pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social nacionales o extranjeras; lo cual entra en contradicción con lo antes mencionado.

C. UNIDADES DE PROPIEDAD SOCIAL COMO SUJETOS DE LA LEY: Son agrupaciones de carácter social y participativo, entre las cuales se considerarán los consejos comunales, unidades productivas familiares y cualquier otra forma de asociación que surja en el seno de la comunidad.

- Se eliminan las definiciones de: emprendedores, parques industriales y conglomerados industriales.
- Se incorpora el concepto de Núcleo de Desarrollo como las áreas del territorio venezolano, en las cuales se explotan las potencialidades locales, para la transformación social, cultural, política, gerencial, ética, tecnológica y económica.
- No obstante se mantiene la implementación de Programas Especiales para Emprendedores según las directrices establecidas por el INAPYMI.

D. REESTRUCTURACIÓN DE DEUDAS: La ley establece la posibilidad de “emplearse otras formas de pago por equivalente y alternativas a la moneda, previa autorización respectiva”.

No queda claro de quien es la responsabilidad de conceder dicha autorización ni cuales son los parámetros o condiciones para poder optar por estas otras formas de pago equivalente; no obstante es el ejecutivo quien puede proponer y aprobar los programas especiales de reestructuración de deuda.

E. INTERCAMBIO SOCIO PRODUCTIVOS NACIONALES E INTERNACIONALES: Se establece la obligación del Estado de promover el acceso de la Pequeña y Mediana Industria y las Unidades de Propiedad Social en los distintos procesos de intercambio socio productivos nacionales e internacionales.

Estos espacios de intercambio socio productivo son aquellos definidos en la Ley de Economía Popular y que establecen el intercambio de bienes, saberes y servicio mediante las distintas formas de trueque definidas y a través de uso de la moneda comunal. Estos espacios de intercambio ya tenían lugar en la práctica en diversas zonas del país con la participación del Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria (INAPYMI).

F. LOS ÓRGANOS Y LAS INSTITUCIONES:

- El INAPYMI pierde la personalidad jurídica y su autonomía funcional y financiera dependiendo directamente del Ministerio con competencia en materia de la economía comunal.
- Se mantiene la figura del Consejo Directivo modificándose la forma para la designación, ahora en manos del Ministro encargado de la cartera de Economía Comunal.
- Se crea el Observatorio PYMIS cuyo objeto es ofrecer información oportuna al INAPYMI acerca del estudio estadístico de los procesos de inicio, desarrollo, mantenimiento y funcionamiento de la pequeña y mediana industria y unidades de propiedad social.

- Se transfieren al INAPYMI los bienes y recursos financieros de FONCREI luego del proceso de liquidación del mismo así como los activos, bienes, recaudación y cartera crediticia de este
- Se Incorpora un Plan Estratégico de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y demás Unidades de Propiedad Social para; con base en el Plan Nacional de Desarrollo Económico, Social e Industrial:
  - Definir políticas programas y acciones orientadas hacia el fomento, la promoción, expansión y recuperación de las PYMIS y unidades de propiedad social.
  - Para diseñar este plan se crea un Comité de Planificación que dará cumplimiento a los lineamientos emanados del Ejecutivo.
  - Este Comité de Planificación estará dirigido por el Presidente del INAPYMI y compuesto por ocho miembros, representantes de diversos ministerios.

G. SANCIONES:

- Obtener créditos con base en información falsa o por darle un uso distinto aquel para el cual les fue otorgado el crédito: 10 años imposibilitado para obtener nuevos créditos.
- En caso de incumplimiento de las obligaciones: Se considerará terminado el contrato de financiamiento y se declarará vencido, por tanto exigibles las obligaciones respectivas que deriven del mismo.
- En caso de reincidencias en alguna de las causales anteriores: Exclusión del acceso a las políticas de financiamiento del sector público por 15 años.

H. REIMPRESIÓN DE LA LEY: En fecha 21 de agosto de 2008 mediante *Gaceta Oficial* N° 38.999 esta fue reimpressa, corrigiendo principalmente los errores relativos a la mención de unidades de producción social a la de unidades de propiedad social que es el correcto; y la desincorporación de las cooperativas como una de las formas de estas unidades de propiedad social.

B. *Régimen del fomento a la economía popular*

13. *Ley para el fomento y desarrollo de la economía popular (Decreto Ley N° 6.130 de 03 junio de 2008, G.O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008*

Graziella González Alfonzo  
Abogada egresada de la UCAB  
Summa Cum Laude

A. OBJETO: “establecer los principios, normas y procedimientos que rigen **el modelo socioproductivo comunitario...**”, en el cual las propias comunidades organizadas realizan un intercambio de saberes, bienes y servicios a los fines de satisfacer sus necesidades sociales.

B. PRINCIPIOS Y VALORES: los principios y valores del modelo socioproductivo comunitario, establecidos en el artículo 4° del Decreto Ley, coinciden en gran parte con los valores del modelo económico que promovería el Estado según el artículo 112 del Proyecto de Reforma Constitucional.

Entre estos valores se destaca la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, a fin de garantizar la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social, y la mayor suma de felicidad posible.

C. NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN COMUNITARIA: En los artículos 8° y 9° se establecen las distintas formas en que se puede organizar la comunidad para realizar las actividades de producción, transformación, distribución e intercambio de saberes, bienes y servicios. Las cuales son las siguientes:

- *Empresa de propiedad social directa o comunal*: según el concepto que da el mismo Decreto Ley, es una unidad productiva ejercida en un ámbito territorial demarcado en una o varias comunidades o comunas, donde los medios de producción son propiedad de la colectividad (se incluye el concepto de propiedad colectiva que se encontraba en el proyecto de reforma constitucional).
- *Empresa de propiedad social indirecta*: es la unidad productiva cuya propiedad es ejercida por el Estado a nombre de la comunidad (se incluye la noción de propiedad social indirecta que se encontraba en el proyecto de reforma constitucional). En este caso se señala que el Estado progresivamente podrá transferir la propiedad a una o varias comunidades o comunas en beneficio del colectivo.
- *Empresa de producción social*: es una unidad de trabajo colectivo destinada a la producción de bienes o servicios.
- *Empresa de distribución social*: a diferencia de la anterior, es una unidad de trabajo destinada a distribuir bienes y servicios.
- *Empresa de Autogestión*: es una unidad de trabajo colectivo que participa directamente de la gestión de la empresa con sus propios recursos.
- *Unidad Productiva Familiar*: es una organización socioproductiva integrada por miembros de una misma familia.
- *Grupo de intercambio solidario*: es el conjunto de prosumidoras y prosumidores organizados (personas que producen, distribuyen y consumen bienes o servicios, y participan voluntariamente en los sistemas alternativos de intercambio solidario).
- *Grupo de Trueque Comunitario*: aparentemente es una especie del grupo de intercambio solidario.

En el artículo 112 del Proyecto de Reforma Constitucional se proponían estas formas de empresas y unidades económicas, señalándose lo siguiente: “El Estado fomentará y desarrollará distintas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social, tanto directa o comunal como indirecta o estatal, así como empresas y unidades económicas de producción y /o distribución social, pudiendo ser estas de propiedad mixta entre el Estado, el sector privado y el Poder Comunal, creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista.”

D. SISTEMA ALTERNATIVO DE INTERCAMBIO SOLIDARIO: “es el conjunto de actividades propias que realizan los prosumidores y prosumidoras dentro y fuera de la comunidad por un período determinado, antes, durante y después del intercambio con fines de satisfacer sus necesidades de saberes, bienes y servicios; sin el uso de moneda de curso legal en el territorio nacional y con prohibición de prácticas de carácter financiero, como el cobro de interés y comisiones”.

- *El trueque comunitario directo*: la modalidad de intercambio directo de saberes, bienes y servicios con valores mutuamente equivalentes, sin necesidad de un sistema de compensación o mediación.
- *El trueque comunitario indirecto*: la modalidad de intercambio de saberes bienes y servicios con valores distintos y requieren de un sistema de compensación o mediación a fin de establecer de manera explícita relaciones de equivalencia entre dichos valores diferentes. Según se entiende de la lectura íntegra de la ley, el trueque comunitario indirecto se realizará a través de *la moneda comunal*.
- Las demás reguladas por el reglamento.

E. LA MONEDA COMUNAL: se encuentra regulada de los artículos del 26 al 29 del Decreto Ley, en los cuales se señala que:

- Es el instrumento que permite y facilita el intercambio de saberes, bienes y servicios en los espacios del sistema de intercambio solidario.
- El BCV regulará todo lo relativo a la moneda comunal dentro del ámbito de su competencia.
- La Moneda comunal sólo tendrá valor dentro del territorial de su localidad.
- Es administrada por los grupos de intercambio solidario debidamente registrados y distribuida equitativamente entre las prosumidoras y prosumidores.
- No tiene curso legal ni circulará en el territorio de la República.
- Su valor será determinado por equivalencia con la moneda de curso legal en el territorio nacional, a través de la asamblea del grupo de intercambio solidario, previa autorización del órgano rector (Ministerio con competencia en materia de economía comunal).

Estos artículos atentan contra el contenido del artículo 318 de la Constitución de la República donde se señala que es el Banco Central de Venezuela quien ejerce las competencias monetarias del poder nacional, de manera exclusiva y obligatoria y que la unidad monetaria de la Republica Bolivariana de Venezuela es el Bolívar.

F. SANCIONES: para quienes “infrinjan el normal funcionamiento de los grupos de intercambio solidario, incumpla sus deberes o realice maniobras que alteren o perjudiquen el sistema de intercambio solidario, en detrimento de los intereses de la comunidad, será desincorporado del registro que mantiene el órgano rector y no podrá participar en otros grupos de intercambio en el lapso de un (1) año.”

- Las Disposiciones Transitorias señalan que (i) los órganos y entes de la Administración Pública deben adaptarse a las disposiciones de esta ley dentro de los 6 meses siguientes de su publicación y que (ii) el Ejecutivo Nacional deberá dictar el Reglamento dentro de los 180 días siguientes a la publicación de este decreto.

C. *Régimen del fomento a la actividad agrícola*

14. *Ley de crédito para el sector agrario (Decreto Ley N° 6.219 de 15 julio de 2008, G.O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 de julio de 2008)*<sup>10</sup>

Jesús Escudero  
Profesor de la Universidad Central de Venezuela  
Ana Carolina González  
Economista

A. OBJETO: Establecer las bases que regulan el financiamiento otorgado por los bancos universales y comerciales a través de créditos en el sector agrario. El fin de la “Ley” es promoción y el fortalecimiento de la soberanía y seguridad agroalimentaria.

B. COLOCACIONES:

- Se incluyen las plantaciones forestales como destino posible de las colocaciones que conformen la cartera agrícola de los bancos comerciales y universales
- Las inversiones en instrumentos de financiamiento, obligaciones, colocaciones u otras operaciones pasivas que se realicen en los Bancos del Estado destinados al sector agrario, (en sustitución del FONDAFA), destinados al sector agrario así como las colocaciones en los Fondos Nacionales o Regionales Públicos de financiamiento a dicho sector, o en Fondos de Garantías Recíprocas, también serán consideradas como parte de la cartera de crédito agrario.
- Se incluye la posibilidad de otorgar créditos a largo plazo (20 años).

C. INCENTIVOS: La ley contempla la posibilidad del Ejecutivo de establecer incentivos a ser otorgados por la banca para aquellos que cumplan cabalmente con sus obligaciones financieras y no financieras de los financiamientos, tales como:

- Disminución de puntos de la tasa de interés para futuros créditos.
- Otorgamiento de créditos sin garantía.
- Aprobación inmediata de nuevos créditos.

D. CARTERA PARA PERSONAS CON CONDICIONES ESPECIALES: En la Ley se establece que el ejecutivo fijará el porcentaje de cartera bruta cuyos beneficiarios sean:

- Personas con discapacidad o necesidades especiales.
- Jóvenes entre 18 y 25 años de edad.
- Adolescentes mayores de 14 años emancipados.
- Personas mayores de 65 años de edad.
- Mujeres que tengan bajo su responsabilidad el sustento del hogar.

---

10 Deroga la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, G. O. N° 37.653 de fecha 05 de noviembre de 2002; y su reforma mediante Decreto con rango y fuerza de Reforma Parcial de la Ley de Crédito Agrícola (G.O. N° 38.846 de fecha 09-01-2008).

E. CARTERA AGRÍCOLA: El porcentaje de esta cartera bruta deberá ser definida por el Ejecutivo Nacional.

F. OBLIGACIONES:

- Hacer seguimiento al uso y destino de los créditos otorgados, solicitándole a los beneficiarios evidencia del cumplimiento de las actividades para las cuales fueron solicitados los mismos, para lo cual se establece lo siguiente:
- Obligación de la banca de incluir en su estructura organizativa una dependencia exclusiva para el seguimiento del destino de los recursos otorgados.
- Se establece la pérdida del beneficio del plazo para los prestatarios que incumplan con las condiciones de destino del crédito.
- Coadyuvar en la divulgación y promoción de los planes agrícolas del Ejecutivo Nacional, conservación ambiental y valores agroecológicos mediante la publicidad y mercadeo de sus servicios.

G. COMITÉ PARA EL SEGUIMIENTO DE LA CARTERA AGRÍCOLA: Tiene asignadas las siguientes funciones:

- Identificar situaciones de incumplimientos de cartera agraria e informar a la SUDEBAN.
- Proponer y Promover nuevos Instrumentos Financieros destinados al sector agrario.
- Solicitar a la SUDEBAN información sobre créditos agrarios.
- Solicitar el establecimiento de condiciones especiales para el otorgamiento de créditos.
- Opinar sobre los porcentajes de la cartera agrícola.

H. CONSEJOS COMUNALES: Los consejos comunales podrán presentar opiniones ante el Comité de Seguimiento de la cartera agrícola sobre términos y condiciones de financiamiento, y cláusulas de responsabilidad social.

I. CLÁUSULAS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL: Los Bancos comerciales y universales deberán incorporar cláusulas de responsabilidad social en los contratos para que el beneficiario de los mismos realice acciones de forma directa e inmediata en las comunidades donde se llevan a cabo sus actividades. Para el cumplimiento de esta obligación el Ejecutivo debe dictar una normativa.

- *Régimen Sancionatorio:*
- Se incrementaron los límites para las multas y se incorporan nuevos supuestos por los cuales los bancos comerciales y universales podrán ser sancionados, entre ellos.
- Se elevan los límites de las multas entre el 1% y el 3% del capital pagado cuando:
- Incumplan los términos y condiciones, plazos o porcentajes mínimos de la cartera agrícola obligatoria.
- Incumplan con el otorgamiento de incentivos.
- Incumplan el porcentaje de la cartera de crédito para condiciones especiales.

- Incumplan con su obligación de hacer seguimiento a los créditos otorgados.
- Incumplan los lineamientos en materia de promoción y divulgación.
- Omitan incluir las cláusulas de responsabilidad social en los contratos de financiamiento.

15. *Ley de beneficios y facilidades de pago para las deudas agrícolas de rubros estratégicos para la seguridad y soberanía agroalimentaria (Decreto N° 6.240 de 22 julio de 2008, G.O. N° 5.891 de 31 julio de 2008)*

Ana Carolina González  
Economista

A. OBJETO: Establecer las normas que regularan los beneficios y facilidades de pago a ser concedidos a los deudores de créditos otorgados con ocasión del financiamiento de actividades agrícolas.

B. REESTRUCTURACIÓN DE DEUDAS: La Ley, establece la posibilidad de que los deudores soliciten la reestructuración de sus deudas agrícolas ante sus respectivos bancos universales o comerciales, bajo las siguientes condiciones:

- Cuando dichos créditos se encuentren vencidos al 31 de marzo del 2008.
- Cuando estando vigentes, los deudores demuestren su pérdida de capacidad de pago por contingencias o eventualidades ajenas a su voluntad.
- Se otorga un plazo para el deudor de noventa (90) días hábiles para la solicitud de la reestructuración ante el banco universal o comercial correspondiente, por parte del deudor.
- El Banco Universal o Comercial cuenta con cuarenta y cinco (45) días hábiles para pronunciarse en relación con la procedencia o no de la reestructuración.
- En caso de negarse la reestructuración el Comité de Seguimiento de la cartera agrícola cuenta con quince días hábiles para la revisión del respectivo expediente remitido por el Banco universal o comercial.
- El comité decidirá si procede o no la reestructuración.
- Las decisiones del Comité agotan la vía administrativa.
- En el caso de que sí proceda la reestructuración, el acreedor está en la obligación de proceder a la misma.
- El acreedor deberá desistir del cobro judicial en curso.

C. REMISIÓN DE LOS CRÉDITOS VENCIDOS ANTE EL FONDAFA: La Ley establece la remisión de los créditos vencidos ante el FONDAFA, conforme a planes especiales.

- El Ejecutivo Nacional podrá establecer mediante Decretos, planes especiales para la remisión de créditos agrícolas vencidos del FONDAFA. Adicionalmente, el Ejecutivo Nacional deberá determinar:



- Las condiciones, procedimientos y requisitos para la procedencia de la Remisión.
- Los plazos de exigibilidad de los beneficios o la emisión de los certificados de remisión deuda agrícola.

D. REGULACIÓN PARA IMPLEMENTAR LOS MECANISMOS DE REESTRUCTURACIÓN Y REMISIÓN DE DEUDAS: Corresponderá a los Ministerios del Poder Popular con competencia en materia de Finanzas Agricultura y Tierras:

- Dictar el reglamento que rija los términos y condiciones de financiamiento (reestructuración) con un plazo máximo de 8 años.
- Dictar el reglamento que indique los procedimientos y requisitos para la presentación y notificación de respuesta de la solicitud de reestructuración con la limitante de:
  - 45 días hábiles de plazo para realizar las evaluaciones técnicas necesarias para el análisis de las condiciones técnicas de las unidades productivas y la decisión.
  - Ante la falta de respuesta por parte del acreedor dentro del lapso se entenderá como aceptada la solicitud de reestructuración.

E. RESOLUCIÓN: En fecha 7 de agosto de 2008 fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.989 la Resolución mediante la cual se establecen los términos y condiciones especiales, que aplicarán los bancos comerciales y universales, para la reestructuración de deudas y el procedimiento y requisitos para la presentación y notificación de respuesta de la solicitud de reestructuración; dando cumplimiento a lo arriba indicado en relación con los términos condiciones para la reestructuración de las deudas y los procedimientos y requisitos para la respuesta y notificación de las solicitudes de reestructuración.

Los principales aspectos contenidos en la misma son:

- Composición de la deuda a reestructurar
- Condiciones de financiamiento de los créditos
- Tasa de interés aplicable
- Recaudos de la solicitud
- Evaluaciones técnicas
- Notificaciones y vigencia

Corresponderá al Comité de Seguimiento de la Cartera Agrícola: Dictar los criterios de evaluación de las unidades productivas objeto de reestructuración.

Corresponderá a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras: El establecimiento de las condiciones de administración de riesgo para los créditos objeto de reestructuración.

F. VIGENCIA: El presente Decreto Ley tendrá vigencia de un año a partir de la fecha de su publicación en *Gaceta Oficial*.

D. *Régimen del Turismo*

16. *Ley Orgánica de Turismo (Decreto Ley N° 5.999 de 15 abril de 2008, G.O. N° 5.889 Extraordinaria de 2008)*<sup>11</sup>

Marieta Fuentes Heredia  
Abogada

## A. ASPECTOS RELEVANTES:

- Turismo deja de considerarse INDUSTRIA para considerarse un PROCESO SOCIAL que debe beneficiar a toda la colectividad.
- Enfatiza la participación popular (consejos comunales y comunidades organizadas) en la actividad de turismo.
- Desaparece el Consejo Nacional de Turismo (CONATUR), los cuales integraban los prestadores de servicios turísticos del sector privado.
- A diferencia de la ley derogada, que incluía en la Directiva del Instituto Nacional de Turismo (INATUR) a distintos actores del sector, ahora la misma estará conformada por 5 miembros designados únicamente por la Ministra o el Ministro del Poder Popular con competencia en turismo.
- Aumentan las competencias del Ministerio del Poder Popular con competencia en Turismo, tales como:
  - Fijación conjuntamente con el Ministerio con competencia en la materia de control de precios, de las tarifas de los servicios turísticos.
  - Otorgamiento de licencias de turismo, permisos o autorizaciones para prestar servicios turísticos.
  - Ejercer la rectoría de la actividad de casinos, bingos y máquinas tragamíquinas
  - Someter a la consideración del Presidente de la República, la declaratoria de las Zonas de Interés Turístico.
  - Aprobar los proyectos de inversión turística, a través de la factibilidad socio-técnica.
- La política turística se hará conforme a planificación centralizada.
- Los prestadores de servicios turísticos deben cancelar la contribución del 1% de los ingresos brutos mensuales obtenidos y en ningún caso podrá ser transferida al usuario final.
- Se mantienen los beneficios fiscales (Art. 74), sin embargo, se condiciona el goce de los mismos a la tenencia del “Certificado Turístico a los Fines Fiscales”.
- Traslado por Decreto de los días feriados cuando estos coinciden con los días martes, miércoles o jueves, al viernes o lunes próximo inmediato. Su fin, según la ley, es incentivar el turismo interno.

---

11 Deroga la Ley Orgánica de Turismo (G.O. N° 38.215 del 23-06-2005).

- Los cruceros deberán ahora cumplir con el pago de la contribución especial por su condición de prestadores de servicios turísticos. Y adicionalmente, los servicios de alojamiento, gastronomía y recreación de los cruceros serán supervisados por el Ministerio.

#### IV. RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

##### 1. Régimen de la seguridad social

En cuanto a la seguridad social, existen tres decretos leyes que tocan el tema, a saber: (i) la reforma a la Ley Orgánica de Seguridad Social, (ii) la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat y (iii) la reforma a la Ley del Seguro Social.

17. *Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de Seguridad Social (Decreto-Ley 6243 de 22 julio de 2008, G.O. N° 5.891 Extraordinaria de 31 de julio de 2008<sup>12</sup>)* y
18. *Ley del régimen prestacional de vivienda y hábitat (Decreto-Ley 6.072, de 14 mayo de 2008, G.O. N° 5.889 de 31 julio de 2008) (Aspectos tributarios relevantes)<sup>13</sup>*

Antonio Planchart  
Abogado Especialista en Derecho Tributario  
Profesor de Post-Grado de Derecho Financiero de la UCAB

A. ENTE COMPETENTE: La nueva redacción de los artículos 28, 43 y 51 de la LOSS excluye de las competencias de la Superintendencia de la Seguridad Social y de la Tesorería de la Seguridad Social todo lo relacionado con vivienda y hábitat, reforzando dicha función en el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, y erigiendo este régimen como autónomo frente al resto de los regímenes prestacionales integrados al Sistema de Seguridad Social.

B. NATURALEZA TRIBUTARIA DEL APORTE: Los artículos 104 y 112 de la LOSS pretenden *negar la naturaleza tributaria* de los aportes al Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, lo cual se encuentra reñido con las características propias del aporte, que permiten calificarlo como una contribución de índole tributaria, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

##### C. BASE DE CÁLCULO DEL APORTE:

- Los artículos 113 de la LOSS y 30, numeral 1 de la LRPVH establecen que la *base imponible* de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda está constituida por el *salario integral* de cada trabajador. Esta previsión estaría en contra de los principios establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en torno a las contribuciones que recaen sobre el salario, las cuales deberían gravar únicamente el *salario normal*, conforme lo establece el artículo 133, Parágrafo Cuarto, de la Ley Orgánica del Trabajo.

---

12 Reforma parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (G.O. Extraordinaria N° 5.867 de fecha 28 de diciembre de 2007).

13 Deroga el Decreto N° 5.750 con Rango Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Régimen Prestacional de vivienda y Hábitat, (G.O. Extraordinaria N° 5.867 de fecha 28 de diciembre de 2007).

- Ahora bien, aún en el caso que se estime procedente tomar como base imponible el salario integral, éste tiene dos grandes acepciones. Por tanto, surge la interrogante de cuál debe ser el criterio jurídico para determinar el concepto de salario integral expresado en las citadas leyes como base de cálculo de la cotización.

Al respecto debe analizarse si el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, el concepto de salario integral de la LOT, incluye no solamente lo que sería el salario básico del trabajador, sino que va mucho más allá al comprender el salario normal o toda aquella remuneración que la persona percibe de manera habitual y permanente, ya sea en forma mensual, trimestral, semestral o anual, sino todas aquellas percepciones de carácter eventual que paga el patrono al trabajador con motivo de la relación laboral.

Igualmente, habría que evitar la confusión de equiparar el salario integral para la cotización de esta contribución con el salario integral utilizado para el cálculo de la prestación social de antigüedad y las indemnizaciones por despido injustificado, previstas en los artículos 108 y 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que el salario utilizado para tales fines se encuentra integrado, además de todos los conceptos salariales, por las alcuotas de bono vacacional y de las utilidades, considerándose en consecuencia tal salario como una unidad de cálculo para un beneficio y/o una indemnización.

- El artículo 116 de la LOSS pretende *eliminar* –empleando para ello una redacción confusa- *el tope máximo* de 10 salarios mínimos como base de cálculo para los referidos aportes.

D. ALÍCUOTAS: El artículo 30 de la LRPVH mantiene las alcuotas de la anterior Ley (2% para el aporte patronal y 1% la del empleado), pero establece que el Ministerio con competencia en la materia podrá modificarlas, sin que las mismas puedan ser inferiores al 3%, lo cual viola el principio de legalidad tributaria.

E. RÉGIMEN SANCIONATORIO: Se establece un régimen autónomo con un procedimiento y penas distintas a las establecidas en el Código Orgánico Tributario entre las cuales encontramos (i) multa equivalente a 200 UT por cada aporte no enterado, más (ii) los rendimientos (intereses moratorios) que hayan devengado dichos aportes.

19. *Ley de reforma parcial de la Ley del Seguro Social (Decreto-Ley 6.266, de 22 julio de 2008, G.O. N° 5.891 Extraordinaria de 31 julio de 2008) (Aspectos tributarios relevantes)*<sup>14</sup>

Juan Korody Tagliaferro  
Abogado Especialista en Derecho Financiero

A. BASE DE CÁLCULO DEL APORTE: El artículo 59 de la LSS indica que las cotizaciones se harán con base en el salario que devengue el asegurado, con lo cual es perfectamente aplicable el salario normal de acuerdo con el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, sin embargo se establece la posibilidad de límites para cotizar y recibir prestaciones en dinero por vía reglamentaria, lo cual viola el principio de reserva legal tributaria.

---

14 Reforma la Ley del Seguro Social, G.O. Extraordinario N° 4.322 de fecha 3 de octubre de 1991.

B. TOPE: Hasta tanto no se implemente el régimen prestacional de salud y de pensiones, la contribución al Seguro Social tendrá como tope máximo cinco (5) salarios mínimos urbanos de conformidad con la Ley.

C. INTERESES MORATORIOS: El artículo 63 de la LSS establece el cálculo de intereses moratorios equivalentes a la tasa activa promedio establecida por el BCV y que los mismos no dejan de correr si se dicta suspensión de efectos (lo cual es contrario a las más recientes interpretaciones de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en lo concerniente a los intereses moratorios en materia tributaria).

D. NATURALEZA TRIBUTARIA DEL APORTE: El artículo 84 de la LSS reconoce expresamente la naturaleza tributaria de las cotizaciones y declara que los Tribunales Superiores Contenciosos Tributarios son los competentes para conocer las controversias relativas a recaudación de las cotizaciones del Seguro Social.

E. RÉGIMEN SANCIONATORIO: El artículo 86, indica que las multas serán ajustadas por Unidades Tributarias. Se establece un sistema autónomo al Código Orgánico Tributario del cual podemos destacar lo siguiente:

- Se establece la agravante de reincidencia: cuando el empleador comete, después de una resolución o sentencia firme, una infracción de la misma índole dentro de los 3 años siguientes contados a partir de aquéllas.
- El artículo 87 de la LSS clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves. Entre las infracciones muy graves están (i) retener cotizaciones por un monto superior al señalado en la normativa, (ii) impedir las fiscalizaciones, (iii) presentar documentos con enmendaduras y (iv) dejar de enterar en el tiempo previsto cualquier cantidad que se adeude al IVSS distinta de las cotizaciones (5 unidades tributarias por semana, hasta un máximo de 52 semanas y si hay reincidencia: cierre de establecimiento por 5 días).

F. SOLVENCIA: El artículo 103 de la LSS establece el deber de los Jueces, Notarios y Registradores, así como cualquier otra autoridad de exigir la solvencia del IVSS para realizar cualquier trámite relacionado con operaciones de venta cesión, donación, traspaso del dominio a cualquier título de una empresa, establecimiento, explotación o faena. También se exige la solvencia para participar en contrataciones públicas.

## 2. Régimen de protección a la salud

20. *Ley de salud agrícola integral (Decreto Ley N° 6.129 de 03 junio de 2008, G.O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*<sup>15</sup>

Luis Mariano Rodríguez  
Abogado

A. OBJETO: Garantizar la salud agrícola integral, la cual, es definida en el cuerpo normativo como “la salud primaria de animales, vegetales, productos y subproductos de ambos orígenes, suelo, aguas, aire, personas y la estrecha relación entre cada uno de ellos, incorporando principios de la ciencia agroecológica que promuevan la seguridad y soberanía

---

15 Deroga la Ley sobre Defensas Sanitarias Vegetal y Animal de fecha 18 de junio de 1941 G.O. N° 20.566 de fecha 15 de agosto de 1941.

alimentaria, y la participación popular, a través de la formulación, ejecución y control de políticas, planes y programas para la prevención, control y erradicación de plagas y enfermedades.”

**B. FINALIDAD:**

- Promover, divulgar, y garantizar la salud agrícola integral, como eje principal de la soberanía y seguridad alimentaria, y el desarrollo sustentable de la Nación, la salud de los animales y vegetales, por ende, de las personas, mediante el fomento de la ciencia agroecológica.
- Proteger a la población de la entrada y difusión de enfermedades y plagas que afecten a los animales, vegetales, productos y subproductos de ambos orígenes, así como de agentes que faciliten su propagación al territorio nacional.
- Regular la exportación, importación y traslado interno de animales y vegetales, así como productos y subproductos de ambos orígenes, para garantizar la salud agrícola integral de la Nación.
- Regular los medicamentos y otros insumos de origen vegetal, animal, acuícola, pesquero y forestal, químico o biológico, para la salud agrícola integral.
- Promover los principios y normas que regulan la actuación humana respecto de los seres vivos.
- Establecer el régimen de infracciones y sanciones en materia de salud agrícola integral. (Art. 2°)

**C. DE LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA, INTERÉS NACIONAL E INTERÉS SOCIAL:** Los bienes y servicios propios de las actividades de salud agrícola integral, cuando medien motivos de seguridad, podrá sin mediar otra formalidad, decretar la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o de varios bienes necesarios para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de salud agrícola integral.

En cuanto a la adquisición forzosa, pareciera que ejecutar la misma de la forma en que se encuentra redactada la norma, sin que exista motivos racionales de seguridad y salud pública, pudiera ser violatorio a las garantías constitucionales al Derecho de Propiedad y a la No Confiscación, pues de la norma no se desprende que aquella persona cuyo bien o bienes hayan sido adquiridos forzosamente vaya a recibir un pago oportuno o justa indemnización por sus bienes, derecho éste que es irrenunciable.

**D. INSTITUTO NACIONAL DE SALUD AGRÍCOLA:** Se suprime el Servicio Autónomo de Seguridad Agropecuaria (SASA) y se crea el Instituto Nacional de Salud Agrícola Integral (INSAI) al cual le corresponderá, entre otras atribuciones:

- La organización, coordinación, ejecución, seguimiento, supervisión y evaluación de todas las actividades relacionadas con la prevención, protección, control zoonosológico y fitosanitario, la epidemiología y vigilancia fitosanitaria, la supervisión de los organismos vivos modificados, la cuarentena animal y vegetal, los insumos pecuarios y agrícolas de origen biológico y químico y la identificación ganadera. (Art. 52 al 65).
- El INSAI será el encargado de llevar a cabo los procedimientos administrativos sancionatorios contemplados en ésta Ley, y que resumimos de seguidas.

- Inicio del Procedimiento (Arts. 95 y 99) Notificación (Art. 100)
- Audiencia de Descargos (Art. 10)
- Lapso Probatorio (Art. 102)
- Prórroga de Pruebas (Art. 103)
- Audiencia de Conciliación (Art. 106)
- Remisión para la decisión (Art. 107)
- Recursos (Art. 113) – Contra las decisiones del INSAI, el interesado podrá:
  1. Interponer el recurso jerárquico dentro de los 10 días siguientes a la fecha de notificación de la resolución o providencia respectiva.
  2. Interponer el recurso contencioso administrativo de conformidad con el ordenamiento aplicable.

E. REGISTRO ÚNICO NACIONAL: El Registro Único Nacional – integrado por el Registro Nacional de Interesados e Interesadas y Registro Nacional de Productos de Uso Agrícola- con el fin de mantener, organizar, dirigir y supervisar toda la información relacionada con las actividades de salud agrícola integral. (Art. 66 y 67).

F. OBLIGACIONES:

- Los propietarios, ocupantes, administradores o responsables de los predios pecuarios o cualquier persona, vinculada o no al sector productivo, que tenga conocimiento o presunción de sus animales o cultivos están afectados por enfermedades o plagas, *deben informar de inmediato, o dentro de las 24 horas siguientes*, al INSAI a fin de articular la aplicación de las medidas zoonosanitarias y fitosanitarias correspondientes. (Arts. 11 y 12)
- Los propietarios, ocupantes, administradores o responsables de las unidades de producción animal o vegetal están obligados *a cumplir todas las medidas de prevención, control y erradicación* que determine el Ejecutivo Nacional, con la finalidad de impedir la penetración y diseminación de enfermedades y plagas. (Art. 13)
- El capitán de la nave o aeronave, así como el conductor del transporte terrestre están obligados a entregar al funcionario competente, los siguientes datos y recaudos:
  - Fecha de arribo al territorio nacional de cualquier vehículo que contenga material animal o vegetal, producto o subproductos de cualquiera de ellos, con especificación de lugar de llegada (Puerto, aeropuerto, puesto fronterizo),
  - Declaración general de mercancías y copias de los manifiestos de carga,
  - Declaración General o de Provisiones,
  - Cantidad de animales o de vegetales, productos, subproductos de ambos orígenes provenientes del exterior, con indicación de destino,
  - Último certificado de desinfección y de desinsectación otorgado al vehículo,
  - Documentos que acrediten el estado sanitario de los animales y vegetales, productos, subproductos o materias primas de ambos orígenes. (Art. 26)

- Obligación de facilitar y permitir la inspección del lugar o vehículo. (Arts. 14 y 26)
- Las Instituciones o personas que organicen eventos internacionales y actividades turísticas relacionadas con el sector agrícola y forestal a realizarse en el territorio nacional, deberán suministrar al Ejecutivo Nacional, a través de sus órganos y entes competentes la información requerida. (Art. 29)
- Las personas que asistan a eventos internacionales en materia de producción animal y vegetal, actividades turísticas o comerciales, en países que representen alto riesgo epidemiológico para la salud agrícola integral del país, deberán declarar al Ejecutivo Nacional, la información que se le solicite. (Art. 30)
- Las empresas fabricantes, formuladoras o importadoras, están obligadas a realizar los análisis de control de calidad en los laboratorios acreditados por el Ejecutivo Nacional. (Art. 44)
- Toda persona natural o jurídica dedicada a la importación de alimentos, insumos, materia prima o material genético susceptible de ser empleado en la alimentación, en los cuales se han empleado organismos vivos modificados, deberá presentar declaración jurada que indique de manera expresa tal circunstancia. (Art. 47)
- Contar con el Permiso (Art. 68), Certificación (Art. 69), Autorización (Art. 70) y/o Autorización Especial (Art. 71) que sea requerido para realizar la actividad.
- Inscribirse por ante el Registro Único Nacional (Art. 86.8)

G. RÉGIMEN SANCIONATORIO:

- Multas (Art. 86) – (desde 10 U.T. a 5.000 U.T.);
- Decomiso, destrucción, incineración, sacrificio, reembarque, prohibición de desembarque (Art. 87),
- Clausura Temporal o Definitiva del establecimiento. (Art. 88),
- Suspensión o revocación de registro, autorizaciones y permisos expedidos por el INSAI. (Art. 89)

3. *Régimen de la Vivienda*

21. *Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI) (Decreto Ley N° 6.267 de 30 julio de 2008, G.O. N° 5.892 de 31 julio de 2008)*<sup>16</sup>

Andrés Ortega  
Abogado

A. OBJETO (Exposición de Motivos): Establecer los cambios necesarios para hacer posible la adaptación al nuevo sistema nacional de vivienda y hábitat creado mediante la reestructuración del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), donde se señala que al instituto le corresponde la ejecución de los planes, programas, proyectos y acciones de vivienda, bajo los lineamientos del Ejecutivo Nacional.

---

16 Deroga el Decreto N° 908 de fecha 23 de mayo de 1975 (G.O. Extraordinario N° 1.746 de fecha 23 mayo de 1975).



B. NATURALEZA DEL INAVI: La Ley lo determina como un ente público con personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente de la república, adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat correspondiéndole la ejecución de los planes, proyectos, programas y acciones de vivienda, bajo los lineamientos del ejecutivo nacional.

C. UTILIDAD PÚBLICA: La Ley declara de utilidad pública la construcción de viviendas de interés social cuya ejecución directa o indirecta corresponda al Instituto Nacional de la Vivienda.

D. PRERROGATIVAS Y PRIVILEGIOS: La Ley determina que el Instituto Nacional de la Vivienda gozará de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden fiscal, tributario, procesal y de cualquier otra índole que la Ley otorgue a la República.

E. PROHIBICIÓN DE EJECUCIÓN JUDICIAL: Las viviendas vendidas u otorgadas por el Instituto no están sujetas a ejecución judicial por parte de terceros mientras que los adquirentes tengan operaciones pendientes con el Instituto, relativas a las mismas.

F. PATRIMONIO DEL INSTITUTO NACIONAL PARA LA VIVIENDA Y EL HÁBITAT: La Ley establece que el patrimonio del INAVI, está constituido por:

- 1) Los aportes del ejecutivo nacional
- 2) Las utilidades y beneficios líquidos producto de su gestión
- 3) Las donaciones, aportes y cualquier otro bien o derechos de personas naturales o jurídicas, así como de todos los bienes que adquiera por cualquier título.

G. EL DIRECTORIO DEL INAVI: El Directorio es la máxima autoridad del INAVI, y está conformado por un presidente o presidenta, y tres Directores o Directoras Principales, y cada Director contará con su respectivo suplente, y serán de libre nombramiento y remoción por la Ministra o Ministro del Poder Popular con competencia en materia de Vivienda y Hábitat.

H. COMPETENCIAS DEL DIRECTORIO MÁS RESALTANTES:

- 1) Ejercer la Dirección y Administración del INAVI
- 2) Autorizar la celebración de convenios con otros órganos o entes de la Administración Pública o particulares.
- 3) Decidir los Recursos Administrativos que le correspondan conforme a la Ley, cuyas decisiones agotaran la vía administrativa.

I. LA PRODUCCIÓN DE VIVIENDAS: La Ley establece que la producción de viviendas por parte del INAVI, responderá a la problemática social, habitacional, recreacional, de servicios y mejoramiento del hábitat.

J. CONTRATACIÓN Y PARTICIPACIÓN: La Ley faculta que la actividad de producción en materia de vivienda y hábitat por parte del Instituto Nacional de Vivienda pueda efectuarse mediante contratación ordinaria de obras y servicios o a través de la participación con las comunidades.

K. CONTRALORÍA SOCIAL: La Ley señala que las comunidades organizadas podrán ejercer contraloría social sobre las políticas, planes, programas, proyectos y acciones de producción de vivienda y hábitat ejecutadas por el Instituto Nacional de la Vivienda, y se otorga de esta manera un mayor control por parte de la comunidad organizada sobre la actividad del INAVI.

L. EXENCIÓN PARA LA IMPORTACIÓN: La Ley señala que la importación de artículos y materiales de construcción que efectúe el Instituto Nacional de la Vivienda esta exenta del pago de las correspondientes tasas e Impuestos.

M. EXENCIÓN DEL PAGO: La Ley establece que el Instituto Nacional de la Vivienda quedará exento del pago de derechos de registros y notarias.

N. DEBER DE CULMINACIÓN DE LOS ASUNTOS O TRAMITES EN CURSO ANTERIORES AL PRESENTE DECRETO-LEY (Disposición transitoria Primera): La Ley Impone al Instituto Nacional de la Vivienda el deber de culminar todos sus asuntos o tramites en curso, originados con anterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

O. INALTERABILIDAD DE LOS CRÉDITOS Y CONDICIONES OTORGADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL PRESENTE DECRETO LEY. (disposición transitoria Segunda): La Ley señala que los titulares de los créditos o beneficios otorgados por el Instituto Nacional de la Vivienda antes de la entrada en vigencia de la presente Ley, continuaran amparados por los términos y condiciones del respectivo contrato, así como lo previsto en la normativa que les sea aplicable.

22. *Ley de reestructuración del Instituto Nacional de la Vivienda (Decreto Nº 6.218 de 15 julio de 2008, G.O. Nº 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*

Erika Cornilliac Malaret  
Abogada

A. OBJETIVO: Regular el proceso de reestructuración del Instituto Nacional de Vivienda y Hábitat.

B. FINALIDAD: Adecuar el INAVIH al Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat, conforme a los lineamientos emanados del Ministerio del Poder Popular con competencia en Vivienda y Hábitat, así como de la Comisión Central de Planificación.

C. PLAZO: La reestructuración debe durar seis (6) meses a partir de la publicación de la ley; la cual vencería el 31 de enero de 2009, el cual podrá prorrogarse una sola vez, por seis (6) meses, los cuales vencerían el 31 de julio de 2009

D. NO LIQUIDACIÓN DEL INAVI: Es importante resaltar que esta reestructuración no significa la liquidación del INAVI, por lo tanto el mismo seguirá existiendo durante y luego de su reestructuración.

E. JUNTA DE REESTRUCTURACIÓN: Conformada por:

- 1 Presidente (Elegido por el Ministro)
- 4 Directores (3 Elegidos por el Ministro y 1 por la Representación Sindical del INAVI).

Cada un de ellos va a contar con su respectivo suplente.

Esta junta sustituye al directorio del INAVI, durante el proceso de reestructuración.

F. COMPETENCIAS PRINCIPALES: Como máxima autoridad tiene la doble función:

- Las actividades normales del INAVI, cumpliendo las funciones del Directorio,
  - Las del proceso de Reestructuración
  - Potestad Reglamentaria para llevar a cabo sus fines (Condicionada al Ministerio)
  - Puede traspasar a la República Bienes del INAVIH (no necesarios para su funcionamiento)
  - Debe presentar el Plan de Reestructuración dentro de los plazos y lineamientos establecidos en la Ley.
- G. DISPOSICIONES TRANSITORIAS: Lo no previsto en la presente ley será resuelto por el Ministro.

Se le ordenó la elaboración de una Ley para el INAVI.

#### 4. Régimen de la seguridad alimentaria

23. *Ley Orgánica de seguridad y soberanía agroalimentaria (Decreto Ley N° 6.071 de 14 mayo de 2008, G.O. N° 5.889 Extraordinaria de 31 Julio de 2008)*

Juan Domingo Alfonso Paradisi  
Profesor de Derecho Administrativo de la UCV y de  
Prácticas de Derecho Administrativo

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN: (Art. 2°): Todas las actividades relacionadas con la garantía y seguridad agroalimentaria, tales como la producción, distribución, intercambio, importación, comercialización, almacenamiento, regulación y control de alimentos, productos y servicios agrícolas, se encuentran reguladas.

B. ORDEN PÚBLICO, UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL: (Art. 3°): Se declaran de utilidad pública e interés social los bienes que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos, así como las infraestructuras necesarias. Adicionalmente se señala que cuando existan motivos de seguridad alimentaria podrá decretarse la adquisición forzosa mediante justa indemnización y pago oportuno, de la totalidad de un bien o bienes necesarios, para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de producción, intercambio, distribución y almacenamiento de alimentos. Entendemos que esa adquisición forzosa debe hacerse conforme a las garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública e Interés Social.

C. DERECHO A PRODUCIR Y CONSUMIR ALIMENTOS PROPIOS DEL TERRITORIO NACIONAL: El Estado. Incentivará la producción nacional de alimentos y la disminución progresiva de las importaciones y la dependencia de alimentos, productos e insumos agrícolas extranjeros.

- En este orden se observa que se requerirán condiciones y permisos especiales para la importación y exportación de alimentos (Art. 20, Números 8, 9, 20, 60, 61).

D. CREACIÓN DE LAS RESERVAS ESTRATÉGICAS Y MEDIDAS EN CASO DE CONTINGENCIA: (Arts. 24, 26, 29 y 31): Se entiende por Reservas Estratégicas, el conjunto de bienes y recursos financieros en cantidad suficiente, disponibilidad estable y de plena cobertura nacional, acumulados y controlados por el estado, las cuales, se han de mantener por 3 meses. Dichas Reservas estarán custodiadas por la Milicia Nacional Bolivariana.

E. OBLIGACIONES: Se han creado y señalado varias obligaciones que han de cumplir las personas, tanto naturales como jurídicas, que participan dentro del sector agroalimentario, entre éstas encontramos:

- Velar que los materiales destinados a estar en contacto directo con el alimento, empleados para su envasado o empacado cumplan las especificaciones sujetas a normas de calidad. (Art. 77)
- Todo alimento envasado o empacado debe poseer un rótulo o etiqueta con información clara y precisa, que cumpla con la normativa vigente para el etiquetado de los alimentos. (Art. 78)
- Toda persona que desarrolle actividades relacionadas con los alimentos y la alimentación, debe aplicar las técnicas de almacenamiento previstas en la normativa vigente. (Art. 81)
- Toda persona dedicada a la importación y exportación debe verificar el cumplimiento y cumplir con los requisitos exigidos por la normativa vigente en cuanto a inocuidad y calidad de los alimentos, insumos, materia prima o cualquier material susceptible a ser empleado en actividades relacionadas con alimentos o la alimentación (Arts. 82 y 86)
- Toda persona que se dedique a exportar alimentos, materia prima o insumos para la producción de alimentos debe contar con la certificación emitida por el órgano o ente de la Administración Pública acreditado por el órgano rector en materia de calidad. (Art. 87).
- Toda persona que desarrolle actividades relacionadas con los alimentos o la alimentación debe formar a sus trabajadores en la aplicación de prácticas de higiene para el manejo de los alimentos, en cualquiera de las fases de la cadena agroalimentaria, a fin de garantizar la inocuidad de los alimentos.
- Inscribirse en los registros obligatorios creados por el Ejecutivo Nacional. (Art. 128).

F. SANCIONES:

- Multas (10 U.T. a 20.000 U.T) - (Arts. 105, 113 al 127)
- Comiso – (Arts. 114, 115, 116, 121 y 122)
- Cierre Temporal del Establecimiento
- Prisión – (Art. 118, 119 y 120)
- Reincidencia: Incremento de 50% hasta 5.000 U.T. y el cierre temporal del establecimiento hasta por un máximo de 15 días continuos.

G. PROCEDIMIENTOS: De Inspección y Fiscalización (Arts. 134 al 152) y el de Imposición de Sanciones (Arts. 153 al 171).

H. MEDIDAS PREVENTIVAS:

- Suspensión del intercambio, distribución o venta de los productos, o de la prestación de los servicios.

- Comiso.
- Destrucción de mercancías.
- Requisición u ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad agroalimentaria o, para el transporte o almacenamiento de los bienes comisados.
- Cierre temporal del establecimiento.
- Suspensión temporal de las licencias, permisos o autorizaciones.
- Todas aquellas que sean necesarias para garantizar el abastecimiento de los alimentos o productos regulados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

## V. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL

### 1. Régimen de los Espacios Acuáticos

24. *Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos (Decreto-Ley N° 6.126 de 03 junio de 2008, G.O. N° 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*<sup>17</sup>

Oscar Moreán  
Abogado

A. JUSTIFICACIÓN Y OBJETO: La reforma a las leyes antes especificadas y la entrada en vigencia de la nueva Ley se justifica, según la Exposición de Motivos del Decreto 6.126, tiene por intención unificar normas relevantes en cuanto a la regulación de los espacios acuáticos y actualizar, dentro de un concepto indefinido denominado “conciencia acuática nacional”, la participación del Estado y la Sociedad en las actividades relacionadas con los espacios acuáticos.

### B. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES:

- Se amplía el alcance de la declaratoria de interés y utilidad pública de todo lo relacionado con los espacios acuáticos e insulares, pues se añaden a la definición el espacio portuario, los puertos, la industria naval, las labores hidrográficas, oceanográficas, meteorológicas, de dragado, de señalización acuática y otras ayudas a la navegación y cartografía náutica.
- Se mantiene el mismo contenido de la derogada Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares en cuanto a su objeto, ámbito de aplicación, los denominados intereses acuáticos, las políticas acuáticas, la soberanía, el mar territorial, el paso inocente, las actividades prohibidas, la admisión de buques y otros conceptos relacionados.

---

17 Deroga la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares (G.O. N° 37.596 del 20-12-2002), Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional (G.O. N° 36.980 del 26/06/2000); Ley de Navegación (G.O. N° 5.263 Extraordinario del 17-09-1998); Artículos 1 al 6 de la Ley sobre el Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo, publicada en la (G.O. N° 496 Extraordinario del 17-08-1956).

- Se mantiene como órgano asesor del Ejecutivo Nacional el Consejo Nacional de los Espacios Acuáticos e Insulares, aunque ahora denominado el Consejo Nacional de los Espacios Acuáticos; mientras que el Fondo de Desarrollo de los Espacios Acuáticos e Insulares pasa a ser el Fondo de Desarrollo Acuático, ambos básicamente con las mismas competencias y funciones.
- Los recursos del Fondo de Desarrollo Acuático se mantiene iguales, incluyendo los aportes provenientes de la alícuota calculada en razón del arqueo bruto de los buques de tránsito nacional o internacional, a ser pagados por el armador, operador o agente, cada vez que arriben a puerto, conforme a una escala determinada, basada en unidades de arqueo bruto y unidades tributarias.
- Se eleva el período de financiamiento máximo de recursos de 7 a 10 años.
- En materia de incentivos, se eliminan menciones anteriores al Impuesto a las Actividades Económicas y se incorporan parcialmente los beneficios pre-existentes en la Ley de Marina Mercante Nacional.
- Se mantiene la exención de impuestos de importación sobre buques y accesorios de navegación, incluidas las plataformas de perforación, aunque se amplía la descripción de los bienes beneficiados a “los bienes relacionados con la industria naval y portuaria” que estén destinados exclusivamente a la construcción, modificación, reparación y reciclaje de buques, y el equipamiento, reparación de las máquinas, equipos y componentes para la industria naval y portuaria”.

Asimismo, se incluyen controles adicionales para el disfrute de este beneficio en comparación con los anteriormente contemplados en la derogada Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, entre los cuales se encuentran presentar ante el SENIAT una opinión favorable emitida por el Instituto Nacional de Espacios Acuáticos (INEA) donde conste que los bienes cumplen con las normas de ingeniería e industria nacionales e internacionales conforme a su uso y destinación, e inscribirse en el INEA y estar autorizados para realizar tal actividad.
- Los buques y accesorios de navegación destinados a la marina deportiva y recreativa quedan excluidos del beneficio de exención de los impuestos de importación.
- Se elimina en esta Ley la exención en materia de Impuesto al Valor Agregado por la importación de buques y accesorios de navegación, incluidas las plataformas de perforación, anteriormente contemplada en la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional.
- Se reafirma la rebaja equivalente a un 75% sobre las nuevas inversiones destinadas a la adquisición o arrendamiento de nuevos buques o accesorios de navegación, a la constitución de sociedades mercantiles o de acciones en estas sociedades, en los mismos términos y bajo las mismas condiciones en que se establecía en la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional.
- Se establece que el Instituto Nacional de Espacios Acuáticos promoverá la participación comunal, al tiempo que los consejos comunales u otras formas de organización y participación comunitaria, vigilarán y exigirán el cumplimiento de los deberes de solidaridad y responsabilidad social contemplados en la Ley.

- Se reafirma la jurisdicción especial acuática, conformada por los Jueces Superiores Marítimos, los Tribunales Superiores Marítimos y los Tribunales de Primera Instancia Marítimos.

C. CODIFICACIÓN: Más allá de los propósitos de enmienda social contenidos en su Exposición de Motivos, la nueva Ley reafirma sin mayores modificaciones el contenido de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares vigente desde el año 2002, incluyendo cambios meramente formales en los nombres de las autoridades relacionadas con el uso y administración de los espacios acuáticos.

No es necesariamente criticable la intención de la nueva Ley, de unificar o incorporar en un mismo texto otras normas que anteriormente se encontraban contenidas en textos legislativos separados y podían prestarse a inconsistencias en su interpretación. No obstante, limita significativamente los incentivos fiscales correspondientes a la importación de buques y accesorios, incluyendo plataformas de perforación.

D. PARTICIPACIÓN CIUDADANA: Finalmente, se incorpora el elemento característico de las leyes dictadas con fundamento en la Ley Habilitante sobre la inserción social y participación de las comunidades, como formas organizativas de control de las actividades reguladas (vg. contraloría social)

## 2. Régimen de la navegación

25. *Ley de canalización y mantenimiento de las vías de navegación (Decreto Ley N° 6.220 de 15 julio de 2008, G.O. N° 5.891 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*<sup>18</sup>

Oscar Moreán  
Abogado

A. JUSTIFICACIÓN Y OBJETO: La reforma a la Ley del INC se justifica, según la Exposición de Motivos del Decreto 6.220, en la necesidad de adaptar el marco jurídico del INC a la “nueva realidad jurídica del país” y la necesidad de permitir la intervención del ciudadano y las comunidades en la gestión pública como línea principal que “rige el nuevo aspecto social de la Nación”. Bajo estas premisas, se intentó lograr mayor integración y actualización de las normas para el mejor desarrollo de las actividades que competen a los canales de navegación a través del INC.

Como particularidad general, la nueva Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación (vg. Decreto 6.220) regula no sólo la actividad del INC (a lo cual se limitaba la derogada Ley del INC), sino las actividades relacionadas con el desarrollo, conservación, inspección, administración, canalización y mantenimiento de las vías de navegación, conforme a la llamada “planificación centralizada”; siendo ésta aplicable a todos los espacios acuáticos y vías de navegación que requieran de dragado, señalización, intervención hidráulica y mantenimiento.

La normativa referente a la conformación de la administración y patrimonio del INC se mantiene básicamente igual a la prevista en la Ley derogada, con excepciones formales en cuanto.

---

18 Deroga la Ley del Instituto Nacional de Canalizaciones (G.O. N° 2.529 de fecha 31 de diciembre de 1.979).

**B. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES:**

- Se incorporan conceptos como inclusión social, justicia, equidad, solidaridad, confiabilidad, eficiencia y eficacia, considerando el uso sostenible de los recursos.
- Se declara de interés y utilidad pública la canalización y mantenimiento de las vías de navegación, característica ésta común en los 26 Decretos Leyes dictados Mediante Ley Habilitante el 31 de julio de 2008, con los riesgos que ello pudiera involucrar para capitales privados invertidos o destinados al desarrollo de actividades afectadas.
- El órgano rector lo constituye el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Infraestructura y Transporte, el cual se sujetará a los lineamientos, políticas y planes que dicte el Ejecutivo Nacional conforme a la planificación centralizada.
- El INC mantiene básicamente las mismas competencias (políticas de desarrollo, mantenimiento, administración, fijación de tarifas por servicios), aún cuando la descripción es más detallada e incluye tanto el control del registro de personas naturales y jurídicas prestadoras de servicios de canalizaciones, como la promoción de la participación ciudadana.
- El patrimonio del INC se mantiene conformado básicamente por los mismos conceptos, dentro de los cuales se encuentran los bienes que le sean transferidos, los aportes, el producto por servicios propios, las tasas por el uso de los canales de navegación, las donaciones, etc.
- El Consejo Directivo del INC se encuentra igualmente conformado por un Presidente, un Vice-Presidente y 4 directores designados por el órgano rector (aún cuando anteriormente éste estaba conformado por un Presidente y Vicepresidente y 5 vocales en lugar de directores), los cuales son de libre nombramiento y remoción.
- Se incorpora un capítulo específico referido al alcance del servicio de mantenimiento y administración de canales y vías de navegación, y las tasas aplicables según el caso. En este sentido, se delimita el contenido del servicio de canalización y mantenimiento de las vías de navegación, comprendiendo éste el estudio, inspección, desarrollo, mantenimiento y administración de los canales de navegación; así como el mantenimiento y operatividad de los sistemas de señalización de los canales y vías de navegación.
- Se establecen tasas por el uso de los canales y vías de navegación administrados por el INC, pagaderas en Bolívares o su equivalente en divisas. Estas tasas se causan fundamentalmente por el uso del canal de navegación del Lago de Maracaibo y del Río Orinoco, para el transporte de hidrocarburos, maquinarias, materia primas, productos industriales, productos agrícolas y pecuarios, carga general e incluso transporte de pasajeros. Se prevén igualmente tasas específicas para el tránsito de Buques de Guerra, Buques Científicos y Buques Oficiales Nacionales y Extranjeros, estableciéndose supuestos de exención condicionados.
- Se establecen *incentivos fiscales* (vg. rebajas del 10% o 25%) en los casos de transporte internacional de carga y transporte de cabotaje realizados en buques de bandera venezolana, aún cuando por razones de falta de técnica legislativa tales beneficios resultan indeterminados, ya que operan sobre “la tasa prevista en el artículo 16” de la Ley, siendo que dicha norma no establece tasa alguna.



Aún cuando no está completamente claro, podría interpretarse que la rebaja operaría sobre las tasas correspondientes “al servicio” a que se refiere el artículo 16; es decir, las tasas previstas en el artículo 17 de la Ley.

- Se establece la responsabilidad solidaria del armador, agente naviero, representante del armador o el Capitán del buque, con respecto a las tasas por el uso de los canales de navegación administrados por el INC, antes del zarpe del buque, a menos que existan acuerdos contractuales que indiquen otra modalidad.
- Se establece que el INC promoverá la participación comunal y se establece que los consejos comunales u otras formas de organización y participación comunitaria, vigilarán y exigirán el cumplimiento de los deberes de solidaridad y responsabilidad social contemplados en la Ley (contraloría social).
- Se designa a la Autoridad Acuática como única encargada de procesar las denuncias y establecer las responsabilidades por daños contra bienes y servicios que comprenden la infraestructura de los canales administrados por el INC.

C. **LEGALIZACIÓN DE TASAS:** Sin perjuicio de la pertinencia y contenido de los cambios fundamentales antes destacados, la nueva Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación no es necesariamente criticable en cuanto a su contexto general, pues procura mayor definición del alcance de las actividades reguladas y las funciones del INC (y no simplemente la regulación del INC como sucedía en la Ley derogada); al tiempo que logra una mayor precisión, esta vez con rango legal y carácter especial, en la previsión y definición de las tasas por utilización de las vías de navegación.

No obstante, la nueva Ley contiene el mismo elemento preocupante y característico de los 26 Decretos Leyes dictados mediante la Ley Habilitante el 31 de julio de 2008, referido a la declaratoria de interés y utilidad pública de la actividad y los activos y servicios incorporados a ésta, pues se presta a la disposición discrecional sobre el capital privado y el derecho de propiedad de activos asociados con la actividad de dragado, señalización, intervención hidráulica y mantenimiento de las vías de navegación en manos de empresas privadas.

D. **PARTICIPACIÓN CIUDADANA:** Finalmente, podemos destacar que el alcance del elemento de inserción social y participación de las comunidades en esta actividad no es preciso y sin embargo permite a formas organizativas comunales el control de las actividades reguladas.

### 3. Régimen del transporte ferroviario

26. *Ley del transporte ferroviario nacional (Decreto Ley N° 6.069 de 14 mayo de 2008, G.O. N° 5.889 Extraordinaria de 31 julio de 2008)*<sup>19</sup>

Olimar Méndez Muñoz  
Abogada

Regula a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de infraestructura y transporte, como órgano rector del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional (STFN), todas las actividades de (STFN) principalmente declarándolas de utilidad y dominio público, interés nacional y social, por la importancia estratégica de todas las activi-

---

19 Deroga el Decreto Ley del Sistema de Transporte Ferroviario (G.O. N° 37.313 del 30-10-2001).

dades relacionadas con la construcción, prestación, desarrollo y conservación del mismo; por los beneficios socio-económicos y tecnológicos que se derivan de ella. Incluyendo en el dominio público la vía férrea, la faja de derecho de la vía, las señales y los sistemas de comunicaciones, así como el sistema de alimentación de energía de los ferrocarriles eléctricos.

El ente encargado promoverá e incorporará la justa y equitativa participación en los servicios, que se presten en el Sistema de Transporte Ferroviario Nacional, a través de organizaciones comunitarias locales, redes socio productivas y cooperativas, quienes vigilarán y exigirán el cumplimiento de los deberes de solidaridad y responsabilidad social contemplados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

PRIMERA PARTE:  
APRECIACIÓN GENERAL SOBRE LOS  
DECRETOS-LEYES DE JULIO-AGOSTO 2008

Sección I: La rechazada reforma constitucional de  
2007 y los Decretos Leyes de 2008

*Límites del poder ejecutivo en el ejercicio de la  
habilitación legislativa: Imposibilidad de establecer  
el contenido de la reforma constitucional  
rechazada vía habilitación legislativa*

Lolymar Hernández Camargo

*Profesora de Derecho Constitucional en la  
Universidad Católica Andrés Bello*

I. LA NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES AL PODER

En el estado constitucional es característica esencial la existencia de un poder ordenado en función de los intereses de su titular, esto es, el conjunto de ciudadanos organizados bajo la concepción de pueblo.

El poder encuentra en la separación funcional y orgánica las reglas que le permiten desempeñar la actividad que le ha sido confiada, siempre actuando en función de los intereses

ciudadanos y atendiendo sus necesidades y dictados formalizados a través de la norma constitucional y las leyes, como máxima expresión de la voluntad popular<sup>1</sup>.

En el diseño constitucional democrático existe la institución de la habilitación legislativa<sup>2</sup> como un mecanismo para afrontar situaciones extraordinarias que requieran la intervención inmediata del poder, que se ha visto excedido por las circunstancias sobrevenidas que alteran el funcionamiento normal del Estado y que impiden la formación de leyes que ayuden a afrontar las consecuencias de la crisis, siguiendo el procedimiento de formación de las leyes contemplado en el texto constitucional. Con este fin el Poder Legislativo otorga habilitación legislativa al Poder Ejecutivo<sup>3</sup> para que de forma inmediata ofrezca respuestas y soluciones a la situación extraordinaria, dictando decretos con rango y valor de ley, en materia económica y financiera.

Así, en el marco de las atribuciones del Presidente de la República (artículo 236 numeral 8) encontramos la de dictar, reunido en Consejo de Ministros y previa autorización por ley habilitante, decretos con rango y fuerza de ley. El artículo 203 de la Constitución señala que las leyes habilitantes son aquellas sancionadas por la Asamblea Nacional por las 3/5 partes de sus integrantes, a fin de establecer directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, con rango y valor de ley. Estas leyes deben fijar un plazo para su ejecución.

- 
- 1 “La idea originaria de Constitución aparece vinculada con la de la limitación del poder proyectándose en dos sentidos, por una lado el de la organización del poder y por otro el del reconocimiento de los derechos. Así desde sus orígenes en los pactos ingleses entre Rey y reino, se entenderá como finalidad de la Constitución, en palabras de García de Enterría: 1. Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; 2. Pero, a la vez, en esa estructura ha de participar de manera predominante, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejércitos del poder sean agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de normas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales). La limitación del poder teniendo como punto de referencia la existencia de un ámbito de libertad en el que éste no puede entrar, se presenta así como uno de los pilares del constitucionalismo, que, a su vez, es inseparable de la historia moderna de los derechos fundamentales”. Rafael de Asís, *La paradoja de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, 2000, pp. 26-27. También se puede ver al respecto Gianluigi Palombella, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*. Trotta, Madrid, 2006.
  - 2 En Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de 1961, no existía “una definida terminología en cuanto a la denominación de este Instituto, aún cuando parece que la más utilizada es la que se refiere a ‘autorización de medidas’. Ver voto salvado de la Fracción Parlamentaria del Partido Social Cristiano COPEI, en relación a la ‘Ley Orgánica de medidas extraordinarias en materia económica y financiera’, *Revista Nueva Política*, enero-marzo 74, p. 192. Citada por Humberto La Roche, *Las habilitaciones legislativas en Venezuela*, Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, Maracaibo, 1976, p. 22.
  - 3 “El cual debe lograr, mediante un procedimiento rápido y expedito, la actuación conformadora del orden económico y financiero con los preceptos que al efecto se dicten”, Héctor Barbe-Pérez, “Adecuación de la Administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX*, Tomo V, Madrid, 1969, p. 23. Citado por Humberto La Roche, *Las habilitaciones legislativas en Venezuela, ob. cit.*, p. 22.

El texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desnaturaliza<sup>4</sup> la institución de la habilitación legislativa al eliminar el límite de su contenido material, de forma tal que el Poder Legislativo debilita su función primordial –la de legislar– permitiendo que los decretos leyes dictados por el Presidente como producto de la habilitación legislativa puedan exceder la materia económica o financiera<sup>5</sup> y extenderse a las materias que corresponden a la competencia legislativa del Poder Legislativo, esto es las de reserva legal contenidas en el artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De esta manera se ve gravemente afectada la garantía constitucional de la reserva legal, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que las leyes habilitantes establecerán las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, sin fijar el límite material que sí contenía la Constitución de 1961<sup>6</sup> en su artículo 190 ordinal 8, que se circunscribía a autorizar al Presidente de la República para dictar medidas de carácter extraordinario en materia económica y financiera, exclusivamente, previa habilitación por el Congreso.

Ahora bien, es un principio esencial del constitucionalismo moderno aceptar que en el Estado de Derecho las limitaciones, regulaciones y restricciones a los derechos y garantías constitucionales sólo pueden ser establecidas mediante ley formal, esto es la plena vigencia de la reserva legal. El concepto Ley está contenido en el artículo 202 de la Constitución vigente como el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, siguiendo el proceso constitucional para su formación, aprobación y entrada en vigencia, esto es el acto normativo emanado del parlamento como órgano representativo de la voluntad popular y por tanto único constitucionalmente autorizado para limitar los derechos y garantías constitucionales.

Por tanto, las leyes habilitantes que apruebe la Asamblea Nacional delegando la potestad legislativa al Presidente de la República, no pueden versar sobre regulación que implique la restricción o limitación de derechos y garantías constitucionales, pues de lo contrario violaría el principio de reserva legal como garantía constitucional fundamental de los derechos<sup>7</sup>.

De esta forma está establecido también en el artículo 30 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, suscrita por Venezuela y que por mandato del artículo 23 de la

---

4 Sobre la naturaleza jurídica de la habilitación legislativa se puede ver a Humberto La Roche, *Las habilitaciones legislativas en Venezuela, ob. cit.*, pp. 23 y ss.

5 “La Constitución de 1999 amplía la potestad del Presidente de la República para dictar decretos-leyes, no sólo porque no hay limitación constitucional en cuanto a las materias que pueden ser reguladas por esta vía, sino porque no es necesaria una situación de crisis, ni de emergencia, ni que el interés público lo requiera para que el Presidente sea autorizado para dictarlos, en cualquier momento puede hacerlo si consigue que la Asamblea sancione una ley habilitante y, esto no le será muy difícil si el Presidente tiene el apoyo de la mayoría de la Asamblea”, Eloisa Avellaneda Sisto, “El régimen de Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo, Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 99.

6 En relación con la comparación entre el régimen de la Constitución de 1961 y la de 1999 sobre la habilitación legislativa se puede ver: Gustavo Marín García, *La Ley Habilitante. Un estudio general entre la Constitución de 1961 y 1999*, Funeda, Caracas, 2002.

7 Al respecto se puede ver, Allan Brewer-Carías, “El régimen constitucional de los decretos leyes y de los actos de gobierno”, en *Bases y Principios del sistema constitucional venezolano. Ponencias del VIII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, 2001, pp. 25 y ss.

Constitución tiene rango constitucional y es de aplicación prevalente en el derecho interno, al señalar que las restricciones permitidas de acuerdo con dicha Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en relación con la expresión “leyes”<sup>8</sup>, que esta sólo puede referirse a los actos legales emanados de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente electos, esto es en el ordenamiento jurídico venezolano, la Asamblea Nacional.

También está establecido en el cuerpo normativo constitucional, que el principio de la participación política limita la actuación de la Asamblea Nacional en el proceso de formación de las leyes, y que por tanto en el desarrollo del mismo se debe realizar de forma obligatoria la consulta popular y a otros órganos del Estado, así lo señalan los artículos 211 y 206 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por tanto, la delegación legislativa no puede configurarse como un mecanismo que viole estos requisitos de observancia al principio de reserva legal y de participación ciudadana, estos principios de rango constitucional no pueden ceder bajo ningún concepto, menos aún por la activación de un mecanismo extraordinario como es la delegación legislativa.

## II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL, IMPOSIBILIDAD DE MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN VÍA HABILITACIÓN LEGISLATIVA

Por su parte, el constitucionalismo acepta la reforma constitucional como uno de los mecanismos para el cambio constitucional, así se encuentra establecido en la Constitución venezolana, esta consiste en la revisión parcial del texto constitucional y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional, por tanto un mecanismo de cambio sometido a límites jurídicos,<sup>9</sup> que impiden que la norma suprema pueda ser cambiada en su contenido esencial que garantiza la titularidad del poder soberano que radica en el pueblo.

El proyecto de reforma constitucional propuesto por el Presidente de la República en el año 2007 fue sometido a referendo constitucional aprobatorio, produciéndose resultados favorables a la opción que promovía su rechazo, de forma tal que el pueblo, titular de la soberanía en el Estado Constitucional, expresó su voluntad inequívoca de desaprobación los cambios que se estaban proponiendo en el proyecto de reforma, cambios que desbordaban el mecanismo de la reforma constitucional, puesto que establecían modificaciones sustantivas a la estructura de la Constitución y a los principios fundamentales del Estado. No eran una revisión parcial del texto constitucional, el proyecto de reforma contenía un nuevo modelo de Estado que está en frontal oposición con los valores democráticos, federalistas y descentralizadores contenidos en la Constitución vigente y que operan como límites de la reforma constitucional o de cualquier mecanismo por el que se pretenda cambiar la Constitución.

---

8 Opinión Consultiva OC-6/87 de 09-03-86.

9 “Cualquiera sea la modalidad a través de la cual opere el poder constituyente derivado o poder de reforma de la Constitución, este no puede destruir la Carta Fundamental. Ello implica que la Constitución establece límites explícitos o implícitos al poder constituyente derivado”. Humberto Nogueira Alcalá, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile” en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, 2006, p. 440. También se puede ver Lolymar Hernández Camargo, “Los límites al cambio constitucional como garantía de pervivencia del Estado de Derecho” en *Revista de Derecho Público*, N° 112, octubre-diciembre 2007, pp. 37 y ss.

Así las cosas, desconociéndose el mandato popular que rechazó el contenido del proyecto de reforma, el Presidente de la República, en ejercicio de la habilitación legislativa que le fue concedida por la Asamblea Nacional en el año 2007, ha dictado Decretos con rango y valor de ley que contienen de forma idéntica, conceptos e instituciones del texto de la reforma constitucional que fue desaprobada. Esto implica un quiebre con la norma constitucional del artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo quien la ejercerá directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley; e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el poder público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

Se está desconociendo el ejercicio directo de la soberanía popular a través del mecanismo contenido en la Constitución del referendo aprobatorio de la Constitución. El órgano del Estado, del Poder Ejecutivo, la Presidencia de la República, por mandato constitucional emana de la soberanía popular y por tanto a ella está sometido, se debe a sus dictados, a su voluntad, mal puede por tanto, en frontal desconocimiento del mandato del pueblo que le ordenó dejar sin efecto la pretendida reforma constitucional, pretender instaurar su contenido, que afecta decisiva y esencialmente al texto de la Constitución, a sus principios y normas fundamentales, mediante un mecanismo que violenta la rigidez constitucional, en tanto que los decretos dictados como producto de la habilitación legislativa no son uno de los medios contenidos en la Constitución para su cambio.

Hemos visto como por interpretación sistemática de la Constitución el mecanismo de habilitación al Presidente de la República para legislar de forma extraordinaria encuentra una serie de límites, contenidos en los derechos y garantías constitucionales, el principio de la reserva legal y el principio de la participación ciudadana en los asuntos públicos, por su parte la Constitución establece como requisito *sine qua non* para la aprobación del cambio constitucional, la intervención popular mediante referendo aprobatorio del proyecto de reforma constitucional como expresión de la soberanía popular en democracia; y en caso de rechazo no podrá presentarse nuevamente a consideración en el mismo período constitucional, mucho menos podrá, violentándose los límites constitucionales a la habilitación legislativa y al cambio constitucional, establecerse a través de decretos con rango y fuerza de ley, no incluidos por la Constitución venezolana como mecanismos aptos para el cambio constitucional y que desconocen la voluntad del poder soberano al haber sido rechazados por éste mediante la debida consulta popular.

Por tanto, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como guardián de la Constitución<sup>10</sup>, protegerla de los excesos del poder<sup>11</sup> y dejar a buen respaldo los derechos y garantías constitucionales, así como el principio político democrático de la soberanía popular, es su deber y su responsabilidad de conformidad con la Constitución,

10 Sobre el rol del Tribunal Constitucional como garante del carácter normativo de la Constitución ver Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª Reimpresión, Madrid, 2001.

11 “Las cortes (constitucionales) serían –mejor: deberían ser- ‘la aristocracia del saber’, llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar ‘un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una ‘isla de razón’ en el caos de las opiniones”’. F. Modugno, *L’invalidità della legge*, Vol. I, Milán, Giuffrè, 1970, p. XI. Citado por Gustavo Zagrebelsky, *Jueces Constitucionales*. Traducción de Miguel Carbonell, Discurso oficial pronunciado frente al Presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma- Italia, con motivo de la celebración del 50º aniversario de la Corte Constitucional italiana.

artículo 334: “Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tenga rango de ley, cuando colidan con aquella”, pues como órgano del Poder Público emana de la soberanía popular y a ella está sometida en el ejercicio de sus funciones.



## *Breves reflexiones en torno a los 26 Decretos-Ley de Julio-Agosto de 2008, y la consulta popular refrendaria de Diciembre de 2007*

Jorge Kiriakidis

*Profesor de la UCV y UNIMET*

El 31 de julio de 2008, apareció publicada la *Gaceta Oficial* número 38.984, en la que el Ejecutivo Nacional –y concretamente el Presidente de la República– hizo incluir el “anuncio” de veintiséis (26) *Decretos Leyes* que serían dictados con fundamento *presunto*<sup>1</sup> en 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*” publicada en la *Gaceta Oficial* 38.617, de fecha 1° de febrero de 2007. Unos días mas tarde – y aún cuando *formalmente* en esa misma fecha – vieron la luz los ahora célebres “26 Decretos Ley” anunciados en la *Gaceta Oficial* 38.984, mediante la publicación de cuatro (4) números extraordinarios de la *Gaceta Oficial* (5.889, 5.890, 5.891 y 5.892).

Este PAQUETE LEGISLATIVO, introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el Presidente de la República, ha generado, debido a la amplitud e importancia de los asuntos que abarca- como habría ocurrido en cualquier país - una *intensa discusión*, pues evidentemente supone una importante modificación del ordenamiento jurídico. Como todo PAQUETE DE REFORMAS, los “26 Decretos Ley” tienen sus defensores y detractores.

Entre los soportadores de estas señalan que Venezuela se encuentra en “*un proceso*” de reformas políticas, jurídicas y sociales, que comenzaron con la elección – en 1998 – del actual Presidente de la República, que luego se plasmó en el texto de la Constitución de 1999, y que, ahora – nueve (9) años más tarde – deben “profundizarse”, para lo cual se están siguiendo – por lo menos aparentemente – los canales y medios institucionales existentes en el ordenamiento jurídico vigente.

De otra parte, lo detractores sostienen diversos argumentos para cuestionar tanto la legalidad como la legitimidad de este PAQUETE LEGISLATIVO que encierra, como hemos dicho, una reforma profunda de las instituciones republicanas. De las críticas podemos señalar fundamentalmente tres (3) argumentos: (i) En primer lugar, afirman, sucede que los “26 Decretos Ley” fueron dictados sin que mediara la habilitación legislativa necesaria para ello (según lo dispuesto en el artículo 236, ordinal 8, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), pues la última Ley Habilitante (*Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las materias que se Delegan*” publicada en la *Gaceta Oficial* 38.617, de fecha 1° de febrero de 2007), había agotado su vigencia temporal para el momento en que los “26 Decretos Ley” fueron publicados.

---

1 Decimos presunto pues ni los “anuncios” publicados en la *Gaceta Oficial* 38.984, ni luego los textos de los Decretos Ley publicados en las *Gacetas Extraordinarias* 5.889, 5.890, 5.891 y 5.892, aclaran la identidad del instrumento que habilitó al Presidente, en esta ocasión, para ejecutar una competencia que, de modo ordinario, pertenece al Legislador.

Esto debido a que, el artículo 3 de la Ley en cuestión autorizaba al Presidente para proceder a dictar esos Decretos DENTRO de un plazo de DIECIOCHO (18) MESES que se cumplieron el 31 de julio de 2008<sup>2</sup>, y debido a que ES UN HECHO NOTORIO que a pesar de que las Gacetas Extraordinarias aparecieron publicadas con esa fecha, las mismas no fueron realmente publicadas sino hasta días después; (ii) En segundo lugar, señalan que los “26 Decretos Ley” son nulos por imperio de una norma que, desarrollando el principio de participación ciudadana y el de democracia participativa, contenía la Ley Orgánica de la Administración Pública (artículo 137<sup>3</sup>) vigente para ese momento, pues no se habría seguido el proceso de consultas creado por ese mismo instrumento para estos supuestos (artículo 136<sup>4</sup>), y; (iii) Por último, los detractores del PAQUETE LEGISLATIVO DE REFORMAS o los “26 Decretos Ley”, señalan que, independientemente de la legalidad del procedimiento emprendido, o de las competencias del Ejecutivo, sucede que existía un mandato constitucional expreso contenido en el *rechazo* de la reforma constitucional planteada por el Presidente de la República en diciembre de 2007. Mandato éste que estaría siendo *desobedecido e irrespetado*, al reproducirse sus contenidos en los “26 Decretos Ley”.

---

2 El artículo 3 de la Ley Habilitante de 2007, publicada en la *Gaceta Oficial* 38.984 de fecha 1° de febrero de 2007, expresamente preveía “La habilitación al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan tendrá un lapso de duración de dieciocho (18) meses para su ejercicio, contado a partir de la publicación de esta Ley en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.”.

3 “Artículo 137.- El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título. En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla.”

4 “Artículo 136.- Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente. Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta. Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

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

Es en este asunto que queremos detenernos un poco. Para dejar de manifiesto los puntos que parecen sustentar esta crítica fundada en argumentos que tocan la esencia misma de nuestro derecho constitucional, y que incluso, desafían hoy, lo que hace diez (10) años era el poder que todo lo puede: la soberanía popular expresada en una consulta pública.

En efecto, comencemos por recordar que en diciembre de 2007, se consultó al pueblo Venezolano – mediante el mecanismo del referendo a que se contrae el artículo 344 de la Constitución – sobre el contenido de una reforma sustancial de la Constitución de 1999, producto de la iniciativa del Presidente de la República. Esa reforma (que muchos criticaron, aduciendo que por la profundidad de los cambios que aparejaba, entre otros la modificación de la división político territorial; la modificación del contenido esencial de derechos fundamentales como el de la propiedad; la alteración del principio de alternatividad democrática, y la adopción de un sistema económico determinado y obligatorio, más que una reforma era una verdadera “nueva constitución”), resultó –luego de ser sometida a la consulta popular– rechazada por más del cincuenta por ciento (50%) de los votantes<sup>5</sup>. Así, la reforma constitucional planeada por el Presidente de la República, y de modo mas concreto su paquete de REFORMAS, fue RECHAZADO por el pueblo soberano consultado en referendo.

Ahora bien, es bueno asir el valor de ese RECHAZO, para entender las consecuencias que el mismo acarrea en la conducta de los servidores públicos. Y para ello tenemos a mano dos (2) elementos, uno normativo y el otro histórico - político.

El primero de ellos, el elemento normativo, es el texto de la Constitución Vigente, que recuerda a todos (artículo 5) que: “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.” Para luego aclarar que: “Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”. En adición, la misma Constitución (artículo 70) declara –para quien pudiera tener duda– que “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: (...) el referendo, (...) cuyas decisiones serán de carácter vinculante (...)”.

Así, el rechazo a la reforma constitucional -y al PAQUETE DE REFORMAS que ella contenía- es la expresión de la SOBERANÍA POPULAR, y a ella deben someterse todos los órganos del Estado, pues tiene carácter vinculante para todas las autoridades. Así, la expresión de la voluntad popular, mediante referendo, resulta un mandato una orden, que no puede ser descatada por autoridad Estatal alguna.

Pero aún debemos desentrañar el valor de ese mandato. Ello, de cara a entender cuales serían las consecuencias de su incumplimiento y cuales los mecanismos para forzar su cumplimiento.

Y para ello, debemos acudir al segundo elemento, al que –arbitrariamente– hemos denominado histórico-político, pero que no es mas que la jurisprudencia. En efecto, debemos recordar que a finales de la década de los años 90 del siglo XX, se produjo en nuestro país un proceso político que, pasando por la elección de quien es aún hoy – diez (10) años mas tarde - Presidente de la República y la reforma sustancial de la Constitución de 1961, suponía la implantación de una REFORMA DE TODO EL SISTEMA POLÍTICO ESTATAL que re-

---

5 Este porcentaje, aún cuando ha sido tomado de la página electrónica del Consejo Nacional Electoral, es aproximado y preliminar, pues a un (1) año de haberse realizado la consulta el ente electoral no ha publicado los resultados definitivos, y sólo ha puesto al alcance de los ciudadanos el contenido del “Primer Boletín”.

quería y reclamaba el país. Proceso ése al que sus propulsores llaman “REVOLUCIÓN BOLIVARIANA” (que hoy, diez (10) años mas tarde, resulta que era incompleta, y debe nuevamente ser sometida a sustanciales modificaciones).

Ahora bien, lo que permitió que esa reforma del ordenamiento venezolano se llevara a cabo, fueron dos (2) sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de 19 y 21 de enero de 1999, ambas dictadas con ocasión del recurso de Interpretación de la Ley de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política planteado por la *Fundación para los Derechos Humanos*<sup>6</sup>.

De este proceso y de estas sentencias, que BREWER describe y critica en una estupenda crónica<sup>7</sup>, vale la pena rescatar –o traer a colación– dos (2) asuntos: el primero, que sin dudas son sus preceptos los que fundan la existencia misma de la Constitución de 1999 y de todo el régimen que ha imperado desde entonces en el país, y; el segundo, que justamente ese fundamento se encuentra en la idea (expresada mas o menos explícitamente en esos fallos), según la cual, la soberanía popular expresada mediante un proceso de consulta o referendo, se impone incluso al texto de la Constitución y al principio de Supremacía Constitucional. Lo que supone que la voluntad del pueblo es superior a la constitución (supraconstitucional) y sus designios, son “normas constitucionales” (lo que hace que ellas puedan modificar las normas constitucionales preexistentes, se vean amparadas por el principio de SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, y merezcan la tutela judicial que las normas constitucionales merecen, a través de los distintos mecanismos judiciales y políticos articulados en nuestro ordenamiento jurídico). En efecto, esta idea –casi mística, y muy peligrosa según lo han explicado avezados autores, pues podría abrir el camino a un régimen plebiscitario que podría utilizarse, pues ya se ha hecho en el pasado, para encubrir una dictadura– se encuentra en una breve frase de las sentencias mencionadas, en las que la Sala Político Administrativa declaró:

“(…) la soberanía popular se convierte en supremacía de la constitución cuando aquella, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla.”<sup>8</sup>

Así, el producto de la consulta – la opción victoriosa – constituye no sólo un mandato, o una orden, además se convierte en *derecho o normas* de rango constitucional, y como tales, gozan de la jerarquía normativa de la Constitución, comparten el principio de SUPREMACÍA y son acreedoras de la tutela judicial constitucional y la protección que ordena nuestro ordenamiento procesal.

Dicho esto, tenemos que los “26 Decretos Ley” por los que se pretende incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el contenido de la REFORMA consultada al pueblo en diciembre de 2007 (y en donde parece concretarse el desafío que constituyó el eslogan utilizado por los entes gubernamentales durante los primeros meses del año 2007: “Por Ahora” para

6 Se trata las sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de Interpretación planteado por FUNDAHUMANOS (Expediente 15395) de fecha 19/01/99 y su aclaratoria del fecha 19/01/99. También llamadas por los comentaristas caso *Referendo Consultivo I y Referendo Consultivo II*.

7 Allan R. Brewer-Carias, “La Configuración Judicial del Proceso Constituyente, o de cómo el Guardián de la Constitución abrió el Camino para su violación y para su propia Destrucción”, *Revista de Derecho Público*, Tomo 77-78/79-80, enero-diciembre 1999, Editorial Jurídica, Caracas 2004, pp. 453-514.

8 Tomado del texto de la sentencia aclaratoria dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de Interpretación planteado por FUNDAHUMANOS (Expediente 15395) de fecha 19-01-99.

referirse al revés electoral que significó esa consulta), justamente por ese contenido, parecen desafiar una orden dada a esta administración y a los órganos del estado en torno a esos contenidos, en el sentido de que los mismos NO DEBEN INCORPORARSE A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. Y dado que LO EXPRESADO POR EL PUEBLO como resultado de la consulta referendaria constituye UN MANDATO PARA LAS AUTORIDADES Y AL MISMO TIEMPO NORMAS CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER OBLIGATORIO, debemos concluir cuestionando la constitucionalidad misma de estos Decretos Ley, y señalando que es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la llamada a anular –cuando se planteen los correspondientes recursos- esos instrumentos para garantizar la eficacia y supremacía de la Constitución de 1999.

La pregunta es, llegado el momento ¿lo hará?

Solo nos queda esperar, y en la espera releer los artículos 7, 25, 139, 334 y 335 de la Constitución, esperando que los llamados a regir los destinos de los venezolanos lo hagan también.



*Los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con apariencia de legalidad (A propósito del proyecto de reforma constitucional de 2007 y los 26 decretos leyes del 31 de julio de 2008 que tratan de imponerla)<sup>1</sup>*

José Vicente Haro García

*Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello  
y de la Universidad Monteávila*

*“Nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo a un mismo ciudadano en el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y la tiranía”.*

*Simón Bolívar*

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente el Presidente de Venezuela, Hugo Chávez, lleva casi 10 años en el ejercicio de la Presidencia de la República y tiene pretensiones de seguir durante varios años más en el ejercicio del Poder.

En febrero de 1992 hubo un intento fallido de golpe de Estado en Venezuela que se proponía derrocar al entonces Presidente, Carlos Andrés Pérez. El jefe del referido alzamiento militar era el Teniente Coronel Hugo Chávez. Paradójicamente, años después, en diciembre de 1998, Hugo Chávez ganó las elecciones presidenciales en Venezuela. Tomó posesión de la Presidencia de la República en febrero de 1999.

El ahora Presidente, Hugo Chávez, ha utilizado diversos mecanismos que tienen el objetivo de permitirle seguir en el ejercicio de la Presidencia de Venezuela durante varios años y en reiteradas oportunidades ha manifestado su firme intención de ejercer la Presidencia de la República hasta el año 2024 o hasta el año 2030, a través de sucesivas reelecciones.

Por otra parte, el Presidente Hugo Chávez está tratando de establecer en Venezuela un sistema político de corte socialista al cual ha denominado como “Socialismo del Siglo XXI” que representa un intento de modificación de las estructuras económicas, políticas y sociales del país.

---

1 Ponencia presentada en la Mesa “Derecho y Democracia en Latinoamérica” del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional realizado entre los días 18, 19 y 20 de septiembre de 2008 en Arequipa, Perú, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, el Colegio de Abogados de Arequipa y la Universidad Católica Santa María, y auspiciado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Los dos aspectos antes señalados, permanencia durante largo tiempo en el ejercicio de la Presidencia de la República y el establecimiento de un sistema político, económico y social de corte socialista son, quizás, los principales objetivos del Presidente Hugo Chávez y son los rasgos que describen la situación general del Derecho y la Democracia en Venezuela.

El Presidente Hugo Chávez ha tratado de alcanzar los objetivos indicados a través de modificaciones a la Constitución venezolana e intentos de modificación de la Constitución sancionada por una Asamblea Nacional Constituyente convocada por él al principio de su primer período presidencial. En este sentido Hugo Chávez ha utilizado los siguientes mecanismos:

(i) Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en 1999 y la posterior promulgación de una nueva Constitución para Venezuela en el año 1999.

(ii) Ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional mediante la presentación de un Proyecto de Reforma Constitucional ante el Parlamento en agosto de 2007, proyecto que a la postre sería rechazado por el pueblo venezolano mediante el referendo realizado el 2 de diciembre de 2007.

(iii) Promulgación y publicación de 26 Decretos Leyes en fecha 31 de julio de 2008, los cuales en su mayoría pretenden imponer buena parte de los aspectos que fueron rechazados por el pueblo al votar mayoritariamente en contra del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente Hugo Chávez en el año 2007<sup>2</sup>.

(iv) Amenaza de que presentará una solicitud de enmienda constitucional en el año 2010 para modificar la Constitución y poder optar cuantas veces lo desee a reelecciones sucesivas en el cargo de Presidente de la República.

## II. CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999 Y LOS PRIMEROS INTENTOS DE HUGO CHÁVEZ DE PROLONGAR SU EJERCICIO EN EL PODER

Uno de los primeros decretos del Presidente Hugo Chávez al asumir la Presidencia de la República en febrero de 1999 fue el que convocó un referendo para que el pueblo exprese si estaba de acuerdo en convocar una Asamblea Nacional Constituyente. Para ese momento se indicaba que el principal objetivo de la convocatoria al Poder Constituyente era *“transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa”*<sup>3</sup>.

La Asamblea Nacional Constituyente electa generó grandes expectativas pero también grandes polémicas<sup>4</sup>. Las primeras medidas fueron afirmar su naturaleza de *“depositaria de la*

---

2 Durante la vigencia de la mencionada Ley Habilitante el Presidente Hugo Chávez dictó más de 60 Decretos Leyes.

3 Decreto N° 3 de fecha 2 de febrero de 1999 dictado por el Presidente de la República publicado en la G. O. N° 36.634 de fecha 2 de febrero de 1999.

4 Se eligieron 128 Constituyentes a través de un sistema uninominal. Resultaron electos 125 Constituyentes del partido político del Presidente Hugo Chávez (MVR) y de partidos aliados al MVR, y sólo 3 Constituyentes realmente opositores del Gobierno (Allan Brewer-Carías, Jorge Olavarría y Alberto Franceschi). A primera vista era de esperarse que la Constitución de 1999 fuera diseñada



*voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones del poder originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático*<sup>5</sup>. Con base en lo anterior la Asamblea Nacional Constituyente consideró que podía reorganizar cualesquiera de los poderes del Estado y, en este sentido, dictó un Decreto mediante el cual se declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público, un Decreto mediante el cual reguló y limitaron las funciones del Poder Legislativo y un Decreto mediante el cual se reorganizó el Poder Judicial. Así las cosas, la Asamblea Nacional Constituyente comenzó a cumplir uno de los principales objetivos que le había encomendado el Presidente Hugo Chávez: desmontar las principales estructuras del Estado constitucional venezolano.

Ahora bien, a pesar que el Presidente de la República, Hugo Chávez, había presentado formal y personalmente un anteproyecto de Reforma Constitucional ante la Asamblea Nacional Constituyente, las Comisiones de dicha Asamblea<sup>6</sup> llegaron a realizar un trabajo que en muchos temas se separó del Proyecto presentado por el Presidente<sup>7</sup>.

---

como un traje a la medida para el Presidente Hugo Chávez quien llegó a presentar ante la Asamblea Nacional Constituyente su propio Proyecto de Constitución.

- 5 Estatuto de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 8 de agosto de 1999 publicado en la *G.O.* N° 36.786 de fecha 14 de septiembre de 1999.
- 6 De conformidad con su Estatuto de funcionamiento la Asamblea Nacional Constituyente designó las Comisiones que la integrarían, las cuales se organizaron por área temática según los aspectos que debían o pretendían regularse en la Constitución. Se designó una Comisión Constitucional que era la más importante por ser la llamada a recopilar las propuestas de las diferentes comisiones y a elaborar el anteproyecto de Exposición de Motivos de la Constitución, el anteproyecto de Constitución y el anteproyecto de Preámbulo para la consideración de la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente (artículo 28, numeral 1°, Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente).
- 7 En efecto, aunque las Comisiones estaban integradas casi totalmente por militantes del partido político de gobierno o de partidos políticos que habían respaldado la elección de Hugo Chávez, muchos de esos Constituyentes terminaron presentando propuestas que no estaban en la línea de pensamiento del Presidente Hugo Chávez. Por ejemplo, una de las Comisiones que contaba con la totalidad de los miembros del partido de gobierno presentó un borrador de los artículos que debían incorporarse a la Constitución en materia económica y los referidos artículos lejos de corresponderse con un proyecto político que posteriormente se presentaría como socialista, se correspondían con normas constitucionales que suelen consagrarse en un Estado Social con una economía mixta en la que se garantiza la propiedad privada, el derecho a la libertad económica, pero se reconocen al Estado determinadas atribuciones para regular e intervenir en la economía. El trabajo de las Comisiones en realidad duró poco más de un mes. Cada Comisión presentó sus respectivos informes a la Comisión Constitucional. Cuando esta Comisión comenzó a discutir tales propuestas se tenían más de 1000 artículos presentados por las Comisiones para el Proyecto de Constitución, sin contar las propuestas que había formulado el Presidente de la República. Cuando la Comisión Constitucional de la Asamblea Constituyente realizó un balance de las propuestas el resultado generó preocupación entre los más cercanos al Presidente de la República, pues, muchas de las propuestas formuladas por el Primer Mandatario no figuraban entre las propuestas de las Comisiones y estaba comenzando el mes de octubre de 1999. El Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente, consideraron que no se podía seguir formulando propuestas y que era hora de acelerar la discusión del Proyecto de Reforma Constitucional para que estuviera aprobado por lo menos la segunda semana del mes de noviembre y sea sometido en referendo para mediados de diciembre. En consecuencia se le dio a la Comisión Constitucional poco más de una semana para presentar un borrador de proyecto de Reforma Constitucional para ser sometido a la consideración de la Plenaria de la Asamblea Nacional. Los trabajos de la Comisión Constitucional se desa-

En la Comisión Constitucional encargada de la redacción del anteproyecto de Constitución fue donde se dio el principal debate en torno a la duración del período presidencial y la posibilidad de reelección inmediata. La entonces vigente Constitución de 1961 establecía un período presidencial de 5 años sin posibilidad de reelección inmediata. El Presidente Hugo Chávez había solicitado a la Asamblea Nacional Constituyente que se extendiera el período presidencial a 6 años y que estableciera la posibilidad de reelección por el mismo período, pero luego de una reunión en el Palacio de Gobierno los más cercanos al Presidente Chávez solicitaron, y así lo propusieron ante la Comisión Constitucional, establecer un período presidencial de 7 años con posibilidad de reelección por el mismo período.

El debate en la Comisión Constitucional fue fuerte. Luego de horas de discusión se acordó aprobar la propuesta original formulada por el Presidente de la República: período de 6 años con reelección por el mismo lapso. El que a la postre sería otro de los principales objetivos del Presidente Hugo Chávez se había conseguido establecer en el Proyecto.

Aunque nunca se puso de manifiesto públicamente, el Proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente no satisfizo los deseos del Presidente Hugo Chávez, sin embargo, para el régimen era tarde en las circunstancias del país darle más largas a ese asunto<sup>8</sup> y al menos Hugo Chávez había alcanzado la meta de extender el período presidencial y prever la reelección en el cargo<sup>9</sup>.

El 15 de diciembre de 1999 se celebró el referendo aprobatorio de la Constitución venezolana de 1999, a la cual se denominó Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La votación a favor del proyecto estuvo estructurada de la siguiente manera: Participación en el referendo aprobatorio 44,37%; Abstención en el referendo aprobatorio 55,63%. Cabe destacar que para 1999 se estima que la población de Venezuela era de aproximadamente 24 millones de habitantes. De los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral venezolano según las cifras oficiales poco más de 3 millones 300 mil habitantes votaron a favor de la Constitución y sólo menos de 1 millón y medio de personas votaron en contra de la Constitución. Para finales del año 1999 Venezuela tenía una nueva Constitución pero la misma no había sido publicada y por lo tanto no había entrado en vigencia<sup>10</sup>.

---

rollaron en apenas una semana a un ritmo atropellado impuesto por la Directiva de dicha Comisión. Las sesiones fueron maratónicas y duraban hasta la madrugada.

- 8 El 12 de octubre de 1999 fue presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente el proyecto de Constitución. Las instrucciones dadas por la Junta Directiva fueron proceder a su discusión y aprobación en el menor tiempo posible. Trabajando día y noche y hasta fines de semanas completos, en menos de un mes se había podido aprobar el Proyecto en Primera Discusión. La premura llegó al punto que los partidarios del Presidente Hugo Chávez recibieron instrucciones de no realizar intervenciones para no demorar la aprobación del Proyecto. Sin embargo, los Constituyentes contrarios al gobierno continuaron haciendo su trabajo, especialmente interviniendo y formulando sus votos salvados verbalmente y por escrito durante el debate como fue el caso del jurista Allan Brewer-Carías. Concluida la primera discusión las instrucciones fueron más rígidas. Había que dar la segunda discusión en dos días. Así fue. El proyecto fue aprobado en segunda discusión.
- 9 Fuera de esto algunos otros puntos de honor del Presidente también fueron aprobados: se cambió el nombre de República de Venezuela por República Bolivariana de Venezuela, se eliminó el control parlamentario sobre los ascensos militares los cuales pasaban a ser una potestad privativa y sin control del Presidente de la República, se eliminó la Cámara del Senado, se aumentaron las atribuciones del Presidente de la República en diversos ámbitos, entre otros.
- 10 El 31 de diciembre de 1999 se publicó en la *G.O.* la nueva Constitución venezolana. Al leer su texto muchos fueron los contrastes con la versión final aprobada por la Asamblea Nacional Consti-

A pesar de lo anterior, los objetivos políticos de la Asamblea Nacional Constituyente no habían culminado. El principal objetivo político de la Asamblea Nacional Constituyente estaba por verificarse. En fecha 27 de diciembre de 1999 se publicó en la *Gaceta Oficial* y Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente dictado luego de aprobada la Constitución en referendo. Dicho Decreto se denominó Régimen de Transición del Poder Público que pretendía regular la transición entre la vigencia de la Constitución de 1961 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1999. Ese Régimen de Transición cesó en sus cargos a todos los ciudadanos que ejercían funciones en la Corte Suprema de Justicia y en el Congreso de la República, cesó en el cargo al Fiscal General de la República y al Contralor General de la República, pero además, designó sin la aplicación de las normas contenidas en la Constitución de 1999 y sin la aplicación de las normas de la Constitución de 1961 (es decir, sin criterio constitucional ni objetivo alguno y prácticamente a dedo), a los ciudadanos que debían ejercer las funciones en los siguientes poderes del Estado: Tribunal Supremo de Justicia, Comisión Legislativa Nacional (una suerte de Parlamento de transición que ese Estatuto creó con sólo 21 miembros que no fueron electos popularmente), Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, entre otros. Incluso el referido Estatuto cesó en sus funciones a todos los miembros de los poderes legislativos de los Estados que integran Venezuela y autorizó a la llamada Comisión Legislativa Nacional a nombrar a los ciudadanos que ejercerían tales facultades. Además, se autorizó a dicha Comisión a remover a los miembros de consejos municipales e incluso a los alcaldes del país. En resumen, se disolvió y desmontó todo el Estado Constitucional venezolano que se había construido desde 1958, año en que comenzó el período democrático más largo de la historia de Venezuela.

También el 30 de enero de 2000 la Asamblea Nacional Constituyente aprobó el llamado Estatuto Electoral del Poder Público mediante el cual se regularon los comicios para la elección de: Presidente de la República, Gobernadores, Alcaldes, Diputados miembros de los Poderes Legislativos, Nacional, Estadal y Municipal, entre otros, las cuales inicialmente habían sido convocadas para mayo de 2000 pero luego de un bochornoso episodio de desorden e improvisación fueron realizadas parcialmente en agosto de 2000. En dichas elecciones resultó electo nuevamente como Presidente de la República Hugo Chávez, lo cual posteriormente fue interpretado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como su primer período constitucional con base en la Constitución de 1999<sup>11</sup>.

---

tuyente, de todo tipo, incluso de transcripción, lo cual no hacía más que demostrar lo atropellado, desordenado y descoordinado del proceso constituyente venezolano de 1999. Posteriormente, el 30 de enero de 2000 la Asamblea Nacional Constituyente paradójicamente aprobó la Exposición de Motivos de una Constitución que ya estaba publicada en *G.O.* y ordenó también su publicación en *G.O.* Tres días antes, el 27 de enero de 2000 el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente remitió un oficio al Ministro de la Secretaría de la Presidencia mediante el cual le ordenaba realizar una nueva publicación en *G.O.* de la Constitución esta vez conjuntamente con su Exposición de Motivos y con la corrección de supuestos errores en su texto. El 24 de marzo de 2000 fue publicado nuevamente el texto de la Constitución de 1999 en la *G.O.* venezolana.

- 11 Para ese momento Hugo Chávez tenía ya un año y medio en ejercicio del Poder Ejecutivo en Venezuela. Por si fuera poco la Sala Constitucional indicó además mediante una cuestionable decisión, que el período presidencial de Hugo Chávez no debía durar 6 años como lo establecía la Constitución de 1999 sino 6 años 4 meses y 22 días por cuanto estableció que su mandato como Presidente concluía el 10 de enero de 2007 (Sentencia N° 759 del 16 de mayo de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

III. LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 FORMULADA POR EL PRESIDENTE HUGO CHÁVEZ CON EL OBJETO DE EXTENDER, NUEVAMENTE, SU PERÍODO PRESIDENCIAL Y ESTABLECER UN SISTEMA SOCIALISTA EN VENEZUELA.

Dejando a un lado el todavía cuestionado referendo revocatorio de 2004 cuyos resultados oficiales confirmarían al Presidente Hugo Chávez en el ejercicio del poder, y sin mencionar diversos y dramáticos episodios en medio de los cuales murieron muchas personas en manifestaciones públicas contra el gobierno y hasta hubo un golpe de Estado, se llegó a las elecciones presidenciales de diciembre de 2006. Dichos comicios tuvieron por objeto elegir el Presidente que debía gobernar Venezuela los seis años siguientes contados a partir del 11 de enero de 2007. En las elecciones de diciembre de 2006, Hugo Chávez volvió a ser electo Presidente de la República.

Una de las primeras decisiones que adoptó el reelecto Presidente fue nombrar una Comisión Presidencial a la cual encargó la redacción de un Proyecto de Reforma Constitucional y le solicitó prever entre las reformas la eliminación de la disposición de la Constitución que establece que el Presidente de la República sólo puede ser reelecto una vez en el cargo inmediatamente después del primer período.

Por otra parte, el Presidente Hugo Chávez anunció que la reforma constitucional estaría enfocada además a establecer la transición de Venezuela hacia un sistema socialista al que él ha denominado Socialismo del Siglo XXI<sup>12</sup>.

El 15 de agosto de 2007 el Presidente Hugo Chávez presentó el Proyecto de Reforma de la Constitución ante la Asamblea Nacional, la cual aprobó con pocas modificaciones dicho proyecto para ser sometido a referendo en diciembre de 2007.

El Proyecto de Reforma Constitucional planteaba la modificación de 79 artículos de la Constitución y la inclusión de 15 Disposiciones Transitorias. Se puede decir que la referida reforma abarcaba, en general, cuatro aspectos generales: eliminación y restricción de determinados Derechos Humanos; modificación de la llamada Constitución Económica para pasar de una economía mixta propia de un Estado Social de Derecho a una economía con características socialistas; modificación de la forma del Estado venezolano para pasar de un Estado Federal a un Estado Centralizado y Desconcentrado; modificación de diversos aspectos político institucionales dentro de los cuales estaba la eliminación de los límites establecidos para que el Presidente Hugo Chávez pueda seguir postulándose en sucesivos períodos a la Presidencia de la República venezolana.

1. *El intento de eliminar y restringir determinados Derechos Humanos en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en año 2007*

El proyecto de reforma de la Constitución venezolana presentado por Hugo Chávez en el año 2007 tuvo entre sus objetivos, aunque resulte paradójico, eliminar y restringir determinados Derechos Humanos.

---

12 A finales de diciembre de 2006 el Presidente Hugo Chávez anunció también que no renovarían la concesión del canal de televisión de señal abierta con mayor alcance y sintonía en Venezuela que, dejando a un lado otro canal que tiene una muy escasa cobertura, era el único de los canales de televisión con cobertura nacional y señal abierta que formulaba críticas directas al gobierno del Presidente Hugo Chávez.

Al respecto, el Proyecto de Reforma Constitucional propuso eliminar el derecho al sufragio para la elección de las autoridades y funcionarios del llamado Poder Popular, instancia que se elevaba a rango constitucional en esa reforma y que estaría integrado por consejos comunales, comunas, comunidades, entre otros. Igualmente propuso restringir el derecho a convocar los referenda consultivo, aprobatorio de leyes, revocatorio de mandatos de elección popular y abrogatorio de leyes, aumentando significativamente el número de electores que debían solicitar los mismos.

Por otra parte, se planteó la restricción de la garantía de autonomía universitaria, lo cual se trató de hacer estableciendo en el proyecto la obligación de las universidades de establecer un determinado sistema de elección de sus autoridades, hasta el punto que obligaba a realizar una sola vuelta en la elección de dichas autoridades. Igualmente se proponía restringir el derecho al voto de los profesores universitarios en la elección de sus autoridades. Además, se establecía la posibilidad de que el Estado asuma la gestión de los servicios de educación, incluyendo los privados.

Aunado a lo anterior, en el ámbito de los Derechos Humanos, el Proyecto de Reforma de la Constitución proponía eliminar los límites temporales establecidos constitucionalmente con relación a los estados de excepción, suprimir el control judicial de la constitucionalidad de los estados de excepción, eliminar y, según el caso, suspender total o parcialmente durante los estados de excepción los derechos y garantías al debido proceso, a la información y demás derechos humanos intangibles (como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no ser detenido, sino en situación in fraganti o por una orden judicial, la garantía de que los detenidos sean pasados a disposición del Ministerio Público y de los tribunales en un determinado límite de tiempo, y la garantía del tiempo máximo de detención, entre otras).

2. *El intento de establecer en Venezuela un sistema socialista en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007*

En lo que se refiere a la modificación de la llamada Constitución Económica el Proyecto de Reforma Constitucional planteaba pasar de una economía mixta propia de un Estado Social a una Economía Socialista propia de un Estado socialista.

Al respecto se propuso la restricción y eliminación de determinados Derechos Económicos. En concreto se suprimía de la Constitución el artículo que consagraba el derecho a la libertad económica; se restringía el sentido y alcance del derecho de propiedad privada; se eliminaba la referencia expresa a los derechos de propiedad industrial y, en general, se restringían los derechos económicos con el objeto de facilitar la transición a un modelo económico socialista. En este sentido, el proyecto de Reforma de la Constitución planteado por el Presidente Hugo Chávez proponía crear las condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una Economía Socialista y facultaba al Presidente de la República a dictar todos los Decretos y Decretos Leyes para regular el tránsito a una economía socialista.

En el referido contexto el Proyecto de Reforma Constitucional establecía la facultad del Estado de reservarse o asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. También declaraba de interés nacional la producción de alimentos y mediante una reforma del artículo 156 de la Constitución se facultaba al Estado para asumir la gestión y administración de los ramos de la economía nacional, así como su “eventual transferencia a sectores de economía de propiedad social, colectiva o mixta”.

Debe destacarse que en el Proyecto de Reforma Constitucional se modificaba y restringía abiertamente la protección que la Constitución de 1999 da al derecho de propiedad privada en el artículo 115, reconociendo tal derecho sólo sobre bienes de uso y consumo, y medios de

producción legítimamente adquiridos. Además se eliminaba del artículo 98 de la Constitución la garantía de la propiedad intelectual.

Por otra parte, se establecía la facultad del Estado para establecer mediante ley la forma en que los latifundios serían transferidos a la propiedad del Estado o de los entes o empresas públicas, cooperativas, comunidades u organizaciones sociales capaces de administrar y hacer productivas esas tierras. Además, mediante una modificación del artículo 307 de la Constitución de 1999 se ampliaban los supuestos de confiscación de la propiedad<sup>13</sup>.

El Proyecto de Reforma Constitucional planteaba adicionalmente introducir en la Constitución, concretamente en el artículo 115, una referencia a las llamadas nuevas formas de propiedad<sup>14</sup>. Esas llamadas nuevas formas de propiedad serían propiedad social; propiedad colectiva; propiedad pública; propiedad mixta<sup>15</sup>.

---

13 En concreto estaba prevista la confiscación para: Propiedades cuyos dueños ejecuten en ellas actos irreparables de destrucción ambiental; Propiedades dedicadas a la producción de sustancias psicotrópicas o estupefacientes; Propiedades de personas que incurran en trata de personas; Propiedades que se utilicen o permitan su utilización como espacios para la comisión de delitos contra la seguridad y defensa de la Nación.

14 Así aparecen calificadas por la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional, p. 9, punto 2.1.

15 Pareciera que el sentido de la Reforma Constitucional en este aspecto era, por un lado sistematizar y reconocer como parte del derecho de propiedad todas las formas de propiedad y, por el otro, dar mayor importancia ahora a la propiedad social, colectiva, pública y mixta. La reforma constitucional planteaba como nuevo paradigma de propiedad aquella que tiene una naturaleza social o colectiva. El Estado dejaría de fomentar la propiedad privada para dar prioridad a la expansión y consolidación de esas nuevas formas de propiedad con el objeto de que tengan "un lugar preponderante en la economía nacional" (entre comillas cita de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional). En todo caso las nuevas formas de propiedad planteadas se podían calificar así: Propiedad pública, sería la perteneciente a los entes del Estado. Por ejemplo la propiedad de la República sobre bienes muebles o inmuebles, edificios, cuentas bancarias, etc.; Propiedad social, sería según la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional, aquella que pertenece al pueblo en su conjunto y las futuras generaciones como es el caso de la propiedad de medios de producción estratégicos y ciertos bienes del dominio público. Propiedad social indirecta, sería la que ejerce el Estado en nombre de la Comunidad; Propiedad social directa, sería la que asigna el Estado, bajo distintas formas o ámbitos territoriales demarcados, a una o varias comunidades, a una o varias comunas, caso en el cual sería una propiedad comunal, o a una ciudad caso en el cual sería una propiedad ciudadana. Propiedad colectiva, sería la que pertenece a grupos sociales o personas, para su aprovechamiento, uso o goce en común, pudiendo ser de origen social o de origen privado. Ejemplos: las cooperativas; las viviendas asignadas por el Estado a una colectividad de un barrio o de una comunidad determinada, pero sin otorgar una propiedad privada a cada familia sino una propiedad colectiva sobre los miembros de la comunidad, los cuales podrían vivir y usar esas viviendas pero no tendrían derecho a disponer de las mismas, es decir, no podrían venderlas o traspasarlas porque no les pertenece a ellos individualmente sino a la comunidad de la que forman parte; la compra de maquinaria que luego es asignada a pequeños y medianos productores para explotar la tierra. Propiedad mixta, sería la conformada entre el sector público, el sector social, el sector colectivo y el sector privado en distintas combinaciones, para el aprovechamiento de recursos o ejecución de actividades. Ejemplo: Las empresas mixtas previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y que el Estado ha ido constituyendo recientemente con empresas privadas pero con mayoría accionaria del Estado.

3. *El intento de modificar radicalmente la forma de Estado en Venezuela en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 o sobre la pretensión de pasar de un Estado Federal a un Estado Centralizado y Desconcentrado*

El Proyecto de Reforma de la Constitución planteaba además una modificación de la forma de Estado en Venezuela mediante la centralización del poder público que se llevaría a cabo mediante la creación de nuevos entes y órganos administrativos que en su mayoría serían creados y dirigidos por el Ejecutivo Nacional y que podrían ejercer competencias a nivel regional o local. Ejemplo de esto fue la propuesta contenida en el Proyecto de crear Provincias Federales, el Distrito Federal, Regiones Marítimas, Distritos Insulares, Distritos Funcionales, Municipios Federales y Ciudades Federales, todas ellas decretadas y bajo el mando del Ejecutivo Nacional. Igualmente se proponía otorgar más potestades al Presidente de la República para intervenir en los asuntos regionales y locales. Lo anterior, estaba acompañado por lo que se podría denominar una desconcentración del poder que ya estaba en los Estados y los Municipios, mediante la transferencia de competencias a las comunidades organizadas y entes comunitarios para la gestión de los asuntos locales. Ejemplo de esto fueron las propuestas de creación de la ciudad, la comuna, la comunidad y la ciudad comunal como entes políticos de naturaleza local que organizarían el gobierno local.

Con todo, lo que pretendía el Proyecto de Constitución era debilitar las competencias de los Estados y Municipios y las de sus autoridades, restringir su autonomía y con ello evitar que desde los Estados y Municipios pudieran surgir líderes que de alguna forma contrarresten el poder político del Presidente Hugo Chávez.

4. *El intento de modificar aspectos político institucionales establecidos en la Constitución de 1999 o de la pretensión del Presidente Hugo Chávez de concentrar mayor poder y extender su ejercicio en el tiempo*

En lo que se refiere a las reformas político institucionales el Proyecto de Reforma Constitucional planteó, entre diversos aspectos, lo siguiente: transformación del Consejo Federal de Gobierno en el llamado Consejo Nacional de Gobierno con el objeto de darle mayor poder al Ejecutivo Nacional sobre los asuntos vinculados con los Estados y Municipios; aumento de las atribuciones del Presidente de la República. Se modificaba el Régimen Constitucional de la Fuerza Armada y, como colofón, se aumentaba el período presidencial de 6 a 7 años y se eliminaban los límites para la reelección en el cargo. El propósito del Presidente Hugo Chávez era claro: perpetuarse en el ejercicio de la Presidencia de la República.

Luego de una dura campaña del gobierno para el apoyo del referendo a la Reforma Constitucional, por una parte, y de los ciudadanos llamando a votar en contra de la reforma de la Constitución, por la otra, se impuso una decisión negativa sobre el Proyecto de Reforma Constitucional. El 2 de diciembre de 2007 en una cerrada votación y con resultados cuyos datos definitivos todavía no se conocen, fue rechazado por el pueblo venezolano el Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente Hugo Chávez.

IV. LA AMENAZA DEL PRESIDENTE HUGO CHÁVEZ DE PRESENTAR UNA FUTURA ENMIENDA CONSTITUCIONAL PARA VOLVER A SOMETER A VOTACIÓN DEL PUEBLO LA ELIMINACIÓN DE LOS LÍMITES PARA SU REELECCIÓN EN EL CARGO Y EL INTENTO DE IMPLANTAR LAS REFORMAS RECHAZADAS EN EL MARCO DE SU PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL, ESTA VEZ POR OTRAS VÍAS COMO DECRETOS LEYES IRREGULARMENTE APROBADOS

Después de anunciados los resultados del referendo de diciembre de 2007 sobre el Proyecto de Reforma Constitucional, el Presidente Hugo Chávez ha manifestado que en el año 2010 presentará una iniciativa de enmienda constitucional para eliminar el límite establecido en la Constitución para la reelección del Presidente de la República y con ello poder postularse a un tercer período en el ejercicio del cargo que en realidad sería un cuarto período en el sentido estricto del término.

Por otra parte, el Presidente de la República Hugo Chávez ha reiterado en su discurso que insistiría hasta lograr transformar al Estado venezolano en un Estado socialista. En parte, esto lo ha tratado de hacer recientemente utilizando una Ley de la Asamblea Nacional que lo habilitaba a legislar, a los efectos de establecer, mediante Decreto Ley, aquellas normas del Proyecto de Reforma Constitucional que no fueron aprobadas por el pueblo<sup>16</sup>.

Paralelamente a ello, el 13 de diciembre de 2007 la Asamblea Nacional aún a pesar de los resultados del referendo realizado el 2 de diciembre de 2007, aprobó el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013 en ejecución de lo establecido en el artículo 32 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Planificación. Mediante el referido Plan se establecen las bases para el establecimiento y la construcción, política y económica, de un Estado Socialista. Las líneas generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013 incluyen entre otros aspectos un “*sistema de planificación, producción y distribución orientado hacia el socialismo, donde lo relevante es el desarrollo progresivo de la propiedad social sobre los medios de producción*”.

La aprobación del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013 representa una muestra clara y patente de que independientemente de los resultados del referendo realizado el día 2 de diciembre de 2007, el Gobierno Nacional tiene el propósito y la determinación de seguir construyendo las condiciones para la creación de un modelo económico de corte socialista en el cual la propiedad privada, incluyendo, la propiedad industrial y la propiedad intelectual, puede verse sometida a eventuales riesgos de tipo legal y práctico.

Como ya hemos señalado, el Presidente Hugo Chávez ha intentado imponer algunas de las normas contenidas en el Proyecto de Reforma Constitucional de 2007 a través de Decretos Leyes dictados en el marco de una Ley Habilitante que le había otorgado la Asamblea Nacional en febrero de 2007 (la tercera mientras ha sido Presidente). En especial y muy recientemente se dictaron 26 Decretos Leyes el último día de vigencia de esa habilitación legislativa mediante los cuales, como veremos, se llevó a nivel legislativo, parte del Proyecto de

---

16 El artículo 1 numeral 4 de la Ley Habilitante sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la G.O. de fecha 1 de febrero de 2007 señala que se autoriza al Presidente de la República a “*Dictar normas que adapten la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social sustentable (...) que permita la inserción del colectivo en el desarrollo del país, para lograr la igualdad y la equitativa distribución de la riqueza (...) en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica*”.



Reforma Constitucional que ya el pueblo había rechazado en el referendo de 2007, lo cual ha sido reconocido incluso por algunos funcionarios del Alto Gobierno como el Vicepresidente de la República.

En efecto, la reforma constitucional planteaba la modificación del régimen constitucional de la Fuerza Armada Nacional, en este sentido se plateó en el Proyecto presentado por el Presidente de la República las siguientes modificaciones: a) cambiar el nombre de Fuerza Armada Nacional a la de Fuerza Armada Nacional Bolivariana; b) transformar la Fuerza Armada Nacional de una institución que ejecuta sus funciones mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional de acuerdo con la Constitución y con la Ley; a una Fuerza Armada que ejecuta sus funciones mediante el estudio, planificación y ejecución de la doctrina militar bolivariana, la aplicación de los principios de la defensa integral y la guerra popular de resistencia, entre otros; c) transformar la integración de la Fuerza Armada Nacional (que estaba dividida en los componentes Ejército, Aviación, Armada y Guardia Nacional) en un cuerpo dividido en Ejército Nacional Bolivariano, Armada Nacional Bolivariana, Aviación Nacional Bolivariana, Guardia Nacional Bolivariana y Milicia Nacional Bolivariana.

Las reformas antes expuestas contenidas en el Proyecto de Reforma Constitucional, fueron recogidas de la siguiente manera en el Decreto Ley que reformó la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, Decreto que fue publicado en la *Gaceta Oficial* con fecha 31 de julio de 2008. Este Decreto Ley cambió el nombre de Fuerza Armada Nacional al siguiente: Fuerza Armada Nacional Bolivariana, como estaba previsto en el Proyecto de Reforma Constitucional; creó la Milicia Nacional Bolivariana como órgano de apoyo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, como estaba también previsto en el Proyecto de Reforma Constitucional; y estableció en la regulación aplicable a la educación en la Fuerza Armada Nacional la importancia de la doctrina militar bolivariana como también estaba previsto en el Proyecto de Reforma Constitucional.

Por otra parte cabe destacar que la reforma constitucional planteaba la modificación de varios aspectos relacionados con la agricultura, los alimentos y el sector acuícola, entre otros. En este sentido en la Reforma Constitucional se hacía lo siguiente: a) se establecía la facultad del Estado para reservarse o asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola; b) se declaraba de interés nacional la producción de alimentos. Estas propuestas presentadas en el Proyecto de Reforma Constitucional fueron concretadas mediante el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria dictado por el Presidente de la República y publicado en la *Gaceta Oficial* con fecha 31 de julio de 2008. En efecto este decreto prevé puntos previstos en el Proyecto de Reforma Constitucional: a) declara de utilidad pública e interés social los bienes que aseguren la disponibilidad y el acceso oportuno a los alimentos, así como las infraestructuras necesarias con las cuales se desarrollan dichas actividades; b) establece que el Estado debe autorizar la importación de rubros agroalimentarios cuando no haya producción nacional, la demanda interna se considere insuficiente, o cuando medie cualquier otra causa de interés general; c) dispone que el Estado puede priorizar la producción de determinados rubros agrícolas; señala que el Estado puede restringir o prohibir la importación, exportación, distribución, intercambio o comercialización de alimentos; d) además prevé la facultad del Estado para establecer los sujetos beneficiarios que tendrían la prioridad para la colocación de productos agrícolas, suministro de insumos, uso de servicios y para el consumo de tales productos; e) aunado a ello establece que el Estado tendrá la facultad de asumir directamente las actividades de distribución e intercambio de bienes sujetos a la ley cuando lo considere necesario.

Como se puede observar la referida regulación contenida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria no es más que el desarrollo de las disposiciones establecidas en el Proyecto de Reforma de la Constitución que pretendían establecer un sistema socialista.

En el marco de los referidos 26 Decretos Leyes se dictó el Decreto Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular que regula el “modelo socioproductivo comunitario”, definido como el sistema de producción, transformación, distribución e intercambio socialmente justo de saberes, bienes y servicios de las distintas formas organizativas surgidas en el seno de la comunidad. La Ley contempla diversas formas de organizaciones socioproductivas que de alguna manera se inspiran en lo que sería un sistema socialista<sup>17</sup>. Como se puede observar la mencionada ley establece una serie de regulaciones que sin duda procuran crear el sistema socialista que se pretendía establecer constitucionalmente en Venezuela en la propuesta de Reforma Constitucional planteada por el Presidente de la República en el año 2007.

Por otra parte, el Decreto con Rango, Valor, y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios que derogó la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930 del 4 de mayo de 2004, también parece haberse dictado con una orientación abiertamente socialista porque: tiene la vocación de regular toda la cadena de comercialización y todos los ámbitos económicos en materia de bienes y servicios; declara de utilidad pública e interés social todos los aspectos de la cadena de comercialización bienes y servicios afectos al sector alimentos; amplía excesivamente las facultades del ente encargado de su ejecución permitiéndole realizar, en la práctica, verdaderas confiscaciones de bienes y servicios.

En otro orden de ideas sobre la forma en que los Decretos Leyes están imponiendo lo que estaba contenido en el Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente Chávez, debemos recordar que uno de los aspectos y objetivos de la Reforma Constitucional era, como señalamos anteriormente, la transición de un Estado Federal descentralizado como

---

17 Empresa de propiedad social directa o comunal, sería la unidad productiva ejercida en un ámbito territorial demarcado en una o varias comunidades o comunas, donde los medios de producción son propiedad de la colectividad; Empresa de propiedad social indirecta, sería unidad productiva cuya propiedad es ejercida por el Estado a nombre de la comunidad; Empresa de producción o de distribución social, sería la unidad de trabajo colectivo destinada a la producción o distribución de bienes o servicios, con reinversión social de sus excedentes e igualdad sustantiva entre sus integrantes; Empresa de autogestión, sería unidad de trabajo colectivo que participa directamente en la gestión de la empresa con sus propios recursos; Unidad productiva familiar, organización de miembros de una familia que desarrollen proyectos socio-productivos para satisfacer necesidades básicas de sus miembros y de la comunidad; Grupos de intercambio solidario y de trueque comunitario, conjunto de prosumidores (personas que producen, distribuyen y consumen bienes y servicios, que participan voluntariamente en los sistemas alternativos de intercambio solidario, con espíritu social, para satisfacer sus necesidades y las de la comunidad) constituidos mediante asamblea, para participar en modalidades de los sistemas alternativos de intercambio solidario como el trueque comunitario, entendido como el intercambio de saberes, bienes y servicios sin el uso de moneda de curso legal ni prácticas financieras como el cobro de intereses o comisiones. La Ley contempla la creación de la “moneda comunal”, regulada por el Banco Central de Venezuela, para facilitar el intercambio solidario de saberes, bienes y servicios que será administrada por grupos de intercambio solidario debidamente registrados y distribuida equitativamente entre los prosumidores, con validez dentro del ámbito territorial de su localidad pero sin curso legal ni circulación en el territorio nacional.

lo es Venezuela, a un Estado centralizado y desconcentrado. En este sentido hablamos principalmente de la tendencia de modificar las bases del sistema federal venezolano.

Así, en el Proyecto de Reforma de la Constitución se propuso, como ya hemos señalado, una centralización mediante la creación de nuevos entes y órganos administrativos que en su mayoría serían creados y dirigidos por el Ejecutivo Nacional y que podrían ejercer competencias a nivel regional o local. Además, se propuso una centralización de poder porque se otorgaba más potestades al Presidente de la República para intervenir en los asuntos regionales y locales. Por otra parte, se planteaba una desconcentración transfiriendo competencias de los Estados y Municipios a las comunidades organizadas para la gestión de los asuntos locales.

En general las reformas propuestas representaban una abierta violación del principio de autonomía de los Estados y Municipios que sin duda modificaba la esencia del Estado Federal venezolano y con ello establecía una injerencia injustificada y arbitraria del Poder Nacional en el ámbito de los Estados y Municipios. En este sentido, de los 26 Decretos Leyes emitidos por el Presidente de la República dos de ellos procuran establecer lo que precisamente no se pudo hacer mediante la reforma constitucional: el Decreto Ley Orgánica de la Administración Pública y el Decreto Ley de Simplificación de los Trámites Administrativos.

El Decreto N° 6.217 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública amplía el ámbito de aplicación de la Ley para incluir no sólo a la Administración Pública del Poder Nacional, sino también a la Administración Pública Estatal y Municipal. Dicho Decreto establece además, como principio general en toda la normativa de la ley, el principio de planificación centralizada, según el cual toda la Administración Pública, incluyendo la de los Estados y Municipios, debe actuar conforme a la planificación que formule el Ejecutivo Nacional a través de lineamientos que dictará la Comisión Central de Planificación. Esa Comisión sería el órgano superior de coordinación y control de esa planificación centralizada y estaría presidida por el Vicepresidente Ejecutivo.

De la misma forma que se había realizado en el marco del Proyecto de Reforma Constitucional, el mencionado Decreto Ley atribuye al Presidente de la República la potestad de designar Autoridades Regionales que tendrían la función de planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio aprobado conforme a la planificación centralizada.

Aunado a ello, el Decreto Ley Orgánica de la Administración Pública pretende, al igual que lo hacía el Proyecto de Reforma Constitucional, establecer una modificación de las garantías de los Derechos Humanos en Venezuela, debido a que elimina de dicha ley el principio de progresividad de los Derechos Humanos de la lista de principios que debe respetar la Administración Pública y, además, suprime el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos por la violación de los Derechos Humanos de la lista de principios que debe respetar la Administración Pública.

Por último, cabe destacar que el Decreto N° 6.265 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, también está en consonancia con el Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente Hugo Chávez en el año 2007 porque también menoscaba la autonomía de los Estados y Municipios al pretender regular aspectos que sólo ellos deberían entrar a establecer en el marco de la actividad administrativa de tales entes político territoriales.

## V. EL TRÁNSITO DE VENEZUELA HACIA UNA DICTADURA SOCIALISTA CON APARIENCIA DE LEGALIDAD

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente Hugo Chávez en el año 2007 se dejaron explícitos los dos principales objetivos de esa pretendida reforma y que, con el tiempo, los venezolanos hemos comprendido que son los principales objetivos políticos del Presidente Hugo Chávez: continuar y perpetuarse en el ejercicio del Poder y establecer en Venezuela un sistema socialista.

Un pasaje de la referida Exposición de Motivos presentada por el Presidente de la República, es bastante ilustrativo cuando comenta las circunstancias en las cuales se plantea la transformación de Venezuela en un Estado socialista. Dice ese texto: *“Concretar esto supone un largo tránsito en el cual, a través de etapas sucesivas, se va aproximando más en el alcance y consolidación de la estructura de una sociedad venezolana en donde imperen los nuevos valores y marcos referenciales socialistas, recorrido que es conocido por los teóricos como el proceso de la transición. La transición al socialismo puede durar años, resultando un proceso de quiebre generacional. Esta reflexión es aún más válida para el caso particular de Venezuela que emprende la propuesta del Socialismo del Siglo XXI, debe ser vista en términos de proceso, tanto de destrucción como de construcción, un proceso de destrucción de los elementos de la vieja sociedad que todavía permanece (incluyendo el soporte para la lógica del capital), se busca así promover el ideal de establecer nuevas relaciones de convivencia humana basadas en la equidad, la justicia y la solidaridad”*.

El proyecto político del Presidente Hugo Chávez va mucho más allá de lo que se puede apreciar a simple vista. Es un proyecto que persigue su perpetuación en el poder y la imposición, fuera del Estado de Derecho, de un sistema socialista. Es un proyecto elaborado para ser ejecutado en varios años y, hasta, décadas, como lo fue la llamada Revolución Cubana de Fidel Castro. Actualmente en Venezuela sólo estamos en el tránsito de un camino que desconocemos, como lo estuvieron los rusos a principios del Siglo XX en los albores de la Revolución Bolchevique y los cubanos a mediados del Siglo XX.

Muchos se preguntan cómo puede suceder algo así en Venezuela sin que el pueblo y las instituciones hayan reaccionado. Sin embargo, es difícil que ello suceda cuando todas esas instituciones fueron desmontadas y pasaron a ser controladas por el régimen y, por otro lado, cuando el gobierno ha perseguido políticamente a quienes no están de acuerdo con él, al punto de elaborar y circular listas que reflejan públicamente la tendencia política de todos los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral, listas que han sido utilizadas en la gran mayoría de los órganos y entes del Estado para tomar medidas o restringir los derechos humanos de las personas que no están de acuerdo con el régimen. Igualmente se hace difícil una reacción efectiva del pueblo y las instituciones contra esta situación en un contexto en el que los políticos de la oposición son inhabilitados para ejercer cargos públicos, los jueces independientes y autónomos son removidos de sus cargos, los medios de comunicación críticos del gobierno son cerrados y atacados, y los funcionarios públicos que no apoyan el régimen son despedidos de sus cargos.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 pasó a la historia entre otras cosas por establecer claramente que *“una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”*. Actualmente en Venezuela no existe una garantía de los derechos humanos. Tampoco existe una separación o división de poderes, todos los poderes públicos nacionales están subyugados al poder del Presidente de la República. Venezuela tiene una Constitución que no pasa de ser un símbolo político para presentar la llamada Revolución Bolivariana como un proceso de

cambios político institucionales realizado en el ámbito de la legalidad y legitimidad, pero en realidad esa Constitución carece de supremacía constitucional y de eficacia, no deja de ser una hoja de papel como diría Lassalle. Por ello, no debe dudarse en afirmar que Venezuela está en el tránsito hacia una dictadura socialista.

El Presidente Hugo Chávez es, si se quiere, un *déjà vu* de la historia que nos hace recordar indefectiblemente el Fidel Castro de los años 60 y su Revolución Cubana que lleva casi 50 años en el poder. Al igual que Castro se refuerza en el discurso antiimperialista contra los Estados Unidos de América y trata de recrear los escenarios de la Guerra Fría para alimentarse y oxigenarse. Por ello ofrece bases militares a Rusia y compra de misiles de largo alcance para ser eventualmente instalados apuntando hacia los Estados Unidos. El Presidente Hugo Chávez tiene la seguridad de que esta estrategia le permitirá permanecer en el poder como lo hizo Fidel Castro. En fin, la Revolución Bolivariana no pasa de ser una oda a la dictadura y al socialismo.

En la campaña Presidencial de 1998 Hugo Chávez juró quitarse el nombre si en Venezuela, después de un año de su gobierno, siguen existiendo niños pobres en la calle pidiendo comida y dinero. En Venezuela hay más pobres que hace diez años cuando Hugo Chávez asumió el poder<sup>18</sup>, son cientos de niños los que caminan por las calles de Venezuela pidiendo comida y dinero, en sus ojos no se ve futuro y ni la esperanza.

Como la Revolución Cubana, la Revolución Bolivariana utiliza la pobreza como herramienta política que permite tener de rodillas al pueblo que espera que el Estado le arroje alguna ayuda económica.

De cara al futuro lo más difícil no será salir de este episodio de la historia venezolana sino reconstruir lo que premeditadamente se ha destruido en nombre de la llamada Revolución Bolivariana.

---

18 Así lo ha afirmado en una entrevista dada a la BBC en febrero del año 2006 el profesor e investigador Néstor Luís Luengo, Jefe del Departamento de Sociopolítica del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Católica Andrés Bello, y miembro del equipo que lideró el llamado Proyecto Pobreza que ha estudiado a profundidad las causas y situación de la pobreza en Venezuela.



## Sección II: El abuso de la delegación legislativa

### *Notas sobre el uso del poder de legislar por decreto por parte del Presidente venezolano*

Aurilivi Linares Martínez

*Profesora de Derecho Administrativo (2001-2004),  
Universidad Central de Venezuela*

#### I. PLANTEAMIENTO

La medición de los poderes presidenciales ha tenido un desarrollo importante desde el análisis tanto de los poderes constitucionales (legislativos y no legislativos) como de los partidistas, a consecuencia de la heterogeneidad al interior de los presidencialismos en América Latina. Así se viene señalando en diversas investigaciones empíricas en las que, una vez superado el clásico debate entre presidencialismo y parlamentarismo (Linz, 1994), se intenta reorientar la discusión sobre el sistema político en la región hacia la articulación de indicadores que permitan cuantificar y comparar la influencia del Presidente para llevar adelante su programa de gobierno. Sin embargo, aún existen contradicciones y variaciones en la clasificación de los poderes presidenciales que recogen las diferentes Constituciones, que son producto de criterios de interpretación divergentes. De manera que, las atribuciones que una Constitución otorga al Presidente o las que derivan del partido pueden ser todavía insuficientes para comprender la verdadera naturaleza de las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, pues en la realidad las normas constitucionales podrían no respetarse (además de que en muchos casos pueden ser ambiguas), y las prácticas culturales e informales también ejercen influencia considerable (Payne *et. al.*, 2006: 96; Achard y González, 2004: 290-98).

Parece que en el caso de la atribución constitucional de iniciar políticas legislativas mediante el uso de decretos (pero también respecto de otros poderes del Presidente) no es posible limitarse solamente a su diseño formal en los textos constitucionales, sin tener en cuenta el desempeño real. En caso contrario, existiría el riesgo de una interpretación errónea de la realidad política en algunos presidencialismos latinoamericanos<sup>1</sup>, incluyendo el venezolano (Nolte, 2003: 48). Por ello, entre los distintos poderes presidenciales, la capacidad para emitir decretos es probablemente una de las cuestiones más estudiadas y analizadas en América Latina. La atracción que genera entre los investigadores quizá se deba a que constituye la forma más clara por intermedio de la cual el poder Ejecutivo interviene como actor proactivo de forma unilateral en una región en la que, históricamente, ha habido gobiernos que han

---

1 Un buen ejemplo es la clasificación de Shugar y Carey (1992: 155), en la que el Presidente argentino tiene pocos poderes legislativos, sin duda una apreciación que nada tiene que ver con la realidad. Si bien la legislación por decreto y el veto parcial no estaban incluidas como poderes presidenciales en la Constitución de 1853, ello no impidió que fuesen ejercidas de hecho por algunos Presidentes en Argentina, tal como quedó demostrado en los trabajos de Ferreira Rubio (1998) y Mustapic (2002). No fue sino hasta la reforma constitucional de 1994 que se constitucionalizó el uso de estas facultades presidenciales, aunque particularmente el poder de decreto ya había recibido respaldo jurídico, en diciembre de 1990, por medio de una decisión de la Corte Suprema de Justicia claramente ventajosa para el Presidente argentino en ejercicio, Carlos Menem.

“abusado” de sus atribuciones. Un Presidente con fuerte capacidad de decreto puede cambiar el *status quo* a cualquier posición dentro de su espacio de preferencias, sin tomar en cuenta las preferencias del Congreso o Asamblea<sup>2</sup>.

En Venezuela, el uso de este tipo de facultad legislativa del Presidente de la República se halla hoy en el banquillo de los acusados, a propósito de la desacertada aprobación de un paquete de 26 decretos legislativos al filo del vencimiento de la ley habilitante que otorgaba poderes especiales al Ejecutivo para legislar por decreto durante 18 meses. En este sentido, y teniendo en cuenta que los más recientes ejemplos de ejercicio de este poder presidencial prácticamente no conocen aún obstáculos ante sus atropellos graves al estado de derecho, cabe preguntarse qué consecuencias traen consigo los nuevos textos legales respecto de la posición que actualmente podría asignarse al Presidente venezolano en la graduación de concentración de poder de los presidencialismos latinoamericanos. De esto se ocupa brevemente este trabajo, por lo que para entender mejor el tema conviene antes considerar la situación venezolana dentro del contexto constitucional de América Latina, pues en casi todos los países de la región que comparten fuertes presidencialismos, la situación es parecida, pero no igual.

## II. EL PODER DE DECRETO SEGÚN LA LITERATURA SOBRE LOS PRESIDENCIALISMOS LATINOAMERICANOS

En uno de los principales trabajos sobre el tema, el poder de decreto es definido por Carey y Shugart (1998a: 152-153) como la autoridad del Ejecutivo para establecer leyes en lugar del Legislativo, por lo que debe ser distinguido de los decretos de carácter reglamentario o administrativo (Shugart y Mainwaring, 2002: 53) a través de los cuales, casi todos los poderes Ejecutivos del mundo, regulan la forma de implementar las leyes previamente existentes. Asimismo, Carey y Shugart (1998a) clasifican los poderes de decreto en decretos con fuerza de ley inmediata y decretos delegados. Los primeros, esto es, los poderes de decreto propiamente dicho, dan una fortaleza significativa al poder Ejecutivo, ya que éste puede conseguir que sus iniciativas tengan fuerza de ley inmediata en áreas no definidas previamente por el Legislativo; de modo que, este tipo de poder de decreto será más fuerte cuando el acto del Ejecutivo se convierte en una ley permanente, en tanto que más débil cuando el decreto es transformado en ley tras la aprobación del Congreso o Asamblea<sup>3</sup> (Carey y Shugart, 1998a: 152-153). En varios países, el Presidente tiene la prerrogativa de emitir decretos

---

2 Si bien parece evidente que este tipo de procedimiento extraordinario favorece al Ejecutivo, algunos estudios inciden en que los legisladores pueden preferir el decreto al procedimiento legislativo ordinario como vía para superar problemas de acción colectiva asociados al tratamiento de ciertas materias políticas. Así, Carey y Shugart (1998a: 158-159 y 1998b) argumentan que la existencia del poder de decreto y su utilización no significa necesariamente la marginación del poder Legislativo y el debilitamiento de la democracia. De acuerdo con estos autores, hay contextos institucionales en los que los decretos del Ejecutivo son preferidos por la mayoría parlamentaria. Ello no resta importancia al beneficio que consigue el Presidente con los mismos. Por otra parte, Figueiredo y Limongi (1998) recuerdan que en aquellos países donde los Ejecutivos han controlado las reformas constitucionales se ha introducido esta prerrogativa.

3 El decreto de este último subtipo, si bien puede agilizar y obligar a los legisladores a cooperar ya que se convierte en ley inmediatamente, no elimina el rechazo del Congreso si en él hay una mayoría clara en contra del estado creado por el decreto. Se reduce la influencia de los legisladores, pero no se elimina (Figueiredo y Limongi, 1998).



leyes en asuntos particulares, en circunstancias excepcionales o en estados de emergencia<sup>4</sup>. No obstante, estos poderes de decreto están sujetos a la aprobación explícita del Legislativo y son usualmente limitados a acciones necesarias para restablecer el orden, y no para establecer nuevas políticas<sup>5</sup>.

El segundo tipo de decreto deriva, por el contrario, de la delegación legislativa en determinadas áreas previamente definidas por parte del Legislativo<sup>6</sup> que, normalmente, establece un plazo a partir del cual expira la autoridad de decreto, aunque no necesariamente los propios decretos, a menos que sea extendida por otra ley del Congreso o Asamblea (Shugart y Mainwaring, 2002: 56). Otras veces la autoridad legislativa que se delega es delimitada en forma mucho menos cuidadosa, dejando abierta la posibilidad de abuso de su prerrogativa por parte del Presidente. De todas maneras es importante no perder de vista que el poder Legislativo, aparte de la posibilidad de recuperar aquello que delega o de optar por no delegarlo (Shugart y Mainwaring, 2002: 56-57), puede en cualquier momento modificar o rescin-

- 
- 4 En Brasil, Perú, Argentina y Colombia, el Presidente posee facultades propias para emitir decretos, inicialmente previstas según la Constitución para decisiones urgentes en situaciones de excepción, pero que en los mencionados países se ha convertido en un proceso normal de legislación. En Brasil, la Constitución de 1988 da al presidente el poder de emitir “medidas provisionales” en momentos de “relevancia y urgencia”, cuya validez expira si no se convierten en ley en un lapso de 60 días. En la práctica, la condición de “emergencia” no ha evitado que se recurra a esta prerrogativa en todo tipo de circunstancias para muchos tipos diferentes de proyectos de ley. Debido a que las medidas pueden renovarse una vez antes de su vencimiento, en efecto confieren al presidente una cuota importante de poder para legislar (Mainwaring y Shugart, 1997). En Perú, la Constitución de 1993 reconoció al Ejecutivo potestad para emitir decretos de necesidad y urgencia en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de cuenta al Congreso, pudiendo este último modificar o derogar los referidos decretos. Este poder es más restringido en Argentina, donde se supone que sólo puede utilizarse en circunstancias “excepcionales” o “de emergencia” y en cuanto a determinadas áreas (Payne et. al., 2006: 102). Colombia constituye un caso especial en cuanto el Presidente puede adquirir poderes legislativos sustanciales mediante la declaración del estado de “conmoción interna” o de “emergencia económica”. El primero puede declararse durante un período de 90 días, renovarse una vez más en forma independiente, e incluso otra vez con el consentimiento del Senado. La Corte Constitucional puede revocar decretos emitidos durante un estado de conmoción interna si violan alguna garantía constitucional, en tanto el Congreso puede revocarlos o enmendarlos en cualquier momento (Payne et. al., 2006: 101-102).
  - 5 Debido a la ambigüedad inherente a la interpretación de lo que constituye un estado de emergencia, esta disposición abre potencialmente la puerta a una forma bastante extendida de poder por la vía del decreto. Dependerá en parte de que exista un órgano independiente, por ejemplo una corte o tribunal constitucional, la posibilidad de establecer la validez de recurrir al decreto (Payne et. al., 2006: 101), ya que cuando los Ejecutivos fuerzan los límites de los poderes de emergencia, cuyo uso debería estar restringido, y los utilizan para fijar nuevas políticas o sustentan su autoridad en este tipo de acciones, están actuando de forma inconstitucional (Carey y Shugart, 1998b).
  - 6 En Chile, Colombia, México, Panamá, Perú y Venezuela, la Constitución autoriza explícitamente al Poder Legislativo a delegar en el primer mandatario el poder de legislar por decreto, pero en tres de estos países (México, Panamá y Venezuela), el presidente solamente puede ejercer facultades para legislar por decreto si éstas le han sido otorgadas expresamente por el Congreso. En Chile, la autoridad de emitir decretos está restringida también en cuanto a las áreas a las que puede aplicarse (Payne et. al., 2006: 102).

dir los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo, en ejercicio de los poderes excepcionales que previamente le hayan sido delegados, si así lo juzgara conveniente<sup>7</sup>.

Ahora bien, las variaciones en el grado de libertad de los poderes presidenciales son especialmente evidentes en el ámbito de las facultades legislativas, máxime cuando se trata de la atribución constitucional de emitir decretos con rango y fuerza de ley. Al considerar el diseño formal de esta facultad en América Latina, se detecta claramente que no en todos los países se reconoce a los Presidentes derechos propios o delegados para legislar por decreto (Nolte, 2003: 49). Así, los mandatarios de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador y Perú disponen de Constituciones que le otorgan al Presidente una posición muy fuerte frente al Legislativo (Shugart y Carey, 1992; Mainwaring y Shugart, 1997; Shugart y Haggard, 2001: 80), ya que tienen mayor capacidad explícita de emisión de decretos o de control de la agenda legislativa. En cambio, las Constituciones de México, Panamá, Uruguay y Venezuela les otorgan competencias legislativas menos influyentes a sus Presidentes; y lo mismo vale también para las Constituciones de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana, cuyos Presidentes no tienen autoridad para legislar por decreto (Payne *et. al.*, 2006: 102).

En este contexto, varios autores han intentado establecer un orden jerárquico de las Constituciones de la región a partir de la distribución de competencias entre el poder Ejecutivo y el Legislativo (principalmente en el proceso de formación de leyes), cuyas clasificaciones presentan amplias coincidencias (Carey y Shugart, 1992: 155; Mainwaring y Shugart, 1997: 49; Shugart y Haggard, 2001; Samuels y Shugart, 2003; Payne *et. al.*, 2006). En el caso particular de Venezuela, las valoraciones que se hacen de los poderes presidenciales se diferencian solamente en matices. Así, en los trabajos de Shugart y Mainwaring (1997), Crisp (1998), y Levine y Crisp (1999), el sistema venezolano ha sido descrito como potencialmente marginal respecto de los poderes legislativos del Presidente, puesto que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, el Presidente de la República no gozaba de poderes de decreto propiamente dicho. Según Samuels y Shugart (2003), los poderes presidenciales siguen restringidos en la Constitución de 1999, por falta de poderes de decreto no delegados; por lo que, finalmente, Payne *et. al.* (2006), PNUD (2005) y Jones (2005), tipifican a Venezuela como un sistema presidencial en el que el Presidente de la República cuenta con moderados poderes legislativos de acción. De acuerdo con los criterios y decisiones con los que se construyeron tales caracterizaciones, el Presidente venezolano tiene un limitado poder de decreto, ya que goza de esta facultad solamente cuando se la delega la Asamblea Nacional mediante ley habilitante. Por lo demás, y a pesar de que la Constitución de 1999 eliminó las restricciones que existían en la Constitución de 1961 en relación con las materias que pueden ser objeto de

---

7 Las Constituciones marcan las posibilidades que tiene el poder Legislativo ante los decretos y su actuación será más o menos influyente dependiendo de si el proceso de enmienda es abierto o cerrado y de si la regla de aprobación de los mismos es explícita o tácita. Por tanto, los distintos escenarios para el Congreso o Asamblea en relación con los decretos son su rechazo, su aprobación en la forma original en que los planteó el Presidente, su aprobación con modificaciones o no hacer nada. En este último caso, el poder relativo del Legislativo será mayor si el decreto expira o pierde validez y será menor si el decreto mantiene su vigencia. Sin embargo, a pesar de que en algunos casos, como Brasil, la Constitución indica que ante el no pronunciamiento pierden validez, la práctica del Ejecutivo ha sido la reiteración de los decretos por parte del Presidente. Cuando se agota el tiempo constitucional, el Ejecutivo vuelve a decretar una versión igual o levemente alterada del decreto original y se reedita hasta que el poder Legislativo toma una decisión. La posibilidad de reeditar un decreto da al Ejecutivo una ventaja estratégica adicional e influencia en los resultados (Figueiredo y Limongi, 1998).

la ley habilitante<sup>8</sup>, tal delegación tiene de entrada sus límites formales en cuanto a la mayoría legislativa que la aprueba (tres quintas partes de los diputados que integran la Asamblea Nacional), que también puede rescindir esos poderes, y la exigencia de que el poder Legislativo establezca expresamente en la ley habilitante tanto las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente, como la fijación del plazo de ejercicio de los poderes legislativos delegados<sup>9</sup>.

Por ello, teniendo en cuenta estas disposiciones constitucionales, el Presidente venezolano ocupa naturalmente un lugar dentro del grupo de Presidentes latinoamericanos con poderes legislativos de acción más moderados, ya que el Ejecutivo no podría promulgar, en principio, un paquete de leyes contrarias a los deseos de la mayoría de los legisladores (Carey y Shugart, 1998a), aunque esto no significa que sea posible lograr el *quórum* necesario para promulgar cada una de las leyes que puedan implantarse mediante delegación de poderes por decreto. Sin embargo, el uso que el Ejecutivo ha estado haciendo del poder de legislar por decreto puede conducir, como es obvio, a sumar a Venezuela a la lista de países con Presidentes que tienen mayor influencia en la legislación, teniendo en cuenta, de acuerdo con los más recientes acontecimientos, que ya no importa tanto la reglamentación formal de las facultades presidenciales ni el equilibrio de poderes del Estado cuando el Ejecutivo no sólo controla la totalidad de la Asamblea Nacional, sino que, de igual forma, sus actuaciones gozan de un respaldo poco más o menos incondicional del Tribunal Supremo de Justicia.

### III. LOS “SUPERPODERES” DE LA LEY HABILITANTE Y LOS DECRETOS LEYES DEL PRESIDENTE VENEZOLANO

Las más recientes decisiones del gobierno venezolano (que se manifiestan francamente autocráticas), y la profunda y acelerada renovación del marco legal con el que se intenta avanzar hacia el llamado “Socialismo del siglo XXI”, han procurado imponerse, una vez más, al pulso del “decretismo” que históricamente ha traído consigo mayor dosis de discrecionalidad, un estado de derecho más frágil y una información, particularmente en materia económica, escasamente transparente. En efecto, el 31 de julio de 2008, último día de vigencia de la ley habilitante que había convertido al Presidente de la República en legislador unipersonal, se emitió un abultado conjunto de 26 decretos legislativos que, esencialmente, apuntan a incrementar el control y regulación del Estado en los sectores más sensibles de la sociedad venezolana y con los que se pusieron en vigor parte de los preceptos más duros de la propuesta de “Reforma Constitucional” rechazada en la consulta popular de 2 de diciembre de 2007. Así, en un orden político altamente personalizado, la voluntad del Presidente de la República se impuso sobre la decisión que ocho meses antes, y de forma directa, habían

---

8 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, sin que el Texto Constitucional establezca límite expreso alguno. Por ello, esta delegación legislativa de la Asamblea Nacional en el Presidente de la República no sólo es una innovación de la Constitución de 1999, sino que la misma, además, no tiene antecedentes en el constitucionalismo contemporáneo por la amplitud como está concebida. Esta delegación, por otra parte, cambió el régimen de la Constitución de 1961 que se limitaba a autorizar al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materias económicas y financieras, previa habilitación por el Congreso (artículo 190.8).

9 Existen otros límites impuestos en la Constitución de 1999, precisamente para concretar el derecho constitucional a la participación política en la gestión de los asuntos públicos, relativos a la obligación de consulta pública que se impone a la Asamblea Nacional en el procedimiento de formación de las leyes (artículos 206 y 211).

tomado la mayoría de los votantes, en violación a los principios democráticos más elementales.

Previamente, y como motor de arranque hacia la construcción del modelo “socialista”, el Presidente de la República había logrado la aprobación de una ley habilitante, la tercera desde que está en el poder, ante una Asamblea Nacional en la cual no hay ningún tipo de oposición al gobierno ya que está totalmente conformada por partidarios del oficialismo. Dicha ley habilitante, que el propio Presidente Chávez denominó la “ley madre de todas las leyes revolucionarias”, le autorizaba a emitir decretos con rango y fuerza de ley, por 18 meses, pudiendo modificar, derogar y crear nuevas leyes en 11 ámbitos (incluidos “la transformación de las instituciones del Estado”, la seguridad y defensa, y los aspectos económicos, financieros, tributarios y sociales, es decir, todo lo esencial para el país), que contienen una gama tan amplia de materias que era difícil imaginar materias, objeto de reserva legal y de regulación por ley orgánica, que no pudieran estar contenidas en esas áreas.

No podemos negar que las leyes habilitantes son una práctica habitual en Venezuela<sup>10</sup> debido a la marcada tendencia a gobernar “económicamente” por decreto, incluso bajo el pretexto de que ésta es la manera más eficaz de resolver los problemas. No obstante, creemos que acudir a una delegación legislativa concebida en términos como los antes expresados, ciertamente ilimitados, sin que concurra clara urgencia de satisfacer el interés público con la exigencia de la técnica de la normación, equivale a una delegación exhaustiva incompatible con la estructura constitucional, con el estado de derecho y con el ordenamiento democrático. La legislación delegada que permite el artículo 203 de la Constitución de 1999 es siempre excepcional y, por ende, restringida o específica (nunca general, plena o total), que ha de estar reducida a un brevísimo plazo y acompañada de una previsión que asegure la participación a la Asamblea Nacional y a los ciudadanos, con alguna anticipación, acerca del contenido de los textos legales. De lo contrario, asuntos relacionados con la definición jurídica de materias de trascendental interés para el país podrían estar en manos del poder Ejecutivo, en ausencia de control político y social que establezca un límite sustancial a la labor legislativa presidencial.

Pero esta generalidad de la ley habilitante que, sin duda, rompió la tradición constitucional del país (Brewer-Carías, 2007a: 13-74), no sólo desvirtuó el carácter excepcional de las delegaciones legislativas al Presidente de la República y desconoció la voluntad popular y la reserva legal como garantías de la supremacía de la Constitución, de la estabilidad de las instituciones, de los valores superiores y de los derechos fundamentales que la Carta Magna reconoce; sino también redujo significativamente las funciones del poder Legislativo a consecuencia de la lamentable claudicación de su representatividad y soberanía. Esta debilidad institucional de la Asamblea Nacional ha hecho posible, desde luego, que el Ejecutivo legisle por decreto sin límite de materia o contenido, y sin necesidad de ser refrendado por el poder Legislativo ni por consulta popular, instituyéndose prácticamente en el legislador ordinario o, al menos, en el principal legislador durante año y medio.

El predominio del poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado y la consolidación del rol del Presidente de la República como director de la economía quedó en evidencia, más

---

10 Así lo evidencia el régimen de excepción al cual estuvo sometida la libertad económica durante buena parte del siglo pasado y el sistema de planificación desarrollado en esa época, lo que supuso la permanente habilitación a favor del Ejecutivo para regular tal derecho y condicionar su ejercicio mediante decretos con rango y fuerza de ley, algo que ya fue puesto de manifiesto por Cruzut (1994).

aún, cuando en ejercicio de los amplísimos poderes delegados el gobierno ha podido continuar una ofensiva populista y revolucionaria a través de la “nacionalización” de empresas estratégicas de telecomunicaciones, electricidad, siderúrgica y petróleo; el robustecimiento de los controles de precios; la amenaza de hacer obligatoria la enseñanza “socialista” en empresas; la intervención y expropiación de más empresas privadas que ofrecen alimentos, bebidas, cemento, servicios de salud y la banca<sup>11</sup>. Al mismo tiempo, el Presidente de la República apostó a un proyecto de “Reforma Constitucional” el grueso de sus propuestas para crear un “poder popular”, reformar las Fuerzas Armadas, concentrar potestades dispersas en los Estados y Municipios, y posibilitar su reelección indefinida; pero este proyecto, propuesto por el Ejecutivo e inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional<sup>12</sup>, fue inesperadamente rechazado en referendo, frenando temporalmente el cambio. Pese a ello, como ya hemos destacado, el Ejecutivo promulgó un paquete de 26 decretos legislativos a pocas horas de que expiraran los poderes especiales para legislar por decreto, envuelto en el misterio y la oscuridad<sup>13</sup>.

Tanto en el caso de los 26 decretos legislativos como en la globalidad de medidas emitidas por vía de decreto en el lapso legal de vigencia de la ley habilitante, se regulan asuntos de interés colectivo en materias muy variadas sin que se hayan realizado las consultas pertinentes sobre sus contenidos, de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución de 1999 (artículos 63, 70, 206 y 211), violándose de esta forma uno de los principios fundamentales del actual sistema político constitucional: la participación ciudadana en la gestión pública<sup>14</sup>. Este principio no desaparece con la habilitación legislativa concedida al Presidente de la

- 
- 11 En el marco de la ley habilitante el Presidente de la República promulgó también el polémico Decreto con rango y fuerza de Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia, que fue derogado poco después por el Ejecutivo al admitirse que ese texto normativo obligaba a la delación y contenía otros “errores y excesos”.
  - 12 Una “Reforma Constitucional” que perseguía, sin duda, efectuar una radical transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico donde, entre otros aspectos, todo se concentraba en la decisión del Jefe de Estado, se reconocía como válido únicamente el modelo económico socialista, y desaparecería la democracia representativa, la alternabilidad republicana y toda idea de descentralización del poder, sólo podía realizarse mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (Rachadell, 2007; Brewer-Carías, 2007b).
  - 13 El 31 de julio de 2008, el Ejecutivo promulgó 26 decretos legislativos, pero extrañamente la *Gaceta Oficial* de aquel día sólo publicó sus títulos y no sus contenidos. Los textos completos de tales decretos legislativos aparecen publicados en las *Gacetas Oficiales* extraordinarias que salieron a la venta el 4 de agosto de 2008.
  - 14 Adicionalmente a las previsiones constitucionales sobre consulta de leyes y en desarrollo directo del principio constitucional de participación ciudadana, a partir del 17 de octubre de 2001, la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001 (*G.O.* 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” (art. 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 con rango, valor y fuerza de ley 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 y 136). Pero 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. De igual manera la Presidencia de la República debe informar sobre el período de consulta a través de la página en la Internet que obligatoriamente debe tener, en la cual se exhibirá el proyecto del decreto-ley a que se refiere la consulta (art. 136). Durante el pro-

República, antes, por el contrario, se impone como necesidad de una sociedad democrática y participativa que guía la actividad del poder público. Tampoco se satisface el requisito de la participación con el simple hecho de llamar a un determinado grupo o sector para presentarle una propuesta concreta, pues lo justo, de acuerdo con los postulados de la democracia participativa, es que los ciudadanos en general, y en particular los sectores afectados por la normativa y los Estados y Municipios en relación con las competencias estatales y municipales, estén debidamente informados y se les permita hacer observaciones, críticas y sugerencias acerca del contenido de las normas o influir en el proceso de toma de decisiones mediante el debate y la discusión de los proyectos de ley. Siendo así, ante la aprobación inconsulta de los decretos legislativos, creemos que el Ejecutivo tendría que responder sobre su constitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, teniendo en cuenta que las normas aprobadas sin el procedimiento de consulta correspondiente son nulas<sup>15</sup>.

Además, varios de los nuevos textos legales son instrumentos que presentan un contenido restrictivo de derechos fundamentales, desarrollan principios y fines de un solo pensamiento ideológico, y modifican preceptos constitucionales. Se establecen, entre otros aspectos, una mayor centralización del poder en la figura del Presidente de la República, una nueva geometría del poder político, una inyección de “socialismo” a la economía contraria a los principios de libertad económica establecidos en la Constitución, la consolidación del control estatal en la producción y comercialización de alimentos, la relativización de la propiedad privada mediante la propiedad colectiva estatal, y una mayor politización y subordinación de la Fuerza Armada Nacional al poder político-ideológico. Dicho en términos generales, el gobierno venezolano se ha propuesto profundizar, por vía del “decretismo”, el rol estatal en materias agroalimentaria, financiera, administrativa y militar, tal como lo había ofrecido el Presidente Chávez en el Plan de Desarrollo Económico y Social 2007-2013 y en la “Reforma Constitucional” frustrada.

A modo de ejemplo, tenemos que, como parte de la agresiva agenda política iniciada por el Presidente de la República y en evidente violación de la voluntad popular, el Decreto

---

ceso 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 (art. 135). Aun cuando el 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 en el presente Título”. Sólo en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, es que el Presidente podría aprobar normas sin la consulta previa; pero el artículo 137 de la Ley Orgánica, en todo caso, exige que las normas aprobadas en esas circunstancias deben ser consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; estando obligado el Presidente de la República a considerar el resultado de la consulta, pudiendo ratificar, modificar o eliminar el decreto-ley. Este régimen extraordinario de consultas posteriores sólo regiría, por tanto, por ejemplo, respecto de los decretos de estados de excepción que siempre tienen contenido normativo, y que se dicten conforme a la Constitución (artículos 337 y ss.) y a la Ley Orgánica de los Estados de Excepción.

15 Merece la pena destacar que en la reforma parcial de la Ley Orgánica de Administración Pública, recientemente promulgada por vía de decreto legislativo, quedó suprimida la necesidad de consultar con los ciudadanos el contenido de las leyes que en el futuro sean aprobadas en el marco de una ley habilitante, tal como lo establecía el artículo 137 de la ley que estuvo vigente hasta ahora.

con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública desarrolla el concepto de la planificación centralizada y reedita la posibilidad de que el Ejecutivo pueda definir nuevas divisiones territoriales, atribuyéndose al Presidente de la República la potestad para nombrar autoridades regionales que tendrán a su cargo la planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio aprobados conforme a la planificación centralizada, revirtiendo el proceso de descentralización y colocando en grave dificultad las competencias y atribuciones de los Gobernadores y Alcaldes elegidos por el voto popular<sup>16</sup>; además, en este decreto legislativo se otorga rango legal a las famosas “misiones sociales” del gobierno. En el caso del Decreto con rango y fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios se otorgan poderes plenipotenciarios al Presidente de la República sobre los bienes de producción, y se autoriza la expropiación de bienes sin que medie declaratoria previa de utilidad pública e interés social. Por su parte, en el Decreto con rango y fuerza de Ley de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria se reedita el modelo productivo “socialista” de la “Reforma Constitucional” cuando se declaran de utilidad pública “los bienes que aseguren el acceso a los alimentos” y “las infraestructuras mediante las cuales se producen”; y se prevén la planificación centralizada con el propósito de territorializar la producción agrícola, el control y vigilancia de la actividad productiva, la obligación de realizar ciertas actividades agrícolas consideradas prioritarias, prohibiciones de exportaciones e importaciones, adquisiciones forzosas de todo cuanto tiene que ver con las cadenas de comercialización y distribución de alimentos, confiscaciones, expropiaciones, control y vigilancia de la compraventa de productos agrícolas, de su distribución, insumos y servicios. Fuera del ámbito económico, el decreto legislativo más polémico es el que contiene la nueva Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en el cual se separa el mando administrativo y el operacional, y este último pasa a depender directamente de la Presidencia de la República y no del Ministerio de la Defensa; asimismo, se incorpora la figura de las “milicias” a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, una especie de cuerpo civil paralelo a los militares que estaría bajo el mando directo del Presidente de la República.

Una vez más los venezolanos han vuelto a padecer lo que puede ocurrir cuando un mandatario no tiene controles reales. La Asamblea Nacional nunca debió habilitar al Ejecutivo a legislar por decreto sobre materias que corresponden a la reforma constitucional y a la reserva legal, pero aún así lo hizo, y como consecuencia de ello, se han dictado leyes que desarrollan e interpretan principios constitucionales, sin que haya mediado debate alguno en Venezuela sobre su contenido. Pero lo que empeora la situación, a nuestro juicio, es el papel que ha jugado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual abordó el tema sólo desde el punto de vista jurídico-formal de la denominación de estos cuerpos legales, al pronunciarse acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico de algunos de ellos. En sus

---

16 Pero como no son suficientes las autoridades civiles que se sobreponen a los gobernadores y alcaldes, el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana prevé las Regiones de Defensa Integral, las cuales contarán con un jefe designado por el propio Presidente de la República. Dicha autoridad militar funcionará en un espacio del territorio nacional con características geoestratégicas, establecido por el Presidente de la República, para que, entre otras funciones, planifique, organice y supervise el apoyo a las autoridades civiles y la participación activa en el desarrollo de la región; ejerza el control de los medios y recursos para su empleo en los casos de excepción o cuando sea necesario en interés de la seguridad y defensa de la nación; coordine el apoyo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para el restablecimiento del orden público en su jurisdicción y coordine con el sector público y privado la participación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en la planificación y desarrollo de la nación.

sentencias, la referida Sala no entró al fondo del asunto ni tuvo en cuenta las flagrantes violaciones a la Constitución, lo cual resultó en una salida fácil y aparentemente lógica al problema que, entre otras cosas, le permitirá al Presidente de la República la formalización de la “milicia”, a pesar de haber sido ésta una de las materias consultadas y rechazadas en el referendo de 2 de diciembre de 2007.

#### IV. RESULTADOS DEL USO DEL PODER DE DECRETO POR PARTE DEL PRESIDENTE VENEZOLANO

Algunos países latinoamericanos admiten los poderes de decreto, pero hoy el tema en Venezuela, más que en otro presidencialismo de la región, es el amplio grado de libertad y discrecionalidad que tiene el Presidente de la República para participar en la actividad legislativa. Sin duda, los decretos legislativos recientemente aprobados por el Ejecutivo consolidan el control y la regulación estatal sobre los sectores más sensibles del país y, fundamentalmente, incrementan la influencia del Presidente de la República en el acontecer nacional, así como también la de los políticos, legisladores o magistrados, que lo respaldan, quienes cuentan con sus propios incentivos para retener ese poder.

Las consecuencias negativas son muy claras: una mayor concentración de poder, irrestricto y sin controles, en la persona del Presidente de la República permite al gobierno hacer lo que considere oportuno para cambiar el *status quo* y entrar de lleno en el llamado “Socialismo del Siglo XXI”, incluso en desconociendo de la voluntad popular y en desprecio al principio de separación de poderes y otros preceptos constitucionales. Pero más preocupante aún es, en nuestra opinión, que a las instituciones que pueden controlar al Ejecutivo en el ejercicio de sus atribuciones de legislar por decreto, parece no interesarles desempeñar los cometidos que les asigna la Constitución y aplicar, buscando un equilibrio, los mecanismos de pesos y contrapesos previstos de acuerdo con la lógica tradicional de la separación de poderes. Los altos niveles de centralización y concentración de poder que ha ido alcanzando el Presidente de la República y su participación cada vez mayor en la actividad legislativa, lo hacen en gran medida el pivote alrededor del cual giran los equilibrios institucionales del Estado.

En este sentido, cabe destacar que el Presidente venezolano no es el único beneficiario de los decretos legislativos, ya que éstos pueden satisfacer las preferencias de los legisladores porque los representantes son actores que delegan su poder. La Asamblea Nacional puede preferir dejar en el Ejecutivo la puesta en marcha de las políticas públicas porque le es beneficioso como institución; también porque es positivo para los legisladores individuales que buscan sus propios intereses y el procedimiento legislativo ordinario no permite llevar adelante con urgencia los cambios, o porque, si la política es polémica, el Legislativo puede utilizar la delegación para evitar la responsabilidad de su puesta en marcha y que la asuma el Ejecutivo (Fiorina 1982; McCubbins *et al*, 2005). Por otra parte, los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, motivados por metas personales y políticas propias (y por los incentivos de otros actores que interfieren con la justicia de manera regular), han respondido con pasividad y beneplácito las medidas del gobierno que quebrantan o amenazan derechos y principios constitucionales, y no han actuado para contrarrestar ataques a la separación de poderes, como es el caso de la ley habilitante y los decretos con rango y fuerza de ley aprobados sin seguir el procedimiento de consulta legislativa y que reeditan aspectos de la “Reforma Constitucional”. Además, desde que se modificó significativamente



la composición del máximo representante del poder Judicial a favor del gobierno<sup>17</sup>, se ha visto profundamente mermada la independencia del Tribunal Supremo de Justicia. Hoy en día, las decisiones judiciales más trascendentales están en manos del Ejecutivo, el cual controla políticamente al poder Legislativo y, por ende, la estabilidad real en el cargo de los magistrados y la asignación del presupuesto del Supremo Tribunal, lo que naturalmente restringe la capacidad de este último para desempeñar un papel importante como árbitro imparcial<sup>18</sup> o como jugador proactivo<sup>19</sup>.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que si se ejecutan las normas contenidas en los decretos legislativos inconstitucionalmente aprobados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, y si además la Asamblea Nacional sanciona leyes que recogen íntegramente los proyectos que le ha remitido el Ejecutivo y que no pudieron aprobarse en el marco de la ley habilitante que expiró el 31 de julio de 2008<sup>20</sup>, Venezuela va a estar a la cabeza del “ranking” de concentración de poder en el Presidente (junto a Argentina y otros países), como un presidencialismo fuerte, pero sin límites. Esto evidenciaría, desde luego, la profunda deslegitimación de la institucionalidad democrática que amenaza al país, debido a la existencia de un poder constituyente de hecho y de instituciones del Estado que actúan al margen de la Constitución, ya que la concentración de poder en el Ejecutivo cancela la deliberación política, debilita los contrapesos y profundiza el juego del “ganador se lleva todo” de las democracias latinoamericanas. Por ello, es necesario que exista un control real del poder presidencial de emisión de decretos por parte del Legislativo y el Judicial, pues, de esta forma, ambos poderes podrán tener un papel activo en la elaboración de políticas y mayor capacidad de funcionamiento independiente, en razón de los cometidos constitucionales que les atañen dentro de un sistema democrático de Derecho y de Justicia.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHARD, Diego y Luis E. GONZÁLEZ (2004), Poder presidencial y partidos políticos en América Central, Panamá y República Dominicana. En *Un Desafío a la Democracia. Los partidos políticos en Centro América, Panamá y República Dominicana*. San José: BID, IDEA, OEA y PNUD.

- 
- 17 La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sancionada en 2004 con el voto de una mayoría simple de los diputados de la Asamblea Nacional, permitió copar a este Supremo Tribunal con aliados del gobierno.
  - 18 El Tribunal Supremo de Justicia puede velar por la aplicación efectiva de las políticas públicas actuando como un agente externo que hace cumplir los compromisos asumidos por los poderes Ejecutivo y Legislativo (incluso los que están plasmados en la Constitución) y como mediador entre las partes contratantes (BID, 2006: 88). Sin duda, desempeñaría esta función cuando evitase que el poder Ejecutivo se excediera en sus facultades, por ejemplo, legislando por decreto sobre asuntos en los cuales no le corresponde hacerlo, o cuando confisca o nacionaliza empresas, privadas o privatizadas, sin debida justificación. Si el Tribunal revoca los decretos legislativos o la decisión de nacionalización, el Poder Judicial habrá desempeñado su función de árbitro.
  - 19 Cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia revisa las leyes para determinar su intención legislativa, o cuando da nuevas interpretaciones a la legislación sobre la base de sus opiniones, está imponiendo sus propias preferencias sobre los resultados de las políticas que se adoptan.
  - 20 Entre los proyectos que quedaron pendientes figuran: la Ley Orgánica de Salud, la Ley Orgánica de Educación, la Ley Orgánica de Seguridad de la Ordenación del Territorio, Ley de Puertos, Ley de Telecomunicaciones e Informática, y la Ley de Control de la Salas de Bingo.

BID (2006), *La Política de las Políticas Públicas. Progreso Económico y Social en América Latina. Informe 2006*. Washington: Planeta.

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2007a), El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la democracia” que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional), *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma*. Caracas: FUNEDA.

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2007b), *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

CAREY, John y Matthew S. SHUGART (1998a), *Executive Decree Authority*. Cambridge: Cambridge University Press.

CAREY, John y Matthew S. SHUGART (1998b), Poder de decreto. Chamando os tanques ou usando a caneta?, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol.13, N° 37: 149-184.

CRAZUT, Ramón (1994), La suspensión de garantías constitucionales como medio para instrumentar la política de intervención del Estado en la actividad económica (1939-1991), *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 92: 305-321.

CRISP, Brian F. (1998), El sistema electoral venezolano y las relaciones entre los poderes gubernamentales, *Cuestiones Políticas*, N° 21: 11-46.

FERREIRA RUBIO, Delia (1998), When the President Governs Alone: The Decretazo en Argentina, 1989-93. En J. M. Carey y M. S. Shugart (eds.), *Executive Decree Authority* (33-61). Cambridge: Cambridge University Press.

FIGUEIREDO CHEIBUB, Argelina y Fernando LIMONGI (1995), Constitutional Change, Legislative performance and institutional consolidation, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n° 29: 175-200.

FIORINA, Morris (1982), Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?, *Public Choice*, Vol. 39, N° 2: 33-66.

JONES, Mark (2005), The role of parties and party systems in the policymaking process. Preparado para el seminario organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo titulado “State Reform, Public Policies and Policymaking Processes”, 28 de febrero–2 de marzo, Washington, D.C.

LEVINE, Daniel H. y Brian F. CRISP (1999), Venezuela: características, crisis y posible futuro democrático, *América Latina Hoy*, N° 21, abril: 5-23.

LINZ, Juan (1994). Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?. En Juan Linz y A. Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy* (3-87). Baltimore/London: Johns Hopkins University Press.

NOLTE, Detlef (2003), El Congreso chileno y su aporte a la consolidación democrática en perspectiva comparada, *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIII, N° 2: 43-67.

SAMUELS, David y Matthew S. SHUGART (2003), Presidentialism, Elections and Representation, *Journal of Theoretical Politics*, Vol. 15, N° 1: 33-60.

SHUGART, Matthew S. y Stephan HAGGARD (2001), Institutions and Public Policy in Presidential Systems. En Stephan HAGGARD y Mathew D . McCUBBINS (eds.), *Presidents, Parliaments, and Policy* (64-102). Nueva York: Cambridge University Press, 2001, p. 64-102.

SHUGART, Matthew S. y Scott MAINWARING (2002), Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate, *Presidencialismo y democracia en América Latina* (19-64). Buenos Aires: Paidós.

SHUGART, Matthew S. y John M. CAREY (1992), *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.

MAINWARING, Scott y Matthew SHUGART (1997), *Multipartism, robust federalism, and presidentialism in Brazil*. Nueva York: Cambridge University Press.

McCUBBINS, Matthew, Roger NOLL y Barry WEINGAST (2005), The Political Economy of Law: Decision-Making by Judicial, Legislative, Executive and Administrative Agencies, *Discussion Paper N° 04-35*, Stanford Institute for Economic Policy Research, SIEPR.

MUSTAPIC, Ana María (2002), Oscillating Relations: President and Congress in Argentina. En S. Morgenstern y B. Nacif (eds.), *Legislative Politics in Latin America* (23-48). Cambridge: Cambridge University Press.

PAYNE, J. Mark, Daniel ZOVATTO, Fernando CARRILLO FLOREZ y Andrés ALLAMAD ZAVALA (2006), *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, Washington: BID.

PNUD (2005), *La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Extraído el 8 de octubre de 2008 de: <http://democracia.undp.org/Informe>.

RACHADELL, Manuel (2007), *El Socialismo del Siglo XXI. Análisis del Proyecto de Reforma Constitucional propuesto por el Presidente Chávez en agosto de 2007*. Caracas: FUNEDA.



# *La paradójica situación de los Decretos Leyes Orgánicos frente a la Ingeniería Constitucional de 1999*

Carlos Luis Carrillo Artilles

*Profesor de Post Grado Derecho Administrativo UCV y UCAB  
Docente Investigador del Instituto de Derecho Público UCV*

## I. ANTECEDENTES

En fecha 1° de febrero de 2007, la Asamblea Nacional dimanó una particular Ley habilitante publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.617, mediante la cual se autorizó al presidente de la república para que en consejo de ministros, normase abierta y discrecionalmente a través de decretos con rango valor y fuerza de ley sobre áreas enunciativas de acción, sin hacer especificidad sobre directrices particulares o materias concretas sobre las cuales podría ejercerse esta singular potestad de normatividad primaria extraordinaria, lo cual evidenció una especie de renuncia expresa a la potestad normativa ordinaria que descansaba sobre ese parlamento federal, creando una verdadera situación de autohabilitación al ejecutivo, e incertidumbre durante el período de vigencia de año y medio de la autorización otorgada.

Durante esa temporalidad escasamente el Ejecutivo Federal ejerció ese laxo poder habilitado, sin embargo, paradójica pero no sorpresivamente<sup>1</sup> el último día que vencía la autorización normativa, en la *Gaceta Oficial* N° 38.984, de fecha 31 de julio de 2008, anunció la promulgación de 26 Decretos con rango y fuerza de Ley, dentro de los cuales había ocho con el carácter de Decretos Leyes Orgánicos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> No fue sorpresiva esta conducta desplegada por el Ejecutivo Federal, pues casi de idéntica manera sucedió con la primera habilitante que le fue otorgada en el primer ejercicio presidencial al actual mandatario por la Asamblea Nacional, en fecha 13 noviembre de 2000 *Gaceta Oficial* N° 37.076. El último día de vigencia de aquella autorización normativa, el Ejecutivo anunció solo los títulos de los 49 Decretos Leyes, muy controvertidos que fueron publicados posterior y extemporáneamente de manera disgregada, situación que visiblemente quebrantó los elementos condicionales y límites al posible ejercicio de la potestad normativa de primer grado que detenta excepcionalmente el ejecutivo consagrada en la propia habilitación.

<sup>2</sup> Los Decretos Leyes Orgánicos son: 1.- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo; 2.- de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; 3.- de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria; 4.- de Ley Orgánica de Espacios Acuáticos; 5.- de Ley Orgánica de la Administración Pública; 6.- Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social; 7.- de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana; 8.- de Ley Orgánica del Sector Financiero del Sector Público. Aún cuando la *Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.984, de fecha 31 de julio de 2008, aduce erróneamente en su sumario que también serían Decretos con rango, valor y fuerza de ley “orgánica” del transporte ferroviario nacional; y la ley “orgánica” de simplificación de trámites administrativos, los cuales obviamente no revisten ese carácter orgánico.

Esta extraña usanza de Decretos Leyes Orgánicos, aún cuando no tienen soporte alguno en la arquitectura del texto constitucional dentro del sistema de fuentes normativas, e incontrovertiblemente desbordan las posibilidades de ejercicio normativo excepcional conferido al Ejecutivo en atención a los límites formales y materiales erigidos en el mismo seno de la norma fundamental, han sido avalados reiteradamente por sentencias de la Sala Constitucional desde el año 2001<sup>3</sup>; bajo el exiguo argumento que la Constitución de 1999 al contrario de lo previsto en su predecesora de 1961, estableció la probabilidad en su artículo 236 numeral 8, que la Asamblea Nacional delegue abiertamente su potestad normativa sin ningún tipo de límites en su contenido. Justamente esta diatriba es la que motiva la redacción del presente opúsculo, en el cual contrastaremos el criterio sustentado por la referida Sala con nuestros reparos desde la base constitucional a tal conducta replicada en variadas ocasiones.

## II. ORIGEN DE LA NOCIÓN DE LEY ORGÁNICA EN VENEZUELA. LA CONSTITUCIÓN DE 1961

En Venezuela, el concepto de ley orgánica fue introducido por la Constitución de 1961, con las características para aquél entonces de ser una ley con pretendido rango superior a las leyes ordinarias no orgánicas, como secuela de la lectura del último aparte del precepto 163, que disponía que las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterían a las normas de éstas.

Así fue como "...ese precepto constitucional originó una especie de "cultura" en la mayoría de los operadores jurídicos, y desde luego de los legos, traducida en un automatismo conceptual que consistía en declarar como verdad de fe el rango superior de esta clase de leyes, sosteniendo de esa manera que operaba una ruptura del principio de jerarquía normativa, el cual aparecía sustentado en la colocación en el vértice del ordenamiento jurídico a la Constitución, en razón de (*sic*) que afirmaba que la ley orgánica ocupaba un rango o escalafón intermedio entre la Constitución y la ley ordinaria, lo que conducía a que todos los conflictos que se suscitasen entre una ley ordinaria y una ley orgánica, debían resolverse sobre la base del rango superior de la última."<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19 de septiembre de 2001, respecto del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, y del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación, reiterada por sentencia de la misma Sala, de fecha 16 de octubre de 2001, bajo ponencia del magistrado Antonio García García, en el caso contra el carácter Orgánico del Decreto con rango y fuerza de Ley sobre promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.394, Extraordinario, del 25 de Octubre de 1999. Al igual que sentencia de la misma Sala, de fecha 6 de noviembre de 2001, bajo ponencia del magistrado José Delgado Ocando, en el caso constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con fuerza de Ley de la Ley Orgánica de Identificación; y sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001, bajo ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en el caso constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

<sup>4</sup> José Peña Solís. *Los tipos normativos en la Constitución de 1999*, Colección de estudios jurídicos N° 14 del Tribunal Supremo de Justicia, Editorial Texto, Caracas-Venezuela 2005, pp. 62 y 63.

### III. LAS LEYES ORGÁNICAS EN LA ARQUITECTURA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999. LÍMITES FORMALES Y MATERIALES A LA NOCIÓN DE LEYES ORGÁNICAS

En contraposición, el artículo 203<sup>5</sup> del texto constitucional de 1999 surgió como una limitante frente a la relajada actividad legislativa desarrollada por los parlamentarios del extinto Congreso Federal bajo la vigencia de la Constitución de 1961, en donde, con base al citado artículo 163, con mucha frecuencia se abusó de la calificación de orgánica para investir a una multiplicidad de leyes de variada índole dictadas por ese órgano bicameral.

Este nuevo precepto vendría a reorbitar esa desmedida “organicitis” gestada veleidosamente por la votación de mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley<sup>6</sup>, con la cual se unguía como orgánica a cualquier proyecto que pudiese llegar a ser legislación, mientras que ahora en virtud del nuevo diseño constitucional, solo sería posible dicha calificación a través de cuatro únicos supuestos que servirían de plataforma restrictiva a la actividad legislativa de la Asamblea Nacional, a saber: 1) las de denominación expresa con tal carácter por la propia Constitución; 2) las que se dictasen para materialmente organizar a los mal llamados poderes públicos -realmente ramas del Poder Público-, 3) las que desarrollen derechos constitucionales, y, 4) las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

Como es fácil observar las plataformas descritas constituyen un tangible límite de naturaleza material insalvable que demarcan al tipo normativo de las leyes orgánicas, que el Constituyente en virtud de la trascendencia e importancia de esos contenidos materiales reserva a un órgano especial del Poder Público como es unívocamente la Asamblea Nacional, quien recipiendario exclusivo de la soberanía popular, y, el cual, por otro límite de naturaleza formal contenido en la Constitución, se erigiría como la única estructura representativa de la sociedad en su conjunto que pueda cumplir y garantizar el procedimiento particular para su formación y la materialización de la precisa exigencia fundamental de reunir quóruns especiales de mayoría calificada dentro de esa adjetividad dispuesta en por el seno constitucional.

Es así como el propio artículo 203 consagra la necesidad impretermitible que todo proyecto de ley que encuadre previamente dentro de los supuestos materiales referidos a leyes orgánicas, para ser discutido por primera vez en la Asamblea Nacional, -salvo aquellos casos en que la propia Constitución califique como tal- o si se pretende generar una reforma o modificación de una ley orgánica preexistente, debe ser inexorablemente admitido por el voto calificado de las dos terceras partes de los integrantes presentes, mientras mantiene un silencio absoluto en relación a quórum alguno para aprobar un proyecto que se encuentre admitido a discusión. Aún más, la norma erige además un control concentrado preventivo de constitucionalidad de tal calificación, antes de su promulgación ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, consagrando inclusive la posibilidad de la pérdida de ese carácter por la declaratoria de dicho órgano.

---

<sup>5</sup> El artículo 203 también alude a otro tipo normativo encarnado por las leyes habilitantes, las cuales son instrumentos singulares del rango legal, que mediante quórum calificado abren la compuerta autorizatoria para que el presidente de la república temporalmente efectúe actividad normativa de primer grado. Y por interpretación en contrario se deduce tácitamente de su contexto la figura de las leyes ordinarias como aquellas que no revisten el carácter de orgánica.

<sup>6</sup> Artículo 163 de la Constitución de 1961.

De este esquema constitucional se deduce diáfamanamente que cualquier relajamiento a las exigencias y límites materiales y/o formales, constituiría fraude a la Constitución, y desvirtuaría el sistema cerrado de las fuentes y de la representatividad popular especialmente configurado por la mayoría calificada que solo puede darse dentro de un órgano plural y colegiado como es la Asamblea Nacional. En consecuencia en Venezuela, la estirpe de ley orgánica, se erige como una fuente normativa con un contenido material específico dentro de la sistemática del ordenamiento fundamental, a la cual debe su esencia y razón de ser, por ende, tiene una verdadera área de reserva que solo puede ser tratada por leyes con esa naturaleza.

#### IV. LA REORBITACIÓN DE LA JERARQUÍA DE LAS LEYES ORGÁNICAS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Ahora bien, mantener la errada e infundada idea de jerarquía superior de las leyes orgánicas sobre otros instrumentos legislativos del mismo plano legal, carece de sustento, por cuanto el nuevo diseño constitucional derivado del precepto 203, abandonó la redacción final del derogado artículo 163 de la Constitución de 1961, sobre el sometimiento de las leyes ordinarias que se dictasen en materia regulada por las leyes orgánicas, por ende, mal podría interpretarse aquella supremacía o superioridad dispuesta.

En la actualidad la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas en Venezuela se identifica con la de un instrumento de rango legal enmarcado como un supuesto normativo con condicionamientos materiales particulares, de producción exclusiva y excluyente por la Asamblea Nacional, como espacios estancos materiales que identifican a un específico arquetipo normativo con una finalidad determinada, ya sea la organización de ramas del poder público, desarrollar derechos constitucionales, para servir de marco normativo a otras leyes, o aquellas que por excepción la Constitución atribuya ese carácter por su propia nomenclatura. En consecuencia solo serían de aplicación preferente o prioritaria sobre otras leyes ordinarias, aquellas las leyes orgánicas que por mandato constitucional son de base o marco normativo a otras leyes ordinarias de desarrollo, frente a las cuales si existiría supeditación en su contenido, aún cuando este encuadramiento corresponda a la libre determinación y calificación que la Asamblea Nacional haga como ley base sobre materias federales regulables por ella como órgano legislativo federal en ejercicio de competencias del 156 constitucional, con el peligro eventual que por esa simple investidura parlamentaria se genere un desagüe de nuevo de “organicitis”. Lo que si es absolutamente importante es que ninguna ley ordinaria pudiera invadir las áreas de la ley orgánica, ni ningún otro órgano de producción normativa distinto al Parlamento pudiera originarla.

En otras latitudes, como es el caso de España, también se han generado acrisoladas discusiones doctrinales en torno al pretendido solapamiento normativo de las leyes orgánicas, al punto que posteriormente a la promulgación de la Constitución Española de 1978, no hay consenso sobre su naturaleza jurídica y en consecuencia sobre su jerarquía normativa.<sup>7</sup>

Sin embargo, en Venezuela la errada creencia generalizada de superioridad jerárquica de las leyes orgánicas aducida en la sentencia de la Sala Constitucional N° 537, de fecha 12

---

<sup>7</sup> Al respecto ver: Oscar Alzaga Villamil, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Jorge Rodríguez Zapata. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Cuarta Edición, Asimismo consultar: Francisco José Bastida Freijedo. “La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, y, Ángel Gorrorena Morales, “Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica, *Revista de Estudios Políticos*, Enero febrero 1980.



de junio de 2000, donde se declaró la constitucionalidad del carácter “orgánico” de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, “... continúa arraigada en los operadores jurídicos, al punto que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia del 16 de octubre de 2002, mediante la cual declaró que la Ley Orgánica contra la Corrupción, carecía del carácter orgánico que le habían atribuido los parlamentarios al sancionarla, afirmó insólitamente que las leyes orgánicas ostentan un nivel jerárquico superior a las demás leyes, en virtud de (*sic*) que son una categoría intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias”<sup>8</sup>

#### V. EL RÉGIMEN DE LA NORMATIVIDAD EXCEPCIONAL DE PRIMER GRADO EN CABEZA DEL EJECUTIVO

Dentro del esquema constitucional se genera la figura de los decretos leyes como otro arquetipo normativo que confiere temporalmente el poder normativo primario a manos del Ejecutivo en sus órganos de Gobierno, -Presidente en Consejo de Ministros- dada la necesidad inminente de normar rápidamente estas situaciones de crisis, por circunstancias sobrevenidas extraordinarias u excepcionales que alteren el funcionamiento normal del Estado e impiden el acudir a un tránsito normativo ordinario por el órgano legislativo, ante lo cual la misma Constitución prevé una regulación que permita mantener el hilo constitucional en esos momentos aciagos.

Esto puede darse ante dos plataformas constitucionales posibles, ya sea por la declaratoria de un estado de excepción de acuerdo a los supuestos previstos en los artículos 337 y siguientes del texto constitucional, o, por la autorización contenida en una ley habilitante referida en el artículo 203, que abra la compuerta autorizatoria para que la Asamblea Nacional como órgano legislativo mediante la conformación de un quórum calificado por las 3/5 partes de sus integrantes, otorgue al Ejecutivo Federal habilitación para que dicté decretos con rango valor y fuerza de ley, posibilidad que dentro de las atribuciones presidenciales tiene asidero constitucional en el artículo 236 numeral 8.

Esta institución tiene su primera consagración en la Constitución Venezolana de 1945, en la cual, al igual que en la Constituciones de 1947 y 1961, se relegaba solo a la posibilidad para dictar medidas extraordinarias en materias económicas y financieras autorizadas previamente por el Parlamento. A partir de la Constitución de 1999, se suprime la limitación constitucional que existía desde 1945 referida a la materia económica y financiera, por lo que, el Ejecutivo podría normar irrestrictamente cualquier contenido para lo cual sea autorizado por la ley habilitante en la temporalidad y sobre las materias que expresamente se haga alusión en ella.

Es importante resaltar que las materias que pueden ser objeto de desarrollo normativo del Ejecutivo, son única y exclusivamente los contenidos materiales identificables como leyes ordinarias, ya que por la conceptualización y límites propios del 203, no podría versar sobre aspectos reservados por la propia Constitución a las leyes orgánicas y leyes habilitantes; ni en manera alguna pudiera establecer tipos penales restrictivos de la libertad ya que de acuerdo a lo previsto en las normas del Pacto sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, -norma fundamental vigente en Venezuela de acuerdo al precepto constitucional 23-, esta materia estaría relegada a su producción exclusivamente por órganos legislativos plurales y representativos como lo son los Parlamentos.

---

<sup>8</sup> José Peña Solís, “Los tipos normativos en la Constitución de 1999”. *Obra citada*. p. 63.

Particularmente en Venezuela la naturaleza jurídica de las leyes habilitantes que dan origen al poder normativo del Ejecutivo ha sido objeto de discusión tanto doctrinal como jurisprudencialmente, en dos extremos argumentativos que apuntan, por una parte, en una autorización para ejercer verdaderos poderes normativos primarios en cabeza del ejecutivo, y por otra parte, en una delegación legislativa.<sup>9</sup>

#### VI. EL FUNDAMENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL QUE SUSTENTA LA SINGULARIDAD DE LOS DECRETOS LEYES ORGÁNICOS

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha explanado su posición flexible en torno a que por vía de Decretos Leyes se pudiese normar también materia reservada a las leyes orgánicas, criterio que ha sido mantenido invariablemente en el tiempo desde el 2001, al manifestar que "...el artículo 236, numeral 8 de la Constitución vigente, dispone de manera amplia y sin ningún tipo de limitación, la atribución del Presidente de la República para 'Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley', con lo cual se modificó el régimen previsto en la Constitución de 1961, que atribuía al Ejecutivo Nacional la competencia para dictar decretos leyes exclusivamente en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial' (artículo 190, ordinal 8°).

Puede apreciarse, en consecuencia, que, de acuerdo con el nuevo régimen constitucional, no existe un límite material en cuanto al objeto o contenido del decreto ley, de manera que, a través del mismo, pueden ser reguladas materias que, según el artículo 203 de la Constitución, corresponden a leyes orgánicas; así, no existe limitación en cuanto a la jerarquía del decreto ley que pueda dictarse con ocasión de una ley habilitante, por lo cual podría adoptar no sólo el rango de una ley ordinaria sino también de una ley orgánica.

Igualmente aprecia la Sala que el Presidente de la República puede entenderse facultado para dictar -dentro de los límites de las leyes habilitantes- Decretos con fuerza de Ley Orgánica, ya que las leyes habilitantes son leyes orgánicas por su naturaleza, al estar contenidas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual se encuentra íntegramente referido a las leyes orgánicas. Así, las leyes habilitantes son, por definición leyes marco -lo que determina su carácter orgánico en virtud del referido artículo- ya que, al habilitar al Presidente de la República para que ejerza funciones legislativas en determinadas materias, le establece las directrices y parámetros de su actuación que deberá ejercer dentro de lo establecido en esa Ley; además así son expresamente definidas las leyes habilitantes en el mencionado artículo al disponer que las mismas tienen por finalidad 'establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República ...'<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Al respecto ver: Gerardo Fernández V. "Los Decretos Leyes", *Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo* N° 3, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992. Hildegard Rondón de Sanso, "Los Decretos Normativos dictados en base a una ley formal" en el libro *Ley habilitante del 13-11-200 y sus Decretos Leyes*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 17, Serie Eventos, Caracas 2002. Gustavo Marín García, *La Ley Habilitante. Un estudio general entre la Constitución de 1961 y 1999*, Funeda, Caracas 2002.

<sup>10</sup> Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19 de septiembre de 2001, en los casos respecto del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, y del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación.

## VII. REPAROS A LA POSIBILIDAD DE DECRETOS LEYES ORGÁNICOS

El criterio de la Sala Constitucional ha sido objeto de profunda críticas ya que pretende "... realizar una comparación que carece de parámetros comparativos, dado que resulta incontestable la diferencia significativa entre las leyes autorizatorias y las leyes habilitantes, por supuesto que surgen conclusiones erróneas, que es lo que ocurre cuando se afirma que la ley en la Constitución de 1961 sólo podía autorizar al Presidente de la República para dictar decretos contentivos de medidas extraordinarias y materias económicas y financieras, y que la ley en la Constitución de 1999, permite delegar al Presidente de la República la potestad para que legisle en cualquier materia, y partiendo de esa afirmación se concluye que la Asamblea Nacional carece de límites materiales al momento de delegar su potestad normativa al Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Ésa conclusión es totalmente errónea, porque pretende sustentarse -insistimos- en la comparación de dos clases de leyes que no admiten comparación..."<sup>11</sup>

Para nosotros se adicionan otros impedimentos para gestar estos Decretos Leyes Orgánicos, en primer lugar, la Constitución es absolutamente clara al prever taxativamente una reserva material para los tipos normativos que tienen el carácter de "orgánicos", con lo cual, cualquier invasión en esta esfera reservada por otro instrumento normativo aunque fuese de rango legal como sería un Decreto Ley, constituiría un fraude constitucional, no solo a la materia sino también al procedimiento que en algunos supuestos a los quórum exigidos en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Justamente ese procedimiento por mandato constitucional, solo se podría llevar a cabo en el seno de la Asamblea Nacional, configurado como único órgano competente exclusivo y excluyente para dictar Leyes Orgánicas, al igual que Leyes Habilitantes, por lo cual, el Ejecutivo, órgano diferenciado estaría vedado de dictar no solo decretos Leyes con carácter orgánicos sino también la otra figura conceptualizada en el propio 203 como sería Decretos leyes habilitantes. El Presidente de la República nunca podría ser habilitado por la Asamblea Nacional, -ni por delegación ni por autorización- a espacios materiales y formales, que constitucionalmente solo ella podría dictar.

Existe un área de inaccesibilidad material para el poder normativo del Ejecutivo a través de sus órganos de Gobierno, ya que constitucionalmente existen materias reservadas especialmente en beneficio de las leyes orgánicas, como decisión soberana y monopólica del Parlamento, particularmente frente a otras figuras normativas como serían los Decretos Leyes, al cual le estaría vedado por su ausencia de legítima representación de los quórum calificados que exige la Constitución, para que estas puedan discutirse o reformarse.

La reserva constitucional de materias que solo pueden ser desarrolladas por ley orgánica, es una garantía fundamental para el Soberano, muy particularmente para el principio de representación de la población que no puede ser menoscabado ni conculcado por la minoría mayoritaria de la Asamblea Nacional, por ende mucho menos por el presidente de la República en consejo de ministros a través de la normatividad extraordinaria u excepcional que le otorga la propia Constitución, pues sencillamente esas áreas materiales de reserva constitucional orgánica se entregan únicamente al Parlamento Federal e inclusive en algunos supuestos con *quórum* calificados, situaciones que en manera alguna pueden ser arrojadas por el Ejecutivo.

---

<sup>11</sup> José Peña Solís, *Obra citada*, p. 179.

Pretender crear figuras normativas como la figura de los Decretos Leyes Orgánicos, que van en contra de lo dispuesto en el texto constitucional, en cuanto a las formas taxativas de normatividad, espacios materiales estancos reservados a una organicidad particular, fórmulas procedimentales, exigencias de garantías de consenso parlamentario expresado a través de quóruns calificados, o permitir discrecionalmente calificaciones y áreas sobre las cuales ilimitadamente norme un órgano, que por su esencia no tiene representatividad de toda la población -como es el Ejecutivo-, constituye a nuestro juicio, un profundo agravio al pacto fundamental consagrado en el texto constitucional.

## *El “paquetazo”, un conjunto de leyes que conculcan derechos y amparan injusticias*

Freddy J. Orlando S.

*“Cuando se han corrompido los principios del gobierno, las mejores leyes se hacen malas y se vuelven contra el Estado”.*

*Montesquieu  
“El Espíritu de las Leyes”  
Libro Octavo, Capítulo XI*

El día que expiraba la Ley Habilitante, cuya entrada en vigencia ocurrió el 1° de febrero de 2007, y mediante la cual el parlamento, durante dieciocho meses, se despojó en favor del presidente de la república de una de sus principales atribuciones, la de legislar, éste sorprendió y desconcertó al país al dar a conocer un conjunto de textos legales que había dictado en ejercicio de la señalada facultad. Sorpresa, por haberlo hecho en los minutos finales del señalado plazo, mediante el simple enunciado del título de los decretos leyes y la publicación, dos días después, de su contenido, sin previa consulta popular de ninguna índole; y desconcierto porque a través de ellas se pone en vigencia el bloque de propuestas que formaba parte del proyecto de reforma constitucional que resultó rechazado en el referéndum consultivo de diciembre de 2007.

En efecto, en la señalada fecha, el jefe del ejecutivo nacional dictó veinte y seis decretos con fuerza de ley, algunos con la jerarquía de orgánicas, que de inmediato la opinión pública denominó el “Paquetazo” y que han sido rechazadas por los ciudadanos porque modifican aspectos sustanciales de la Constitución que nos rige, van en detrimento de los muy pocos restos de institucionalidad que aun subsisten, vulneran derechos y garantías ciudadanas y patrocinan desafueros e iniquidades.

Un ejemplo que nos permite formular el anterior aserto, lo encontramos en el “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios”, cuyo artículo 5° declara *“de utilidad pública e interés social todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad”*.

Aparte la inseguridad jurídica que propicia esta disposición, habida cuenta la indeterminada e infinita gamas de bienes que podrían ser considerados de utilidad pública, -desde la materia prima, por ejemplo, para producir pantalones, hasta el último tornillo del vehículo que los transporta para su venta al por mayor o al detal- es evidente la lesión que sufre el derecho de propiedad, ya que *“cuando la circunstancias así lo requieran”* el ejecutivo nacional podrá hasta expropiarlos *“sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional”*, tal como lo prevé la parte *in fine* del citado artículo 5°. La infracción a la garantía constitucional relativa al derecho de propiedad es más que evidente. Un proceder de esa índole por parte de la correspondiente autoridad implicará, correlativamente, menoscabo del derecho al trabajo de los afectados por la medida, así como restricciones a la libertad de industria y comercio.

Lo relativo al procedimiento de fiscalización -facultades del funcionario fiscalizador, supuestos para la procedencia de las medidas preventivas, tipos de medidas preventivas- contenidos en el referido Decreto Ley, es otro claro ejemplo de una consagración de normas de carácter punitivo propias de un Estado Totalitario al mejor estilo del que concibió Orwell en su novela "1984", mas no al de un Estado de Derecho.

Calcado sobre el mismo esquema de la ley anteriormente comentada, se encuentra el "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria", particularmente en cuanto atañe a la materia relacionada con las fiscalizaciones y las medidas preventivas, entre las que se encuentran "*el comiso de bienes, la destrucción de mercancías, el cierre temporal, la requisición u ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad agroalimentaria o para el transporte o almacenamiento de los bienes comisados, cierre temporal del establecimiento, suspensión temporal de las licencias, permisos o autorizaciones*" y, por si fuera poco el elenco que antecede, que más que medidas preventivas debieran ser las definitivas por las consecuencias que acarrearán, la ley prevé otra sanción, constitutiva de una típica "norma en blanco", y absolutamente contraria a la garantía relativa a la tipicidad de las faltas: "*Todas aquellas que sean necesarias para garantizar el abastecimiento de los alimentos o productos regulados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica*". ¡Huelga cualquier comentario al respecto!

Otros textos legales que se insertan dentro del molde de los dos Decretos Leyes referidos con antelación, en cuanto a los elementos intimidatorios y restrictivos que lo caracterizan son, los relativos al "Turismo", al "Transporte Ferroviario Nacional", a la "Salud Agrícola Integral". Este último, por ejemplo, pretendiendo dar una apariencia de respeto al derecho a la defensa, desarrolla un procedimiento que no es otra cosa que una verdadera mueca de la garantía al debido proceso. En el curso de dicho procedimiento la autoridad solamente con la "**presunción**" de que la condición sanitaria de un determinado bien "implique peligro de introducir, propagar o diseminar" enfermedades o plagas, puede dictar entre otras **medidas preventivas**, el comiso, la incineración el sacrificio o la destrucción del bien, "a costo de los importadores o importadoras". El desestímulo al comercio de importación de alimentos por parte del sector privado es lo que, sin duda, logrará este Decreto También dará -es lo más probable- un significativo e importante aliento a la industria de la corrupción.

A través del "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley al "Fomento y Desarrollo de la Economía Popular", el presidente de la república expone el denominado "modelo socio productivo comunitario para el fomento y desarrollo de la economía popular". El artículo 5° en el numeral 1 de dicho instrumento legal, lo define como el "*sistema de producción transformación, distribución e intercambio socialmente justo de saberes, bienes para y servicios de las distintas formas organizativas surgidas en el seno de la comunidad*" entre cuyas características destacan las siguientes: a) los medios de producción de las denominadas empresas de propiedad social directa o comunal, son propiedad de la colectividad; b) en las llamadas empresas de propiedad social indirecta, la propiedad es ejercida por el Estado a nombre de la comunidad, c) se instituye el "trueque comunitario" como "sistema de intercambio solidario" entre el conjunto de personas que producen, distribuyen y consumen bienes y servicios, (denominados 'prosumidores') con exclusión del uso de la moneda de curso legal que será sustituida por 'una moneda comunal', para ser utilizada solamente dentro de su ámbito geográfico y que será regulada por el Banco Central de Venezuela.

Es decir, el afán presidencial de disminuir el rol protagónico que ha tenido la empresa privada y su aporte al desarrollo del país, con el propósito de instaurar un sistema comunista, lo lleva a violar, de manera abierta y flagrante, el artículo 112 de la Constitución que nos

rige, el cual le impone al Estado la obligación de promover la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios, con la posibilidad de que “planifique, racionalice y regule la economía”, pero no para que lo haga en detrimento de la “iniciativa privada”, que ha sido la constante durante esta administración, sino para impulsar el desarrollo del país, porque es un hecho histórico, comprobado además, después de las fracasadas experiencias de los sistemas económicos desarrollados por la extinta Unión Soviética, China, Corea y Cuba, que el desarrollo de un país no se logra sino con el concurso del sector privado, no con el acoso, persecución y desaliento que reciba del Estado. Con este Decreto Ley resulta igualmente quebrantado el artículo 318 constitucional que prevé como unidad monetaria de nuestro país el bolívar, pues se hace coexistir con dicho signo otros de diferente denominación y valor, sin que ninguna razón técnica lo justifique.

Un comentario aparte merece el “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública”, que deroga el texto dictado por la Asamblea Nacional que la regulaba. Destacan de este instrumento legal, entre otros particulares, la inclusión de las “autoridades regionales” dentro de los órganos superiores de dirección del nivel central de la Administración Pública Nacional; la creación de una figura con todas las características de los institutos autónomos, pero a la que se le ha suprimido ese vocablo. Dicha figura no es otra que la que su artículo 96 denomina “Institutos Públicos”. La aversión que parece producir la palabra “autónomo” en el seno del ejecutivo nacional, ha llevado a que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, le cambie también la denominación que han tenido los “Servicios Autónomos sin personalidad Jurídica” por el de “Servicios desconcentrados sin Personalidad Jurídica”.

Las “Misiones” aparecen ahora reguladas en el Decreto Ley bajo referencia. De acuerdo a lo que allí se prevé, podrán ser creadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros cuando circunstancias especiales así lo ameriten.

De otro lado es de destacar que en virtud de que el artículo 2º expresa que las disposiciones del presente Decreto serán aplicables a “la Administración Pública, incluidos los estados, distritos metropolitanos y municipios” y el artículo 46, *ejusdem*, señala que “La Presidenta o Presidente de la República, en su carácter de Jefa o Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública...”, debe concluirse entonces que el titular del Ejecutivo Nacional, puede dirigir la Administración Pública en las referidos entes territoriales. De esta manera la centralización queda robustecida en perjuicio de la autonomía que la Constitución le confiere a dichos entes.

De acuerdo al contenido del artículo 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, “los órganos, entes y misiones de la Administración Pública se encuentran sujetos “a los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada” lo cual es revelador, una vez más, de la política centralista en la que avanza el gobierno para controlar, totalmente, a los ciudadanos, sus bienes, la economía del país, etc. En la consecución de este objetivo, se conculcan derechos cuya prosapia data de hace ya varios siglos, como ocurre con el derecho de propiedad, a la libertad personal y la garantía al libre desenvolvimiento de la personalidad, expresamente referidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 formulada por los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional.

La vigente Constitución expresa que las limitaciones a las que está sometida la garantía mencionada en último término, son las que derivan del derecho de los demás y del “orden público y social”; que en nuestro caso no puede ser el de corte comunista, porque éste ya fue rechazado en el referéndum consultivo del diciembre de 2007 y de acuerdo a lo establecido

en el artículo 345 de la ley fundamental de la república “*la iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período a la Asamblea Nacional*”.

La lucha que debe librarse para asegurar la vigencia de la Constitución tiene asidero en su propio texto: “Artículo 333. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”; “Artículo 350. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz, la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.”



# *Control constitucional de la delegación legislativa en Venezuela*

Marie Picard de Orsini y Judith Useche  
*Profesoras de Derecho Constitucional de la  
Universidad de Carabobo*

*“El Estado de Derecho es como el pan nuestro de cada día, como el agua para beber o el aire para respirar”.*

*Radbruch, G.*

## I. PREMISA INTRODUCTORIA

### 1. *Democracia y Estado de Derecho*

Existe un elemento inherente a todo sistema democrático enclavado en un Estado de Derecho y que debe adquirir vigencia concreta, es el principio de la separación de los órganos del Poder Público que se materializa en la limitación por un lado, y el control por el otro, conceptos de relación indisoluble. La limitación al Poder Público es necesaria para que exista equidad, racionalidad, justicia y legitimidad. El principio de separación de los órganos del Poder Público constituye la base del Estado de Derecho que a su vez es la base de los derechos civiles y políticos. La función de control está regulada por facultades constitucionales determinadas, consagradas en la Constitución como un sistema de contrapesos específicos entre las diversas ramas del Poder Público y normas de control y equilibrio constitucional, como garantía de que los órganos se mantengan dentro del marco jurídico.

Particular problema representa para la institucionalidad cuando la idea de la separación de los Órganos del Poder Público no existe y el poder del Estado se concentra en una sola instancia y quienes detentan el poder no son controlados y no se corrigen recíprocamente, agrandando así las posibilidades reales del abuso de poder. De existir esta concepción funcional permite el poder totalitario del Estado. Al no existir, tal división en los órganos del Poder Público no se permite la independencia, el equilibrio ni los elementos que son irrenunciables en un orden social libre.

Cuando un régimen constitucional fundamenta el ejercicio del Poder Público no sólo en la democracia sino también en los principios del Estado de Derecho, justifica con ello su legitimidad y es ejercicio jurídico constitucional.

### 2. *Una “anormalidad” en situaciones “especiales”: Delegación o habilitación*

El Órgano Legislativo tiene la potestad constitucional de la creación de las leyes; sin embargo, existe una institución que altera el régimen normal de esta potestad cuando la delega en el Órgano Ejecutivo, es decir, lo habilita en su facultad legislativa, siguiendo una lógica política y una técnica jurídica que tiene constitucionalmente una justificación real en términos concretos, precisos y específicos por el tiempo que se pudiese denominar de “anormalidad” o de situación especial que amerita que esta delegación o habilitación no sea excesiva en el tiempo. Si debemos aclarar que es necesario un control político sobre el órgano delegado; asimismo, un control constitucional que en nuestro país corresponde al Órgano Jurisdiccio-

nal. Este control preserva el pluralismo, la participación ciudadana e inclusive la libertad de expresión, se trata de velar por el principio democrático de las restricciones a los derechos humanos.

### 3. *Base constitucional*

La posibilidad de transferir la potestad de legislar del Órgano Legislativo al Presidente de la República –Órgano Ejecutivo- está consagrada en el texto constitucional venezolano en los artículos 203 (tercer aparte) y 236, (numeral 8). En este sentido, el artículo 203 establece “Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley, las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio.”

El artículo 236 al establecer las atribuciones del Presidente de la República, en el ordinal 8 establece “dictar, previa autorización por la ley habilitante, decretos con fuerza de ley”.

De acuerdo con el artículo 203, tercer aparte de la Constitución de 1999, se entiende por Ley Habilitante el tipo normativo sancionado por la Asamblea Nacional con una mayoría calificada, que tiene como objeto delegar temporalmente el ejercicio de la potestad legislativa al Presidente de la República en Consejo de Ministros, para que dicte actos con fuerza y valor de ley, denominados por la doctrina decretos leyes, ajustados al marco, directrices y propósitos de las materias objeto de la delegación legislativa. (José Peña Solís, *Los tipos normativos en la Constitución de 1999*, p. 147).

Por lo tanto, la delegación legislativa es una facultad excepcional y que solo se justifica en situaciones especiales o de crisis que imponen que el gobierno dicte normas inmediatas y obliga a prescindir del procedimiento

La titularidad para sancionar la Ley habilitante le pertenece a la Asamblea Nacional, y de la misma manera, el titular en quien debe delegar la potestad legislativa es el Presidente de la República –Órgano Ejecutivo. La delegación debe ser para dictar decretos con fuerza de ley, queda así expreso su carácter. Se trata de delegar sobre materias determinadas, lo cual no aparece en la Constitución de 1999 pero debido al concepto que tenemos de la delegación legislativa se puede sostener que debe recaer sobre determinados ámbitos materiales, pues estamos muy lejos de admitir las llamadas por la doctrina “delegaciones en blanco” que han sido prohibidas en el Derecho Comparado pero, ciertamente los artículos nombrados *supra* no establecen ningún límite material al contenido de las leyes habilitantes.

## II. LA LEY HABILITANTE Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

La vigencia de los derechos humanos es un presupuesto ineludible de los sistemas democráticos, y la función primordial de la justicia constitucional es precisamente la de garantizarlos. No podría ser aceptable que por obstaculizar el ejercicio de la oposición política establecieran limitaciones a los derechos humanos que solo son admitidas cuando los fines públicos que con ellas se persigan estén en consonancia con una sociedad democrática.

En el ordenamiento jurídico venezolano existe una jurisdicción constitucional y la ley habilitante como cualquier otra ley está sujeta al control de constitucionalidad por parte del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional y así lo dispone el artículo 336, numeral 3 que establece “Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución”. Lo importante es saber que tipos de vicios pueden afectar a las leyes habilitantes que determinen que colidan con la Constitución: Ca-

rencia de los requisitos objetivos y formales que condicionan su validez (delegaciones en blanco) un objeto totalmente indeterminado; carencia de directrices y propósitos que deberán condicionar el ejercicio de la delegación por parte del Presidente de la República, y cuando carezca de término para el ejercicio de la delegación conferida al Órgano Ejecutivo. La ley habilitante estaría viciada de nulidad. También puede ocurrir que la ley habilitante viole disposiciones constitucionales (Principios Fundamentales): La participación ciudadana, la igualdad o la tutela judicial efectiva. Siempre será posible interponer la acción de inconstitucionalidad (control concentrado contra la ley habilitante); sin embargo, no tiene previsto un control previo como si lo tiene la Ley Orgánica; pero, los Decretos con fuerza de ley orgánica que dicte el Presidente de la República en ejecución de la ley habilitante están sujetos al control preventivo de la Sala Constitucional (sentencia N° 1716 de 19-9-2001).

En consecuencia, según la sentencia en cuestión, la ley habilitante ha sido considerada como ley orgánica pero no tiene control previo, mientras que los decretos con fuerza de ley si están sujetos al control previo. El Presidente de la República puede dictar decretos con rango de leyes orgánica pero la Sala Constitucional debe determinar si los mismos están sujetos al control previo de constitucionalidad de su carácter orgánico.

Como en toda ley, el contenido de la delegación legislativa debe ser informado y la sociedad organizada debe intervenir en el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos, aplicando el artículo 211 de la Constitución de 1999. Se trata del principio de la participación ciudadana en los asuntos públicos. La omisión vicia de nulidad a los Decretos-Leyes. En consecuencia, el Presidente de la República, en ejercicio de la delegación de la que ha sido objeto debe al dictar un decreto con fuerza de ley propiciar y permitir la participación ciudadana para oír las diversas opiniones de la ciudadanía sobre el proyecto del decreto.

#### 1. *La Ley Habilitante del 11 de febrero de 2007*

El 11 de febrero de 2007, la Asamblea Nacional dictó la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se le delegaron. De acuerdo con esta Ley, se faculta al Presidente de la República, para que en Consejo de Ministros, dicte Decretos-Leyes en un ámbito muy amplio de la reserva legal durante diez y ocho meses. En consecuencia, durante este lapso el Presidente de la República haría el trabajo de la Asamblea Nacional, asumiendo el papel de ejecución de la ley, pero, además, creando la norma con fuerza y valor de ley.

Efectivamente, el Presidente de la República dictó 26 Decretos-leyes ya terminando el lapso estipulado en la ley Habilitante con los mismos propósitos de la fallida Reforma Constitucional que por referéndum fue rechazada por el pueblo venezolano (2 de diciembre de 2007). En consecuencia, el espíritu de la Reforma Constitucional rechazado en referendo por los venezolanos, fue inserto en estas normas legales que están en vigencia. Todo este conjunto de normas legales van dirigidas principalmente en la reforma de la economía capitalista en una economía socialista enmarcada en lo que el oficialismo denomina “El socialismo del siglo XXI”.

#### 2. *La inconstitucionalidad de la ley habilitante y de los Decretos-leyes. La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho*

Los decretos-leyes aprobados por vía habilitante representan para Venezuela la supresión de las garantías constitucionales: La garantía de separación de los órganos del Poder Público y la garantía de la reserva legal, tópicos fundamentales para que el Estado pueda considerarse democrático, de conformidad con la cláusula constitucional contenida en el artículo 2 de la Constitución de 1999,

Es una limitación a la delegación, la garantía de la reserva legal en materia de los derechos humanos.

A pesar de la amplia ausencia de límites a la delegación legislativa, los derechos constitucionales establecidos en la Constitución constituyen una limitación esencial que implica que no es posible tal delegación en materias de limitación o restricción a los derechos y garantías constitucionales y mucho más que impliquen el no reconocimiento del principio de progresividad. La implicación deriva de los artículos 19 al 129 de la Constitución que se refiere a la reserva legal y que obligan que solamente por ley, puedan limitarse o restringirse los derechos garantizados en el texto constitucional. Se reservan dichas regulaciones a la ley emanada de la Asamblea Nacional, atribución conferida por la propia Constitución “Legislar en las materias de la competencia nacional.” (Art. 187.1) y el artículo 156 como competencia del Poder Nacional “la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales...”

La mayoría de las materias contenidas en los Decretos-Leyes delegados al Presidente de la República forman parte de la reserva legal: la seguridad, la defensa y desarrollo nacional, la expropiación como causa de utilidad pública como ejemplos. Internacionalmente, la Convención Interamericana de Derechos Humanos que tiene rango constitucional y es de aplicación prevalente en el derecho interno conforme al artículo 23 del texto constitucional, establece en el artículo 30: Alcance de las restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En consecuencia, una visión de conjunto sobre el alcance de la vigencia de estos Decretos-Leyes nos permite hacer los siguientes comentarios: Significan: **1.** Un atentado a la Democracia y al Estado de Derecho. **2.** Violación del principio de supremacía constitucional (artículo 7). **3.** Supresión del principio de separación de poderes. Actualmente, en Venezuela, existe simulación de separación de los órganos del Poder Público. **4.** Negación total de la participación ciudadana en la discusión de las leyes. La participación ciudadana es un derecho-garantía y un valor fundamental. La Constitución de 1999 en sus disposiciones 5, 62 y 70 exige al Presidente de la República un período de consulta con la comunidad organizada sobre cada uno de los Decretos-Leyes que se dicten. **5.** Negación de la garantía de reserva legal. La habilitación legislativa para que el Presidente de la República dicte decretos en materia de reserva legal, es una facultad excepcional que se justifica por razones especiales, situaciones de crisis que no permitan aplicar el procedimiento constitucional. No existen razones que justifiquen tal habilitación. La garantía de la reserva legal en materia de derechos y garantías constitucionales constituye un límite a la delegación legislativa. **6.** Las materias que son objeto de las leyes orgánicas y de las leyes de bases constituyen límites a la delegación legislativa. Sin embargo, existen dos sentencias que dicta la Sala Constitucional de fecha 19 de septiembre de 2001 que se refieren a los Decretos con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, y de Ciencia, Tecnología e Innovación, cuyos contenidos es idéntico. En esa oportunidad, la Sala Constitucional estableció lo siguiente: “Partiendo de las aseveraciones anteriormente expresadas, esta Sala precisa señalar que en la nueva Carta Magna –al contrario de lo previsto en la constitución de 1961– estableció formalmente en su artículo 236, numeral 8, la posibilidad de que la Asamblea Nacional delegue su potestad normativa al Presidente de la República, sin ningún tipo de límites de contenido. No obstante, se observa que la referida norma constitucional no solamente plantea la inexistencia de límites materiales para la habilitación legislativa en cuanto al objeto o contenido de la ley, sino que además, tampoco establece limitación en cuanto a la jerarquía de la norma legal, motivo por el cual esta Sala considera que el Presidente de la República, en ejercicio de tal habilita-

ción, podría dictar no sólo leyes ordinarias, sino también leyes orgánicas, pero le corresponde a la Sala Constitucional declarar la constitucionalidad del carácter orgánico del decreto legislativo, sólo cuando el acto no haya sido calificado como con tal carácter por la Constitución (...).

“Para el establecimiento de este nuevo régimen, el Presidente de la República, en ejercicio de la discrecionalidad que le permite realizar el análisis de la materia objeto de la regulación y precisar así la normativa procedente para cumplir con la finalidad de la mencionada ley habilitante, dictó con fuerza de ley orgánica el decreto de Ciencia, Tecnología e Innovación, dado que consideró que esa debía ser la eficacia de la normativa necesaria para adecuar y establecer los correctivos indispensables en pro del interés público, lo cual resulta estar ajustado-en cuanto a su denominación orgánica- a las previsiones de la habilitación legislativa, pues la disposición antes transcrita no refirió si el instrumento normativo que debía dictar en esta materia, era con rango de ley orgánica u ordinaria ...”. Se trata entonces, de la legitimación de los decretos con fuerza de ley orgánica o decretos leyes orgánicos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.**7.** Se evidencia el retorno a la centralización. **8.** Ampliación de poderes del gobierno. **9.** Fortalecimiento a la presencia popular en las relaciones económicas (consejos comunales, misiones...) como mecanismo de control social. **10.** La delegación que se le hace al Presidente de la República es exageradamente amplia. La mayoría de los instrumentos legales regulan directamente materias del ámbito económico, como las finanzas públicas, la banca, el turismo, el sector agroalimentario y el acceso a bienes y servicios.: énfasis presidencial de establecer nuevas definiciones en el campo de la economía de corte socialista y el resto de leyes abarcan modificaciones en el régimen de administración pública e instituciones como la Fuerza Armada, temas como la vivienda, la seguridad social, espacios acuáticos, las canalizaciones y el sistema ferroviario, ciencia y tecnología, salud, seguridad y defensa nacional, transporte. **11.** Esta delegación legislativa concibe al parlamento venezolano en un órgano institucionalmente improductivo, que hace injustificable su existencia. **12.** Los Decretos Leyes producto de la Ley Habilitante son inválidos por ser contrarios a la Constitución vigente. **13.** Se nota la concentración de las actividades productivas y no productivas en un Estado monopólico. **14.** En esta normativa no hay referencia al propietario sino a adjudicatario y el establecimiento de otros tipos de propiedad, lo cual colide con la Constitución vigente. **15.** Particularmente el Decreto sobre la Fuerza Armada Nacional denominada bolivariana que introduce elementos para militarizar a la sociedad civil a través de las milicias, resulta extremadamente peligroso.

### III. REFLEXIONES FINALES

Es la transformación de las instituciones del Estado sin ninguna limitación y sin control alguno. Es importante, recalcar que el cambio de la Política Fundamental (Loewentein): que implica el cambio de una economía de empresa por una de corte socialista sólo puede ser competencia del Órgano Legislativo, en fin, el cambio para un Estado Socialista sólo obedece a una política conformadora que le pertenece exclusivamente al Órgano Legislativo; sin embargo, en nuestra opinión ni siquiera a través de una Constituyente, podría modificarse el esquema de libertades y garantías previstas en el texto constitucional vigente conforme al principio de progresividad.

Todo lo expuesto materializa un fraude constitucional lo cual es objeto del control jurisdiccional, so pena de incurrir en responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios a quienes les corresponde realizar dicho control. Se trata de una verdadera rutina el predominio fáctico de un poder sobre los otros, lo cual constituye una anómala situación institucional.

El control constitucional sobre los actos legislativos y las leyes es un instrumento excelente para hacer eficaz el Estado de Derecho. El control jurisdiccional de los decretos con fuerza de ley, puede ejercerse mediante la acción de inconstitucionalidad (control concentrado) pero también, por tratarse de un instrumento normativo con eficacia material, también puede solicitarse su inaplicación en un juicio cualquiera en que deba aplicarse (control difuso). La declaratoria de nulidad puede ser total o parcial.

Es necesario recordar que los decretos con fuerza de ley pueden ser sometidos al referéndum abrogatorio, de esta manera aplicar el artículo 74 de la Constitución de 1999

Ya que las nuevas leyes que puedan dictarse inclusive por el Órgano Legislativo suprimen cualquier garantía contemplada en nuestra Constitución ( La nueva Ley de Gestión y Ordenamiento Territorial que está actualmente para su segunda discusión en la Asamblea Nacional), cuyo contenido fue rechazado el 2 de diciembre de 2007, bajo el nombre de la nueva geometría del poder.

# *La centralización del poder en el Estado federal descentralizado*

Manuel Rachadell

*Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Políticas de la UCV*

## I. INTRODUCCIÓN

Durante la última década del siglo XX tuvo lugar en Venezuela un proceso de descentralización que fue mirado con interés en América Latina porque rompía con la tradición nacional de concentrar el poder en una persona, al mismo tiempo que se proclamaba la vigencia de un régimen federal, y que se consideró como ejemplar por la audacia de sus postulados.

En efecto, en Venezuela como en los demás países latinoamericanos de amplia extensión territorial, se había discutido desde el inicio de la nacionalidad sobre la forma del Estado y se habían creado tensiones entre las posiciones centralistas y federalistas, que en nuestro caso, al igual que en México, Brasil y Argentina, concluyó con la instauración del federalismo. Pero las necesidades de la guerra de independencia condujeron a la sanción de constituciones centralistas bajo la inspiración bolivariana, las cuales por cierto eran apenas declaraciones de intención en el ambiente de anarquía reinante. Llegado el momento de organizar el país ya independiente, hubo timidez en reinstalar el federalismo en el texto constitucional, lo que sirvió de pretexto para un prolongado enfrentamiento bélico interior que dejó una secuela de ruina y de odios en la sociedad venezolana, concluido el cual se proclamó en la Constitución la forma federal del Estado. Pero la evolución del país a partir del último tercio del siglo XIX y la mayor parte del siglo siguiente se caracterizó por un centralismo progresivo, incluso avasallante, en cuanto a la conformación de las instituciones públicas, y ello no solamente en la actuación de los regímenes dictatoriales, sino en los períodos democráticos, incluso en el que instauró en 1958.

En esta etapa –que algunos llaman “la Cuarta República” mientras otros la denominan “La República Civil”- se experimentó en forma reiterada la alternabilidad democrática y se contabilizaron logros trascendentes en la dotación de una infraestructura física en vialidad, transporte y comunicaciones, en la construcción de complejos industriales bajo el control del Estado, en la instauración de políticas sociales, sobre todo en salud y educación, en la adopción de prácticas eficientes de convivencia política y social. No obstante, a partir de mediados de la década de los setenta el sistema comenzó a mostrar síntomas de decadencia, lo que se tradujo en un sentimiento cada vez más ampliamente compartido de que el futuro ofrecía menos posibilidades para el progreso social y personal.

Una década después se dio comienzo a una reflexión nacional, bajo el liderazgo de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), sobre las medidas necesarias para hacer a la sociedad más democrática y al Estado más eficiente. Diversas fórmulas se discutieron a estos fines, pero la más novedosa y aceptada fue la necesidad de acometer un proceso de descentralización del Estado y del país, bajo los siguientes supuestos: era necesario permitir que las soluciones se adoptaran en el mismo nivel en que surgían los problemas, lo que abría un amplio campo para la participación de los ciudadanos y la transferencia de

competencias y de recursos del Poder Nacional hacia los Estados, los Municipios y la sociedad organizada. Todo ello no podría hacerse sin involucrar a los ciudadanos en la conducción de los asuntos públicos y sin que se instaurara un sistema de mérito en la función pública, que esta vez sí contaría con el apoyo social requerido. Pero además, la descentralización debía generar un incremento de iniciativas locales y regionales, para administrar los servicios en formas inéditas, para ampliar la cobertura de la acción pública y para hacer más rendidora la inversión de los dineros públicos. Por tales razones, la descentralización no fue concebida como una reivindicación política destinada a favorecer los intereses de las entidades que habían suscrito en el siglo anterior el pacto federal, sino como un mecanismo para permitir la participación social, sin otro propósito que el de aumentar la eficiencia de los servicios públicos.

Los resultados de los diez años que duró el proceso de descentralización, a pesar de que hubo algunas fallas, incomprensiones, celos y oposiciones no confesadas, fueron sin embargo excelentes, y así lo destacaron los estudios que se hicieron por organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales. Excedería de las presentes consideraciones el análisis de este tema, pero basta con señalar que, para el momento en que se inicia el proceso constituyente de 1999, todos los actores políticos se pronunciaron en favor del federalismo y de la descentralización, sobre todo quien había sido recientemente electo para ocupar la Presidencia de las República. En efecto, al instalarse la Asamblea Nacional Constituyente, el teniente coronel (r) Hugo Chávez pidió ser recibido por ésta en el segundo día de sus deliberaciones y esa oportunidad consignó un documento que llamó *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la Quinta República*, en el que propuso la conformación de un Estado federal descentralizado, con unas transferencias de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios de una magnitud inusitada, hasta entonces nunca sugeridas por nadie. Como resultado de este proceso, en el Preámbulo de la Carta promulgada el 30 de diciembre de 1999 se expresa el propósito de establecer “un Estado de justicia, federal y descentralizado”; en los Principios Fundamentales se proclama que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad” (art. 4); en el artículo 158 se consagra que “La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”. Pero además, se menciona el propósito de la descentralización en otros once artículos de la Constitución: 6, 16, 84, 157, 165, 184, 185, 269, 275, 294, 300. Adicionalmente, como en el proceso constituyente no se aceptaron las amplísimas transferencias de recursos, sobre todo de ramos tributarios, que el Presidente había propuesto para los Estados, se incluyó una Disposición Transitoria –la sexta-, conforme a la cual, dentro del año siguiente a la instalación de la Asamblea Nacional, ésta aprobaría una ley para desarrollar la hacienda pública estatal, en la que se establecerían “los tributos que la compongan” (numeral 6).

En abierta contradicción con las declaraciones constitucionales sobre el federalismo y la descentralización, desde el inicio de la vigencia de la nueva Carta se inicia un proceso de concentración del poder y de centralización de la Administración, que se realiza mediante leyes y omisiones legislativas, actos y actuaciones de la administración, vías de hecho, decretos leyes, que son anteriores y posteriores al intento fallido de reforma de la Constitución. El análisis de ese proceso, que ha buscado establecer un sistema político monocéntrico y personalista al margen del ordenamiento constitucional, es el objeto de las presentes consideraciones. A estos efectos, nos referiremos a las actuaciones previas al proyecto de reforma constitucional (I), al contenido de este proyecto (II), a las actuaciones posteriores al referendo del 2



de diciembre de 2007, con énfasis en el paquete de 26 decretos leyes sancionados por el Presidente entre julio y agosto de 2008 (III), al intento de centralización mediante la ordenación del territorio (IV), para concluir con una opinión sobre el Estado resultante de esos procesos (V).

## II. EL CENTRALISMO EN EL PERÍODO 2000-2007

La etapa que examinaremos se caracteriza por la inclusión de normas legales y la adopción de vías de hecho que buscan centralizar el Estado. Previamente debemos por señalar que la Constitución Bolivariana, a pesar de sus reiteradas proclamas en favor del federalismo y la descentralización, contiene disposiciones que son incompatibles con estos conceptos, y ello se manifiesta en diversas formas:

La supresión del Senado deja sin representación a los Estados en el órgano deliberante nacional y facilita la adopción de medidas que persiguen la concentración del poder.

La figura de los territorios federales permite sustraer ámbitos territoriales pertenecientes a los Estados, aunque sería imposible crearlos en la práctica porque para hacerlo se requeriría la anuencia de los habitantes de la entidad afectada, manifestada en referendo aprobatorio.

Se contempla una concentración de poderes en el Presidente de la República, sin precedentes en Cartas anteriores, que se expresa en la potestad que se le asigna de conceder ascensos militares en grados de coronel hacia arriba, sin consultar al órgano legislativo; la creación y supresión de ministerios y la asignación de competencias a tales órganos; la ampliación del ámbito de la delegación legislativa que puede hacer la Asamblea Nacional al Poder Ejecutivo, no limitada, como en la Constitución de 1961, a situaciones de emergencia, ni a la materia económica y financiera.

Se reserva a la Asamblea Nacional la competencia sobre la organización de los Consejos Legislativos de los Estados, lo cual es impensable en un Estado Federal, y sobre los mecanismos de planificación regional y local, que siempre habían correspondido a los propios Estados y a los Municipios, en sus respectivas esferas.

En la práctica no existen competencias exclusivas de los Estados, porque todas las atribuciones de éstos se ejercen “en conformidad con la ley nacional”; y en cuanto a las competencias denominadas concurrentes, la delimitación de ámbitos entre lo nacional, lo estatal y lo municipal se asigna a las leyes de base que promulga la Asamblea Nacional, o el Presidente por delegación de aquella.

En el aspecto financiero, se disminuye el Situado de los Estados, que deja de ser el 20% de los ingresos ordinarios previstos en el Presupuesto de la República, como mínimo, para convertirse en una banda que oscila entre el 20 y el 15% de los ingresos ordinarios del Fisco Nacional. En la asignación de ámbitos tributarios a los Estados, se desmejora la condición de éstos, porque se les disminuyen las competencias que tenían antes del proceso constituyente: se excluyen los impuestos sobre los minerales de menor significación económica y se atribuye al Poder Nacional la competencia residual en materia tributaria, que antes correspondía a los Estados.

Ahora bien, excediéndose de las disposiciones constitucionales citadas -ya de por sí centralistas-, tanto la Asamblea Nacional como el Ejecutivo comienzan a adoptar medidas que buscan desconocer la autonomía de los Estados y que, en esta etapa se manifiestan así:

### 1. *Acciones y omisiones en el ámbito legislativo*

La Asamblea Nacional realiza su actividad legislativa partiendo del supuesto de que los Estados y los Municipios son unidades periféricas de un sistema administrativo centralizado que tiene como ente rector a una institución del Ejecutivo Nacional. Por ello se prescinde del principio federal cuando se sanciona la Ley de Licitaciones, el Estatuto de la Función Pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, la Ley de Aviación Civil, la Ley General de Puertos, entre otras. En todos estos conjuntos legislativos se somete a los Estados y Municipios a una subordinación jerárquica con relación al Poder Nacional, con lo que se desconoce el carácter de entes autónomos, políticamente descentralizados, que les asigna la Ley Fundamental.

Pero la actuación centralista de la Asamblea Nacional se expresa también en las omisiones legislativas que desconocen expresas instrucciones del Constituyente:

En primer lugar, se dejan de promulgar leyes fundamentales para la conformación del Estado federal descentralizado como son: la ley del Consejo Federal de Gobierno y la del Fondo de Compensación Interterritorial.

En segundo lugar, se incumple con la Disposición Transitoria que ordena promulgar la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estadal, y con ello se mantiene a los Estados sin recursos tributarios, lo que contradice la noción de federalismo e impide subsanar la falta de asignación de recursos a los Estados, en contradicción con la promesa del Presidente.

En tercer lugar, la devolución a los Estados de la competencia para administrar las tierras baldías, que se concreta en la Constitución, queda sin efecto desde el momento en que la Disposición Transitoria Décimoprimerá había congelado el ejercicio de tal derecho hasta tanto se dictara la ley correspondiente, lo cual no se hizo.

### 2. *Disminución de los recursos para los Estados y Municipios*

El Ejecutivo Nacional, sin que ninguna norma lo autorizara para ello, desde el año 2000 incurre en retenciones de recursos o retardos en la entrega de éstos a los Estados, provenientes del Situado, del FIDES o de las Asignaciones Económicas Especiales, particularmente con relación a Gobernadores desafectos al régimen imperante en lo nacional, lo cual dio lugar a litigios en los tribunales. Posteriormente, en combinación con la Asamblea Nacional, se agenciaron mecanismos para disminuir el monto del Situado, como los siguientes:

En primer lugar, como el Situado constitucional que corresponde a los Estados y a los Municipios se calcula sobre los ingresos ordinarios que percibe el Tesoro Nacional, se modificaron criterios aceptados tradicionalmente y con clara fundamentación legal, sobre lo que debe entenderse por ingresos ordinarios. En tal sentido se excluyeron de este concepto, por una parte, las utilidades del Banco Central de Venezuela, a partir del año 2002; por la otra, se estableció que constituyen ingresos extraordinarios los excedentes de beneficios de la industria petrolera, por encima de la estimación del precio del barril de petróleo que sirvió de base para la formulación de la Ley de Presupuesto, sin tomar en cuenta que el mayor rendimiento de una fuente de ingresos no cambia su naturaleza jurídica. Con estas modificaciones de criterios, y otras que veremos luego, se ha disminuido sensiblemente el monto del Situado constitucional.

En segundo lugar, se reducen los fondos de los Estados y de los Municipios, con el propósito de generar un excedente a ser destinado a los consejos comunales, organismos dependientes del Presidente de la República, así: el 7-3-2006 la Asamblea Nacional sancionó la reforma de la Ley del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), con la

finalidad de disminuir los aportes a los Estados (del 60% de los recursos se pasa a un 42%) y de los Municipios (del 40% se pasa al 28%), para destinar el 30% de la recaudación del IVA a los consejos comunales. En igual sentido, el 29-3-2006 se reformó la Ley de Asignaciones Económicas Especiales para los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas derivadas de Minas e Hidrocarburos, en la cual se disminuyen los recursos de los Estados al 45%, para permitir el financiamiento directo de proyectos presentados por los Municipios (30%) y por los consejos comunales (25%).

### 3. *Creación de administraciones paralelas*

La prestación de los servicios públicos ha resultado estar a cargo de dos órdenes de organismos: de un lado, los previstos en la Constitución, distribuidos en los niveles nacional, estatal y municipal; del otro, unas estructuras paralelas dependientes todas ellas del Presidente de la República, inicialmente de carácter transitorio y fuertemente partidizadas. De este modo se comenzó por crear el Plan Bolívar 2.000, que consistió en encomendar al Ejército Nacional ciertas funciones de carácter social, relacionadas con la salud pública, y que pronto se extendieron a otras áreas, incluyendo la asistencia jurídica a las personas de menores recursos. El programa fue abandonado luego de pocos años por la persistencia de escándalos de corrupción en el manejo de fondos públicos, que muchas veces se hacía en dinero en efectivo.

La necesidad de acometer programas populares que permitieran al gobierno aumentar su popularidad ante la inminencia del referendo revocatorio del mandato presidencial, unida a la abundancia de recursos por el aumento del precio de los hidrocarburos en el mercado mundial desde el año 2003, condujeron al régimen a emprender programas que, al igual que el anterior, dependieran directamente del Presidente de la República, como fue el caso de las Misiones. Una evaluación imparcial de las Misiones –sobre todo la más importante de ellas, la Misión Barrio Adentro– arrojaría aspectos positivos en sus resultados, pero pondría en evidencia el carácter proselitista de sus fines y la oscuridad en su manejo financiero, de modo que se comprobaría una gran distancia entre los recursos que se asignan y los que llegan realmente a sus destinatarios. En todo caso, las Misiones han sido un mecanismo para centralizar el poder y para reforzar la gestión personalista del Presidente de la República, sin que haya importado el cálculo de la relación costo-beneficio, excepto en el aspecto político.

Igualmente dependientes del Presidente de la República, encontramos como administraciones paralelas, semipúblicas y fuertemente partidizadas, la figura de los Consejos Comunales que el gobierno incluye, junto con las Misiones y con estructuras partidistas –como los Círculos Bolivarianos y las Unidades de Batalla Electoral–, entre los llamados “factores bolivarianos”. El gobierno ha descubierto con estas figuras un mecanismo para transferir recursos públicos a organizaciones altamente politizadas, y generalmente sin obligación de rendir cuentas.

### 4. *Creación de fondos paralelos*

Además de los recursos que ingresan al Tesoro y que son objeto de afectación para el cumplimiento de fines públicos por la Asamblea Nacional al sancionar la Ley de Presupuesto, el gobierno ha creado fondos paralelos que cumplen una variedad de funciones:

En primer lugar, los recursos son manejados bajo la dependencia directa del Presidente, sin sujeción a las normas que disciplinan la hacienda pública. Constituyen unas inmensas “cajas chicas” del Presidente, en las cuales están ausentes los conceptos de rendición de cuentas, control (ni siquiera interno) y evaluación de resultados, porque se rigen por los principios de secreto, confidencialidad y discrecionalidad.

En segundo lugar, los fondos paralelos se alimentan de “recursos extraordinarios” originados en la factura petrolera que excede de la estimación oficialmente aprobada en el presupuesto - caso Fondo de Desarrollo Económico y Social del País (FONDESPA)- y en las “reservas excedentes”, es decir una parte importante de las reservas internacionales en divisas que tiene el país y que administra el Banco Central de Venezuela, cuyo contravalor en bolívares ya ha sido pagado a PDVSA y que son gastadas una y otra vez, todo ello con fundamento en la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela efectuada en julio de 2005. Además, se han constituido unos veinte (20) fondos adicionales cuyos recursos son dispuestos por el Ejecutivo Nacional sin sujetarse a disciplina presupuestaria alguna.

En todos estos casos, se transfieren a esos “Fondos” unos recursos que, de acuerdo al ordenamiento constitucional vigente, deberían ingresar al Tesoro Nacional, y que, por tratarse de ingresos ordinarios, deberían servir de base para el cálculo del Situado de los Estados y Municipios, lo cual no se hace. De modo que los fondos paralelos no sólo son un mecanismo para administrar en forma discrecional, sin afectación parlamentaria y sin control alguno unos recursos que tienen una magnitud similar a la del presupuesto nacional, sino que son un instrumento para la centralización del poder, desde el momento en que permiten sustraer recursos que constitucionalmente corresponden a los Estados y Municipios por concepto de Situado, para ser manejado bajo las órdenes del Presidente. Pero además, los fondos a que nos referimos se han revelado como unas figuras que suministran recursos para la política internacional del régimen, que sirven para financiar inversiones, donaciones y préstamos a fondo perdido de gobiernos extranjeros, para intervenir en la política interna de otros países mediante donaciones de dinero a partidos y a personas, así como para actividades encubiertas en Venezuela, todo ello bajo el concepto de “partidas secretas”, lo que al mismo tiempo genera las mejores condiciones para la corrupción administrativa.

Esos fondos paralelos no tienden a disminuir, sino todo lo contrario. Ejemplo de ello, aunque nos salgamos del período que examinamos, lo encontramos en la Ley de Contribución Especial sobre Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de Hidrocarburos, sancionada por la Asamblea Nacional el 15/4/2008, llamada coloquialmente el “impuesto sobre las ganancias súbitas”, que pagan quienes exporten o transporten al exterior hidrocarburos líquidos o productos derivados en los casos en que el promedio mensual del crudo *Brent* sobrepase los 70 dólares de los Estados Unidos, con una alícuota del 50% de la diferencia, y de 60 % cuando exceda los 100 dólares. Este tributo ha sido calificado en la ley como contribución especial –en lugar de ser considerado como un impuesto, que es su verdadera naturaleza- con el objeto de que la recaudación que se genera por este concepto no entre al Tesoro Nacional como ingreso ordinario, sino al Fondo Nacional de Desarrollo (FONDEN), a los fines antes expuestos.

##### 5. *La ley habilitante como motor constituyente*

En el discurso pronunciado por el teniente coronel (r) Hugo Chávez al tomar posesión de su cargo de Presidente de la República para el período 2007-2012, se refirió a los cinco motores constituyentes para implantar la revolución socialista en Venezuela. El primero de ellos era una solicitud a la Asamblea Nacional de una ley habilitante, que le permitiera dictar decretos leyes, a lo cual el órgano legislativo respondió solícitamente. En efecto, 20 días después la Ley Habilitante había sido sancionada y se habían otorgado al Presidente once ámbitos de legislación (con incorporación de algunos que no habían sido pedidos), redactados en la forma más amplia posible, para permitirle dictar decretos leyes, incluso de carácter orgánico, sobre cualquier aspecto que considerara conveniente, durante los próximos 18 meses, contados a partir de publicación.

Este plazo debía permitir al Presidente legislar antes y después de la reforma constitucional en proyecto, la cual se daba por aprobada dada la amplia mayoría que había votado en favor de la reelección de Chávez.

Bajo este supuesto, el Presidente comenzó a dictar decretos leyes sin preocuparse de que carecieran de sustentación en la Ley Fundamental vigente, toda vez que las nuevas normas de la Constitución les daría la base necesaria. Nos referiremos particularmente a dos de esos decretos leyes.

En primer lugar, el 21/2/2007 apareció publicado en la *Gaceta Oficial* el Decreto N° 5197, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el Consumo de los Alimentos o Productos sometidos a Control de Precios, en el cual, entre otros aspectos, se declara que son servicios públicos esenciales las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos a control de precios, y que ese servicio debe ser prestado en forma continua, regular, eficaz, eficiente, ininterrumpida, en atención a la satisfacción de las necesidades colectivas, y en caso de no hacerse así se dota al Ejecutivo de facultades para declarar el comiso, la confiscación y la ocupación de las empresas. De esta manera, actividades privadas que se realizan al amparo de la garantía de la libertad de industria y comercio, pasan a tener una naturaleza similar a la de los órganos del Estado, en violación también de la garantía de la propiedad privada.

En segundo lugar, mediante Decreto Ley N° 5.384, publicado en la *Gaceta Oficial* el 22/6/2007, el Presidente dictó la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, en la que se desconoce la autonomía de los Estados y de los Municipios. Unos días antes, el Presidente se había referido en su programa “Aló Presidente” N° 286 al texto que se dictaría y había expresado que “Se acabó la autonomía de los entes del Estado, centralización, sobre todo en la planificación, luego en la ejecución ustedes ejecutan, pero resulta que aquí heredamos un estado descuartizado. Planificación centralizada por categoría globales por sectores, por macrosectores.”

### III. EL PROYECTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

A raíz de la reelección del coronel (r) Hugo Chávez como Presidente de la República para un nuevo período de seis años a partir de febrero de 2007, de inmediato anunció la utilización del procedimiento de la reforma constitucional para consagrar la posibilidad de su reelección indefinida y para impulsar la instauración de un régimen socialista en Venezuela. A estos fines, el 15 de agosto siguiente consignó ante la Asamblea Nacional su “*Anteproyecto para la Primera Reforma Constitucional*”, en el que propuso modificar 33 artículos de la Ley Fundamental, algunos de modo sustancial, a los que la Asamblea Nacional agregó por su cuenta reformas en 36 artículos más. En esa oportunidad, juristas de la oposición alegaron que, conforme al artículo 342 de la Constitución vigente, el procedimiento a aplicar era el de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, toda vez que se introducían disposiciones que modificaban la estructura y principios fundamentales del texto constitucional. Entre los cambios incluidos en estos supuestos se señalaron: la declaratoria de Venezuela como Estado Socialista, lo que descartaría el pluralismo político consagrado en el artículo 2 de la Carta vigente; la eliminación de la garantía de la libertad de industria y comercio; la inclusión de normas que dejaban sin efecto la declaratoria de Venezuela como Estado federal descentralizado; la consagración de la reelección indefinida (en realidad reelegibilidad ilimitada), lo cual suprimiría el principio del gobierno alternativo previsto en el artículo 6, *eiusdem*; eliminación de la condición apolítica y no deliberante de la Fuerza Armada Nacional, a la cual se agregaría el calificativo de Bolivariana; formalización de la supresión de la autonomía del Banco Central de Venezuela, que ya existía en la práctica, entre otros aspectos.

Para no entrar a examinar en detalle las normas propuestas, nos limitaremos a señalar que el objetivo central del proyecto era el de concentrar el poder en la figura presidencial, quien podría ser reelecto sin límite de tiempo, para lo cual debían suprimirse las autonomías consagradas en el texto constitucional de 1999, incluyendo las que corresponden a las empresas privadas, amparadas por la libertad de industria y comercio. En efecto, de haberse aprobado el proyecto de reforma, no se habría transformado Venezuela en un país socialista, sino que se habría dado al Presidente un cúmulo de poderes para estatizar las empresas de particulares que pudieran oponerse al objetivo presidencial de permanecer en el poder indefinidamente, que es lo que realmente le interesa. A esos efectos, un conjunto de disposiciones fueron incluidas en el proyecto de reforma, las cuales se refieren a diversos aspectos de la vida nacional:

1. Se proclama el socialismo como la ideología oficial del Estado venezolano. Como se trata, presuntamente, de un socialismo particular, el del siglo XXI, este concepto debía ser acotado en las normas del proyecto y en tal sentido se proponen:

a) Disposiciones para ampliar el ámbito público de la economía, mediante nuevas reservas de áreas bajo el control del Estado, ampliación de poderes gubernamentales para efectuar expropiaciones, afectaciones, confiscaciones y comisos de empresas privadas.

b) Normas sobre las clases de propiedad: pública, social indirecta (que se ejerce a través del Estado), social directa (transferencias a comunas, comunidades o ciudades), colectiva, mixta y privada. Es este aspecto se observa que no hay verdaderas innovaciones, salvo en la terminología, porque la propiedad sigue siendo pública o privada, y que lo novedoso en estas normas son el incremento de restricciones a la propiedad privada.

c) Estímulo a empresas sin fines de lucro: empresas comunitarias, organizaciones financieras y microfinancieras comunales, organizaciones cooperativas, cajas de ahorro comunales, redes de productores libres asociados, unidades de producción socialista, etc.

d) Declaraciones de derechos sociales: creación, por ley, de un Fondo de estabilidad social para trabajadores y trabajadoras por cuenta propia y disminución de la jornada laboral, la cual no podría exceder de 6 horas diarias ni de 36 semanales, reformas éstas que el Ejecutivo ha podido decidir en ejercicio de las facultades de legislar que se le dieron por ley habilitante.

2. Se pretende centralizar más aún el poder, a través de diversos mecanismos:

a) Se propone una llamada nueva geometría del poder, conforme a la cual: Se mantiene la estructura general del Estado previstas en la Constitución de 1999, pero se le crean al lado, o por encima de los gobiernos regionales y locales, unas nuevas organizaciones: las Provincias Federales, los Territorios Federales, los Distritos funcionales, los Municipios federales, las ciudades federales, los órganos territoriales del Poder Popular: comunidades, comunas, federación de comunas, confederación de comunas, etc.

b) Se incluyen normas destinadas a: desvalorizar a los Estados (se les sustraen ámbitos territoriales; se les superponen autoridades dependientes del Presidente, como los Vicepresidentes Ejecutivos; se les disminuyen las competencias y los ingresos); a menoscabar los Municipios, que ya no constituirían la unidad política primaria de la organización nacional, y se les sustraen ámbitos territoriales, como los Municipios y las Ciudades federales, se disminuyen los ingresos municipales y las competencias, sobre todo en cuanto al urbanismo, la justicia de paz.

c) Se crean estructuras paralelas, como la institucionalización de las misiones y la legalización de fondos que se manejan al margen de las normas presupuestarias y que menoscaban el derecho de los Estados y Municipios a percibir el Situado constitucional.

3. Se pretende configurar un Estado personalista, mediante la consagración del aumento del período presidencial y la reelección sin límites temporales, el incremento de las competencias presidenciales, la consagración del Presidente como autoridad monetaria (asignación de competencias que antes correspondían al Banco Central), como autoridad militar (la condición de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada pasa a ser un grado militar, y al componente militar se le suprime el carácter apartidista y no deliberante); como autoridad partidista (mediante la supresión de la incompatibilidad del ejercicio de funciones públicas y el cumplimiento de actividades partidistas, que de hecho se viene haciendo).

En general, en el proyecto de Constitución se configura el Estado con una cadena de mando, en la que todas las decisiones, en última instancia, corresponden al Presidente, quien como un ser bondadoso distribuye regalos, subsidios, becas, ayudas, cargos y privilegios, como si administrara su hacienda personal.

Sometido a referéndum este proyecto, el pueblo lo negó en la jornada del 2 de diciembre de 2007.

#### IV. LAS ACTUACIONES DEL GOBIERNO PARA IMPONER LA FALLIDA REFORMA CONSTITUCIONAL

En este aspecto nos referiremos a las actuaciones posteriores al referendo del 2 de diciembre de 2007, con énfasis en el paquete de 26 decretos leyes sancionados por el Presidente entre julio y agosto de 2008.

##### 1. *Las actuaciones inmediatas post-referendo*

El Presidente ha insistido en su propósito de buscar la implantación de las reformas rechazadas por el pueblo y en tal sentido ha expresado que “por ahora no pudimos... Para mí esta no es una derrota. Es un por ahora”. Incluso se ha referido a la posibilidad de promover una reforma constitucional, bajo el procedimiento de la enmienda, sin tomar en cuenta que la Constitución vigente dispone que “La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional” (art. 345).

En todo caso, el Presidente ha optado, por ahora, por resucitar algunas de las medidas rechazadas en el referendo popular, mediante actos administrativos y decretos leyes, entre los que podemos citar:

a) Por Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y la Infraestructura, N° 5273, del 15/1/2008, se hizo efectivo el anuncio que había hecho el Presidente el 13 del mismo mes en su programa “Aló Presidente” N° 300, de eliminar los peajes de las vías de comunicación terrestres, sin tomar en cuenta que, conforme a la Constitución, es de la competencia exclusiva de los Estados: “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales...” (art. 164, numeral 10).

b) En un acto realizado en el Paseo los Próceres, de la ciudad de Caracas, el 13/2/2008, el Ministro del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia asumió, en ejecución del Decreto del Presidente de la República N° 5.814, del 14 de enero anterior, la dirección, administración y funcionamiento de la Policía Metropolitana, que hasta ese momento había estado a cargo de la Alcaldía Metropolitana de Caracas, tal como lo había anunciado el Jefe

del Gobierno en el Programa Aló Presidente N° 303. Para realizar este acto no importó que, según la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente a comienzos del año 2000, compete a este organismo los “Servicios de policía de orden público en el ámbito metropolitano, así como de policía administrativa con fines de vigilancia y fiscalización en las materias de su competencia” (art. 19, numeral 8).

c) En la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.880, apareció publicado el Decreto N° 5.895, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, que había sido sancionada por el Ejecutivo Nacional el 26 de febrero de ese mismo año. En ese instrumento, que el Tribunal Supremo de Justicia declaró constitucional, se someten los servicios de policía que prestan los Estados y los Municipios, por expresa autorización de la Constitución, a la jerarquía del órgano rector nacional, el cual puede intervenirlos cuando lo decida el Ejecutivo Nacional. La policía nacional, además, asume competencias sobre las materias de orden público, tránsito, aeroportuaria, migración, drogas, antisequestro y grupos armados irregulares, que siempre habían correspondido a la Guardia Nacional, lo cual se inserta en la previsión contenida en el Proyecto de Reforma Constitucional – rechazado en el referendo del 2 de diciembre de 2007- de eliminar dicho componente militar.

d) El 15/4/2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ante un recurso de interpretación interpuesto por el Ministerio Público, sentenció que “si la legislación base otorga las competencias a un determinado órgano o ente público para la intervención y asunción de competencias, corresponde a dicho órgano el ejercicio de dicha potestad, pero cuando la legislación no faculta a los órganos de policía correspondientes, para incidir en ese grado en la prestación de un servicio público, corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aquellos casos que a pesar de haber sido transferidas esas competencias, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, sobre la base de los artículos 236 y 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. En dicha sentencia el supremo órgano judicial agregó que “la presente interpretación vinculante genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente. De ello resulta pues, que la Sala exhorte a la revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación”.

Dos días después, la plenaria de la Asamblea Nacional aprobó, en primera discusión, en una sesión ordinaria de 90 minutos, la reforma parcial de tres leyes: la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Competencias del Poder Público, la Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil (estas dos últimas sin los informes respectivos). En los tres casos, la fundamentación fue la sentencia de la Sala Constitucional antes citada y el objetivo el permitir al Presidente de la República revertir las competencias transferidas a los Estados en el proceso de descentralización, haciendo caso omiso a las disposiciones constitucionales que regulan las materias respectivas. No obstante, las reacciones que ocasionaron estas reformas en amplios sectores de la población obligó a la Asamblea Nacional, por instrucciones del Presidente de la República, a posponer la discusión iniciada hasta que pasen las elecciones regionales y locales previstas para el mes de noviembre venidero.

e) Por similares consideraciones, ante la alarma nacional y la lluvia de críticas que había suscitado el Decreto Ley sobre Inteligencia y Contrainteligencia promulgado el 28/5/2008, el



Presidente lo derogó doce días después, al darse cuenta –expresó– que en ese texto se incluían disposiciones que lesionaban derechos constitucionales, además de que se creaba la obligación de los ciudadanos de denunciarse unos a otros.

f) El rechazo al proyecto de reforma constitucional para conformar una “nueva geometría del poder” y un “poder popular”, no ha desestimado al Presidente en su propósito de instaurar, por otras vías, los lineamientos de su propuesta. En tal sentido, el mandatario nacional anunció el 12/1/2008 que, con base en “una vieja ley y en vista de que no se aprobó el referendo para la reforma constitucional,...se revisará la regionalización del país, con lo cual se recrearán regiones de desarrollo”. “No sólo administrativas –agregó–, sino geopolíticas. Yo no podré llamarlos Vicepresidentes ni llamarlas provincias, pero sea cuál sea el nombre, van a ser muy importantes”. Pero además, el Presidente anunció el 16/3/2008 el lanzamiento “de la próxima misión revolucionaria, cuyo nombre será Misión 13 de Abril, la cual fortalecerá el poder popular para la creación de las comunas socialistas”, sin tomar en cuenta el rechazo popular a sus iniciativas en tal sentido.

g) La negación que hicieron los electores al proyecto de suprimir la garantía de la libertad económica no ha sido óbice para que el gobierno continuara su política de ocupaciones, confiscaciones y expropiaciones de establecimientos industriales y comerciales, amparado ahora en un Decreto Ley inconstitucional como la denominada “Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y Cualquier Otra Conducta que Afecte el Consumo de Alimentos o Productos Declarados de Primera Necesidad o Sometidos a Control de Precios”, y asimismo ha promovido, prohijado y protegido las invasiones de inmuebles privados, e incluso públicos (como la ocurrida en la Estación Experimental San Nicolás, de la Universidad Central de Venezuela), por parte de grupos violentos amparados por el gobierno, cuando no las ha efectuado el gobierno mismo.

h) En el seno del gobierno se discute un proyecto de Decreto Ley de Salud, que tiene como objetivo centralizar en el ministerio del ramo todos los servicios públicos de salud, en forma similar a como lo hacía la fracasada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, de 1987, que nunca llegó a aplicarse porque el país se pronunció mayoritariamente por una organización descentralizada de los servicios de atención médica. Este criterio nacional fue consagrado en el artículo 84 de la Constitución de 1999, en el que se manda que el sistema público de salud debe ser descentralizado, pero las disposiciones de la Ley Fundamental del país no tienen carácter vinculante para el régimen, quien la viola reiterada e impunemente. Estaba previsto que ese decreto ley fuera promulgado a fines de mayo de 2008, pero la reacción negativa que ha suscitado la centralización de la salud ha ocasionado que la sanción del proyecto se posponga hasta después de las elecciones regionales y locales.

i) Luego del rechazo del cuerpo electoral al proyecto de reforma constitucional, en el que se consagraba, entre otros aspectos, la declaración de que Venezuela es un Estado socialista, el Presidente de la República ha perseverado en esta idea, sin tomar en cuenta los efectos que tiene la derrota de su propuesta. Esas actitudes del Presidente se manifiestan de diversas formas:

En primer lugar, en su insistencia de mantener el Proyecto Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista -PPS- 2007- 2013, que había presentado el 30/9/2007 en su programa dominical N° 296, antes de realizarse el referendo sobre el proyecto de reforma constitucional. En igual forma se conserva la vigencia del Decreto N° 5.545, del 28/8/2007, por el cual se crea la Comisión Presidencial para la Formación Ideológica y Política y la Transformación de la Economía Capitalista en un modelo de Economía Socialista, “la cual tendrá por finalidad el estudio, formulación, coordinación, seguimiento y evaluación del Plan Extraordinario

‘Misión Che Guevara’, con el objeto de incorporar a los miembros de la comunidad organizada en el proceso de transformación económica y social del Estado, incorporando con otros programas sociales” (*sic*).

En segundo lugar, el 27/5/2008 aparecieron publicadas en la Gaceta Oficial N° 38.939 veintidós (22) decretos, referidos cada uno a una institución cultural financiada por el Estado, en los que se modifica el objeto de cada fundación, principalmente para incluir la mención de que ellas están orientadas a “la construcción de una sociedad socialista, en aplicación del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, así como de los lineamientos, políticas y planes emanados de la Comisión Central de Planificación”, todo ello en violación de la voluntad popular expresada en el referendo del 2 de diciembre de 2007. Esas instituciones son: Misión Cultura, Biblioteca Ayacucho, Casa Nacional de las Letras Andrés Bello, Centro de Estudios Latinoamericanos Rómulo Gallegos, Editorial El Perro y la Rana, Imprenta del Ministerio de la Cultura, Librerías del Sur, Distribuidora Venezolana del Libro, Centro Nacional de la Fotografía de Venezuela, Museos Nacionales, Red de Arte, Casa del Artista, Centro Nacional del Disco, Compañía Nacional de Danza, Orquesta Filarmónica Nacional, Fundación Vicente Emilio Sojo, Teatro Teresa Carreño, Cinemateca Nacional, Distribuidora Nacional del Cine Amazonia Films, La Villa del Cine, Centro Nacional de la Historia y el Centro de la Diversidad Cultural.

En tercer lugar, luego de la derrota del proyecto de reforma constitucional, el gobierno intensificó sus esfuerzos por imponer una reforma del curriculum del sistema educativo, con el objetivo de imbuir a los estudiantes de las ideas marxistas y de formar un “hombre nuevo”, capacitado para actuar en concordancia con la ideología socialista. Con la reforma curricular se pretende reescribir la historia para, entre otros aspectos, destacar el papel de las fuerzas armadas, soslayar períodos históricos (como el de la “República Civil” que se inicia el 23 de enero de 1958) y ensalzar la figura del Presidente Chávez. Este proyecto suscitó una enconada oposición de padres y representantes, de maestros, de gremios docentes, y de un sector mayoritario de la población. De modo desafiante, el Presidente llegó a proponer a comienzos de abril de 2008 un referendo para decidir entre el proyecto del gobierno y uno que elaborara la oposición, pero las encuestas indicaron al régimen la poca popularidad de su propuesta, por lo que el Presidente declaró, unos días después, que la discusión sería pospuesta para el año próximo, luego de las elecciones regionales y municipales.

## 2. *El Paquete de los 26 decretos leyes*

Cuando las familias venezolanas se disponían a tomar sus vacaciones anuales, tranquilizadas por las reiteradas manifestaciones del Presidente de suspender la adopción de medidas controversiales hasta después de las elecciones regionales y locales de noviembre próximo, en la *Gaceta Oficial* ordinaria del 31 de julio del corriente año, ya para concluir el día, apareció anunciada la promulgación de un “paquete” de 26 decretos leyes, varias de ellos con el rango de orgánicos, los cuales fueron conocidas en los días siguientes, cuando fueron publicados en gacetas extraordinarias. En la medida en que se fueron revelando los textos correspondientes, se evidenció que se establecían regulaciones de fuerte impacto sobre la sociedad venezolana, en diversos aspectos que luego examinaremos. Nos referiremos al contenido de esos decretos leyes, particularmente en cuanto toca a la centralización del Estado, pero antes debemos observar que, desde la Universidad, se hicieron cuestionamientos sobre la juridicidad del paquete en su conjunto.

### A. *Inconstitucionalidad de los decretos leyes*

En la primera semana del mes de agosto de 2008, un grupo importante de académicos formuló las siguientes objeciones globales al paquete de decretos leyes.

En primer lugar, los 26 decretos leyes son inexistentes por haber sido publicados fuera del lapso fijado en la ley habilitante. En efecto, la publicación de las normas se hizo en la *Gaceta Oficial* en los primeros días del mes de agosto, pero la habilitación concedida al Presidente vencía el 31 de julio a medianoche. Por ello, la simple mención al nombre de los decretos leyes en la *Gaceta* del 31/7/2008, que serían después dados a conocer en una gaceta extraordinaria, no cumple el requisito de la publicación, indispensable para que una ley entre en vigencia, y ésta se produjo cuando el Presidente carecía de poderes de legislar.

En segundo lugar, a diez (10) de los decretos leyes se les da el rango de leyes orgánicas, pero sólo la Asamblea Nacional puede dictar leyes orgánicas. En efecto, el artículo 203 de la Constitución regula un procedimiento especial para sancionar una ley orgánica: se requiere que el proyecto sea admitido por una mayoría calificada de integrantes de la Asamblea Nacional, lo cual no puede ser cumplido por el Presidente, y se reserva a las leyes orgánicas las materias fundamentales como la regulación de derechos constitucionales de las personas, precisamente con la finalidad de proteger a los ciudadanos de los abusos del Poder Ejecutivo.

En tercer lugar, se violó el principio de participación del pueblo en la formación de las leyes, consagrado en el artículo 211 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Conforme a estas disposiciones, el Presidente de la República tenía la obligación, que también incumbe a la Asamblea Nacional cuando legisla, de consultar los proyectos de leyes o decretos leyes con la sociedad civil, y de no hacerse las normas así dictadas serían nulas, de nulidad absoluta (art. 137 de la misma ley), lo cual ocurrió en el presente caso.

#### B. *El carácter centralizante de los decretos leyes*

Los decretos leyes se orientan, en general, a imponer algunos de los objetivos que se había propuesto el Presidente con el fracasado proyecto de reforma constitucional. Si se examinan con detalle los decretos leyes, en casi todos ellos se observa un propósito común: la concentración del poder en el Ejecutivo, esto es, en manos del Presidente, a través de la introducción de normas que tienen por finalidad:

##### i) El debilitamiento de las empresas privadas

En primer lugar, las empresas de los particulares pasan a ser instrumentos del interés general (es decir del gobierno) y están sujetas a nuevos y más amplios controles que son ejercidos discrecionalmente por el Ejecutivo, para lo cual en la mayoría de los decretos se introducen disposiciones en las que se declaran bienes y actividades de los particulares como de utilidad pública o de interés público, social o nacional, o como servicios esenciales, lo que permite someterlos a rígidos sistemas de autorización o de supervisión, y que facultan al gobierno, en determinados supuestos, para proceder a decomisar los bienes, confiscarlos, ocuparlos o expropiarlos, según el caso, en forma expedita. En tal sentido tenemos, por ejemplo, lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en el que se declara de utilidad pública e interés social: todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad, lo que permite decretar la expropiación de bienes de particulares sin cumplir el requisito de la declaratoria de utilidad pública e interés social que debe hacer previamente la Asamblea Nacional.

Además las actividades mencionadas se consideran como servicios que deben ser prestados en forma continua, regular, eficaz, eficiente, interrumpida, en atención a las necesidades colectivas, como si fueran servicios estatales. Si se incumplen las condiciones de presta-

ción, el órgano competente podrá tomar las medidas necesarias para garantizar la efectiva prestación del servicio, llegando incluso hasta la ocupación o la confiscación, lo que deja sin efecto la garantía de la libertad de industria y comercio. De forma similar se introducen normas de similar naturaleza en decretos leyes como los que contienen: la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, la Ley del Transporte Ferroviario Nacional, la Ley de Salud Agrícola Integral y la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda.

En segundo lugar, para las actividades de vigilancia e intervención sobre las actividades y los bienes de los particulares, el gobierno cuenta con la colaboración de organismos semipúblicos y semiprivados, pero en todo caso partidizados, como son los consejos comunales, cuyos integrantes pueden ser menores de edad y que por lo tanto no responden de los daños que pueden causar a las actividades o a los bienes de los particulares. En la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública se contempla que los consejos comunales y demás formas de organización comunitaria son entes que coadyuvan a la Administración Pública en el cumplimiento del principio de eficiencia en la utilización de recursos públicos (lo que les permite, entre otros aspectos, velar por el pago de las obligaciones tributarias de los particulares), y con esa orientación encontramos previsiones en decretos leyes como la Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular, la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los bienes y servicios, la Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación, la Ley del Transporte Ferroviario Nacional, la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria y la Ley de Crédito para el Sector Agrario.

- ii) Se crea la ilusión de participación y se introducen modos de intercambio superados por el progreso

En primer lugar, se fortalecen las actividades de los consejos comunales, que se presentan como mecanismos de participación popular, pero que en realidad son dependencias de la Presidencia de la República, sujetas a actuar como “factores bolivarianos”, es decir, encargados de enaltecer la figura del jefe del Estado, a los fines de lograr su permanencia en el poder sin límite de tiempo. A través de estos organismos, y de otros de similar textura, se producen transferencias de recursos públicos con fines clientelares, sin obligación de rendir cuenta. En forma contradictoria con la vigencia del principio de la participación, en la Ley Orgánica de Turismo se incluyen declaraciones en favor de la actuación popular en la actividad de turismo, pero se suprime el Consejo Nacional de Turismo, del que formaban parte los prestadores de servicios turísticos del sector privado.

También en el ámbito económico, en el decreto Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular y, en menor medida en el decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y demás Unidades de Producción Social, se introducen normas que contemplan nuevas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social y de organización comunitaria, tales como: empresas de propiedad social directa o comunal, empresas de propiedad social indirecta, empresas de producción social, empresas de Auto-gestión. Asimismo, prevé un Sistema Alternativo de Intercambio Solidario con figuras como el trueque comunitario directo e indirecto y la moneda comunal. Figuras de este tipo fueron rechazadas en la consulta referendaria del 2-D, porque los sectores populares ya vieron el fracaso de programas presidenciales como los gallineros verticales o los cultivos organopónicos en áreas urbanas. Las empresas comunitarias y autogestionarias son mecanismos que permiten evadir la legislación laboral, y el trueque y la moneda comunal constituyen un regreso a prácticas superadas por el progreso de los pueblos, como era la utilización de fichas para el pago de obligaciones laborales.

Sobre la ilusión de participación, debemos señalar la innovación que contiene el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, de suprimir la consulta obligatoria en el proceso de elaboración de normas por el Ejecutivo Nacional, lo que incluye los decretos leyes, prevista anteriormente en el artículo 136 de esa misma Ley, sin tomar en cuenta que la participación de la sociedad está consagrada en la Constitución.

- iii) Se aprueban nuevas normas de rango legal y se reforman leyes para incrementar los poderes presidenciales para manejar recursos públicos

Es el caso del decreto Ley de Creación del Fondo Social, para la Captación y Disposición de los Recursos Excedentarios de los Entes de la Administración Pública Nacional, en el que se dispone que la transferencia de fondos excedentarios al Fondo se realizará a solicitud de la Comisión Central de Planificación una vez obtenida la necesaria aprobación del Presidente de la República, quien decide también sobre la utilización de los recursos. Por otra parte, en la Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (Bandes) se amplía el ámbito de actuación de este Instituto, el cual realiza operaciones de inversión en el país y en el extranjero, conforme a las determinaciones del Presidente. Asimismo, se modifica un artículo de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, para liberar a los institutos autónomos y los institutos públicos cuyo objeto principal sea la actividad financiera, así como las sociedades mercantiles del Estado, del requisito de ley especial autorizatoria para realizar operaciones de crédito público; y en su lugar, esa autorización será concedida por el Presidente en Consejo de Ministros.

- iv) Se potencia el centralismo con reformas al régimen jurídico de la Administración Pública

Con los decretos leyes se retoma el objetivo de la reforma constitucional de someter a los Estados y Municipios a la potestad jerárquica del Presidente, de disminuirles los recursos y de desconocer sus competencias, al mismo tiempo que se amplían las potestades del Ejecutivo Nacional y se suprimen normas que consagran las exigencias de responsabilidades o que imponen deberes a los titulares del poder central.

En primer lugar, en la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública, se amplía el ámbito de vigencia de sus disposiciones, para hacerlas obligatorias para los Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios; se fortalecen y amplían las competencias de la Comisión Central de Planificación; se dispone que los consejos comunales son entes públicos que pueden asumir la prestación de servicios públicos que por la Constitución y las leyes son de carácter municipal. Y se le da rango legal a las Misiones, cuya existencia y naturaleza se había pretendido regular en la rechazada reforma constitucional. Pero tal vez la innovación más significativa en este decreto ley es la introducción de la figura de las Autoridades Regionales, con el siguiente texto: “La Presidenta o Presidente de la República podrá designar autoridades regionales, las cuales tendrán por función la planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio aprobados conforme a la planificación centralizada, así como, las demás atribuciones que le sean fijadas de conformidad con la ley, asignándoles los recursos necesarios para el eficaz cumplimiento de su objeto” (art. 70). Aunque en esta norma no se consagra expresamente la potestad jerárquica de las autoridades regionales sobre los Estados y Municipios de su jurisdicción, se observa que la mención a la planificación centralizada (“Se acabó la autonomía de los entes del Estado”, había dicho el Presidente cuando creó dicha Comisión) y a la ordenación del territorio, a cuyo proyecto nos referiremos luego, hace evidente la pretensión del caudillo de revivir la figura de las Provincias Federales, a cargo de un funcionario designado por el Presidente, que había sido derrotada en el referéndum del 2-D. Por cierto que es tanta la aversión de Chávez hacia todo tipo de autonomía, que en esta ley se modifica la denominación de los institutos autónomos por la de institutos públicos.

En segundo lugar, con el decreto Ley de Simplificación de Trámites Administrativos se somete directamente a los Estados y Municipios a las disposiciones de esta ley nacional y se suprime el carácter supletorio que se le asignaba en la versión anterior. Por otra parte, se incorpora a los consejos comunales, así como a otras formas de organización popular, en el diseño, supervisión y control de los planes de simplificación de trámites administrativos, lo cual les da facultades de supervisión sobre los Estados y Municipios.

En tercer lugar, en el decreto Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat se dispone que la elaboración de los planes y programas por parte de los Estados, Municipios, parroquias y comunidades, se sujetará a los lineamientos del ministerio del ramo, con lo que se pretende desconocer competencias constitucionalmente asignadas a entidades del federalismo descentralizado y a los órganos del Poder Público Municipal, y someterlos a los dictados de un ministerio.

En cuarto lugar, se continúa con la política presidencial de desconocer competencias estatales y municipales. En la mayor parte de los decretos leyes se ignora la existencia de los Estados, de los Municipios y de las Parroquias, y en cambio se reconocen como interlocutores válidos en el proceso de transferencia de competencias y de recursos, así como en la asignación de facultades que competen a los entes locales, a los consejos comunales y a otras figuras partidizadas dependientes del primer mandatario.

v) Se lesiona el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos

En la Ley Orgánica de la Administración Pública, de 2001, se había incluido, entre las normas sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos, una disposición que preveía la actuación del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo en el ejercicio de las acciones en favor de los particulares cuyos derechos humanos hubieran sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público o funcionaria pública, para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubiere incurrido dicho funcionario o funcionaria, sin perjuicio del derecho de los agraviados de acceder a la justicia (art. 10). Pues bien, esta disposición se suprime en el decreto que reforma dicha ley, con lo cual se desmejora el régimen de responsabilidades por la violación de derechos humanos.

vi) La Fuerza Armada Nacional se define como una institución al servicio de los designios del Presidente

En la Constitución vigente se pauta que “La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y con la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna” (art. 328). Sin hacer caso de esta norma el Presidente ha obligado a la Fuerza Armada a actuar, de hecho, como una fuerza pretoriana a su servicio personal y a proclamar consignas en favor del socialismo. El Presidente trató de dotar de base constitucional a su comportamiento ilícito y propuso en su proyecto de reforma de la Constitución, de un lado, la supresión de la norma antes transcrita, para ser sustituida por una en sentido contrario, y del otro, el agregado del calificativo Bolivariano para la Fuerza Armada Nacional y para sus componentes, pero el pueblo negó estas modificaciones.

Ahora, en el decreto Ley Orgánica de la Fuerza Armada Bolivariana, se adjetiva el nombre de la Institución, lo que debe entenderse como la pretensión de legalizar la utiliza-

ción de los componentes militares como instrumentos partidistas, al servicio de los intereses personalistas del Presidente, en contravención al ordenamiento constitucional vigente, y además:

En primer lugar, se crea la Milicia Nacional Bolivariana, dependiente directamente del Presidente de la República en los aspectos operacionales. Sus funciones son, entre otras, entrenar, preparar y organizar al pueblo para la defensa integral, con el fin de complementar el nivel de apresto operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, contribuir al mantenimiento del orden interno, seguridad defensa y desarrollo integral y coadyuvar a la independencia, soberanía e integridad del espacio geográfico de la nación. Es de observar en el proyecto de reforma constitucional negado el 2-D, se proponía sustituir la Reserva Militar por la Milicia Popular Bolivariana, de modo que la norma que comentamos es una reedición de aquella.

En segundo lugar, el Presidente de la República tiene el **grado militar** de comandante en jefe –con el porte de las insignias correspondientes, especialmente diseñadas al efecto–, es la máxima autoridad jerárquica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, ejerce la línea de mando operacional en forma directa o a través de un militar en servicio activo y dirige directamente el Comando Estratégico Operacional. Esta asignación tan reiterada de funciones militares del Presidente contradice la tradición nacional, según la cual el título de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales que se asigna al Jefe del Estado no había significado mando militar efectivo, ni lo autorizaba a portar insignias militares, sino que era – como ocurre en todos los países democráticos del mundo– el símbolo del sometimiento de la fuerza militar al poder civil.

En el decreto ley que examinamos se dispone, además, que el “El carácter que se adquiere con un grado o jerarquía es permanente y sólo se perderá por sentencia condenatoria definitivamente firme que conlleve pena accesoria de degradación o expulsión de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, dictada por los Tribunales Penales Militares”. De esta manera se prevé que el actual Presidente de la República conservará su grado militar aún cuando sea separado del cargo de Jefe del Estado, y además tendrá una jerarquía superior a los de otros Presidentes que lo sucedan, por ser más antiguo en el grado de Comandante en Jefe. De este modo, Chávez pretende prolongar su mandato en forma vitalicia.

En tercer lugar, el Presidente de la República podrá crear Regiones Estratégicas de Defensa, y ello sería inobjetable si no fuera por el temor que existe de que los comandantes de ellas pretendan asumir funciones jerárquicas sobre Gobernadores de Estado y Alcaldes.

## V. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO COMO INSTRUMENTO PARA LA CENTRALIZACIÓN

La prensa del 1º de octubre de este año reseña la aprobación por la Asamblea Nacional, en primera discusión, del proyecto de Ley Orgánica para la Ordenación y Gestión del Territorio, el cual constituye uno de los intentos más groseros de reeditar proposiciones del Presidente rechazadas por el pueblo. En la Exposición del Motivos del proyecto se expresa que éste se formula “con el contenido político y la estructura requerida para conducir la política pública hacia la construcción de espacio geográfico socialista”, sin importar que esta definición ideológica haya sido rechazada en el referendo del 2-D.

Conforme a este proyecto, los Planes de Ordenación del Territorio, en sus diversos ámbitos y sectores, son vinculantes para los particulares y para los entes públicos con la misma fuerza de la ley. Como el Plan Nacional de Ordenación Territorial lo elabora una Comisión Nacional integrada exclusivamente por funcionarios nacionales, y lo aprueba el

Presidente de la República, es éste quien en definitiva dicta actos de rango legal en esta materia.

En el proyecto se le da al Presidente la competencia para crear regiones funcionales y para designar y remover libremente las Autoridades Regionales y se establece claramente que “Las Administraciones Públicas Estadales y Municipales, y sus entes descentralizados funcionalmente estarán sometidos a las directrices impartidas por las Autoridades Regionales para el logro de su objeto, debiendo colaborar activamente en la ejecución de los planes, proyectos y acciones calificadas como de importancia regional o nacional, en orden a la consecución de los fines del Estado”. Las atribuciones de Autoridades regionales aparecen definidas en 14 ordinales del artículo 20 del proyecto, pero en el último de ellos se incluye: “Cumplir con las demás atribuciones y competencias que le sean asignadas por la Presidenta o el Presidente de la República, en el marco de lo establecido en la presente Ley, así como por el decreto de delimitación de la región”.

Estas disposiciones desconocen frontalmente la existencia de un régimen federal en Venezuela y la distribución de competencias exclusivas en cada uno de los niveles del público, y crea una subordinación jerárquica de los Estados y Municipios a funcionarios del Ejecutivo Nacional que está muy lejos del orden constitucional vigente.

En definitiva, de lo que se persigue con este proyecto es reeditar figura de las Provincias Federales previstas en el proyecto de reforma constitucional, como una manera de acabar con el “federalismo descentralizado” que se proclama en la Constitución. Pero además, se busca incrementar las potestades presidenciales, mediante la atribución de facultades de legislar al primer mandatario. En este sentido, además de asignarle la aprobación de planes vinculantes, se le da al Presidente la potestad para completar normas penales, en los casos de delitos en blanco –en infracción al principio constitucional de la legalidad penal-, al disponerse que “Cuando los tipos penales requieran de una disposición complementaria para la exacta determinación de la conducta punible o su resultado, esta deberá constar en una ley o en un decreto del Presidente de la República en Consejo de Ministros”.

## VI. APRECIACIÓN GENERAL SOBRE LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL ESTADO VENEZOLANO

El proceso de descentralización que se realizó en Venezuela en la última década del siglo XX, a pesar de no haber completado sus metas, visto a la distancia, luce como una isla en medio de la corriente centralista que ha dominado el país a lo largo de su historia republicana. Durante la concepción y ejecución de ese proceso, las fuerzas centralistas no se manifestaron abiertamente, pero encontraron en el teniente coronel (r) Hugo Chávez la persona capaz de liderizar un movimiento exitoso para restablecer la concentración del poder. Pero incurrieron en error quienes pensaron que las cosas volverían al estado que tenían antes del inicio de la descentralización, pues el régimen imperante ha instaurado una forma inédita de centralismo, nunca antes ensayada en el país, cuyos rasgos fundamentales son los siguientes:

### 1. *Un orden monocéntrico que rechaza, por tanto, todo tipo de autonomía*

Las modificaciones legales, las decisiones administrativas y las vías de hecho que se han producido desde el comienzo del régimen se han orientado coherentemente hacia la concentración del poder en la cúspide del Ejecutivo Nacional. A estos fines, se han desconocido normas constitucionales y legales que garantizan la autonomía de los Estados, de los Municipios, del Banco Central de Venezuela, de las Universidades, de las empresas privadas, de las familias, de las personas. Con respecto a las familias, se ha violentado el derecho de decidir sobre los pagos que deben hacerse a los colegios privados, y con relación a las perso-



nas, los funcionarios públicos se ven obligados a ocultar sus preferencias políticas cuando no son favorables al gobierno e incluso, a menudo, a participar en actos partidistas del régimen, para evitar ser despedidos. De igual manera, los que contratan con el gobierno o reciben cualquier tipo de subsidio, ayuda, beca o asistencia social deben mostrar simpatía por el gobierno, o fingir que la tienen, y los ciudadanos particulares deben autolimitarse para no expresar públicamente sus ideas disidentes frente al régimen.

Las autonomías de los poderes públicos nacionales distintos al Ejecutivo son ficticias. La Asamblea Nacional ha renunciado a su función de legislar y a controlar al gobierno y se limita a otorgar facultades legislativas al Presidente o a dictar las leyes que éste le sugiere. Hoy es impensable que el Tribunal Supremo de Justicia, en cualquiera de sus Salas, dicte una sentencia con incidencia política que en alguna forma resulte lesiva al interés del gobierno. La Contraloría General de la República no investiga los casos en que aparecen comprometidos funcionarios del régimen, como sí lo hace con respecto a mandatarios de la administración anterior o a personas que ejercen funciones públicas en oposición al gobierno central, y recientemente ha actuado como instrumento para impedir la participación de candidatos de la oposición con opción de triunfo electoral, mediante la figura de las inhabilitaciones. El Poder Electoral sólo proclama resultados electorales que desfavorezcan al gobierno cuando no le queda más remedio, pues su función es la de cohonestar el ventajismo gubernamental. El Defensor del Pueblo y el Fiscal General de la República no son más que fichas al servicio del Presidente.

Ante este panorama, es evidente que no existía, en el momento en que se elaboró la Constitución que nos rige, la menor disposición del gobierno de dar cumplimiento a las proclamas sobre la federación descentralizada, la autonomía de los Estados, de los Municipios y de otros órganos del sector público, ni sobre las garantías a la libertad económica y a la libertad de expresión, como tampoco a la imparcialidad de los funcionarios públicos frente a la controversia política ni a la condición no deliberante de la Fuerza Armada Nacional. Por ello, es obvio que son las normas del fallido proyecto de reforma constitucional los que revelan realmente la ideología del régimen, y que las Constitución de 1999 no fue sino una bandera que se tomó para lograr réditos políticos, sin disposición de hacerla cumplir.

## 2. *Un régimen personalista*

La centralización del poder producto de las decisiones que hemos examinado no tiene como propósito hacer converger las competencias y facultades en unas instituciones determinadas del nivel central, sino en una persona identificada con nombre y apellido: el actual titular de la jefatura del Estado. De modo que la Constitución, pero sobre todo las modificaciones que se le han introducido en forma ilícita, así como el ordenamiento jurídico en su conjunto, no han sido elaborados para regir hacia el futuro sin consideración a la persona que ejerce la jefatura del Estado. No, la estructura del Estado se ha venido conformando, cada vez más, en función de un ciudadano determinado y no de unas instituciones que, por definición, son independientes de las personas físicas que actúan por ella en un momento dado. Es difícil imaginarse que las potestades que se han atribuido al actual Presidente, puedan ser ejercidas pacíficamente por otra persona, por ejemplo, que un civil pueda decidir libremente sobre los ascensos militares u ostentar el grado militar de Comandante en Jefe, con su correspondiente uniforme, sin que se cree una crisis en el sistema.

Esta evolución se explica porque el Presidente ejerce un liderazgo que ha permitido que personas desconocidas o carentes de credenciales políticas o de otra índole lleguen a las altas posiciones del Estado, sobre todo a los cargos de diputados a la Asamblea Nacional (sistema del portaviones), y esas personas tienen el máximo interés en mantenerse en el ejercicio de

funciones que les permiten disfrutar de un nivel político, social y económico que de otra manera no tendrían posibilidades de alcanzar. En esas condiciones, no hay posibilidad de que le nieguen al Presidente sus peticiones de incremento de poderes, lo que pone en evidencia las razones que tienen los partidarios del régimen para apoyar la reelección indefinida del Jefe del Estado. En efecto, un cambio de persona en el ejercicio de la Presidencia haría que todo el tinglado jurídico construido en torno al actual titular se derrumbe, lo que nos indica que el régimen no está dispuesto a aceptar buenamente el resultado del referendo del 2 de diciembre pasado, en cuanto impide hacia el futuro la reelección presidencial.

### 3. *Una administración populista*

Se llama ahora populismo a lo que antes se denominaba demagogia, es decir, una corrupción de la democracia conforme a la cual el poder se sostiene con base en dádivas que otorga el mandatario, sobre todo a los grupos y personas de menores recursos, quienes no caen en cuenta que bajo este sistema clientelar se impide el progreso social, el desarrollo de la economía y la superación personal. La alta cotización que han alcanzado los hidrocarburos en el mercado mundial ha permitido al gobierno disponer de elevadas sumas de dinero para esos fines y ha facilitado su extensión a otros países.

La manera más eficiente de cambiar esta forma de ejercer el poder no es prendiendo velas para que baje el precio del petróleo, sino ayudando a los beneficiarios del sistema a entender que, en estos años de abundancia, no han logrado mejorar su nivel de vida, sino que por el contrario, se ven asediados por la inseguridad personal, por la dificultad para encontrar empleo estable y productivo, por la carencia de un sistema de seguridad social, por la ausencia de servicios públicos eficaces, por la imposibilidad de acceder a la propiedad de viviendas higiénicas, por la emigración al exterior de los jóvenes en busca de una esperanza para el porvenir.

### 4. *Un gobierno militarista*

Si bien el régimen imperante en Venezuela no puede catalogarse como una dictadura militar, en el sentido tradicional de la expresión, el Presidente ha dispuesto lo necesario para fortalecer lo que el ideólogo peronista Norberto Ceresole llamaba “alianza caudillo-ejército-pueblo”. En efecto, el primer mandatario ha buscado –y logrado– que la Fuerza Armada Nacional se comporte como un partido político que le debe lealtad personal, a través de varios mecanismos: designación de un número muy importante de oficiales en puestos de naturaleza civil, especialmente aquellos que tienen a su cargo el manejo de ingentes recursos públicos; decisión del Presidente sobre los ascensos militares; postulación de militares retirados, o en vías de serlo, para el ejercicio de cargos políticos: gobernadores, alcaldes, diputados a la Asamblea Nacional; imposición de consignas partidistas en actos públicos de la fuerza Armada, que el Presidente defendió abiertamente cuando expresó que: “en el mundo militar, patria, socialismo o muerte es el nuevo toque de diana... Es falso que el militar sea apolítico. La institucionalidad fue una manera de asumir una posición contraria al mandato del pueblo.

... los oficiales están obligados a levantar la bandera de socialismo o muerte, sin complejos, sin ambigüedades...si alguno se siente incómodo puede tramitar su baja, no tiene cabida en la FAN. La FAN nunca ha sido apolítica, inodora, incolora e insípida.”

(véase: <http://www.analítica.com.va/política/8705032/asp>)

En su propósito de crear una “unión cívico-militar”, se incluyen en el capítulo sobre la Milicia Nacional Bolivariana en el decreto Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, referencias a “los vínculos entre la Fuerza Armada Nacional y el pueblo venezolano” y el

apoyo de la Milicia a los Consejo Comunales, figuras que, como ya sabemos, están tenidas de un fuerte color partidista.

##### 5. *¿Un sistema socialista?*

El gobierno califica como socialista al régimen que trata de imponer, pero reconoce que no se trata del socialismo democrático como el que encontramos en varios países europeos o en Chile. Tampoco podemos decir que es un sistema igual al que existió en la Unión Soviética y en sus países satélites, y por ello –dicen-, se trata de un nuevo socialismo, el “socialismo del siglo XXI.”

Lo cierto es que, en la evolución del régimen, lo que ha resultado es un capitalismo de Estado, en el cual el lindero de la economía pública se incrementa por expropiaciones de importantes empresas, en el que se busca deliberadamente debilitar a la empresa privada, donde se desconoce, en casos puntuales, el derecho de propiedad y la libertad económica, pero se estimulan empresas privadas “amigas del gobierno”. Este régimen intervencionista en lo económico se acompaña de actitudes autoritarias, agresiones a los medios de comunicación y a quienes realizan manifestaciones públicas pacíficas permitidas por la Constitución, y sometimiento a sus dictados a los demás poderes públicos nacionales.

Es nuestro criterio, si se quiere caracterizar al sistema venezolano, no podríamos decir que es un régimen socialista, sino un sistema autoritario-populista-militarista, en donde no se llega a decretar la estatización de los medios de producción, sino que se concentra el poder político-económico en la persona del primer mandatario, quien aspira a mantenerse indefinidamente en el poder con un grupo de amigos, muchos de los cuales son militares.

##### 6. *Un nuevo concepto de Constitución*

Desde el surgimiento del Estado de Derecho se ha considerado que la Constitución es la norma suprema, a la cual debe plegarse todo el ordenamiento jurídico y las actuaciones de los funcionarios públicos y de los particulares. Pero evidentemente que ese no es el concepto imperante en el régimen venezolano, sino que se la concibe como un documento político, como una declaración formal, que a veces se respeta y a veces no, dependiendo de las circunstancias del momento.

La Constitución también puede servir –en criterio de los gobernantes- para legitimar el régimen y para darle respetabilidad a sus instituciones. Por ello, en el proceso constituyente de 1999, los diputados oficialistas no vacilaron en aprobar un elenco de derechos humanos, muchos de los cuales no estaban en disposición de respetar, y una estructura del Estado que contenía declaraciones en favor de la descentralización, como no se encuentra en ninguna otra ley fundamental, sin que existiera el propósito de cumplir y hacer cumplir.

Ello explica la distancia que encontramos entre declaraciones y realidades, entre disposiciones de rango constitucional y normas legales y sublegales, entre las proclamas en favor de la soberanía del pueblo y el ningún caso que se hace a sus decisiones, manifestadas éstas en actos de rango tan elevado como es el referendo consultivo.

Esta esquizofrenia normativa que encontramos en el caso venezolano pretende exportarse como un modelo a otros países, y algunos de ellos están dispuestos a acogerlo, siempre que venga acompañado de abundantes donaciones en divisas fuertes.

En verdad que el siglo XXI nos ha sorprendido con situaciones que creíamos definitivamente superadas.



# *Límites constitucionales de la contraloría social popular*

Juan M. Raffali A.

*Abogado  
Especialista en Ley Procesal*

## I. INTRODUCCIÓN

La Contraloría Social está prevista constitucionalmente como un factor de participación popular. Se trata de una de las grandes bisagras concebidas por el denominado Socialismo del Siglo XXI para dar más control al “pueblo” sobre las actividades públicas y privadas de su más alto interés. Es así como las organizaciones comunales o comunitarias, han comenzado a cobrar vida propia con sentido casi paralelo a la misma Administración Pública, incluso al margen de las competencias asignadas a autoridades regionales por la legislación vigente. No olvidemos que el modelo de Estado planteado en la fallida Reforma Constitucional improbadada en diciembre de 2007, presentaba como uno de sus ejes fundamentales la participación comunitaria con sentido de autoridad.

Precisamente dentro de esta visión de una participación popular activa y casi autoritaria, apreciamos como un denominador común de muchos de los 26 Decretos con Rango y Fuerza de Ley publicados en la *Gaceta Oficial* N° 38.983 del 31 de julio de 2008, la atribución de competencias a organizaciones de naturaleza privada como son los Consejos Comunales, Asambleas de Ciudadanos y Asociaciones de Defensa de la Personas, entre otras, para ejercer funciones de contraloría social. Como veremos más adelante, estas funciones son especialmente amplias y en muchos casos se ejecutarían en “coordinación” con el Poder Ejecutivo.

Incluso debemos señalar que en muchos otros textos normativos anteriores a los recientes Decretos dictados por el Presidente de la República en virtud de la habilitación legislativa que le confiriera la Asamblea Nacional en fecha 1° de febrero del año 2007 (*G.O.* N° 38.617), ya se concretaba esta amplia actividad de contraloría social y participación comunitaria. Debido a lo anterior, luce oportuno analizar las bases constitucionales de esta contraloría social, la naturaleza y control de los entes que la ejecutan, así como sus limitaciones constitucionales. Lamentablemente las reglas para esta contribución apenas nos permiten por razones de espacio, esbozar algunas ideas sobre este complejo tema.

## II. BASE CONSTITUCIONAL DE LA CONTRALORÍA SOCIAL

Ciertamente la Constitución de 1999 consagra de manera expresa la llamada contraloría social. La misma es concebida no como un factor aislado sino como parte de lo que en general el constituyente denominó la sociedad democrática protagónica y participativa, que representa uno de los objetivos básicos de la supuesta refundación de la República. En principio, el artículo 62 de la Constitución es la norma rectora en materia de Contraloría Social toda vez que incluso le confiere el rango de derecho político al disponer que todos los ciudadanos tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. Según esta norma, la participación del pueblo en la formación, ejecución y “control de la gestión pública” es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo, estableciendo como una

obligación del Estado y un deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para practicar esta participación.

Como se puede apreciar, conforme al artículo 62 de la Constitución, en principio esta contraloría social pareciera destinada básicamente a los asuntos referidos a la “gestión pública”, sin embargo, la forma como las misma ha venido desarrollándose en los diversos textos normativos de reciente data, parece ir mucho más allá, extendiéndose a funciones típicamente atribuidas a la administración pública, como es el caso de las actividades de policía administrativa. Ahora bien, si interpretamos dicho artículo 62 de la Constitución, con otros preceptos de igual rango, como el artículo 299 que define el Régimen Socioeconómico de la República, podemos apreciar como la iniciativa privada puede tener plena cabida bajo la forma de participación popular en la ejecución de proyectos y otras actividades de fomento con miras a elevar la calidad de vida de la población y sobre la base de principios fundamentales como la justicia social y la solidaridad, más aún en aquellos en los cuales esta participación popular se ubica dentro de los límites de una razonable colaboración funcional coordinada con el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, a los fines de limitar el contenido y alcance de las actividades de contraloría social comunitaria, debe necesariamente considerarse que la visión del constituyente siempre estuvo inclinada a un control de la gestión pública, de allí que una desmesura en la atribución de competencias a estas entidades comunitarias, por encima de actividades de fomento, autogestión y desarrollo, para adentrarse en actividades propias y exclusivas de la administración pública como es el caso de las tareas de fiscalización y control de personas de derecho privado (policía administrativa), pudiera viciar de nulidad por inconstitucionalidad esas normas que dan piso legal aparente a una desmedida participación popular sobre el ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ENTES COMUNALES DE CONTRALORÍA SOCIAL

Los Consejos Comunales y los Comités de Contraloría Social designados por éstos, son los entes con mayores competencias contraloras y fiscalizadoras conforme a los textos normativos de reciente data. Ambas son instancias de participación, articulación e integración entre las organizaciones comunitarias, grupos sociales y ciudadanos, que permiten “al pueblo organizado” ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a las necesidades de la comunidad, en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social, así expresamente lo dispone el artículo 2 de la Ley de los Consejos Comunales.<sup>1</sup>

De esta forma se puede afirmar que tanto los Consejos Comunales, como los Comités de Contraloría Social, no son parte de la Administración Pública propiamente dicha<sup>2</sup>. Lo mismo podemos decir de las Asambleas de Ciudadanos y de las Asociaciones de Defensas de las Personas en el Acceso a los Bienes. En definitiva, todas estas son entidades conformadas por vecinos o ciudadanos movidos por un interés comunal o común, que ejercen funciones de (i)

---

1 Asamblea Nacional (G.O. N° 5.806 extraordinaria) del 10 de abril de 2006.

2 Así lo afirma el Profesor Manuel Rachadell, quien al referirse a los Consejos Comunales sostiene que se trata de “organizaciones de la sociedad civil en el ámbito comunitario, para realizar y promover la realización de actividades de interés general.... (omissis). Por ello si se considera que los Consejos Comunales no son entes públicos sino organismos de la sociedad civil, estaríamos en presencia de una privatización de servicios públicos y no de una descentralización ni de una descentralización”.

ejecución y gestión de políticas públicas y en especial en el desarrollo de proyectos; (ii) contraloría de la gestión pública; (iii) colaboración y coordinación con el Poder Ejecutivo en el cumplimiento de diversos textos normativos que les confieren variadas y delicadas competencias.

La interacción directa de estos entes comunitarios contralores con el Poder Ejecutivo, se manifiesta plenamente en la existencia y fines de la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular, cuyo objeto precisamente es la “orientación, coordinación y evaluación” de los Consejos Comunales. Resulta claro entonces que se trata de *organizaciones comunitarias de derecho privado dotadas de prerrogativas públicas coordinadas por la Administración Pública*. Lo anterior es relevante por cuanto, sin existir un ordenamiento sectorial bien definido que concrete y determine la extensión y límites de las competencias de estas entidades sociales, se ha venido gestando en normas dispersas de diverso rango, toda una política pública de control social comunitario sobre las actividades de los particulares, el cual incluso se extiende a actuaciones típicas de policía administrativa (vigilancia, control y fiscalización) mediante actos específicos (Actas de Fiscalización) que en algunos casos demarcan el inicio de procedimientos sancionadores.<sup>3</sup> A tal punto ello es así que por ejemplo la Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LDPABIS)<sup>4</sup>, contempla la posibilidad de interponer un Recurso de Queja ante la respectiva Asamblea de Ciudadanos.

En conclusión podemos decir que los Consejos Comunales, Comités de Contraloría Social, Asambleas de Ciudadanos y Asociaciones de Defensa de la Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, entre otras, son organizaciones comunitarias de derecho privado cuyas funciones exceden los límites de la simple contraloría de gestión pública o la colaboración funcional ocasional con la Administración Pública, para asumir funciones de gestión directa de proyectos y políticas públicas, y lo que puede resultar más novedoso y preocupante, funciones de policía administrativa, es decir vigilancia, inspección y control, sobre las actividades de los particulares.

En este sentido, como veremos más adelante, tales organizaciones o entes comunitarios podrían dictar actos de naturaleza administrativa de autoridad, e igualmente podrían estar sometidos a los límites, obligaciones y responsabilidades propias –de Derecho Público– de todo ente que ejerce funciones administrativas.

#### IV. PRINCIPALES COMPETENCIAS ATRIBUIDAS A LOS ENTES DE CONTRALORÍA SOCIAL COMUNITARIA

Son muchas y muy diversas las competencias asignadas a entidades privadas de contraloría social, con un papel protagónico de los Consejos Comunales. Entre ellas podemos citar:

---

3 Augusto J. Pérez Gómez, *Los Actos Administrativos de Origen Privado*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Cuadernos de la Cátedra de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías, UCAB, N° 18, p 254. (Análisis de las Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Casos *SACVEN*, y *Marino Recio vs Bolsa de Valores de Caracas*). “Sin embargo, hoy se puede afirmar que en Venezuela al igual que en derecho administrativo clásico los actos administrativos de origen privado sólo existen en la medida que el particular al dictar el respectivo acto estuviese ejecutando un servicio público y ejerciendo prerrogativas especialmente delegadas por Ley.”

4 Presidencia de la República, Decreto-Ley N° 6.092 (G.O. N° 38.983) del 31 de julio de 2008.

- a) Integración del Consejo de Región Hidrográfica.<sup>5</sup>
- b) Labores de control, monitoreo, verificación, vigilancia relativa al abastecimiento de bienes y servicios de primera necesidad y de cualquier otra naturaleza de interés colectivo en toda la cadena de distribución, producción y consumo.<sup>6</sup>
- c) Participación directa en las actividades de control, protección y fomento de la lactancia materna incluso en los centros asistenciales públicos y privados.<sup>7</sup>
- d) Participación preponderante en los Programas de Responsabilidad Social de PDVSA y del Ministerio de Industrias Básicas a los fines de concretar las bases licitatorias en cuanto a las “ofertas sociales” para satisfacer necesidades comunitarias.
- e) Funciones en el área de Guardería Ambiental.<sup>8</sup>

---

5 Ley de Aguas (*G.O.* N° 38.595) del 2 de enero de 2007. Artículo 28: “Los Consejos de Región Hidrográfica estarán integrados por representantes de los siguientes organismos con inherencia en materia de aguas: el ministerio con competencia en materia de ambiente, quien lo presidirá a través de la Secretaría Ejecutiva; de planificación y desarrollo; de agricultura y tierras; de participación y desarrollo social; de economía popular; de ciencia y tecnología; de la defensa, a través del componente correspondiente; de industrias básicas y minería; y de salud. Además, estará integrado por cuatro, Los Consejos Comunales”.

6 Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Artículo 91: “Las personas tienen derecho a constituirse en asociaciones u organizaciones de participación popular, que ostenten la vocería de sus asociados para contribuir con la defensa de sus derechos e intereses, siempre de conformidad con lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Los Consejos Comunales a través de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento, constituyen una instancia de participación responsable de promover en la comunidad la defensa de sus derechos e intereses económicos y sociales y con ello lograr la felicidad social dentro del estado democrático y social de derecho y de justicia, siendo la instancia para velar por el control, monitoreo, verificación, vigilancia relativa al abastecimiento de bienes y servicios de primera necesidad y de cualquier otra naturaleza de interés colectivo en toda la cadena de distribución, producción y consumo”

7 Ley de Promoción y Protección de la Lactancia Materna (*G.O.* N° 38.763) del 06 de Septiembre de 2007. Artículo 4: “Todas las personas tienen el derecho a participar en la promoción, protección y apoyo de la lactancia materna y el amamantamiento. En consecuencia, tienen derecho a exigir el cumplimiento de la presente Ley, así como a denunciar su violación ante las autoridades competentes. En ejercicio del derecho de participación y en cumplimiento del deber de corresponsabilidad social, los Consejos Comunales, Comités de Salud y demás organizaciones comunitarias tienen derecho a ejercer la contraloría social para asegurar el cumplimiento efectivo de la presente Ley.”

8 Ley Orgánica del Ambiente (*G.O.* Extraordinaria N° 5.833) del 22 de diciembre de 2006. Artículo 100: “La guardería ambiental será ejercida por los ministerios con competencia en materia de: Ambiente, Industrias Básicas y Minería, Infraestructura, Salud, Agricultura y Tierra, Energía y Petróleo y por la Fuerza Armada Nacional, por órgano de la Guardia Nacional, y por los demás órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal en el marco de sus competencias. Igualmente ejercerán la guardería ambiental, como órganos auxiliares, las comunidades organizadas, los consejos comunales y demás organizaciones y asociaciones civiles con fines ambientales, de conformidad con la presente ley y demás normativas que regule la materia. La Guardería que ejerce la Fuerza Armada Nacional, a través del componente Guardia Nacional, es realizada en calidad de órgano de policía administrativa especial.”



- f) Diseños y desarrollo de programas familiares en las comunidades incluyendo, control del cumplimiento de la licencia de paternidad remunerada y la inamovilidad laboral de los padres.<sup>9</sup>
- g) Diseño y control del Plan de Desarrollo Comunal.<sup>10</sup>

9 Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (*G.O.* N° 38.773) del 20 de septiembre de 2007. “Artículo 6. Participación de los consejos comunales. Los consejos comunales, con el apoyo de organismos públicos y de la sociedad organizada, elaborarán, financiarán y desarrollarán proyectos sociales de las familias de su comunidad, especialmente en el área de salud, educación, vivienda, recreación y deporte tendientes a promover el ejercicio de los derechos consagrados en esta Ley. Artículo 7. Promoción del programa de familias sustitutas. El Estado promoverá la participación de las familias en los programas de familias sustitutas, incentivando la sensibilización y su formación para el cumplimiento de dicha corresponsabilidad con el Estado, en el marco de los principios de solidaridad social. Los consejos comunales incentivarán la incorporación de las familias de su comunidad, a los programas de familias sustitutas promovidos por los órganos competentes. Artículo 34. Papel de los consejos comunales en la educación y promoción de los valores en las familias. Los consejos comunales promoverán actividades de educación, información y sensibilización dirigidas a generar conciencia en las comunidades acerca de la importancia de la paz y la convivencia en el seno familiar, así como la prevención de todo factor, riesgo o amenaza de situaciones de conflictos intrafamiliares para el bienestar de las familias y la propia comunidad. En este sentido, el Estado conjuntamente con los consejos comunales organizará y desarrollará programas de escuelas para padres y madres, especialmente dirigidos a las nuevas parejas, con el fin de promover valores de convivencia y métodos de solución de conflictos que fortalezcan la cohesión y funcionalidad de las familias. Artículo 38. Diseño y ejecución de programas. Los ministerios del poder popular con competencia en materia de desarrollo y protección social, educación, deportes, turismo, salud y economía comunal deberán diseñar y ejecutar los programas establecidos en la presente Ley, en coordinación con las gobernaciones, alcaldías y consejos comunales dentro de los seis meses siguientes a su entrada en vigencia.”

10 Ley de los Consejos Comunales (*G.O.* Extraordinaria N° 5.806) del 10 de abril de 2006. Artículo 6. “Atribuciones de la Asamblea de Ciudadanos y ciudadanas. La Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas es la máxima instancia de decisión del Consejo Comunal, integrada por los habitantes de la comunidad, mayores de quince (15) años, y tiene las siguientes atribuciones:

1) Aprobar las normas de convivencia de la comunidad. 2) Aprobar los estatutos y el acta constitutiva del Consejo Comunal, la cual contendrá: nombre del Consejo Comunal; área geográfica que ocupa; número de familias que lo integran; listado de asistentes a la Asamblea (Nombre y apellido, cédula de identidad); lugar, fecha y hora de la Asamblea; acuerdos de la Asamblea; resultados de la elección de las y los voceros, y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal. 3) Aprobar el Plan de Desarrollo de la Comunidad. 4) Aprobar los proyectos presentados al Consejo Comunal en beneficio de la comunidad, así como la integración de los proyectos para resolver las necesidades afines con otras comunidades e instancias de gobierno, bajo la orientación sostenible y sustentable del desarrollo endógeno. 5) Ejercer la contraloría social. 6) Adoptar las decisiones esenciales de la vida comunitaria. 7) Elegir las y los integrantes de la Comisión Promotora. 8) Elegir las y los integrantes de la Comisión Electoral. 9) Elegir a voceros o voceras del órgano ejecutivo. 10) Elegir a las y los integrantes de la Unidad de Contraloría Social. 11) Elegir a las y los integrantes de la Unidad de Gestión Financiera. 12) Revocar el mandato de los voceros o voceras y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal, conforme con lo que establezca el Reglamento de la presente Ley. 13) Evaluar y aprobar la gestión financiera. 14) Definir y aprobar los mecanismos necesarios para el funcionamiento del Consejo Comunal. 15) Las demás establecidas en la presente Ley y su Reglamento”. Artículo 21: “Funciones del Órgano Ejecutivo. El Consejo Comunal a través de su órgano ejecutivo tendrá las siguientes funciones:

1). Ejecutar las decisiones de la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas. 2) Articular con las organizaciones sociales presentes en la comunidad y promover la creación de nuevas organizaciones donde sea necesario, en defensa del interés colectivo y el desarrollo integral, sostenible y sustenta-

- h) Planificación de la producción agrícola mediante la discusión de las políticas locales, a través de las Asambleas Agrarias como espacios de planificación participativa.
- i) Control sobre la Gestión del Sistema Judicial lo incluye la participación en los procesos de selección de los funcionarios judiciales y en la definición de las políticas públicas del sector judicial, además de la vigilancia sobre el respeto de los derechos humanos por parte de dichos funcionarios. Estas funciones están contenidas en el Proyecto de Ley del Sistema Judicial ya aprobado en Primera Discusión por la Asamblea Nacional.<sup>11</sup>

Como mencionamos, estas competencias deben ser coordinadas con el Poder Ejecutivo a través de una Comisión Presidencial *Ad-hoc*, además de la natural participación del Minis-

ble de las comunidades. 3) Elaborar planes de trabajo para solventar los problemas que la comunidad pueda resolver con sus propios recursos y evaluar sus resultados. 4) Organizar el voluntariado social en cada uno de los comités de trabajo. 5) Formalizar su registro ante la respectiva Comisión Presidencial del Poder Popular. 6) Organizar el Sistema de Información Comunitaria. 7) Promover la solicitud de transferencias de servicios, participación en los procesos económicos, gestión de empresas públicas y recuperación de empresas paralizadas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios. 8) Promover el ejercicio de la iniciativa legislativa y participar en los procesos de consulta en el marco del parlamentarismo social. 9) Promover el ejercicio y defensa de la soberanía e integridad territorial de la nación. 10) Elaborar el Plan de Desarrollo de la Comunidad a través del diagnóstico participativo, en el marco de la estrategia endógena. 11) Las demás funciones establecidas en el Reglamento de la presente Ley y las que sean aprobadas por la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas.”

Artículo 23: “Funciones de la Unidad de Contraloría Social. Son funciones del órgano de control:

- 1). Dar seguimiento a las actividades administrativas y de funcionamiento ordinario del Consejo Comunal en su conjunto. 2) Ejercer la coordinación en materia de contraloría social comunitaria. 3) Ejercer el control, fiscalización y vigilancia de la ejecución del plan de desarrollo comunitario. 4) Ejercer el control, fiscalización y vigilancia del proceso de consulta, planificación, desarrollo, ejecución y seguimiento de los proyectos comunitarios. 5) Rendir cuenta pública de manera periódica, según lo disponga el Reglamento de la presente Ley.”
- 11 Artículo 33 del Proyecto de Ley del Sistema Judicial (aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional en sesión del 14 de octubre de 2008): “Los consejos comunales y las demás formas de organización y participación popular, tienen derecho a participar y, especialmente, a ejercer la contraloría social sobre la gestión del Sistema de Justicia y de todos sus componentes. A tal efecto, tienen las siguientes funciones:
1. Vigilar y exigir el cumplimiento de esta Ley, las leyes que la desarrollen y sus reglamentos con el objeto de contribuir a que los servicios del Sistema de Justicia y de todos sus componentes garanticen los derechos humanos de todas las personas. 2. Promover la información, capacitación y formación de las comunidades sobre sus derechos, garantías y deberes relacionados con el Sistema de Justicia y todos sus componentes, especialmente para garantizar su derecho a participar y a ejercer la contraloría social. 3. Velar porque el personal del Sistema de Justicia y de todos sus componentes respeten y garanticen los derechos humanos. 4. Notificar y denunciar ante las autoridades competentes los hechos que puedan constituir infracciones a esta Ley, las leyes que la desarrollen y sus reglamentos, a los fines de iniciar los procedimientos administrativos o judiciales a que hubiere lugar, así como intervenir y participar directamente en los mismos, especialmente en los sancionatorios y disciplinarios. 5. Intervenir y participar en los Consejos Consultivos de los órganos y entes del Sistema de Justicia. 6. La participación en los procesos de selección para ocupar los cargos de los órganos y entes que forman parte del Sistema de Justicia sujetos a concursos, especialmente para verificar la idoneidad moral y profesional de las personas que optan para dichos cargos. 7. Las demás establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, leyes y reglamentos”.

terio con competencia en la materia de que se trate, conforme a las normas de la Ley Orgánica de la Administración Pública. De este modo, no deja de ser toda una curiosidad que la “contraloría social”, como se puede apreciar de las precitadas competencias, más que controlar la gestión pública, pareciera colaborar exacerbadamente con ella al punto que en ocasiones pareciera subrogarse en tareas típicas de la propia Administración Pública, incluyendo las de policía administrativa. Precisamente por ello es relevante mencionar cuáles son algunos de los límites que la propia Constitución contempla los cuales resultarían aplicables a estas actividades contraloría y gestión del “pueblo organizado”. Seguidamente nos referiremos brevemente a ellas.

## V. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES DE LA CONTRALORÍA SOCIAL

Hemos concluido que la actividad de los Consejos Comunales y otras formas de entidades de participación popular rebasan los límites de la contraloría de gestión pública y la racional “colaboración ocasional” de las personas de derecho privado con la administración pública.

Igualmente hemos visto cómo dentro de las áreas típicas de la actividad administrativa las competencias asignadas por prerrogativas legales a los Consejos Comunales y otras entidades privadas de participación popular, encuadran básicamente en las de desarrollo o fomento y sobre todo en las de policía. Lo anterior hace obligante plantearse el tema central de este breve estudio, es decir, en cuáles son los límites que deben necesariamente enmarcar estas actividades ejercidas por entidades privadas a los fines de evitar su abuso en detrimento de los derechos ciudadanos. Veamos cuáles a nuestro juicio, son esos los límites principales.

### 1. *El Principio de la Legalidad*

A no dudarlo, al estar contenidas estas competencias de contraloría, fomento y policía administrativa en textos normativos, es decir al consistir en auténticas prerrogativas conferidas legalmente a ciertas organizaciones comunitarias, el primer límite que las mismas encuentran es el contenido de las propias normas que las contemplan, ello en virtud del principio de la legalidad. En efecto, sería un enorme desatino considerar que estas entidades privadas por representar “al pueblo” están habilitadas para actuar como a bien tengan, amparadas siempre en el interés comunitario o “popular” que las mismas en principio persiguen.

Todo lo contrario, en nuestro parecer, precisamente por configurar esta especie de colaboración exacerbada una situación atípica, con mayor razón deben los beneficiarios de las competencias que la representan y dan vida, mantener su actuación exclusivamente dentro de lo expresamente previsto en las leyes que las contemplan, sin poder ir más allá. Así, aún y cuando luzca de Perogrullo es importante en este punto recordar que no pueden estas entidades comunitarias ejercer sus actividades respecto de los particulares en una posición de más amplitud y holgura que la propia administración pública con la cual supuestamente estarían colaborando coparticipando.<sup>12</sup>

---

12 Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Actualización de Lares B, Rodrigo, Ed XIII, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, 2008. p.174: “Por lo tanto el principio de legalidad tiene en la actualidad un doble significado, a saber: la sumisión de todos los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; y además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad, a las normas generales, universales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad”.

La consecuencia obligada derivada de lo anterior es que cualquier actuación de los Consejos Comunales, Comités de Contraloría Social, Asambleas de Ciudadanos, Asaciones de Defensas de las Personas en los Bienes y Servicios, y cualesquiera otras entidades “populares” que no estén enmarcadas en el cuadro de competencias explícitamente conferidas por las leyes que atribuyen las mismas, estarían infectadas de ilegalidad y las mismas serían en nuestro parecer serían susceptibles de ser atacadas jurisdiccionalmente, como veremos más adelante. Incluimos en este supuesto aquellas actuaciones ejecutadas en el ejercicio de competencias o atribuciones conferidas a estas entidades privadas, por sus propios miembros en los estatutos de creación o decisiones corporativas, pero siempre en el ámbito de prerrogativas delegadas por Ley, ello precisamente por cuanto debido a su naturaleza y fines tales actuaciones estarían totalmente cubiertas por el velo excepcional que la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, de manera conteste han posado sobre los actos disciplinarios, operativos o de autoridad, realizados por las personas de derecho privado en el marco de prerrogativas definidas por los ordenamientos sectoriales en el que se desempeñan.<sup>13</sup>

En conclusión, el principio de la legalidad y en especial el contenido de las normas que confieren sus propias competencias, representan el primer límite que las entidades comunitarias en ejercicio de su poder “popular” deben observar a favor de los derechos de otros particulares, más aún cuando se trata de actos de autoridad o de policía administrativa.

## 2. *Derecho a la Defensa y al Debido Proceso*

Como hemos señalado, no son pocos los textos legales de reciente data que confieren a personas de derecho privado dedicadas a la acción popular, competencias referidas a los primeros niveles de instrucción o sustanciación de procedimientos administrativos. Dentro de estas leyes destaca el Decreto-Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios la cual asigna a los Consejos Comunales por medio de los Comités de Contraloría Social, potestades investigativas y fiscalizadoras con e fin de hacer cumplir estas leyes.

Estas competencias implican no sólo inspeccionar inmuebles o instalaciones industriales o comerciales sino también el levantamiento de “Actas” contentivas de los hechos o situaciones que en criterio de los funcionarios comunales, podrían implicar violaciones a la ley.<sup>14</sup> Dichas Actas luego son remitidas a la autoridad administrativa competente la cual podrán iniciar el procedimiento administrativo e incluso dictar medidas preventivas en virtud de los dichos contenidos en este instrumento cuya naturaleza pareciera pública, aún y cuando la entidad comunitaria es una persona de derecho privado.

Cabe destacar, en este mismos sentido, que el hecho de que los Consejos Comunales solamente puedan levantar dichas actas debiendo, indefectiblemente remitirlas a las autoridades públicas competentes para que sean éstas últimas las que formalmente inicien los procedimientos y, según el caso, dicten medidas preventivas o diferentes, revela que el grado de afectación o limitación de los derechos de los particulares, por parte de estas organizaciones

---

13 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del año 1987. Caso *Federación Venezolana de Tiro*. Citada por Augusto J. Pérez Gómez. *Ob. cit.* p 164.

14 Artículo 92 Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios: “Una vez realizada la fiscalización y verificada la infracción, se levantará un acta suscrita por al menos tres (3) de los cinco (5) miembros del Comité dejando fiel constancia de los hechos, que deberá ser remitida de inmediato al Órgano o Ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de que analice el caso, y de ser procedente imponga las medidas preventivas y se inicie el procedimiento administrativo, conforme a este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.”

comunitarias es mucho menor que el que típicamente pueden tener los entes públicos clásicos y por ende, deben existir un nivel de tolerabilidad aún más bajo respecto a las actuaciones que puedan afectar a los derechos de los particulares.

En nuestro parecer, estas facultades de verdadera instrucción no pueden vulnerar el derecho a la defensa y al debido proceso de los particulares, reconocido en el artículo 49 de la Constitución, el cual, en consecuencia representa un segundo límite a las actuaciones de estas entidades comunitarias las cuales, en su actuación no podrán asumir acciones y en especial omisiones que dejen a los afectados sin su derecho a contradecir el contenido del acta, oponerse al mismo y obviamente evitar que las actuaciones materiales “*in situ*” hagan nugatorio su derecho ulterior a defenderse en un proceso justo. Debemos en este punto recordar que las normas que atribuyen estas facultades de investigación y fiscalización, en ningún caso permiten ni podrían servir de fundamento a actuaciones materiales de las entidades comunitarias, equiparables a las medidas preventivas o excepcionales asignadas por esas mismas leyes exclusivamente al Poder Ejecutivo, las cuales por cierto, también son de cuestionable constitucionalidad precisamente por implicar una afectación clara al derecho a la defensa y al debido proceso.

### 3. *Derecho de Propiedad*

Un tercer límite a la actuación de de los Consejos Comunales, Comités de Contraloría Social, Asambleas de Ciudadanos, Asaciones de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, y otras entidades “populares”, lo encontramos en el respeto que éstas deben observar sobre todos los derechos fundamentales de los particulares, siendo de destacar el respeto que deben tener sobre los bienes de propiedad privada. Este punto resulta de especial relevancia toda vez que en los último tiempos se ha venido insuflando un sentimiento de menosprecio de este derecho humano constitucionalmente reconocido, al amparo de los siempre loables intereses colectivos, tema éste que ha sido abordado profusamente por la más calificada doctrina nacional y extranjera, así como en los fallos de nuestro Supremo Tribunal, bajo la premisa fundamental de que la afectación del núcleo fundamental de la propiedad, es excepcionalmente admisible únicamente cuando al actuación que lo afecte tenga soporte legal, sea necesaria, útil y proporcional a la finalidad perseguida con la afectación.<sup>15</sup>

---

15 Sentencia N° 372 de la Sala Político-Administrativa del 19 de junio de 1997, con ponencia de la Magistrado Dra. Hildergard Rondón de Sansó, juicio *Tiuna Tours, C.A.* Sin embargo, si bien el constituyente estableció la forma en la cual pueden limitarse los referidos derechos de rango constitucional, nada dijo sobre la extensión que ésta pudiere tener, razón por la cual ha sido labor de esta Corte Suprema de Justicia -actuando tanto en Sala Plena como en esta misma Sala- precisar cuál es el ‘contenido esencial’ de dichos derechos, a los efectos de establecer una barrera o área de protección inexpugnable aún para el propio legislador, de forma tal que la mencionada limitación legislativa no pueda transformarse en una supresión absoluta del derecho constitucional.

En efecto, la necesidad de establecer el referido ‘contenido esencial’ de los derechos constitucionales ha surgido de los distintos regímenes jurídicos que el legislador ha desarrollado en determinadas materias con el objeto de ‘ampliar’ o ‘restringir’ más o menos los mismos, según la especial naturaleza de la actividad que los particulares realicen y el interés público que la misma posea. ...Ahora bien, cuando por razones de interés público se haya establecido un régimen estricto de intervención sobre la actividad del particular, ello no es óbice para que se supriman los derechos que la Constitución ha consagrado, pues ello implicaría sostener el absurdo según el cual, el legislador puede establecer áreas aisladas del marco de aplicación de nuestra Carta Magna. Debe concluirse entonces, que si bien puede haber una zona gris en la que el legislador puede restringir o ampliar los derechos constitucionales según la característica especial de la materia a regular, que es lo que

Muchas de las competencias atribuidas por estos recientes textos legales a entidades comunales están ligadas a evitar prácticas ciertamente perversas como el acaparamiento y la usura, sobre todo en el sector de los alimentos y otros bienes y servicios de primera necesidad. Precisamente el nivel de perversidad de estas prácticas y otras de similar naturaleza, y en especial los efectos que las mismas producen sobre los sectores más vulnerables de la sociedad, han generado una propensión a la exageración al momento de identificar estas conductas y sancionarlas. No en pocas ocasiones hemos apreciado que la ausencia de conocimientos especializados para determinar e interpretar elementos claves, como los niveles de inventarios o las estructuras de costos, han llevado a efectistas acciones o medidas preventivas por parte de las autoridades, las cuales a la postre terminan resultando un verdadero atropello contra los derechos del particular.

Pues bien, por más loable que sea la finalidad de la actuación de las entidades populares, incluso en el ámbito de la identificación de prácticas como el acaparamiento, las actuaciones materiales de estas entidades no pueden en ningún caso afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad de los particulares investigados, toda vez que esa es una potestad reservada a las actuaciones oficiales de la autoridad administrativa y su ejercicio debe estar apegado a la legalidad y a la racionalidad. En el caso de la propiedad ese contenido esencial se encuentra definido en los artículos 115 de la Constitución y 545 del Código Civil, según los cuales, la propiedad implica el derecho de gozar, usar y disponer de un bien de manera exclusiva. De tal forma que ningún acto proveniente de los Consejos Comunales, Comités de Contraloría Social u otros entes de contraloría social popular, puede afectar, limitar o restringir los atributos esenciales del derecho de propiedad que son precisamente la disposición, el uso, el goce y el disfrute del bien objeto del derecho.

#### 4. *Libertad Económica*

Todo lo antes referido en relación a la limitación que implica el derecho de propiedad para la actuación de los Consejos Comunales, Comités de Contraloría Social, y otras entidades “populares”, es aplicable totalmente al Derecho a la Libertad Económica reconocido en el artículo 112 de la Constitución.

En efecto, por muy loable que sea el interés general perseguido, mal podrían estas instancias de participación popular ejecutar sus funciones de vigilancia, control y fiscalización con un sentido tal de extralimitación que afecten incluso materialmente el derecho que tienen los particulares a dedicarse a las actividades económicas de su preferencia. Llegado este punto no podemos dejar de recordar que también parece ser un signo destiempo el “intervencionismo fáctico” por parte de agrupaciones privadas, como por ejemplo la toma de plantas industriales, maquinarias y otros activos indispensables para el desarrollo de las actividades económicas del particular afectado. A no dudar estas acciones materiales vulneran abiertamente el derecho a la libertad económica por lo que, incluso bajo la forma organizativa de Consejos Comunales u otras entidades de participación popular, no es posible que la contraloría social traspase las fronteras de la gestión pública y penetre en la esfera de la actividad privada perturbándola o menoscabándola irracionalmente.

Indiscutiblemente la libertad económica no es ni puede ser un derecho absoluto. La misma debe estar sujeta a límites racionales en beneficio del interés público. Pero esos límites, como en el ya mencionado caso del derecho de propiedad, no pueden afectar su contenido

---

los doctrinarios alemanes han definido como ‘halos de certeza’, siempre existirá un ‘núcleo duro’ que no podrá ser suprimido por el legislador.

esencial, menos aún si se trata de actos ejecutados por personas de derecho privado habilitadas para ejercer meras funciones de colaboración funcional con la administración pública, aún cuando, en ciertos casos, éstas puedan tener forma y fuerza de actos de autoridad. En este sentido hay que recordar que ese núcleo fundamental en el caso de la libertad económica está representado fundamentalmente por todos aquellos actos que permiten desplegar la actividad de que se trate, en el ámbito natural que ha elegido el particular en ejercicio de su derecho general a la libertad. Así el derecho a la imagen corporativa, el uso de marcas y signos distintivos, la adquisición explotación de activos, la determinación de portafolios de productos, de rutas o territorios, la consolidación de la cartera de clientes, la fijación de condiciones de comercialización incluyendo precios, el uso de fórmulas, modelos y secretos industriales, y en general todo lo que defina el corazón mismo de la actividad económica, incluyendo la aspiración a una rentabilidad razonable, no puede ser limitado sino ponderadamente, por las autoridades con competencia para ello y con apego a la ley en función de la garantía de la reserva legal. Ninguno de estos aspectos, en consecuencia, pueden ser afectados, limitados o vulnerados por las entidades privadas de participación popular, ni siquiera en ejercicio de sus funciones contraloras o fiscalizadoras.<sup>16</sup>

Terminamos este punto descatando que el artículo 299 de la Constitución, el cual define el Sistema Socioeconómico de la República, si bien consagra la justicia social y la solidaridad como principios rectores del mismo, también consagra que el Estado debe trabajar en armonía con la iniciativa privada como medio idóneo para promover el desarrollo de la economía nacional que permite elevar el nivel de vida de la población.

##### 5. Principio de Proporcionalidad

Como una quinta limitación a las actuaciones de los Consejos Comunales y otras entidades de participación popular, encontramos el principio de proporcionalidad que debe regir las relaciones del Poder Público con los particulares. Obviamente la aplicación de este principio tiene manera general plena aplicación al quehacer de dichas entidades de acción comunitaria, en la misma medida en que está obligada a su observancia la propia administración pública con la que a veces colabora y en otras casi suplanta.<sup>17</sup>

---

16 Jesús María Casal H. *Los Derechos Humanos y su Protección, Estudios Sobre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales*, Publicaciones UCAB, Caracas 2006, p. 125: La consagración de la libertad económica como derecho constitucional tiene numerosas implicaciones. Una de ella es que los poderes públicos han de procurar que las facultades comprendidas por esta libertad puedan ejercerse tan ampliamente como sea posible, de lo cual es expresión el propio artículo 112 de la Carta Magna, que impone al Estado el deber de promover la iniciativa privada. El derecho a la libertad económica admite limitaciones, como lo señala el mismo precepto constitucional, pero el punto de partida en materia de derechos constitucionales es siempre el del reconocimiento y garantía de la libertad correspondiente, la cual solo podrá ser sometida a aquellas restricciones adoptadas con base en la ley que superen la prueba de la proporcionalidad y del respeto al contenido esencial, y que se ajusten a otros principios constitucionales que puedan estar en juego”.

17 Jesús María Casal H. *Ob. Cit.* p 141: “Conviene hacer un uso adecuado del principio de proporcionalidad y de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, como principales condiciones o límites materiales de las restricciones legales a los derechos constitucionales. El principio de proporcionalidad debe ser la herramienta primordial en el control de tales limitaciones, mientras que la intangibilidad del núcleo o contenido esencial del derecho es un recurso complementario, no exclusivo. En especial, es necesario observar que el principio de proporcionalidad protege el contenido general del derecho, a diferencia de la garantía última mencionada, cuyo propósito es preservar el núcleo o médula del derecho.”

En definitiva, la médula de este principio es incuestionable. Únicamente pueden ser afectados los derechos de los particulares cuando no existe más remedio y ello justo en la medida que sea necesario. Además la limitación debe ser útil para satisfacer el interés general que se invoca y finalmente debe observar una proporcionalidad entre dicho interés y el derecho que limita al particular,<sup>18</sup> resultando igualmente aplicables los límites provenientes de los principios de razonabilidad y congruencia.

Lo antes mencionado nos lleva a una conclusión clara. Las organizaciones privadas de participación comunitaria, cuando actúan en ejercicio de sus funciones contraloras, fiscalizadoras o investigativas, deben hacerlo siempre dentro de sus competencias legales, con la menor afectación posible para el particular bajo investigación y únicamente cuando ello sea necesario estrictamente necesario para satisfacer el interés general que a tenor de los textos normativos atributivos de tales competencias, normalmente esta referido a la seguridad alimentaria o al acceso a los bienes y servicios, sobretodo los de carácter esencial o de primera necesidad. Nuevamente aquí insistimos en que por imperio de los artículos 112 y 299 de la Constitución, el Estado obligado a promover la iniciativa privada en la producción de bienes y servicios por lo cual, cualquier acto ilegal, desproporcionado, o inútil de las organizaciones comunitarias en uso de sus funciones de vigilancia, fiscalización e investigación, sería contrario a la Constitución, al igual que lo serían actos de similar naturaleza emanados de la propia administración pública.

#### VI. CONTROL ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL DE LA CONTRALORÍA SOCIAL

Todo lo expuesto hasta ahora nos ha permitido concluir que las competencias atribuidas por los más recientes textos legales y en especial los Decretos Leyes dictados por el Presidente de la República vía habilitación legislativa, a Consejos Comunales, Comités de Contraloría Social, Asambleas de Ciudadanos, Asaciones de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, y otras entidades de participación del “pueblo”, son de una inusual amplitud, sólo admisible en el espíritu del modelo de Estado contenido en el proyecto de Reforma Constitucional improbadado por referéndum popular el 2 de diciembre de 2008.

Igualmente, hemos podido identificar que esa amplitud trasciende la mera colaboración ocasional y se traduce en facultades no sólo de contraloría de gestión pública y desarrollo de proyectos, sino que en ocasiones se adentra en el territorio de los actos de policía administrativa configurándose así un situación de actos de personas de derecho privado ejecutando funciones típicas de la administración pública. Debido a lo anterior, estimamos que estas actuaciones de las entidades comunitarias, deben en consecuencia estar limitadas por otros

---

18 José María Rodríguez de Santiago. *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2000. p. 105.” El principio de proporcionalidad impone, en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, que los derechos de éstos solo puedan ser limitados en la medida en que ello se estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a los que sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo. En su formulación más apurada, el principio de proporcionalidad se compone de tres requisitos, escalones, mandatos parciales o subprincipios (como quiera denominarseles), que son: la idoneidad o utilidad (la medida limitadora ha de ser un medio útil o apto para la consecución del bien público que aquella tiene como fin), la necesidad (no debe existir otro medio igualmente eficaz y menos limitativo para satisfacer el mencionado fin de interés público) y ponderación –o proporcionalidad en sentido estricto- (las ventajas derivadas a favor de la protección del fin público deben compensar los perjuicios causados en el derecho que se limita).”



derechos constitucionales como la propiedad, la libertad económica, el la defensa y debido proceso, y por principios fundamentales como la legalidad y la proporcionalidad, según lo hemos expuesto antes, e incluso, cabe agregar, por los principios y consecuencias de Derecho Público atinentes a la responsabilidad patrimonial del Estado.

La pregunta obligada ahora es qué ocurre cuando una entidad de participación comunitaria rompe la barrera que le imponen tales límites, es decir, cómo se controla la legalidad y constitucionalidad de estas actuaciones que siendo privadas en su origen, muchas de ellas son típicas de la administración pública. Esta pregunta nos lleva directo al tema del control administrativo y jurisdiccional de tales actos. Veamos.

### 1. *Control Administrativo*

En cuanto a esta primera forma de control, debemos comenzar por señalar que el Decreto-Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en su artículo 94 expresamente dispone que cualquier persona -y ello obviamente incluye al particular afectado por una actuación de los Comités de Contraloría Social-, podrá ejercer un “Recurso de Queja”. Ahora bien, ese recurso en modo alguno pretende atacar la validez de la actuación de funcionario sujeto de la queja, de hecho, el mismo artículo antes referido, dispone claramente que el Consejo Comunal investigará lo conducente y presentará los resultados de su investigación a al Asamblea de Ciudadanos para que ésta se pronuncie “sustituyendo a uno o varios de los integrantes del Comité”. Es decir, incluso operando tal destitución queda a salvo el acta o acto que desempeñado por el o los integrantes del Comité.

Lo anterior nos lleva a concluir que el control administrativo sobre las mencionadas competencias de las entidades de participación popular comunitaria, sería de naturaleza indirecta y desplegada por el órgano de la administración con competencia en el área de dicha actividad, por ejemplo el Instituto para la defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), la Superintendencia o el Ministerio del ramo respectivo, según corresponda, resultando así susceptible de los recursos ordinarios en sede administrativa, los actos administrativos que se hayan dictado admitiendo o validando las actuaciones ilegales realizadas por la entidad de participación popular o comunitaria de que se trate.

En este mismo sentido, debemos recordar que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, contempla el llamado Reclamo o Queja el cual, si bien no es un recurso administrativo propiamente dicho, es un medio que permite la corrección de errores u omisiones en la tramitación de un procedimiento administrativo<sup>19</sup>. Concretamente esta figura

---

19 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en SPA de fecha 20 octubre de 1994 Magistrado Ponente Cecilia Sosa Gómez, *Caso Asociación de jubilados del Ministerio Público*: “El reclamo no es un procedimiento administrativo cuya tramitación concluya en la producción de un acto administrativo recurrible posteriormente por el reclamante, tanto en sede administrativa como contencioso-administrativa, porque con su interposición no se busca la producción de un acto administrativo que en forma directa beneficie o afecte los derechos subjetivos, o intereses legítimos, personales y directos del reclamante. El reclamo se puede asimilar con la denuncia en materia penal en la cual el denunciante no es considerado parte del procedimiento y no es destinatario directo de las decisiones que se adopten en ese procedimiento. El procedimiento del reclamo concluye con la sanción del superior jerárquico inmediato al funcionamiento infractor o a los funcionarios infractores, es decir, puede concluir con un acto administrativo cuyo destinatario no es el reclamante sino el funcionario o los funcionarios infractores quienes serían únicos legitimados para intentar cualquier recurso contra esa medida.

permite a cualquier interesado reclamar ante el Superior Jerárquico inmediato el retardo, omisión, distorsión, en que incurran los funcionarios responsables del asunto. El reclamo o queja debe ser presentado por escrito y resuelto dentro de los 15 días siguientes sin suspender, obstaculizar o paralizar el procedimiento. Si fuere procedente el funcionario sería sancionado conforme el artículo 100 de la misma LOPA, el cual estipula una multa de entre el 5% y el 50% de la remuneración total mensual del funcionario.

Si bien entendemos que esta figura del “Reclamo” o queja ha caído en desuso, posiblemente se convierta ahora en una adecuada vía administrativa para enfrentar desmanes, exceso desatinos de quienes ejerzan mal sus competencias como funcionarios comunales. Pensemos que a los fines de este mecanismo el superior jerárquico debe ser igualmente el órgano de la administración con competencia en el área y no el Consejo Comunal o Asamblea de Ciudadanos, dado que estás siguen siendo personas de derecho privado no autorizadas para imponer la sanción administrativa antes mencionada. Igualmente debemos precisar que, evidentemente la referida multa se aplicaría sobre la remuneración que perciba la persona en virtud de su cargo comunitario y no sobre otros ingresos o salarios habidos en su actividad privada.

## 2. *Control Jurisdiccional*

Como acabamos de ver, el control por medio de recursos administrativos de las actuaciones de estas entidades comunitarias de derecho privado, es más bien indirecto. Sin embargo, en nuestro parecer, dadas las competencias asignadas a muchas de estas entidades y en especial a los Comités de Contraloría Social, pareciera que las mismas no pueden quedar fuera del escudo natural de protección implica para el particular el control jurisdiccional de los actos ejecutados por particular en uso de prerrogativas conferidas por un ordenamiento específico.

De esta forma, cualquier extralimitación o usurpación de funciones en que incurran los integrantes de estas entidades, configuraría una vía de hecho que en nuestro parecer debería ser susceptible de ser atacada mediante la acción de amparo constitucional conforme el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Sin embargo, han sido reiterados los fallos de reciente data que no admiten solicitudes de amparo autónomas por vías de hecho, criterio con el cual estamos en total desacuerdo, de este modo habría que acudir a la peculiar vía del recurso de nulidad de la vía hecho en sede judicial, contra los actos materiales ejecutados de manera arbitraria por dichos integrantes de los entes de contraloría social comunitaria<sup>20</sup>.

---

También puede concluir el procedimiento del reclamo, al igual que concluye una averiguación penal por denuncia, con la desestimación del reclamo por parte del funcionario que conoce del mismo cuando no lo encontrare fundado”.

20 Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de fecha 26 de octubre de 2002. Ponente Jesús Eduardo Cabrera. Caso *Gisela Anderson*: El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías constitucionales prescribe la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de actos administrativos, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o garantía constitucional, en casos de amparos ejercidos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación, recurso que, cuando se alegue injuria constitucional, podría incoarse sin el agotamiento previo de la vía administrativa. 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

Tal recurso contencioso de nulidad también resultaría precedente frente a aquellos actos formales que emitan dichas organizaciones comunitarias y que puedan llegar a calificarse como actos de autoridad, toda vez que los mismos, y cualquier situación de dañosa que en ejercicio de sus “potestades públicas” provenga de los entes referidas organizaciones comunitarias podían quedar sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa.

Nada de lo expuesto en relación al control jurisdiccional en el ámbito constitucional o contencioso administrativo, enerva la posibilidad de acciones judiciales ordinarias, propias del campo civil o privado en contra de tales organizaciones y sus integrantes.

---

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.



# *Notas sobre la expansión del ámbito de la declaratoria de utilidad pública o interés social en la expropiación*

Carlos García Soto

*Profesor de la Universidad Monteávila*

## I. INTRODUCCIÓN

Cuatro Decretos-Leyes dictados con ocasión 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*<sup>1</sup> tienen como aspecto común la expansión del ámbito de la declaratoria de utilidad pública o interés social<sup>2</sup>. Requisito de la expropiación (artículos 115 de la Constitución y 7.1 LECUPS), la declaratoria de utilidad pública o interés social tiene una importancia fundamental para el régimen del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico venezolano, en particular, precisamente, para la institución de la expropiación. El *Decreto N° 6.092 con rango, valor y fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*<sup>3</sup> (LDPABS); el *Decreto N° 6.071 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Alimentaria*<sup>4</sup> (LOSSA); el *Decreto N° 6.129 con rango, valor y fuerza de Ley de Salud Agrícola Integral*<sup>5</sup> (LSAI), y el *Decreto N° 6.072 con rango, valor y fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat*<sup>6</sup> (LRPVH), contienen normas que declaran la utilidad pública e interés social sobre bienes<sup>7</sup>, lo que constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, como se verá.

El objeto de este trabajo se reduce a unas breves consideraciones sobre el concepto formal de expropiación que se asume en nuestro ordenamiento y sobre la *causa expropriandi* como requisito para la expropiación. Lo que allí se diga servirá como baremo para el análisis de las normas que regulan la declaratoria de utilidad pública o interés social en los Decretos-Leyes señalados.

---

1 G.O. N° 38.617 de 01-02-2007.

2 Se utilizan los términos “utilidad pública” e “interés social” para respetar su uso expreso por el artículo 115 de la Constitución y 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (LECUPS), aún cuando no se defina en tales normas si se trata de figuras jurídicas distintas.

3 G.O. N° 5.889 extraordinario de 31-07-2008.

4 G.O. N° 5.889 extraordinario de 31-07-2008.

5 G.O. N° 5.890 extraordinario de 31-07-2008.

6 G.O. N° 5.889 extraordinario de 31-07-2008.

7 El artículo 3 LSAI utiliza adicionalmente el término “interés nacional”.

## II. UNA NOTA SOBRE EL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

El concepto de expropiación en el ordenamiento jurídico venezolano es resueltamente *formal*. De acuerdo con los artículos 115 de la Constitución y 2 LECUPS, la expropiación se somete a un *procedimiento*, entendido en sentido muy amplio, en el cual intervienen distintos órganos del poder público. De acuerdo con el artículo 115 constitucional, “sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”. Por ello, al señalar el concepto de expropiación, el artículo 2 de la LECUPS, dispondrá:

“Artículo 2. La expropiación es una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización”.

Concepto *formal* de la expropiación, desde que sólo podrá considerarse como tal aquella en la cual se transfiera forzosamente la propiedad o cualquier otro derecho, en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social, mediante una sentencia que sea firme y el pago oportuno de una justa indemnización. El procedimiento de expropiación, por lo demás, es regulado ampliamente por la misma LECUPS.

## III. UNA NOTA SOBRE EL CONCEPTO DE CAUSA EXPROPRIANDI

Una de las características principales del concepto *formal* de expropiación en nuestro ordenamiento jurídico es la exigencia de una disposición formal que declare la utilidad pública o interés social (artículos 115 de la Constitución y 7.1 LECUPS). A su vez, la declaratoria de utilidad pública o interés social impone determinados requisitos (artículo 13 LECUPS).

Según el régimen de la LECUPS (artículos 3, 13 y 14), la declaratoria de utilidad pública o interés social debe realizarse sobre un concepto amplio, pero de conocida tradición para el Derecho Administrativo: obras. Así, el artículo 3 define qué deba entenderse por obras de utilidad pública. El artículo 13 hace referencia a los requisitos necesarios para que la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos y los Concejos Municipales declaren que una obra es de utilidad pública<sup>8</sup>. Pero tal declaratoria de utilidad pública, como ha sido tradición entre nosotros, y tal y como se deduce de la interpretación de los artículos 7 y 13 LECUPS, corresponderá a la Ley. Por su parte, de acuerdo con el artículo 5 LECUPS, será a través del Decreto de Expropiación que se realice la declaración de los bienes necesarios para la realización de la obra: “el Decreto de Expropiación consiste en la declaración de que la ejecución de una obra requiere la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o varios bienes, o de parte de los mismos. Dicha declaración le corresponderá en el orden nacional, al Presidente de la República, en el orden estatal al Gobernador, y en los municipios a los Alcaldes”. Así, según el concepto *formal* de expropiación que se deriva de nuestro ordenamiento, la Asamblea Nacional, Los Consejos Legislativos los Consejos Municipales declaran la utilidad pública de una obra, mientras que el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde serán los competentes para señalar los bienes necesarios para la ejecución de la obra previamente

---

8 Dejamos de lado la potestad que en el artículo 13 LECUPS se otorga al Ejecutivo Nacional para “decretar de utilidad pública la posesión de aquellos terrenos y construcciones que considere esenciales para la seguridad o defensa de la Nación”.

declarada de utilidad pública<sup>9</sup>. Recordemos, por una parte, que como se señaló, según los artículos 115 y 7.1 LECUPS, la declaratoria de utilidad pública o interés social es un requisito para llevar a cabo la expropiación; por otra parte, recordemos igualmente que según los artículos 115 de la Constitución y 2 LECUPS, la expropiación sólo mediante sentencia firme podrá declararse la expropiación. Estas ideas serán fundamentales a los efectos del análisis de los Decretos-Leyes referidos.

El significado de este régimen jurídico se encuentra en la necesidad de que la expropiación tenga una justificación o legitimación muy determinada, la causa de la expropiación o *causa expropriandi*: sólo podrán expropiarse aquellos bienes que sean necesarios para el cumplimiento de un fin (una obra, según la terminología empleada por la LECUPS) que haya sido declarado como de utilidad pública o interés social.

A ello se refiere expresamente el artículo 115 de la Constitución, que señala rotundamente que la expropiación sólo podrá ser declarada “por causa de utilidad pública o interés social”. A la misma idea remite el artículo 2 LECUPS, cuando define a la expropiación “una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social”.

El cumplimiento del fin declarado de utilidad pública o interés social será motivo de control de todo el procedimiento expropiatorio. Sólo si el procedimiento expropiatorio –y los actos dictados con ocasión de él- se reconducen al cumplimiento de ese fin, la expropiación será válida.

Ello se manifiesta en que el fin de la expropiación no es sólo la privación del derecho de propiedad sobre el bien objeto del procedimiento expropiatorio, sino que el bien deberá ser efectivamente utilizado para el cumplimiento del fin señalado por la norma declaratoria de la utilidad pública o interés social. Manifestación de ello es el derecho de retrocesión que se reconoce al particular en el artículo 51 LECUPS.

Esta consideración será particularmente importante para enjuiciar la validez del Decreto de Expropiación. Aplicando las ideas señaladas al Decreto de Expropiación, se exigirá que tal Decreto –en tanto acto administrativo- cumpla con el fin declarado de utilidad pública o interés social.

#### IV. LA EXPANSIÓN DE LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL HACIA BIENES

La LDPABS; la LOSSA; la LSAI y la LRPVH introducen una importante variación a lo que ha sido el régimen tradicional expuesto. Tales Decretos-Leyes declaran la utilidad pública o interés social sobre *bienes*. Señala el artículo 5 LDPABS:

“Bienes y servicios de primera necesidad

Artículo 5. (...)

Se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad.

---

9 Tal y como se exige expresamente, por lo demás, en el artículo 5 LECUPS.

El Ejecutivo Nacional podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional”<sup>10</sup>.

El mismo criterio es el aplicado en el artículo 3 de la LOSSA:

“Orden público, utilidad pública e interés social

Artículo 3°. Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica son de orden público.

Se declaran de utilidad pública e interés social, los bienes que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos, de calidad y en cantidad suficiente a la población, así como las infraestructuras necesarias con las cuales se desarrollan dichas actividades.

El Ejecutivo Nacional, cuando existan motivos de seguridad agroalimentaria podrá decretar la adquisición forzosa, mediante justa indemnización y pago oportuno, de la totalidad de un bien o de varios bienes necesarios para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de producción, intercambio, distribución y almacenamiento de alimentos”<sup>11</sup>.

Por su parte, el artículo 3 LSAI señala:

“Utilidad pública, interés nacional e interés social

Artículo 3°. Se declaran de utilidad pública, interés nacional e interés social los bienes y servicios propios de las actividades de salud agrícola integral.

El Ejecutivo Nacional, cuando medien motivos de seguridad, podrá sin mediar otra formalidad, decretar la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o de varios bienes necesarios para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de salud agrícola integral”.

Finalmente, el artículo 3 LRPVH, dispone:

“Principios rectores

Artículo 3°. (...)

Se declaran de utilidad pública e interés social todos los bienes y servicios susceptibles de ser empleados en la planificación, producción y consumo en materia de vivienda y hábitat, con la finalidad de garantizar lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley”.

Declaración de utilidad pública e interés social de *bienes*, y en el caso de la LSAI y la LRPVH, de *servicios*. Como se señaló, ello constituye una modificación importante del régimen de la expropiación en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en estos sectores. Así, y como ha quedado señalado, según el régimen de la LECUPS la declaratoria de utilidad

10 En el artículo 5 LDPABS se señala que el Ejecutivo Nacional podrá iniciar el procedimiento de expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos a quienes se aplica la LDPABS, sin hacer referencia expresa a qué tipo de bienes alcanza. Por ello, podría considerarse que tal potestad se extiende a todos los bienes del sujeto, con independencia de que se trate de bienes anejos a las actividades de “producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad”. En nuestra opinión, tal interpretación debe ser rechazada, desde que el mismo artículo 5 restringe la declaratoria de utilidad pública e interés social a los bienes necesarios para la realización de tales actividades.

11 En todo caso, de acuerdo con la exigencia del artículo 115 de la Constitución, tal expropiación sólo podrá ser declarada mediante sentencia firme.



pública o interés social se refiere a *obras*, y corresponderá, de acuerdo con el artículo 5 LECUPS, al Decreto de Expropiación la declaración de los *bienes* necesarios para la realización de la *obra*: “el Decreto de Expropiación consiste en la declaración de que la ejecución de una obra requiere la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o varios bienes, o de parte de los mismos”. Varias consecuencias se deriven del criterio asumido.

En primer lugar, en las normas señaladas no se declaró la utilidad pública o interés social de obra alguna, tal y como se exige en el régimen contenido en el artículo 115 de la Constitución y la LECUPS. Por tanto, es cuestionable que las actividades que se señalen en tales normas puedan ser consideradas como declaradas de utilidad pública o interés social.

En segundo lugar, es cuestionable la validez de la declaratoria de utilidad pública e interés social sobre bienes y servicios, de cara a lo dispuesto por el artículo 115 de la Constitución y la LECUPS.

En tercer lugar, y de acuerdo con el significado que en nuestro ordenamiento jurídico tienen la declaratoria de utilidad pública o interés social, el criterio asumido implica una modificación importante para el control de la *causa expropriandi*. Como ha quedado señalado, de acuerdo con el artículo 115 de la Constitución y el régimen previsto en la LECUPS, declarada la utilidad pública o interés social de una obra, corresponde al Decreto de Expropiación “la declaración de que la ejecución de una obra requiere la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o varios bienes, o de parte de los mismos” (artículo 5 LECUPS). Ahora bien, según el criterio asumido por los Decretos-Leyes, no existe una obra declarada de utilidad pública o interés social ante la cual ponderar si los bienes objeto del Decreto de Expropiación son necesarios para la ejecución de tal obra.

En cuarto lugar, la garantía jurídica que significa la *causa expropriandi* en nuestro ordenamiento, queda significativamente mermada con el criterio asumido por los 4 Decretos Leyes, desde que es jurídicamente cuestionable la posibilidad de realizar la ponderación sobre si el procedimiento expropiatorio cumple con tal garantía.



## SEGUNDA PARTE: RÉGIMEN ORGÁNICO DEL ESTADO

### Sección I. Régimen de la Administración Pública

#### *El sentido de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública*

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

#### I. BASES CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

La Constitución de 1999 contiene un extenso Título IV relativo al “Poder Público”, cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el Poder Público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (Poder Municipal, Poder Estatal y Poder Nacional); y, en el nivel Nacional, en su distribución horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral)<sup>1</sup>. En particular, además, en dicho Título se incorporó una “sección segunda” relativa a “la Administración Pública”, cuyas normas también se aplican a todos los órganos y entes que ejercen esos Poderes Públicos.

---

<sup>1</sup> Véase nuestra propuesta sobre este título en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 Sept.-17 Oct. 1999), Caracas 1999, pp. 159 y ss.

De allí que lo primero que debe determinarse de acuerdo con la Constitución es cuáles son los órganos estatales que ejercen el Poder Público y que pueden considerarse como parte de la “Administración Pública.”

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal) que ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección segunda mencionada se aplican a todas las “Administraciones Públicas” *ejecutivas* de la República (administración pública nacional), de los Estados (administración pública estatal), de los Municipios (administración pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 de la Constitución, entre las cuales se destacan los Distritos Metropolitanos cuyos órganos ejercen el Poder Municipal.

Pero la Administración Pública del Estado venezolano, en los tres niveles territoriales de distribución vertical del Poder Público, no se agota en los órganos y entes de la Administración Pública *ejecutiva* (que ejercen el Poder Ejecutivo), pues también comprende los otros órganos de los Poderes Públicos que desarrollan las funciones del Estado de carácter sublegal. En tal sentido, en el nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral), sin la menor duda, son órganos que integran la Administración Pública del Estado, organizados con autonomía funcional respecto de los órganos que ejercen otros poderes del Estado. En cuanto a los órganos que ejercen el Poder Judicial, los que conforman la Dirección Ejecutiva de la Magistratura mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, también son parte de la Administración Pública del Estado.

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del Título IV de la Constitución, la Administración Pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del Poder Judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial<sup>2</sup>.

## II. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA REFORMA DE 2008

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la Administración Pública, se dictó la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001<sup>3</sup>, la cual si bien ha sido objeto de una reforma general mediante Decreto Ley N° 6.217 de 15 de julio de 2008<sup>4</sup> (en lo adelante LOAP), la misma, básicamente, consistió en un cambio de redacción en muchos artículos de la misma, en particular por la utilización expresa del género femenino al referirse a las diversas “funcionarias y funcionarios” poniendo primero el femenino y luego el masculino;<sup>5</sup> y la introducción de las siguientes reformas sustantivas:

- 
- 2 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas 1994, pp. 11 y 53.
  - 3 G.O. N° 37.305 de 17-10-2001. Esta Ley Orgánica sólo derogó expresamente la Ley Orgánica de la Administración Central, cuya última reforma había sido la hecha mediante Decreto-Ley N° 369 de 14-9-99, en G.O. N° 36.850 de 14-12-99.
  - 4 G.O. Extra N° 5.890 de 31-07-2008.
  - 5 En estas notas, por razones de simplificación de redacción nos limitaremos a utilizar sólo el género masculino para referirnos a dichos funcionarios, lo que incluye, por supuesto, a las mujeres.

En *primer lugar*, la regulación de la “Administración Pública” como una sola organización que comprende la de la República (nacional), la de los estados y la municipal (art. 1), en forma centralizada, sometida toda a los lineamientos de la planificación centralizada (arts. 15, 18, 23, 32, 44, 48, 60, 77, 84, 91, 99, 119, 121, 131), bajo la dirección del Presidente de la República (art. 46) y la coordinación del Vicepresidente ejecutivo (art. 49,3).

En *segundo lugar*, la previsión expresa de las “misiones” como organizaciones que forman parte de la Administración Pública (arts. 15 y 131), que se agregan a los “órganos y entes” que han sido las organizaciones que tradicionalmente han conformado la misma, pero con la peculiaridad de que se las excluye, en general, de la aplicación de la Ley Orgánica, la cual básicamente se destina a dichos “órganos y entes.”

En *tercer lugar*, la incorporación en los órganos superiores de la Administración Pública nacional central (ahora denominada Nivel Central de la Administración Pública Nacional (art. 44), además de los de dirección y de consulta, al de “coordinación y control de la planificación centralizada”, que es la Comisión Central de Planificación presidida por el Vicepresidente de la República (arts. 44, 57).

En *cuarto lugar*, la incorporación dentro de los órganos superiores de dirección del Nivel Central de la Administración Pública nacional, de las “autoridades regionales” con la función, entre otras, de planificar, ejecutar, seguir y controlar políticas de desarrollo del territorio (arts. 44, 70).

En *quinto lugar*, la eliminación de toda noción de “autonomía”, reflejada en la transformación de los “servicios autónomos sin personalidad jurídica” en “servicios desconcentrados” (art. 93) y la creación de los “institutos públicos” en lugar de los “institutos autónomos” como entes descentralizados funcionalmente, aún cuando sin eliminar los últimos en virtud de tratarse de una institución con rango constitucional (art. 96).

En *sexto lugar*, la contradictoria calificación de las empresas del Estado como entes “con forma de derecho privado” (art. 29) y, a la vez, como “personas de derecho público” (art. 102); en sexto lugar, el cambio de nombre de los “gabinetes sectoriales” por “juntas sectoriales” y de los “gabinetes ministeriales” por “juntas ministeriales” (art. 44).

En *séptimo lugar*, la limitación de la participación política en la gestión de los asuntos administrativos sólo a las “comunidades organizadas” (incluyendo a los Consejos Comunales), al eliminarse la posibilidad de la participación de las “organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas” (arts. 84,10; 138; 139;140); en *octavo lugar*, el establecimiento de normas que refuerzan la posibilidad de declarar como reservados o confidenciales los documentos administrativos limitándose el acceso de los administrados a la información pública (arts. 7,1); y

En *octavo lugar*, la eliminación de la consulta obligatoria para promulgar decretos leyes que establecía el artículo 137 de la Ley Orgánica de 2001.

### III. LA CENTRALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley Orgánica de 2008<sup>6</sup>, como lo disponía la de 2001 en el mismo artículo 1º, tiene por objeto general:

---

6 En el texto, en adelante, al hacer referencia a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, por supuesto la identificaremos como la “Ley Orgánica” y no como el “Decreto con rango,

- 1° Establecer los principios, bases y lineamientos que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública;
- 2° Establecer los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública;<sup>7</sup>
- 3° Regular los compromisos de gestión;
- 4° Crear mecanismos para promover la participación y el control, seguimiento y evaluación de las políticas, planes y proyectos públicos; y
- 5° Establecer las normas básicas sobre los archivos y registros de la Administración Pública.

En la Ley Orgánica de 2001, sin embargo, siendo una ley nacional, sus disposiciones eran básicamente “aplicables a la Administración Pública Nacional” (art. 2), deduciéndose de su normativa que tal concepto abarcaba la Administración Pública que conformaban los órganos que ejercía el Poder Ejecutivo Nacional y aquéllos que conformaban la Administración Pública nacional descentralizada sometida al control de aquél, con forma de derecho público. En cuanto a la Administración Pública que conformaban los demás órganos del Poder Público Nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercían el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, las disposiciones de la Ley Orgánica de 2001 sólo se les aplicaban “supletoriamente” (art. 2). En cuanto a los órganos que ejercían el Poder Legislativo, respecto de las funciones administrativas que realizasen, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica, también se les podían aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los Poderes Públicos que derivan de la distribución territorial del Poder Público, conforme al artículo 2 de la LOAP de 2001, “los principios y normas (de la Ley Orgánica) que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los Estados, Distritos metropolitanos y Municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias”. Con ello, se respetaba la autonomía administrativa de los Estados y Municipios, y de sus propias Administraciones Públicas, que debía ejercerse dentro de un marco legal común. En cuanto a las demás regulaciones de la Ley Orgánica, regía el mismo principio de su posible aplicación supletoria a las Administraciones Públicas de los Estados y Municipios (art. 2).

La Ley Orgánica de 2008, en cambio, ahora centraliza todo en una sola Administración Pública, “nacionalizando” totalmente el régimen de la misma, al disponer que sus normas se aplican a la Administración Pública que abarca los tres niveles de distribución vertical del poder, es decir, “incluidos los estados, distritos metropolitanos y municipios, quienes deberán desarrollar su contenido dentro del ámbito de sus respectivas competencias” (art. 2). Además, centraliza totalmente la Administración Pública, al someterla (incluyendo la de los Estados y Municipios) a los lineamientos dictados por la Comisión Nacional de Planificación o conforme con la planificación centralizada (arts. 15, 18, 23, 32, 44, 48, 60, 77, 84, 91, 99, 119, 121, 131), a la dirección del Presidente de la República (art. 46) y a la coordinación del Vicepresidente de

---

valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública”, pues se trata de una Ley Orgánica dictada con base en una delegación legislativa. En nuestro criterio, es errado la calificación del instrumento como “decreto”, ya que ello es una mera forma jurídica constitucional, utilizada para sancionar una “ley”.

7 La Ley Orgánica de 2001 se refería a la “Administración Pública nacional y a la administración descentralizada funcionalmente”. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización...* cit., pp. 35 y ss.

la República (art. 48,3). Es decir, la Ley Orgánica de 2008 no es que establece un régimen normativo común para todas las administraciones públicas, sino que regula una sola Administración Pública, totalmente centralizada, sin que los Gobernadores y Alcaldes tengan autonomía alguna en sus Administraciones Públicas, ya que las mismas están bajo la dirección del Presidente de la República, la coordinación del Vicepresidente ejecutivo y sometidas a los lineamientos de la planificación centralizada a cargo de una Comisión Central de Planificación que es un órgano de coordinación y control nacional. Por otra parte, en cuanto al carácter supletorio de la Ley, sólo se refiere a las Administraciones de los demás órganos del Poder Público nacional, al disponer que “las disposiciones de la presente Ley se aplicarán supletoriamente a los demás órganos y entes del Poder Público” (art. 2).

#### IV. EL UNIVERSO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ÓRGANOS, ENTES Y MISIONES

El universo de la Administración Pública conforme a la LOAP de 2001 englobaba dos tipos de organizaciones, los “órganos y entes” que se constituían en los componentes organizativos esenciales de la misma. Los “órganos” eran los que tradicionalmente conformaban lo que se denominaba “Administración Central,” y los “entes,” los que tradicionalmente conformaban la “Administración descentralizada,” cada uno con personalidad jurídica propia.

La LOAP de 2008 retiene dicha clasificación, pero agrega una categoría más que son las “misiones”, regulándose así, por primera vez legislativamente, una forma de organización administrativa “sin forma” organizativa precisa, que desde 2003 se ha venido utilizando para atender programas específicos de la Administración Pública.

Dichas “misiones” como integrando la Administración Pública, incluso se pretendieron incorporar en la propuesta de Reforma Constitucional de 2007 que fue rechazado por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007,<sup>8</sup> en la cual se propuso una nueva redacción del artículo 141 constitucional, que pasaba de regular un régimen universal aplicable a toda “la Administración Pública,” a establecer varias “administraciones públicas”, las cuales, incluso, contra toda técnica legislativa, se las buscaba “clasificar” en la propia Constitución en las siguientes dos “categorías”: “las administraciones públicas burocráticas o tradicionales, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta Constitución”; y “las misiones, constituidas por organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de sistemas excepcionales, e incluso, experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales”.

Es decir, con el rechazado proyecto de reforma constitucional de 2007, en lugar de corregirse el descalabro administrativo que se había producido en los últimos años por el desorden organizativo y la indisciplina presupuestaria derivada de fondos asignados a programas específicos del gobierno denominados “misiones”, concebidos en general fuera del marco de la organización general del Estado, lo que se buscaba hacer era constitucionalizar dicho desorden administrativo, calificándose a las estructuras administrativas del Estado como “burocráticas o tradicionales”, renunciando a que las mismas fueran reformadas para convertirlas en instrumentos para que, precisamente, pudieran atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población.

---

8 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

Ahora, con la reforma de la LOAP de 2008, se ha regularizado legislativamente a las “misiones” pero precisamente para no regularlas, pues la Ley, como se verá, se destina íntegramente a regular exclusivamente a los “órganos y entes”, dejando fuera de sus regulaciones a las “misiones,” estando sin embargo, todas en común, solo sujetas a “los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada” (art. 15). Lo mismo incluso sucede con la Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos, que también se ha reformado mediante Decreto Ley N° 6.265 de 22 de julio de 2008,<sup>9</sup> la cual sin embargo, sólo se aplica a los “órganos y entes” de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal (art. 2), con lo que quedan excluidas las “misiones.”

En efecto, en el artículo 15 de la LOAP, que se refiere al ejercicio por los titulares respectivos de la potestad organizativa, es decir, de la potestad de crear, modificar y suprimir organizaciones, se definen las siguientes tres organizaciones que ahora forman el universo de la Administración Pública:

En *primer lugar*, están los “entes” que son todas las organizaciones administrativas descentralizadas funcionalmente con personalidad jurídica (se entiende, distinta de la república, de los Estados y Municipios). Ello sin embargo, no implica “autonomía” alguna (concepto que materialmente ha desaparecido de la Ley de 2008), pues se dispone expresamente que están “sujetos al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de la Comisión Central de Planificación.”

En *segundo lugar*, están los “órganos”, que son las unidades administrativas “de la República, de los Estados, de los Distritos metropolitanos y de los municipios, a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter regulatorio”.

En *tercer lugar*, están las “misiones”, que “son aquellas creadas con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población”, lo que es redundante con las anteriores, pues tanto los órganos como los entes de la Administración Pública en general, por esencia, tienen por objeto la realización de actividades que tienen que ver con la satisfacción de necesidades fundamentales y urgentes de la población.

Sobre estas misiones, en la Exposición de Motivos del Decreto Ley mediante el cual se dictó la Ley Orgánica de 2008, se indicó, sobre esta “novedad legislativa”, que se trata de “la figura de las Misiones, las cuales nacieron como organismo de ejecución de políticas públicas, obteniendo niveles óptimos de cumplimiento de los programas y proyectos asignados, y se conciben dentro del proyecto, como aquellas destinadas a atender a la satisfacción de las necesidades fundamentales y urgentes de la población, que pueden ser creadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, cuando circunstancias especiales lo ameriten.”

Se ha establecido, así, en la Ley, una distinción entre una Administración Pública “tradicional” conformada por órganos y entes que es la regulada precisamente en la LOAP, y otra Administración Pública conformada por las misiones, destinada “a atender a la satisfacción de las necesidades fundamentales y urgentes de la población”, como si la primera no tuviera esa función, pero con la diferencia de que la primera está sometida estrictamente a todas las prescripciones de la LOAP y la segunda no está sometida a todas dichas previsiones. Es decir, se ha creado una nueva organización en la LOAP para excluirla de su régimen, el cual

---

9 Véase G.O. N° 5.891 Extraordinaria de 22-7-2008.



como se puede apreciar del conjunto de su normativa, en su casi totalidad sólo rige para los “órganos y entes.”<sup>10</sup> En el único artículo en el cual se nombra expresamente a las Misiones, además del mencionado artículo 15, es en el artículo 131 que atribuye al Presidente de la República en Consejo de Ministros, “cuando circunstancias especiales lo ameriten”, potestad para “crear misiones destinadas a atender a la satisfacción de las necesidades fundamentales y urgentes de la población, las cuales estarán bajo la rectoría de las políticas aprobadas conforme a la planificación centralizada.”

---

10 En igual sentido, como se dijo, las “misiones” también quedan excluidas de la aplicación de la Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos, pues la misma solo se aplica a “los órganos y entes” de la misma (art. 2). *G.O.* N° 5.891 Extraordinaria de 22-07-2008.



## *La reedición de la propuesta constitucional de 2007 en el Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública*

Cosimina G. Pellegrino Pacera

*Profesora de Derecho Administrativo de la UCV*

El 2 de diciembre de 2007, se realizó en el país el acto de votación del referendo para pronunciarse sobre el proyecto de reforma constitucional elaborado bajo la iniciativa del Presidente de la República, y sancionado por la Asamblea Nacional, el 2 de noviembre de 2007, en el cual el pueblo se pronunció rechazando el proyecto de reforma constitucional.

De hecho, según Resolución N° 071207-2943 de fecha 07 de diciembre de 2007, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 405 del 18 de diciembre de 2008, el Consejo Nacional Electoral proclamó los siguientes resultados:

	<b>Bloque A</b>			<b>Bloque B</b>	
No	4.521.494	50,65%	No	4.539.707	51,01%
Sí	4.404.626	49,34%	Sí	4.360.014	48,99%
Total de Votos Validos	8.926.120		Total de Votos Validos	8.899.721	
Total Votos Nulos	119.155		Total Votos Nulos	145.239	
Total de Votos Escrutados	9.045.275		Total Votos Escrutados	9.045.064	
Total de Votantes	9.045.344				
Abstención	43,85%		Abstención	43,85%	

En este sentido, es necesario insistir que nuestra Carta Magna consagra el **referendo constitucional para la reforma de la Constitución** (artículo 344 de la Constitución de 1999). Asimismo estatuye que la decisión que se tome en el proceso de referendo para la reforma constitucional será de carácter vinculante. Si el pueblo se pronuncia a favor o en contra de la reforma constitucional, esta quedará o no aprobada. En el supuesto que la iniciativa de reforma constitucional fuere rechazada, esta no podrá presentarse de nuevo en el mismo período constitucional.

Es obvio, pues, que al ser rechazada la propuesta de reformar el texto constitucional por el pueblo soberano, dicha decisión tiene carácter vinculante, y por ende *“tiene un efecto definitivo sobre la misma, de manera que siendo la manifestación de voluntad del poder constituyente originario, tiene que ser respetada por todos los poderes constituidos”*.<sup>1</sup>

---

1 Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el Poder Constituyente Originario”, New York, 27 de diciembre de 2007, en <http://www.allanbrewercarias.com/> Parte I,1 (Conferencias, Exposiciones y Ponencias, 2007)

Al respecto, resulta oportuno traer a colación la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2000, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, que se refirió acerca de la fuerza vinculante de los resultados de un referendo. En este caso, la Sala Constitucional, asentó:

“El Referendo versa sobre una materia de especial trascendencia nacional, dado que el trabajo es un hecho social que goza de la protección del Estado conforme lo dispone el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y las normas imperativas que regulan dicha relación. Siendo el hecho social trabajo la base de la vida económica de la nación, y del cual dependen el desarrollo integral, el bienestar y la dignidad misma de la persona, así como la estabilidad del núcleo familiar y el progreso de la nación; siendo, además, las bases democráticas de su organización y ejercicio, el fundamento del Estado Social de Derecho y de Justicia, lo atinente a esta materia no puede estar reservado exclusivamente a los trabajadores, y ‘todos los venezolanos tienen derecho a expresar su opinión sobre un punto fundamental para la vida del país’. Los argumentos de los accionantes, al ponderar en su justo valor, los intereses de las organizaciones sindicales, para los cuales invocan la tutela internacional, muestra que el destino del Referendo no puede estar limitado al universo de personas directamente ligado al hecho social trabajo.

(*Omissis*) ...

La Sala observa además, que **el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que ‘sus representantes acaparen todo el poder político’** (Duverger, *Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), **de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; todo lo cual supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional** y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aparte que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancias de la Asamblea Nacional ...” (*énfasis nuestro*).

De lo anterior se desprende que el poder de reforma de la Constitución es expresión de la soberanía popular. En este sentido, también se llega a la conclusión de que el rechazo de la reforma constitucional es obra del pueblo como poder constituyente originario.

Así las cosas, la soberanía popular, principio fundamental, es la base sobre la cual la decisión adoptada por el pueblo en el proceso de reforma constitucional tiene carácter vinculante, y por consiguiente, la decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, constituye un mandato constitucional del pueblo, que por su origen, integra el sistema constitucional venezolano.

El referendo de ratificación de la reforma constitucional pretende evitar, en palabras de Pedro De Vega, que las “*Asambleas legislativas se hagan portadoras de un falso poder constituyente*”, que no se corresponde con la voluntad real de los titulares de la soberanía.<sup>2</sup>

---

2 Pedro De Vega. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 121.

Siendo el pueblo el único titular del poder constituyente, las autoridades de los poderes constituidos tienen el deber de respetar las decisiones adoptadas por el pueblo, razón por la cual, no es posible constitucional y legalmente que esas autoridades desconozcan la manifestación de voluntad del cuerpo electoral.

Al respecto, cabe resaltar lo expresado por el catedrático Brewer-Carías:

“...No pueden pretender estos, por tanto, en forma alguna, adelantar una reforma mediante otros mecanismos, similar a la que fue rechazada por el pueblo, por prohibirlo la Constitución. Por lo demás, siendo una manifestación ya efectuada de la voluntad popular, es decir, del poder constituyente originario, no puede ser ignorada, desconocida y mucho menos anulada por algún poder constituido del Estado como podría ser la Sala Constitucional del Tribunal Supremo...”<sup>3</sup>

De lo anterior resulta, que las autoridades públicas no pueden de forma alguna dictar actos jurídicos que pretendan reeditar la propuesta de la reforma constitucional rechazada por el cuerpo electoral, máxime cuando existe la prohibición constitucional de presentar nuevamente en el mismo período constitucional el proyecto de reforma rechazado.

En esta línea de advertencia, cabe recordar que entre las proposiciones del Proyecto de Reforma de la Constitución se creaban organizaciones a cargo de funcionarios que el Presidente de la República podía nombrar y remover libremente, instituciones estas que sustraían competencias propias de las entidades federales y municipales.

Precisamente frente a tales planteamientos es inexorable subrayar que el Presidente de la República al dictar el Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de 31 de julio de 2008, reedita la figura de vicepresidentes ejecutivos en las regiones, propuesta rechazada por el pueblo el 02 de diciembre de 2007.

En efecto, el Decreto Ley dictado por el Presidente de la República en ejecución 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, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.617 de 1 de febrero de 2007, prevé en el artículo 70 la creación de autoridades regionales, que serán funcionarios de alto nivel nombrados por el Presidente de la República, y que tendrán por función la planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio aprobados conforme a la planificación centralizada.

En tal sentido, el artículo 44 *eiusdem*, cataloga a las autoridades regionales como órganos superiores de dirección de nivel central de la Administración Pública Nacional. Al respecto, el artículo en cuestión establece:

“Son órganos superiores de dirección del nivel central de la Administración Pública Nacional, la Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, las ministras o ministros, los viceministros o viceministras; y las autoridades regionales (...)” (énfasis nuestro).

Asimismo, el artículo 45 dispone:

---

3 *Ibidem.*

“Corresponde a los órganos superiores de dirección del nivel central de la Administración Pública Nacional dirigir la política interior y exterior de la República, ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

Asimismo, tendrán a su cargo la conducción estratégica del Estado y, en especial, la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, el seguimiento de su ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados.

Los órganos superiores de dirección del nivel central de la Administración Pública Nacional ejercerán la rectoría y el control de la actividad y de las políticas desarrolladas por los órganos inferiores, a los cuales evaluarán en su funcionamiento, desempeño y resultados”.

Como se puede apreciar, la previsión legal que hemos señalado precedentemente reproduce a nuestro entender la propuesta constitucional del año 2007, según la cual el Presidente de la República podía designar vicepresidentes territoriales para implementar las políticas dictadas por el gobierno central, menguando la autonomía de los estados y los municipios, signo de las ideas centralistas de poder que estaban presentes en el Proyecto de Reforma.

Como observación de carácter general sobre la inclusión de esta figura advertimos, tal como lo hiciera en su oportunidad el profesor Manuel Rachadell,<sup>4</sup> el paralelismo o la coexistencia impropia entre órganos de la estructura federal y municipal tradicional y entre órganos de la nueva estructura centralizada, con lo cual sin duda trastoca el principio fundamental de descentralización político-administrativa.

A nuestro entender, las previsiones contenidas en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública elude y desconoce la voluntad del pueblo expresada el 2 de diciembre de 2008, máxime cuando existe la prohibición constitucional de presentarse de nuevo dicha propuesta, motivo por el cual podemos considerar que el acto legislativo proferido por el Presidente de la República está viciado por *desviación de poder* o el *apartamiento de los fines*, toda vez que en forma intencional el autor del acto persigue reavivar la propuesta constitucional pero ahora en el andamiaje legal de nuestro sistema jurídico, utilizando fraudulentamente la Ley Habilitante.

A ello se suma la violación del derecho fundamental de participación ciudadana, a través de la consulta a la sociedad civil figura prevista en los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, vigente para el momento de la promulgación del mencionado decreto con fuerza de ley, que aún cuando el resultado de la consulta no tiene carácter vinculante, es lo cierto que el artículo 137 *eiusdem* prohíbe al Presidente de la República aprobar normas, en nuestro caso, *los decretos-leyes*, que no hayan sido consultados. De modo pues que las normas serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en la prenombrada Ley.

Por otra parte, o puede dejar de señalarse que el Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública también recoge otras previsiones contempladas en el Proyecto de Reforma Constitucional, *verbigracia*, la incorporación de las misiones, ¿nueva forma organizativa de la Administración Pública Nacional? las cuales serán creadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros cuando lo decida y las “*circunstancias especiales lo ameriten*”, a cuyo efecto dispone el artículo 131 del decreto-ley lo siguiente:

---

4 Manuel Rachadell. *Socialismo del siglo XXI. Análisis de la Reforma Constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2007, p. 131 y siguientes.

“La Presidenta o Presidente de la República en Consejo de Ministros, cuando circunstancias especiales lo ameriten, podrá crear misiones destinadas a atender a la satisfacción de las necesidades fundamentales y urgentes de la población, las cuales estarán bajo la rectoría de las políticas aprobadas conforme a la planificación centralizada.

El instrumento jurídico de creación de la respectiva misión determinará el órgano o ente de adscripción o dependencia, formas de financiamiento, funciones y conformación del nivel directivo encargado de dirigir la ejecución de las actividades encomendadas” (énfasis nuestro).

Cabe recordar, que las misiones son programas sociales en determinadas áreas implementadas por el gobierno (*Misión Robinson, Misión Ribas, Misión Barrio Adentro, Misión Mercal, etc.*), principalmente son producto de las decisiones del Presidente de la República, a los fines de mejorar la condición social. Por esta circunstancia, el artículo 141 de la Propuesta de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela emitida por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, pretendía constitucionalizar las misiones, en los términos siguientes:

“Las Administraciones Públicas son las estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones para la prestación de los servicios, se fundamentan en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley. Las categorías de Administraciones Públicas son: las administraciones públicas burocráticas o tradicionales, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta Constitución; y las misiones, constituidas por organizaciones de variada naturaleza creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de sistemas excepcionales e incluso experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales” (énfasis nuestro).

En esta forma, el Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública busca legalizar la creación de estructuras paralelas a los organismos del Poder Público, esto es, para la prestación de servicios públicos, profundizando el crecimiento desbordado de la organización en la Administración Pública Nacional Central.

Asimismo, la figura de las misiones, contradice lo dispuesto en el artículo 196.6 del texto constitucional, que establece la competencia del Presidente de la República para dictar decretos leyes con la finalidad de crear, modificar o suspender servicios públicos en caso de urgencia comprobada, previa autorización del Poder Legislativo Nacional.

A nuestro entender, esta nueva previsión legal permite la creación de servicios públicos a través de actos administrativos, es decir, actos jurídicos de rango sublegal, evadiendo de este modo el control político que ejerce el órgano legislativo respecto a esta materia, con lo cual, podrá implantarse discrecionalmente diversidad de servicios públicos.

Todo lo dicho conduce a una sencilla e inequívoca conclusión, que es menester, para salvaguardar nuestro Estado de Derecho, impulsar los mecanismos jurisdiccionales respectivos para solicitar la nulidad del Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y de esta manera, rescatar los principios y valores constitucionales conculcados en el prenombrado texto legal, y por consiguiente, allanar nuevamente el camino de la legalidad.





# *Algunos comentarios sobre la descentralización funcional en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública*

Jesús Caballero Ortiz

*Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela*

La nueva Ley Orgánica de la Administración Pública, dictada mediante decreto N° 6.217 del 15 de julio de 2008<sup>1</sup>, contiene diversas innovaciones que implican cambios radicales respecto a las nociones que sirven de fundamento a las estructuras ubicadas dentro de la llamada “descentralización funcional”.

Como se sabe, y ello constituye una clasificación mayoritariamente aceptada en la doctrina venezolana, dentro de la Administración pública nacional descentralizada pueden encontrarse personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado. Pero, ¿A qué obedece dicha clasificación?, ¿Qué interés reviste?

## I. EL SENTIDO DE LA DISTINCIÓN ENTRE PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

Nos encontramos frente a uno de los temas más debatidos en la doctrina y sobre el cual se han formulado las más variadas tesis. La extensión exigida en el presente trabajo no nos permite detenernos en el estudio de las mismas por lo que, a este respecto, baste señalar que ellas van desde aquéllas que aceptan pacíficamente la distinción, hasta posiciones como la de Eisenmann, quien se ha preguntado si aun tiene sentido dividir las personas morales en esas dos grandes categorías<sup>2</sup> o la de Garrigou Lagrange, quien ha afirmado que las nociones de personas públicas y personas privadas se encuentran desvalorizadas porque no constituyen ya el criterio de aplicación del derecho público o del derecho privado<sup>3</sup>.

A lo antes expuesto debe añadirse que algunas nociones del Derecho Administrativo que en otras épocas eran generalmente aceptadas, como las de servicio público, dominio público o contrato administrativo, a título de ejemplo, son conceptos que desde hace algunas décadas se han venido cuestionando o, siguiendo la terminología francesa, se encuentran todavía en una situación de “crisis”. A esta crisis no ha escapado la *summa divisio* de personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado.

Sin embargo, el Derecho Administrativo venezolano, sobre todo su ordenamiento jurídico, presenta caracteres propios que lo distinguen de algunas posiciones como las antes

---

1 *G.O. Extraordinaria* N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

2 Ver M. Eisenmann, “Prefacio al libro de E. Spiliotopoulos”, *La distinction des Institutions Publiques et des Institutions Privées*, LGDJ, Paris, 1959, p. V.

3 Ver Reginaldo Garrigou Lagrange, *Recherches sur les Rapports des Associations avec le Pouvoir Publics*, Paris, 1970, p. 737.

mencionadas. En efecto, y atendiendo al Derecho positivo, la Constitución en su artículo 145 nos habla de “personas jurídicas de derecho privado estatales” y, a título meramente ejemplificativo, el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>4</sup> menciona a “las personas jurídicas estatales de derecho público”; los artículos 4 de la Ley contra la Corrupción<sup>5</sup> y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>6</sup> igualmente hacen referencia las personas jurídicas de derecho público, en estos casos, nacionales, estatales y municipales y la Ley del Seguro Social<sup>7</sup>, en su artículo 3, alude a las personas morales de carácter público.

En fin, la distinción era acogida por la misma Ley Orgánica de la Administración Pública derogada y ahora por la vigente al diferenciar a los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado de los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público<sup>8</sup>.

En consecuencia, la desvalorización de los conceptos, tal como se presenta en otros sistemas jurídicos, no se ha dado en el Derecho venezolano. Por el contrario, es necesario dilucidar que debe entenderse en todos estos casos por personas jurídicas de derecho público y, a su vez, por personas jurídicas de derecho privado estatales.

La doctrina, de nuevo, ha realizado importantes esfuerzos a los fines de determinar un criterio de distinción entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado (el criterio del fin, el de la existencia de prerrogativas, el de la creación o injerencia estatal, el de la forma, el del encuadramiento en la organización estatal, el del control estatal y el del régimen jurídico, entre otros)<sup>9</sup>. A nuestro juicio, el carácter público de la personalidad de un organismo surge necesariamente de los índices de publicidad –aun cuando, como se observa de la enunciación anterior, algunos deben ser rechazados de plano– contándose entre ellos, como decisivos, el de la creación por acto de poder público y el disfrute de prerrogativas otorgadas en el referido acto de creación.

En virtud de lo expuesto, las personas jurídicas de derecho público que forman parte integrante de la Administración descentralizada funcionalmente son aquellas que presentan alguna de los dos características claves que antes hemos mencionado, es decir, su creación por acto del poder público y la presencia de prerrogativas. Ambos elementos se encuentran presentes en los calificados por la Constitución institutos autónomos, en el Banco Central de Venezuela y en el Banco Agrícola de Venezuela y en las universidades nacionales.

Las personas jurídicas de derecho privado estatales serían aquellas para cuya creación o integración dentro del sector público el Estado no actúa en ejercicio de potestades de poder público, así, por ejemplo, cuando decide crear una sociedad mercantil y acuerda con otros socios su constitución, o cuando adquiere las acciones de una sociedad ya creada.

---

4 Dictada mediante decreto-ley del 15 de julio de 2008. V. *G.O. Extraordinaria* N° 5.891 del 31 de julio de 2008.

5 Ver *G.O. Extraordinaria* N° 5.637 del 7 de abril de 2003.

6 Ver *G.O.* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

7 Ver decreto-ley N° 6.266 del 22 de julio de 2008 en *GOE* N° 5.891 del 31 de julio de 2008.

8 Artículo 29 de la ley derogada y artículo 29 del decreto-ley vigente.

9 Ver Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona, 1960, pp. 43 y 45.

Las personas jurídicas de derecho privado carecen, a su vez, de prerrogativas de poder público, pues éstas le deben ser conferidas por ley. En ellas su creación no difiere de los mecanismos societarios previstos para los particulares en el Código de Comercio.

Por otra parte, en las personas jurídicas de derecho público el acto del poder público debe ser constitutivo del ente, tal como ocurre con los institutos autónomos, las universidades nacionales y las sociedades creadas por ley. En cambio, las personas jurídicas de derecho privado no pierden su condición de tales por el hecho de que exista una voluntad expresa del Estado que decida crear un determinado organismo, pero que no adquirirá existencia propia sino a partir del cumplimiento de las mismas formalidades legales exigidas a los particulares. Nos referimos concretamente a las autorizaciones para crear una empresa del Estado, una fundación del Estado y una asociación o sociedad civil del Estado, previstas en el decreto con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>10</sup>.

En este tipo de entes (personas jurídicas de derecho privado) el Estado escoge, precisamente, una forma jurídica de derecho privado pues es a través de esa forma como podrá llevar a cabo con mayor eficacia su cometido. Esas formas representan, como se ha dicho, una huida del campo del Derecho Administrativo, aun cuando se encuentran sometidas a importantes regulaciones legales, pero que pueden considerarse atenuadas respecto a las formas jurídicas de derecho público.

El interés de la distinción radica entonces no sólo en la circunstancia de su mención en forma expresa en los textos legales, sino en la necesidad de determinar un régimen jurídico propio para una categoría jurídica en particular. Y, por ello, a los fines de la aplicación de ese régimen se hace necesario definir el concepto. En otras palabras, la importancia de la determinación de un concepto jurídico consiste en que éste siempre implica un régimen jurídico.

## II. EL CUESTIONAMIENTO DE LOS CONCEPTOS

Esas nociones a las que hemos hecho referencia, las cuales no presentaban mayores problemas de interpretación en la Ley Orgánica de la Administración Pública derogada del 17 de octubre de 2001<sup>11</sup>, se encuentran ahora cuestionadas en el decreto con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública vigente.

### 1. *Institutos autónomos e institutos públicos*

En primer lugar encontramos que la ley incorpora la figura de los institutos públicos. Al efecto, los institutos públicos quedan definidos en el artículo 96 como personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio y cuyas competencias quedan determinadas en los instrumentos normativos antes citados.

El artículo 97 establece los requisitos que debe llenar la creación del instituto público; el artículo 98 sus privilegios y prerrogativas y el artículo 100 los mecanismos para su supresión.

Surgen entonces dos posibles tesis respecto a los institutos públicos:

A.- La primera, que se trata de los mismos institutos autónomos, tesis que encontraría su respaldo en la circunstancia de que las regulaciones establecidas en la ley derogada para

---

10 Ver artículos 103, 110 y 116 del referido decreto-ley.

11 Ver G.O. N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

aquéllos son casi las mismas que ahora se prevén para los institutos públicos<sup>12</sup>. Estaríamos entonces en presencia -simplemente- de un cambio de denominación, dada la similitud entre el instituto autónomo y el instituto público.

B.- La tesis anterior puede quedar desvirtuada con los siguientes argumentos:

a.- El decreto-ley, a pesar de referirse en forma genérica a los institutos públicos en su artículo 96, sin embargo, en el artículo 101 prevé la figura de los institutos autónomos como una categoría jurídica distinta.

b.- El artículo 119, ordinal 3° alude a los “institutos públicos, institutos autónomos y demás entes descentralizados”. De la redacción de la norma aparecen entonces como entes diferenciados.

De acuerdo con lo expuesto, institutos públicos e institutos autónomos se presentan como dos categorías jurídicas distintas, en un mismo nivel, sin que del articulado del decreto-ley aparezca el criterio diferenciador. Ahora bien, lo lógico hubiese sido que los institutos públicos se hubieren previsto como un género donde se encontraran comprendidos los siguientes subtipos, a saber: institutos autónomos; universidades nacionales, el Banco Central de Venezuela como “persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única”<sup>13</sup>; y las sociedades anónimas creadas por ley como el Banco Industrial de Venezuela<sup>14</sup> y el Banco Agrícola de Venezuela<sup>15</sup>.

Sin embargo, no es ésta la intención que surge de la nueva normativa en relación a las entidades públicas. Mas bien debe ponerse de manifiesto la tendencia -a través de las recientes regulaciones de entes que ya no son calificados como institutos autónomos pero tampoco como institutos públicos- a una mayor sujeción del organismo público a la Administración Nacional Central, tal como ocurre con el Instituto Nacional de la Vivienda<sup>16</sup>; el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, calificado como ente de gestión de las políticas que dicte el Ministro de adscripción<sup>17</sup>; el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, el cual debe ejecutar las políticas y estrategias, dentro del ámbito de su competencia, que le dicte el Ejecutivo Nacional a través del Ministro respectivo<sup>18</sup>; el Instituto Nacional

---

12 Ver al respecto los artículos 95 al 99 de la ley derogada.

13 Ver artículo 1 de la Ley del Banco Central de Venezuela en *G.O.* N° 38.232 del 20 de julio de 2005.

14 Creado por Ley de Banco Industrial del 23 de julio de 1937 (*G.O.* N° 19.321 del 23 de julio de 1937) y actualmente regulado por el decreto-ley del Banco Industrial de Venezuela del 21 de octubre de 1999 (*G.O. Extraordinaria* N° 5.396 del 25 de octubre de 1999). Dicho Banco goza de importantes prerrogativas de poder público, previstas en el artículo 37 del referido decreto-ley.

15 También calificado como de naturaleza única, “por ser un banco cuyo objeto primordial es el fomento del financiamiento agrario, así como sus actividades propias de un banco universal, gozando de las prerrogativas que le otorga el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”. V. la Exposición de Motivos del decreto-ley en *G.O. Extraordinaria* N° 5891 del 31 de julio de 2008.

16 Ver *G.O. Extraordinaria* N° 5.892 del 31 de julio de 2008.

17 Ver artículos 70,71 y 72 del decreto con rango de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos en *G.O. Extraordinaria* N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

18 Ver artículo 16 del decreto-ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria en *G.O. Extraordinaria* N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

de Canalizaciones, también ente de gestión de las políticas del órgano rector (el ministro)<sup>19</sup>. En fin, igual ocurre con el Instituto Nacional de Turismo y el Instituto de Ferrocarriles del Estado<sup>20</sup>.

Cabría entonces preguntarse si, aun cuando tampoco sean calificados como institutos públicos, es ésta la característica que pretende asignársele a los mismos: una mayor sujeción al nivel central. De ser ésta la situación, la supresión del término “instituto autónomo” -en esas regulaciones concretas de cada ente- presenta connotaciones específicas dentro del ámbito de la descentralización funcional: El mayor sometimiento de la entidad pública al nivel central.

Y como, a su vez, la figura del *instituto autónomo*, de rango constitucional, ha quedado preservada al estar regulada en el propio decreto con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública y, además, lo señala expresamente su Exposición de Motivos (se mantiene “...en plena vigencia la figura de los institutos autónomos prevista en el texto constitucional”), podría llegarse a la conclusión de que la figura “institutos autónomos”, quedaría reservada -al parecer- a entes dotados de una menor sujeción al nivel central. Los institutos públicos se diferenciarían de los institutos autónomos en el grado de sujeción al órgano de adscripción.

## 2. *Las empresas del Estado como personas jurídicas de derecho público*

El artículo 102 del decreto con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública califica a las empresas del Estado -contra toda la tradición legal, doctrinal y jurisprudencial- como personas jurídicas de derecho público, a pesar de que son constituidas, tal como lo señala la misma disposición, de acuerdo a las normas de derecho privado.

Luego, el citado artículo 102 se encuentra en contradicción con el artículo 29, ordinal 1º del referido decreto-ley, conforme al cual los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado -en contraposición a los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público- “están conformados por las personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado...”, a menos que se haya querido establecer una disociación entre el carácter público de la personalidad del ente y la forma jurídica adoptada, disgregación que es contraria a la interpretación que surge del artículo 29, en el cual forma jurídica y naturaleza de la personalidad aparecen asimiladas y es por ello que las fundaciones y las asociaciones y sociedades civiles del Estado, al adoptar una forma jurídica de derecho privado, se tienen como personas jurídicas de derecho privado.

Además, si las empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público quedan por tanto dotadas de potestades públicas; pueden dictar actos administrativos y, en fin, la distinción entre entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado y entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público<sup>21</sup> queda entonces desvirtuada.

Muy por el contrario, la justificación de la figura *empresas del Estado* obedece a la necesidad de acudir a formas organizativas propias del derecho privado -la sociedad mercantil- ya que es a través de ellas como el Estado puede realizar determinadas actividades en una

---

19 Ver artículo 8 del decreto-ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación en *G.O. Extraordinaria* N° 5891 del 31 de julio de 2008.

20 Véanse sus instrumentos reguladores en *G.O. Extraordinaria* N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

21 Distinción ésta a la cual se refiere el artículo 29 del decreto-ley.

forma más eficaz. Es eso, precisamente, lo que justifica la existencia de este tipo de entes, su sometimiento de principio al Derecho Mercantil y la ausencia de potestades y prerrogativas públicas<sup>22</sup>.

### III. CONCLUSIÓN

Deberá quedar claramente delimitada, en una futura legislación, la distinción que pretende establecerse entre institutos públicos e institutos autónomos y el exacto sentido que quiere dársele a los primeros. Además, la calificación de las empresas del Estado como personas jurídicas de derecho público debe ser objeto de revisión, pues todo indica que debe mantenerse la distinción entre dos tipos de entes, tal como se presente en el artículo 29 del tantas veces mencionado decreto-ley con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública.

---

22 No ignoramos que la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 20 de noviembre de 1979 (*Repertorio Forense* N° 4.786 del 26 de enero de 1980) calificó al Centro Simón Bolívar C.A. como un establecimiento público y la Sala Político Administrativa de la misma Corte Suprema de Justicia catalogó a SIDOR como entidad pública (sentencia del 23 de octubre de 1973 en *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1973, p. 438), lo cual deriva, a nuestro juicio, de una errónea asimilación entre el carácter público de un organismo y su encuadramiento dentro de la Administración Pública.

# *“Afrenta a la Debida Dignidad frente a la Administración Pública”. Los Decretos N° 6.217 y 6.265*

Alberto Blanco-Urbe Quintero

*Profesor Agregado de Derecho Constitucional  
Universidad Central de Venezuela*

## I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escuchado, en general, acerca de la inconstitucionalidad global que afecta, a diversos títulos, al conjunto de los decretos dichos con rango, valor y fuerza de ley, dictados dentro del marco de una igualmente cuestionada ley habilitante. Los argumentos han sido muy distintos y variados, desde el que demuestra la identidad conceptual con aspectos de la frustrada “reforma” constitucional, lo que evidenciaría la ilegitimidad del conjunto calificado entonces de “paquetazo”, hasta instituciones puntuales vulneradoras de precisos y libertarios dispositivos constitucionales.

En esta ocasión preciso resulta advertir, a través de la revisión de elementos muy particulares del contenido (no exhaustivo) de dos de esos decretos, el desvanecimiento progresivo de la entidad humana, frente a una cada vez mas poderosa Administración Pública, paradójicamente en tanto se pretenden enarbolar las banderas del “humanismo” y del tan trillado como falazmente burlado “mas poder para el pueblo”.

Se trata de: Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, y Decreto N° 6.265, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, ambos publicados en la *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

## II. LA CIUDADANÍA

De conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Constitución:

“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas”.

Esta condición ciudadana, dentro del espíritu constitucional, plena de dignidad al ser humano, pues mientras todas las personas, acorde con los principios generales del derecho de los derechos humanos, sin distingo alguno, son beneficiarios de todos y cada uno de los derechos civiles, de los derechos políticos (con algunas restricciones general y comparativamente aceptadas en casos de extranjería), y de los derechos sociales, económicos, ambientales y culturales, sucede que los ciudadanos, para ser tal cosa, han de ir mas lejos, en cuanto concierne a sus deberes y obligaciones constitucionales, ser solidarios con los demás integrantes de la sociedad civil, asumir sus cuotas respectivas de corresponsabilidad social y, en definitiva, participar activa y proactivamente en todo cuanto concierna a la mejoría de la calidad de vida en sociedad.

Si bien la Constitución no abandona del todo la noción arcaica y limitada de ciudadano, que lo asimila a titular de derechos políticos plenos, confundiéndolo con nacional plenamente capaz, el texto fundamental no se queda allí y va mas lejos en el resto de sus previsiones, a la

hora de edificar un ser humano solidario, titular si de los derechos humanos esenciales, pero sobre todo útil a la sociedad donde se desenvuelve (residencia), con independencia de su nacionalidad.

Diversos son los dispositivos constitucionales que respaldan esta interpretación, consideración aparte de los aportes de la mejor doctrina especializada, dentro de los cuales, a mero título ilustrativo, se destacan los artículos 62, 102 y 135:

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

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

“La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentado en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social consustanciados con los valores de la identidad nacional, y con una visión latinoamericana y universal. El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana de acuerdo con los principios contenidos de esta Constitución y en la ley”.

“Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los particulares según su capacidad”.

En este orden de ideas, entendiendo la interrelación estrecha entre las personas, por un lado, y la cosa pública o el Estado, por el otro lado, con los valores de solidaridad y responsabilidad social, aunados a los principios para el pleno disfrute del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en provecho de la calidad de la vida (individual y colectiva) a ser todos transmitidos por la familia y reforzados por el sistema educativo, se puede comprender que el llamado constitucional es hacia la instauración de vinculaciones instrumentales nuevas y útiles, entre la Administración Pública y los ciudadanos y ciudadanas, participativos y protagónicos, como figura exponencial del colectivismo pregonado, y no de las personas, sino más, como simples ejemplares de la especie humana.

Además, la historia ha mostrado que las personas pueden llegar a ser meros súbditos del poder temporal humano, mientras que los ciudadanos y ciudadanas, concepto derivado del uso efectivo de la libertad, son los verdaderos detentadores y ejercitantes del poder público, a su voluntad soberana y democrática subordinado.

Sin duda, ni la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, al referirse a “los particulares”, ni la actual, acuñando la idea de “personas”, satisfacen el mandato constitucional de estar al servicio de “los ciudadanos y ciudadanas”.

En realidad, cuando se aprecia el contenido del artículo 5 del Decreto N° 6.217, se puede observar fácilmente el tratamiento “cosificado” o “cosificante” que como objeto se le da a las personas, a quienes se les hace depender de la actuación mesiánica de una Administración Pública detentadora del monopolio correctamente interpretativo del querer y del sentir social. Veamos:



“La Administración Pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social.

La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella. Además, tendrá entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas que se dicten”.

El paternalismo históricamente dañino se encuentra presente solapadamente. El ciudadano, como la ciudadana, solamente ameritan de espacios reales, para que dentro de un uso efectivo de sus derechos (cosa que nadie puede hacer por ellos), en plena participación y protagonismo y sin requerirse de supremo intérprete, puedan surgir los planteamientos de sus verdaderas necesidades, y también las ideas y propuestas para la satisfacción de las mismas. Las personas, en cambio, pueden ser fácilmente desviadas de sus caminos legítimamente aspirados, como extraídas de los sentires que espontáneamente les corresponden.

Lo propio se puede afirmar, en cuanto atiende al Decreto N° 6.265, que pareciera buscar la simplificación a favor de las “personas”, dejando de lado nuevamente la trascendencia de los ciudadanos y ciudadanas, no obstante partir de la supremacía de lo colectivo, no obstante que la ciudadanía lleva implícita lo colectivo, mientras que la personalidad podría aludir solo a lo individual y hasta a lo mezquino.

A la sazón, el artículo 35 prevé que:

“La funcionaria o funcionario público es, ante todo, un servidor público y como tal su actividad debe estar dirigida a servir eficientemente a las personas procurando la plena satisfacción del interés colectivo”.

Las personas suelen necesitar “guiatura”, los ciudadanos y las ciudadanas ejercen sus derechos y cumplen sus deberes, y se sirven de la Administración Pública para el mejor logro de sus cometidos individuales y colectivos.

### III. CENTRALIZACIÓN

La Constitución expresa que el nuestro es un Estado Federal Descentralizado, de lo que se desprende que la centralización no puede ser una opción para el poder constituido, como tampoco el desmedro de atribuciones de las entidades federativas del país. No deberían haber mas atribuciones, funciones o competencias confiadas al nivel central del poder, que las previstas inicialmente en la Constitución, las cuales tendrían que ir siendo progresivamente descentralizadas en ejecución del mandato constitucional de acercamiento del poder al ciudadano y a la ciudadana, por intermedio de los niveles estatales y municipales de elección popular, y finalmente, de las instancias espontáneas de participación ciudadana.

Por ello, llama fuertemente la atención que se prevean, en el Decreto N° 6.217, circunstancias como las siguientes: que se insista tanto en una “planificación centralizada” (se la mencionan quince veces a lo largo del decreto); la instauración de autoridades meramente desconcentradas del centro del poder, superpuestas o no, y cabalgando o no sobre las competencias de las entidades federativas y municipales; el empleo de la palabra “podrá”, en lugar del imperativo “deberá”, cada vez que se evoca un proceso descentralizador, supeditado además a una supuesta conveniencia nacional, que habría de ser leída como central; la extrema regulación de los mecanismos o figuras de la descentralización, como quien la toma excepcional, cuando constitucionalmente es la regla; y así sucesivamente.

#### IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

No obstante que el artículo 143 de la Constitución consagra el derecho a la información y el libre acceso a los documentos administrativos, sin mas restricciones que las “*aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto*”, es lo cierto que se pretende volver a un pasado antidemocrático ya recorrido.

En efecto, en la Constitución de 1961 la regla era la confidencialidad, como quedo ella claramente establecida en la vieja Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, mientras que la excepción era el acceso a la información. El cambio de paradigma en la vigente Constitución (1999), conlleva a una inversión de valores, en donde la regla es el acceso, y la excepción es la confidencialidad, debiendo estar fundamentada en alguna de tres cosas, a saber: “seguridad interior y exterior, investigación criminal e intimidad de la vida privada”.

Sin embargo, el Decreto N° 6.217, y ello a pesar del principio constitucional de transparencia, paradójicamente consagrado también por él, pretende esa regresión, al prever, en numerosas de sus disposiciones, por ejemplo: “*siempre y cuando no estén calificados como reservados o confidenciales*”, sin mención de los tres temas constitucionalmente consagrados como excepciones; o también, ampliaciones impensables de las limitaciones constitucionales, de una discrecionalidad y hasta de una posible arbitrariedad alarmantes, al expresar: “*por razones de interés nacional o de carácter estratégico*”.

En donde mas claramente se observa lo denunciado, es en el contenido del artículo 158, donde se indica que por ley se pueden ampliar los motivos limitativos de confidencialidad constitucionalmente previstos:

*“Toda persona tiene el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figuren, salvo las excepciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto”.*

#### V. LA COMA FATÍDICA

Un viejo profesor universitario disertaba, bastantes años atrás, acerca de lo que denominaba la coma fatídica, para referirse a aquellas normas legales que, tras declarar solemnemente un principio general trascendente, colocaban una coma (,) tras de la cual se hacía una mención que excepcionaba mortalmente aquel principio, cuando no lo dejaba totalmente inoperante.

Pues bien, esto se da mucho en el Decreto N° 6.265, cuando, por ejemplo, tras expresar que:

- no se podrá exigir para trámite alguno, la presentación de copias certificadas actualizadas de partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, así como de cualquier otro documento público...coma... (continúa) “*salvo los casos expresamente establecidos por ley*”.
- no se podrá exigir copias certificadas de la partida de nacimiento como requisito para el cumplimiento de una determinada tramitación, cuando sea presentada la cédula de identidad...coma... (continúa) “*salvo los casos expresamente establecidos por ley*”.

- En caso de pérdida, deterioro o destrucción de documentos personales, será suficiente la declaración de la persona interesada para su reexpedición y no podrá exigirse prueba adicional para la misma...coma (continúa) “*salvo lo dispuesto en la ley*”.
- Los órganos y entes de la Administración Pública aceptarán la presentación de instrumento privado en sustitución de instrumento público y de copia simple o fotostática en lugar de original o copia certificada de documentos que hayan sido protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente...coma (continúa) “*salvo los casos expresamente previstos en la ley*”.
- Los órganos y entes no podrán exigir la presentación de solvencias ya emitidas por éstos para la realización de trámites que se lleven a cabo en sus mismas dependencias...coma (continúa) “*salvo los casos expresamente previstos en la ley*”.

## VI. AQUÍ NO DAMOS INFORMACIÓN POR TELÉFONO

Innumerables son las ocasiones en que un administrado, un contribuyente, un particular, un ciudadano o, incluso, una persona, al llamar a una administración pública para requerir información acerca del estado de una tramitación en especial o sobre el funcionamiento general del organismo, le expresan, y con una extraordinaria acentuación de arbitrariedad, “aquí no damos información por teléfono”, lo cual podría leerse como “aquí violamos la Ley de Simplificación de Trámites Administrativo”. De hecho, esta norma, hoy en los artículos 39 y 50 del Decreto N° 6.265, consagratoria de la obligatoriedad de dispensar información a través de cualquier medio, incluido el telefónico, esta en la ley desde la primera ley de simplificación.

Pero en todos estos años esa ha sido la respuesta recibida, pues en realidad no se esta al servicio de los ciudadanos y ciudadanas, ni de las personas, ni tampoco impera el Estado de Derecho o el Imperio de la Ley, para todo lo cual sería menester contar con verdaderos servidores públicos.

Con esta experiencia cotidiana, acaso estará dispuesto nuestro funcionariado a actuar de manera transparente, eficiente, eficaz, será proclive a la rendición pública de cuentas y a presumir la buena fe de ciudadanos, ciudadanas y personas (aunque eso al parecer no tenga valor), simplemente porque lo manda la ley???



## Sección II: Garantías judiciales en el régimen de la Procuraduría General de la República

### *Tutela judicial efectiva, justicia material e igualdad de las partes en el contencioso administrativo y tributario: Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República vs. Código Orgánico Tributario*

Carlos E. Weffe H

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela  
Universidad Monteávila y Universidad Católica del Táchira*

El artículo 92 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República<sup>1</sup> señala, al regular los requisitos de procedencia de las medidas cautelares –tanto preventivas como ejecutivas- solicitadas por la Procuraduría General de la República, lo siguiente:

“Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados. Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

De acuerdo con la norma citada, la pretensión cautelar de la República puede hallar protección judicial en los casos en que, *alternativamente*, la Procuraduría General de la República logre demostrar: (i) “*si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo*”, esto es, el peligro de daño o *periculum in damni*; o (ii) “*si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión*”, también denominada *fumus boni iuris*. Es enfático el legislador delegado al señalar que es suficiente, para que sea procedente la medida, la existencia de *cualquiera* de los dos requisitos mencionados, sin que sea necesaria su concurrencia.

Ello coincide con lo establecido, *literalmente*, por el legislador al regular la *suspensión de efectos* en el contencioso tributario. En efecto, el artículo 263 del Código Orgánico Tributario<sup>2</sup> dispone que “[l]a interposición del recurso [contencioso tributario] no suspende los efectos del acto impugnado, sin embargo a instancia de parte, el Tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera cau-

---

1 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

2 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

sar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho”.

Así, para el legislador federal, tanto *natural* como *delegado*<sup>3</sup>, una efectiva tutela judicial de las pretensiones de las partes en el contencioso administrativo y tributario, que atienda a criterios de justicia *material* y de *equilibrio* en las posiciones de las partes en el proceso puede lograrse con la constatación *alternativa* (i) del *fumus boni iuris*, o presunción de buen derecho que asiste al solicitante; o (ii) del *periculum in damni*, o peligro de daño derivado, bien del mantenimiento de la situación previa a la interposición de la acción en el caso de demandas intentadas por la República, o bien de la eventual ejecución del acto administrativo *ablatorio* de contenido tributario, en el segundo de los supuestos enunciados. Sin embargo, resulta desconcertante constatar cómo el tratamiento jurisprudencial de la figura difiere *sustancialmente*, dependiendo de *quién* es el solicitante de la medida.

En términos generales, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa ha afirmado que, por su naturaleza, el otorgamiento de las medidas cautelares en el contencioso administrativo –y como parte de éste, en el contencioso tributario- exige la *conurrencia* del *fumus boni iuris* y del *periculum in damni*, de modo de garantizar el equilibrio de las partes en el proceso en el sentido de limitar el uso de los poderes cautelares del Juez a aquellos casos en los que su empleo es *estrictamente necesario* para la preservación de la igualdad de las partes, y para la concreción práctica de la tutela judicial efectiva. Así lo dijo en la SSPA<sup>4</sup> 1.127/2008, del 1° de octubre<sup>5</sup>, según la cual:

“[L]a medida preventiva de suspensión de efectos procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, es decir, que la medida sea necesaria a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio y que, adicionalmente, resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable, sin descartar la adecuada ponderación del interés público involucrado.

Significa que en cada caso deberán comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama.

En este sentido, el análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada requiere, además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, la presunción grave de buen derecho es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados; bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso. Consecuentemente, el referido principio se encuentra inmerso en las exigencias requeridas en el aparte veintiuno del artículo antes citado, para acordar la suspensión de efectos, cuando alude la norma en referencia a que la medida será acordada *‘teniendo en cuenta las circunstancias del caso’*”

---

3 La Asamblea Nacional y el Presidente de la República en Consejo de Ministros respectivamente, por imperio de los artículos 187.1, 203 y 236.8 de la Constitución (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000).

4 SSPA: Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

5 SSPA 1.127/2008, del 1° de octubre, con ponencia del Magistrado Dr. Emiro GARCÍA ROSAS, caso *C.N.A. de Seguros La Previsora v. República (Ministerio del Poder Popular para las Finanzas)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/01127-11008-2008-2008-0446.html>.

La decisión citada ratifica lo expuesto por: (i) la SSPA 662/2001<sup>6</sup>, del 17 de abril, de acuerdo con la cual “el único criterio que debe ser siempre valorado por el juez contencioso administrativo para la adopción de una medida cautelar, es la concurrencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*”, pues “son estos los requisitos legitimadores para la adopción de medidas cautelares, y que constituyen garantía suficiente de que las sentencias de fondo que se dicten sean plenamente ejecutables, evitándose que los efectos del proceso, perjudiquen a quienes tienen razón, quedando así, garantizado el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva”; (ii) la SSPA 1.716/2000<sup>7</sup>, de 20 de julio, según la cual “para dictar una providencia de esta naturaleza [...] la concurrencia de [estos] dos requisitos [es] indispensable”; (iii) la SSPA 155/2000<sup>8</sup>, de 17 de febrero, para la cual “[h]a sido reiterada la jurisprudencia de este Alto Tribunal en cuanto a la necesaria presencia de dos condiciones fundamentales para la procedencia de las medidas cautelares, a saber, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*”; (iv) la SSPA 1.204/2002<sup>9</sup>, de 3 de octubre; (v) la SSPA 178/2002<sup>10</sup>, de 5 de febrero; (vi) la SSPA 1.629/2001<sup>11</sup>, de 31 de julio; y (vii) la SSPA 1.040/2008<sup>12</sup>, de 24 de septiembre *et passim*.

La doctrina de la *concurrencia* de los requisitos señalados para la procedencia de las medidas cautelares en el contencioso administrativo inspiró a la Sala Político Administrativa para *corregir*, por vía de interpretación, la disposición en contrario contenida en el artículo 263 del Código Orgánico Tributario. Ciertamente, mediante la SSPA 607/2004<sup>13</sup> de 3 de

- 
- 6 SSPA 662/2001, de 17 de abril, con ponencia de la Magistrada Dra. Yolanda Jaimes Guerrero, caso *Sociedad de Corretaje de Seguros Casbu, C.A. v. República (Superintendencia de Seguros)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00662-170401-1139.htm>.
  - 7 SSPA 1.716/2000, de 20 de julio, con ponencia del Magistrado Dr. José Rafael Tinoco, caso *Lácteos San Simón, S.A. v. Corporación de Alimentos y Servicios Agrícolas, S.A.*, consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01716-200700-14558.htm>, 5 de octubre de 2008.
  - 8 SSPA 155/2000, de 17 de febrero, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Escarrá Malavé, caso *Municipio Villalba del Estado Nueva Esparta v. Estado Nueva Esparta*, consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/170200-13884-155.htm>, 5 de octubre de 2008.
  - 9 SSPA 1.204/2002, de 3 de octubre, con ponencia del Magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini, caso *Insuclinic Material y Equipos Médicos, C.A. v. República (Servicio Autónomo de la Propiedad Industrial)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/01204-031002-02-0193.htm>.
  - 10 SSPA 178/2002, de 5 de febrero, con ponencia de la Magistrada Dra. Yolanda Jaimes Guerrero, caso *Judith Maldonado de de la Hoz v. República (Contraloría General de la República)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00178-050202-15472.htm>.
  - 11 SSPA 1.629/2001, de 31 de julio, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, caso *Rhône Poulenc Rorer de Venezuela, S.A. v. República (Ministerio de Hacienda)*, consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01629-310701-14954.htm>, 5 de octubre de 2008.
  - 12 SSPA 1.040/2008, de 24 de septiembre, con ponencia del Magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini, caso *Fundación Universitaria Monseñor Arias Blanco v. República (Ministerio del Trabajo)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Septiembre/01040-24908-2008-2006-1314.html>.
  - 13 SSPA 607/2004, de 3 de junio, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, caso *Deportes El Marquez, S.A. v. República (Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00607-030604-2003-0354.htm>.

junio, la Sala consideró que los requisitos tantas veces mencionados “*forman parte de una unidad*”, que como tal “*no se dan en forma completa al analizarse por separado*”, porque “*dichos enunciados o las partes que la conforman para ser válidos, esto es, verificarse en la realidad, deben verse en forma conjunta, y no sosteniendo que indistintamente la existencia de que cada uno, por separado, es capaz de lograr la consecuencia jurídica del texto legal*”. En consecuencia, a pesar de la literalidad del artículo 263 del Código Orgánico Tributario, la Sala Político Administrativa entiende “*que para que el juez contencioso tributario pueda decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo deben siempre satisfacerse, de forma concurrente, los dos requisitos antes señalados*”, con la finalidad “*de llevar al convencimiento del juzgador la necesidad de que la medida deba decretarse, para garantizar y prevenir el eventual daño grave, el cual pudiera causarse con la ejecución inmediata del acto administrativo tributario*”.

Como puede verse, la única inferencia lógica posible –dada la situación hasta ahora anotada– es que, de ser correcta la interpretación que la Sala Político Administrativa ha dado al artículo 263 del Código Orgánico Tributario, entonces *idénticas* razones –la naturaleza de las medidas cautelares, así como la preservación de los principios de justicia material, tutela judicial efectiva e igualdad de las partes en el proceso– deberían inspirar a la Sala Político Administrativa para sostener *igual* criterio frente al artículo 92 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que no es otra cosa sino una norma jurídica que, en condiciones *idénticas*, reproduce la consecuencia jurídica del artículo 263 de la ley general tributaria en Venezuela.

No obstante, el resultado no puede ser más *sorprendente*. En su lectura del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República<sup>14</sup>, la Sala Político Administrativa ha afirmado que su labor interpretativa está limitada a la simple *exégesis* del texto legal, de manera que el Juez debe analizar *acríticamente* si en el caso concreto están dados *alternativamente* los requisitos que ha establecido el legislador como los necesarios para el otorgamiento de una medida cautelar, en este caso, a favor de la República. A guisa de ejemplo, bien puede citarse la SSPA 220/2007<sup>15</sup>, de 7 de febrero, en la que se afirma que en el caso del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, “*los requisitos de procedencia de las cautelares solicitadas [...] no son exigidos de manera concurrente, sino que en casos como el presente, en los que la Procuraduría General actuando en defensa de los intereses de la República Bolivariana de Venezuela, es quien solicita las medidas cautelares, basta la verificación de una de las condiciones enunciadas para que el juez acuerde la medida preventiva solicitada*”. Otro tanto ocurre en el caso de la SSPA 5.970/2005<sup>16</sup> de 19 de

14 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.554 Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001. El novísimo Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en comentarios modifica la norma, *agravando su inequidad*, sometiendo a la *aceptación* de la Procuraduría General de la República, o de quien ejerza en juicio la representación de la República, las contracautelas a ser ofrecidas por la otra parte para obtener la revocación de la medida cautelar dictada bajo los parámetros aquí comentados.

15 SSPA (Accidental) 220/2007, de 7 de febrero, con ponencia de la Magistrada Dra. María Luisa Acuña López, caso *República Bolivariana de Venezuela v. Seguros Pirámide, C.A.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00220-7207-2007-2005-0048.html>.

16 SSPA 5.970/2005 de 19 de octubre, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, caso *República Bolivariana de Venezuela v. Chinawide Worldwide Distribution et al.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/05970-1191005-2005-2202.htm>.



octubre, donde, por toda justificación, la Sala sobreentiende la conformidad a derecho de la norma en comentarios en tanto “*es la Procuraduría General actuando en defensa de los intereses de la República Bolivariana de Venezuela*”, única razón por la cual “*basta la verificación de una de las condiciones enunciadas para que el juez acuerde la medida preventiva solicitada*”.

Particularmente *curiosos* son los casos como el de la SSPA 620/2008<sup>17</sup> de 21 de mayo. El Instituto Nacional de Canalizaciones, instituto autónomo creado por la Ley del Instituto de Canalizaciones<sup>18</sup>, demandó por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual a una sociedad anónima. En protección cautelar de su pretensión, la primera solicitó medida de embargo sobre bienes propiedad de la segunda, con fundamento en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil<sup>19</sup>. Sin embargo, *supliendo las defensas de la parte actora*, la Sala desaplicó para el caso concreto los artículos mencionados (los cuales exigen la aplicación concurrente del *fumus boni iuris* y el *periculum in damni*, como lo reconoce la propia sentencia), y aplicó el Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de manera que –con único fundamento en ello– la Sala Político Administrativa pudiera, como en efecto lo hizo, acordar las medidas cautelares solicitadas acreditando la existencia, *únicamente*, de la presunción de buen derecho. En el mismo caso recayó otra decisión, la SSPA 630/2008<sup>20</sup> de 21 de mayo, que con *idénticas* razones –una transcripción literal– otorgó medidas de embargo a favor del Instituto Nacional de Canalizaciones, para garantizar las results de la acción de cumplimiento de contrato interpuesta por éste. Igual circunstancia ocurrió en el caso de la SSPA 938/2008<sup>21</sup> de 6 de agosto, ocasión en la que el beneficiario de la medida fue el Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte (INSETRA), instituto autónomo adscrito al Municipio Libertador del Distrito Capital; así como en el caso de la SSPA 1.893/2007<sup>22</sup> de 21 de noviembre.

- 
- 17 SSPA 620/2008 de 21 de mayo, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, caso *Instituto Nacional de Canalizaciones v. Equipos y Maquinarias Oriente 2001, C.A.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00620-21508-2008-2008-0043.html>.
  - 18 *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 2.529 Extraordinario, del 31 de diciembre de 1979.
  - 19 *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.209 Extraordinario, del 18 de septiembre de 1990.
  - 20 SSPA 630/2008 de 21 de mayo, con ponencia del Magistrado Dr. Emiro García Rosas, caso *Instituto Nacional de Canalizaciones v. Equipos y Maquinarias Oriente 2001, C.A.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00630-21508-2008-2008-0176.html>.
  - 21 SSPA 938/2008 de 6 de agosto, con ponencia del Magistrado Dr. Emiro García Rosas, caso *Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital et al. v. Seguros Altamira, C.A et al.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/00938-6808-2008-2008-0189.html>.
  - 22 SSPA 1.893/2007 de 21 de noviembre, con ponencia del Magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini, caso *Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) v. Fernando Pérez Amado et al.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/01893-211107-2007-2007-0848.html>.

Así las cosas, creemos que no existe *justificación racional*<sup>23</sup> que fundamente la diferencia de criterios de la Sala Político Administrativa en la apreciación de las condiciones o requisitos para la procedencia de las medidas cautelares –y de su prueba, que como puede verse de la lectura de las decisiones citadas es mucho más *laxa* en el caso de la República que en el caso de los sujetos pasivos tributarios- en el contencioso administrativo y en el contencioso tributario<sup>24</sup>.

Entendida la racionalidad como la relación entre *medios-fines-valores*, la cualidad de garante del interés público que ostenta el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, no justifica en modo alguno que se distinga entre los casos en los que el peticionario de la protección cautelar es el contribuyente o responsable frente a aquellos donde el solicitante es la Administración Pública, en la medida en que el medio (protección cautelar *especial* para el Estado, ex artículo 90 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República) es *irracional* para obtener el fin (protección del interés público), en tanto afecta *injustamente* los *valores* cardinales del ordenamiento venezolano representados por los derechos constitucionales a la *tutela judicial efectiva* (que contrariamente a lo que habitualmente se cree, aplica para *ambas* partes en el proceso), a la *igualdad de las partes en el proceso* (frente a la cual, como derecho fundamental, son únicamente oponibles los privilegios del Estado cuando éstos tienen fundamento en una protección *legítima, adecuada y racional* del interés público comprometido en el litigio) y de *justicia material*, de la cual el proceso es, por mandato del artículo 257, un instrumento *fundamental* para su obtención.

---

23 La racionalidad se muestra como la relación *medios-fines-valores*, donde la razonabilidad de una disposición normativa en un determinado sistema podrá predicarse en la medida en la que la norma cumpla adecuadamente con los fines para los cuales ha sido dictada, en respeto de los derechos, garantías y principios fundamentales que le dan sustrato *deóntico* al sistema jurídico en el que se enmarca la regla analizada, y sin que sus fines puedan verse mediatizados por un razonamiento alejado de la teleología normativa, bajo los límites tanto de su *idoneidad* funcional para el logro de un determinado fin, con prescindencia de su valoración ética, como de su adecuación a los principios fundamentales del ordenamiento (ahora sí, desde el punto de vista de la moral) en tanto y en cuanto la *eficacia* de la solución normativa no suponga mediatizar o *negar* los valores que inspiran al orden jurídico en una determinada sociedad. *Vid.* Weffe H, Carlos E., “La Racionalidad de la Armonización Tributaria”, en *Revista de Derecho Tributario* N° 108, Ediciones de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, pp. 7 y ss.

24 En el mismo sentido, véase Andrade Rodríguez, Betty; “Evolución de la medida cautelar de suspensión de efectos en el contencioso tributario bajo la vigencia de la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Tributario* N° 111, Ediciones de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, pp. 132 y 133.

## Sección III: Régimen de la Fuerza Armada Bolivariana

### *Fuerza Armada Nacional: Antecedentes, evolución y régimen actual*

Alfredo Arismendi A.

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

#### I. ANTECEDENTES

Históricamente el ejército sirve para la defensa exterior del país. Por suerte se puede decir que las repúblicas en América Latina no han sido imbuidas por el espíritu militarista de conquista. Cada república tiene un territorio extenso deshabitado que no necesita anexiones y los conflictos armados se han limitado a agresiones fronterizas. En tal sentido Venezuela tiene un gran respeto por sus compromisos internacionales. Y sometió todos sus litigios sobre fronteras a convenios o tratados diplomáticos y a procedimientos jurídicos. Los Estados Unidos declararon en 1823 que considerarían una intervención europea contra el territorio de cualquiera de las Repúblicas de la América como hostil a los Estados Unidos (doctrina Monroe). Así, la soberanía del territorio de las repúblicas de la América quedaba garantizada contra toda agresión de potencia no americana por la declaración conjunta de las grandes repúblicas.<sup>1</sup>

Los Estados Unidos con su gran poderío militar constituían una garantía para las repúblicas latinoamericanas que no podían tener grandes ejércitos modernizados.

La Fuerza Armada Nacional ha desempeñado y sigue teniendo un papel relevante en las relaciones internacionales, pero deben ser dirigidas por personas, bajo la forma de individuos entrenados o capacitados profesionalmente que aplica la fuerza con el consentimiento del pueblo como titular de la soberanía como una parte muy representativa de la población que legitima la acción gubernamental del Estado.<sup>2</sup>

Por su parte los comandantes profesionales de las fuerzas armadas deben tener conciencia de que la utilización de la fuerza se justifica porque sirve al interés nacional o por cuanto está de su lado una causa moralmente justa.

En nuestra historia republicana la utilización de las fuerzas armadas por una causa justa fue la lucha por la emancipación y en algunos casos hubo muestras de institucionalidad.

Las Fuerzas Armadas en la actualidad, dentro del moderno concepto de seguridad y defensa, es un elemento mas que se suma a la preservación de los fines del Estado, como son la soberanía, el ejercicio exclusivo de sus funciones fundamentales dentro de sus fronteras, en

---

1 Ernesto Wolff. *Op. cit.*, Tomo II, p. 307.

2 María Antonieta Poveda y Jesús M. Rojas Guerini. "La Fuerza Armada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Centro de Estudios de Postgrado. Doctorado en derecho. Historia Constitucional II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 2005, p. 1. (Inédito)

lo terrestre, acuático y espacio aéreo, así como también sobre los aspectos que ellos involucran, sin la injerencia de cualquier otro Estado.<sup>3</sup>

Su rol en el campo internacional es determinante frente las otras naciones. No es un secreto que los países más desarrollados, con un armamento cada vez más poderoso, siempre están al acoso de los más débiles económicamente par esclavizarlos y arrebatarle los recursos que requieren y en muchos casos cuando se enfrentan entre ellos, los países en desarrollo o subdesarrollados se ven involucrados y hasta son manipulados como piezas de ajedrez en el campo internacional.

En algunos casos, la más leve amenaza conduce a que los presupuestos militares se eleven cada vez más sin que nada evite que se pasen a los hechos donde la simple fuerza tiene un papel preponderante, todo ellos en aras del ataque o la defensa.

No debemos olvidar que el empleo de la fuerza tiene un ingrediente físico al final, sin embargo detrás esta el psicológico que es el poder, uno de los caracteres determinantes del Estado, que en su esencia se traduce en algo subjetivo.<sup>4</sup>

También debe aclararse que todo lo relativo a la fuerza va en comunión con la violencia que se maneja a través de las armas como medios físicos que pueden ser desde las más sencillas hasta las más sofisticadas, para alcanzar determinados fines o propósitos para satisfacer ciertas aspiraciones.

En Venezuela el binomio poder-fuerza por tradición puede afirmarse, por suerte y con excepciones, en los últimos tiempos su empleo ha sido tan sólo disuasivo.<sup>5</sup>

Una evolución de las Fuerzas Armadas, a diferencia de otras instituciones políticas, no puede estudiarse tan sólo a través del texto constitucional que ha regido en determinada época para el país, por cuanto existe una brecha muy grande entre lo que consagran las constituciones y el poder y la acción que ha ejercido nuestra Fuerza Armada en cuanto a su comportamiento social y su influencia en la vida política del pueblo venezolano. Sin embargo, se hará un análisis de todas nuestras constituciones pero poniendo énfasis en sus principios a partir de 1936, cuando Venezuela advino al mundo moderno, después de padecer una larga dictadura militar, que llenó al país de tristeza, penuria y estancamiento social y económico.

La Constitución federal de 1811, en su Capítulo III, Sección Tercera, en cuanto a las atribuciones del Poder Ejecutivo establecía que este " (...) tendrá en toda la Confederación el mando supremo de las armas de mar y tierra y de las milicias nacionales cuando se hallen en servicio de la Nación (...). En tal sentido puede afirmarse que desde el nacimiento de la República, el Poder Ejecutivo ejerció el monopolio del uso y control de las armas del Estado, para la defensa de sus mandatos soberanos, como es lo más saludable en cualquier país del mundo."<sup>6</sup>

La Fuerza Armada es objeto de trato constitucional en la Constitución de 1830, cuando en su Título XXV (Arts. 180-184) consagraba sus componentes (Ejército permanente, fuerza naval y la milicia nacional) y les ordenaba a sus miembros obediencia y no deliberación.

---

3 María Antonieta Ayube Poveda y Jesús M. Rojas Guerini. *Op. cit.*, p. 3.

4 *Idem.*

5 *Ibidem*, p. 5.

6 *Ibidem*, p. 6.

Por otra parte se creó el fuero militar, cuando establecía que los individuos de las fuerzas armadas de mar y tierra en servicio actual, están sujetos a las leyes militares.

El Título antes citado regulaba además la estabilidad en sus empleos de los oficiales del ejército y de la marina, cuando consagraba que ninguno de ellos podría ser separado de sus empleos sino mediante sentencia dictada en juicio precedente.<sup>7</sup>

Por último, la milicia nacional, dentro de toda esta normativa, estará bajo las órdenes del Gobernador provincial, quien la llamara al servicio cuando el Poder Ejecutivo lo ordene en virtud de un acuerdo por el Congreso de la República, para actuar dentro de la provincia en caso de conmoción súbita y de la manera que determine su Ley Orgánica.

De esta manera comienza el origen de la institucionalización de la “Fuerza Armada Nacional” y cuando aparece por primera vez el término como tal.

La Carta Magna de 1857, consagra la regulación de la institución castrense en su Título XVIII (Arts. 90-95) y adiciona a lo ya consagrado por la Constitución de 1830 lo siguiente: Las Cámaras Legislativas fijarán anualmente, a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional el número de miembros que integrarán la fuerza permanente de mar y tierra; y la milicia nacional, así como su organización y servicio se fijarán por la Ley correspondiente.<sup>8</sup>

La Constitución Federal de 1864, en su Título III, “de las Garantías de los venezolanos”, consagró (Art. 14, Ord. 5.1) la abolición del reclutamiento forzoso para el servicio militar, asimismo (Art. 14, Ord. 14.2°) los ciudadanos no pueden ser “(...) obligados a recibir militares en su casa en clase de alojados o cuartelados (...)”.

En su Título VII “Disposiciones complementarias” se consagra toda una normativa en materia militar importante sobre todo por sus consecuencias políticas posteriores en la historia constitucional venezolana; se consagra que la fuerza pública nacional se divide en naval y terrestre y se compondrá de la milicia ciudadana que organicen los estados de acuerdo a sus leyes, (Art. 93), mientras que la fuerza a cargo de la Unión se organizará con individuos voluntarios, mediante un contingente suministrado de manera proporcional por cada Estado (Art. 94), alistando al servicio militar los ciudadanos que estén obligado a prestarlo de acuerdo a las leyes; en caso de guerra puede aumentarse el contingente o los cuerpos de la milicia ciudadana hasta el contingente necesario para completar la solicitud del gobierno nacional (Art. 95); se ratifica el principio (Art. 97) de que la autoridad militar y civil nunca será jefaturada por una misma persona o corporación.

Entre las constituciones gomecistas, denominadas seriadas, por ser copia siempre de la anterior, destaca de la 1914 por ser la expresión genuina de la mentalidad del dictador de turno y representativa a cabalidad de la realidad venezolana de la época, por cuanto consagra que: “El Congreso de Diputados Plenipotenciarios de los Estados Unidos de Venezuela elegirá un Comandante en Jefe del Ejército Nacional, por el tiempo del período provisorio, en la misma sesión en la que haga la elección del Presidente y Vicepresidentes Provisionales de la República. Asimismo, el Comandante en Jefe del Ejército Nacional dirigirá la guerra, mandará el Ejército y la Armada y organizará el Ejército y la milicia nacionales durante el período provisorio”.<sup>9</sup>

---

7 *Idem.*

8 *Ibidem*, p. 8.

9 *Ibidem*, p. 12.

Cuando se creó la federación en 1864, la Constitución determinó que la fuerza pública federal se formase de individuos voluntarios y de un contingente proporcional que suministraría cada Estado; además se previó que los Estados podían, según sus leyes, organizar cuerpos estatales de milicia ciudadana que el gobierno nacional podía pedir en caso de guerra.

En 1945 las constituciones de los estados contenían todavía disposiciones que daban a los presidentes de los estados la dirección de las milicias ciudadanas; pero estas disposiciones eran obsoletas y automáticamente anuladas por la competencia exclusiva dada en el art.15, ord. 8°, al legislador nacional para establecer las milicias ciudadanas como parte del ejército nacional, sin dejar a los Estados y municipalidades otras fuerzas que las de su policía y guardias de cárceles.<sup>10</sup>

En cuanto al ejército nacional, una ley de 1830 y otra de 1836 que estuvo válida hasta 1854 habían creado un ejército permanente al cual pertenecían los que podían costear su armamento con el derecho de hacerse sustituir por otro hombre al cual pagaran el armamento. Una ley de 1854 conservó el principio de sustitución de personas. Gil Fortoul escribió sobre la práctica en la época de las oligarquías conservadoras y liberal lo siguiente: “Durante el gobierno de ambas oligarquías se procuró cumplir las leyes de milicia en tiempo de paz; en el de revolución, claro está, que se violaron con la práctica del reclutamiento forzoso. Con todo, el sistema oligárquico, a pesar de sus defectos, fue menos atentatorio a la libertad individual que el inicio sistema implantado después, de reclutar las tropas únicamente en la clase pobre e ignorante, sin que los partidos liberales corrigiesen jamás tal injusticia”.

La Constitución de 1961 por su parte, representa una síntesis de todo lo que aquí se ha examinado hasta ahora y además incorporó principios modernos sobre las Fuerzas Armadas que regían en los países de corte democrática y que consagraban derechos sociales que son vitales en todo país civilizado. En tal sentido eran organizadas en la Constitución para garantizar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto por la Constitución y las leyes, cuyo acatamiento estaría siempre por encima de cualquier otra obligación. En todo caso las Fuerzas Armadas Nacionales estarían al servicio de la República y en ningún caso al de una persona o parcialidad política.

A partir de la Constitución de 1961 la doctrina constitucional venezolana afectó decisivamente el poder militar, con una creciente sujeción de la fuerza militar al Derecho, al principio de legalidad y al espíritu democrático. Progresivamente la Fuerza Armada fue impregnada de estos valores que permitieron, además, que la organización militar al lado y en sujeción a la autoridad civil derrotara a una insurrección de guerra de guerrillas, de ideología marxista con apoyo desde el exterior de la República. Pero siempre, sometida la organización militar a la autoridad civil.

Ha sido por tanto la Constitución de 1961 la de mayor influencia estabilizadora en toda la historia de Venezuela, especialmente en cuanto a las normas que regulaban el aspecto militar.

## II. CONSTITUCIÓN DE 1999

### 1. *Antecedentes Constituyentes*

En la sesión del 5 de agosto de 1999, en su punto 5 del sumario se consideró recibir la propuesta del presidente de la República (p. 3) para presentar algunas proposiciones que fue

---

10 *Ibidem*, p. 310.

aceptada por la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente y la incluyó en el Orden del Día que votó y aprobó la presencia del primer mandatario de la República y la aceptación de la invitación que se le formulara (*Gaceta Constituyente* (Diario de Debates)).

A tal efecto se designó una comisión integrada por miembros de la Asamblea Nacional para que concurrieran ante el Presidente de la República y lo acompañaran a la Asamblea.

Al dar la palabra al Presidente de la República el Presidente de la Asamblea Nacional, comenzó una larga oratoria, donde las alusiones al Padre de la Patria, Simón Bolívar, fueron constantes, y esbozó las ideas fundamentales que presentaba. En tal sentido pretendía recoger una visión global, no cartesiana. No pretendía ser holístico o integral de lo que en su criterio podía ser la idea central y las complementarias de una nueva Carta Magna, donde se recogiese no sólo la letra, el espíritu de las leyes, las normas, el Derecho, sino donde además, más allá del Derecho, de la norma, una nueva idea nacional.

Una Constitución debía tener, como todo ente o creación, varios componentes, pero unidos al todo. Éstos, pueden ser indeterminados en cuanto a su cantidad, pero había algunos que, en su criterio eran esenciales y debían estar necesariamente contenidos en la nueva Constitución. Estas ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República, tratan de hacer un esfuerzo por presentar algunos de esos componentes esenciales para una nueva Constitución. Uno de ellos es el componente ideológico, la idea, ¿Cuál es la idea central? ¿Cuáles son las ideas que conforman el marco filosófico-ideológico que anima al texto, que le da vida? No puede ser otra que la idea del momento, que ha recusitado: el bolivarianismo, he allí una de mis propuestas, y por eso el título “Constitución Bolivariana de Venezuela”, para que ese concepto, para que esa idea quede sombrada de pies a cabeza, del comienzo al fin de ese texto o Carta Magna para los próximos siglos venideros.

Después de detenerse en algunas consideraciones en cuanto al Estado y a sus poderes, señalaba que todas las ideas políticas, económicas, sociales, ideológicas, puntuales y materiales, estaban recogidas en su texto de ideas fundamentales y que lo sometían sencillamente a la sabia consideración de los constituyentistas. Señaló que eran tareas ineludibles y urgentes de los constituyentistas; y que tendrían todo el apoyo posible, hasta donde alcanzasen las fuerzas del Poder Ejecutivo. Pidió la colaboración de todos; el apoyo del pueblo lo tenían íntegro (92%), el apoyo de las Fuerzas Armadas, lo tienen completo. Designó a un general con un grupo de coroneles, para que fuesen enlace entre la Asamblea Constituyente y las Fuerzas Armadas Venezolanas, para facilitarles lo que necesiten, tranquilidad, para que tengan el tiempo a toda hora y todos los días, para que produzcan lo más pronto posible la nueva Carta Fundamental.

En la sección ordinaria N° 17, del 31 de agosto de 1999, página 20, se leyó el Preámbulo de la Constitución, presentado por el constituyente Hermann Escarrá, el cual se discutió también en las sesiones ordinarias de los días 1 de septiembre de 1999 y 9 de septiembre de 1999, páginas 18 y 5 respectivamente. (*Gaceta Constituyente* (Diario de Debates)).

Entre las intervenciones de algunos constituyentes, destacó la de Pablo Medina, quien señalaba: “Si nos atenemos a ese concepto de que la Constitución es una sumatoria de los factores de poder, hay que preguntar ¿Cuáles son esos factores de poder si estamos de acuerdo con ese concepto aplicable en el país? Diríamos entonces que tenemos un poder sindical, un poder judicial, un poder financiero, un poder en PDVSA que hasta ayer estaba en manos de la Cuarta República, el poder de las Fuerzas Armadas, el poder de los partidos políticos, en fin, el poder de los medios de comunicación social, y ese poder no está en manos del pueblo venezolano.

Ese es un aspecto que tenemos que considerar porque está planteada una lucha profunda por el poder político y el poder económico del país”.

De igual manera, el constituyente afirmaba: “Ciertamente estoy de acuerdo con lo expresado por el constituyente Vinicio Romero en el sentido de que hay que recoger la condición bolivariana para la Constitución y...”, “..., pero cuando uno aprecia el Bolívar, es el Bolívar también social. Bolívar se adelantó a la época con los planteamientos de seguridad social, libertad social, y no sólo de palabras sino en los hechos”.

“Verdaderamente, Bolívar fue un hombre adelantado a su tiempo en materia social, que fue una forma de enfrentar la pobreza y la miseria en la época y la esclavitud reinante. Por eso, el Bolívar de hoy es el Bolívar que inspira realmente nuestros actos, cuando revisamos nuestra historia nos encontramos la lucha contra la corrupción”.

Después de un amplio debate, el constituyente y psiquiatra Edmundo Chirinos pidió un punto previo para solicitar que se considerarse el debate clausurado y al tener apoyo la solicitud, se voto y aprobó

En la sesión N° 21, de fecha 12 de octubre de 1999, páginas 2 y 9, se presentó el anteproyecto de Constitución por el Presidente de la Comisión Constitucional Hermann Escarrá (*Gaceta Constituyente* (Diario de Debates)). Señaló que el proceso era inédito y que defendería y defendería siempre que era profundamente democrático, participativo y verdaderamente plural; y que todos y cada uno de los constituyentistas habían sido expresión de la práctica, de la consulta a los ciudadanos, pero no sólo eso, del respeto a la disidencia y del más absoluto ejercicio de la tolerancia republicana. *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates).

Se trataba de nueve títulos sin contar las Disposiciones Transitorias. Su primera versión, la que examinaría la soberana Asamblea Nacional Constituyente, una vez que la Comisión Constitucional hizo su entrega, contenía 416 artículos y la concurrencia de las propuestas de anteproyectos presentados formalmente ante las distintas comisiones, así como las propuestas de la sociedad civil.

Se refuerza la Doctrina Bolivariana como orientación de todo el régimen constitucional. Se califica a la sociedad venezolana como democrática.

Se agrega un título: De la Seguridad de la Nación. En ese título se planteaban algunos prolegómenos que tendría que resolver la Asamblea Nacional Constituyente: El tema de las Fuerzas Armadas, de los estados de excepción, y de los principios de seguridad del estado. Aquí la propuesta era la de una doctrina democrática de la seguridad y defensa de la Nación y la de una Fuerza Armada Nacional con cuatro expresiones y sujeta a determinados principios: El principio profesional, el principio no partidista y, por supuesto, el principio de defensa militar, la participación activa en el desarrollo nacional.

En la Sesión N° 22, página 30 del 18 de octubre de 1999, el punto único era: la Exposición de los presidentes de las comisiones permanentes de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el anteproyecto de Constitución (*Gaceta Constituyente*. (Diario de Debates).

Con relación a la Comisión del Sistema de Defensa y de las Fuerzas Armadas, tomó la palabra el constituyente Francisco Visconti, con la misión de llevar ante la Asamblea Nacional Constituyente una síntesis muy apretada de lo que fue el trabajo de la comisión durante los dos meses de trabajo.



Allí se discutió lo atinente a la seguridad integral y militar del Estado venezolano, el orden interno de las Fuerzas Armadas en la Sociedad venezolana, el secreto militar, la justicia militar y el servicio militar.

Se consultó no sólo las diferentes instancias en el mando militar y en la institución y organización militar, sino que también fueron al sector civil.

Y es así como en anteproyecto de Constitución contenía un título VII, responsabilidad no sólo del campo militar sino también de toda la Nación venezolana en forma integral.

Se señalaba también la necesidad de que exista un Consejo de Defensa de la Nación, a diferencia de lo que se había manejado en el presente que era un Consejo de Seguridad y Defensa, pero con un enfoque netamente de defensa militar. Ahora el Consejo de Defensa debía de servir de órgano de consulta para la planificación y el asesoramiento de todo el Poder Público Nacional y no para la defensa militar exclusivamente.

En un tercer Capítulo, se va específicamente a lo que corresponde a la organización que asume la responsabilidad y le asignamos, si tiene la responsabilidad de la defensa militar integral y, vemos a las Fuerzas Armadas Nacionales, no como una institución exclusiva para la guerra, se señala que las Fuerzas Armadas Nacionales también deben actuar y contribuir activamente al desarrollo integral de la Nación.

Ahora, se está retomando la integración de las Fuerzas Armadas Nacionales para que consolidadas como un solo cuerpo que tiene la responsabilidad mencionadas desde un punto de vista de la eficiencia, del uso de los recursos y la integración de sus recursos humanos a la vez, puedan dar una mejor respuesta a las expectativas que la sociedad venezolana tiene sobre ella.

Se tuvo una participación masiva de los militares activos de las Fuerzas Armadas y de aquellos que están en la situación de retiro. Así, también tuvieron el asesoramiento permanente no sólo del Ministro de la Defensa, sino también de instituciones que fuera de su seno tienen que ver con la materia tratada.

En la Sesión N° 40 del día 8 de noviembre de 1999, punto único, se dio continuación a la primera discusión del anteproyecto de la Constitución (p. 28), y se le dio la palabra al representante de la Comisión de Seguridad, constituyente Francisco Visconti. (Gaceta Constituyente. Diario de Debates).

En su intervención expuso que: "Vale decir que los campos del poder nacional, económico, social, político y el militar tienen igual responsabilidad para con la seguridad, la defensa y el desarrollo nacional".

Consecuentemente se concibe la organización de un Consejo de Defensa de la Nación, que no es un ente netamente militar, en una organización constituida como un órgano de consulta para la planificación y asesoramiento de todo el poder público nacional en los asuntos relacionados con la defensa integral de la nación en los campos económicos, sociales, políticos y militares, siendo ello una responsabilidad de todos los campos del poder y no exclusivamente del factor militar como ha sido considerado en el pasado.

En cuanto a las Fuerzas Armadas se refiere, el nuevo articulado decide la integración de sus componentes de una manera explícita en la finalidad de eliminar la actual autonomía de cada una de las fuerzas, mejorando de esa forma su empleo conjunto, doctrina y administración educativa, logística y financiera de su organización.

En consecuencia, y en nombre de la Comisión de Trabajo que coordinaba, sometía a la consideración de los constituyentistas el informe, resultado y producto del esfuerzo y dedicación de todos sus miembros, para que tuviesen a bien analizarlos y aprobarlo.

Durante el debate, el constituyente Francisco Visconti señalaba entre otras cosas que: “Estamos aquí considerando que la nación venezolana va a tener unas Fuerzas Armadas no para estar al servicio del poder político, sino para estar al servicio de la defensa militar de la nación venezolana, de su soberanía, de su integridad territorial, de su independencia y por supuesto, para contribuir al desarrollo integral de la Nación”.

Asimismo señaló que: “Me parece que estamos utilizando el término -deliberar- en una forma muy limitada y no en su verdadero contexto. Creo que eso lo utilizó la partidocracia también con el propósito de decirle a las Fuerzas Armadas ¡No hables.! ¿Quédate callado? ¿No puedes opinar absolutamente en nada? Porque no convenía a ellos que las Fuerzas Armadas pudiera opinar. Y si a ver vamos, el integrante de las Fuerzas Armadas como ciudadano, de una u otra forma, tendrá que expresar su voluntad sobre aquellos asuntos que maneja la sociedad y que lo afecten directamente como ciudadano de una u otra forma...” “Y luego la institución como una de las fundamentales del Estado también tendrá que oír su opinión. Tenemos la experiencia del famoso Acuerdo de Caraballeda”.

En la Sesión N° 41, de fecha 9 de noviembre de 1999, en la continuación de la primera discusión del anteproyecto de Constitución (p. 2) como punto único, en una intervención del constituyente Gerardo Márquez expuso: “En el artículo 369, aprobado en el día de ayer, habla que las Fuerzas Armadas Nacionales está integrada por el ejército, la Armada, La Aviación y la Guardia Nacional. Además que en el seno de la Comisión hay el deseo de eliminar las Fuerzas Armadas Nacionales para convertirlas en la Fuerza Armada Nacional, porque creen en la unidad del comando y en la unidad operativa de la Fuerza Armada Nacional (*Gaceta Constituyente*. Diario de Debates).

Sin embargo, en este artículo 369, pareciese que se quisiera marginar a la Guardia Nacional al decir que ella es una fuerza de complemento porque está al servicio de lo que planifique, ejecute el Ejército, la Armada y la Aviación, y me parece que esto es contradictorio con el artículo anterior que habla de una Fuerza Armada integral”.

En una intervención del constituyente Florencio Porras expuso; “...Que este artículo 369 fue el artículo más discutido con el alto mando militar. De hecho, propuesta que presentamos al seno de la Asamblea fue redactada en su mayor parte por parte del Ministerio de la Defensa, el Inspector General de las Fuerzas Armadas, el jefe del Estado Mayor Conjunto y los comandantes de las cuatro Fuerzas Armadas Nacionales. “Les aseguro que este artículo tiene el consenso de las Fuerzas Armadas Nacionales; y el alto mando militar, los diferentes niveles de la jerarquía y la estructura militar están de acuerdo con su planteamiento.

Por su parte, el constituyente Jesús Rafael Sulbarán en su intervención señalaba lo siguiente: “Cuando el último aparte, que ha sido criticado por dos constituyentistas, dice “La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer actividades de policía administrativa y de investigación penal”, quiero suponer que esa investigación se refiere a lo que ha venido haciendo durante muchos años la Guardia Nacional...”.

## 2. Redacción final

En cuanto a la su naturaleza, la Constitución de 1999 dispone que para la mejor ejecución de los altos fines que le han sido encomendados por la Constitución, se unifica a las Fuerzas Armadas Nacionales en un cuerpo militar uniforme, denominado la Fuerza Armada Nacional, pero manteniendo cada uno de los cuatro componentes integrantes de la institución, sus características y especificidad como Fuerza.

La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional de acuerdo con la Constitución y la ley. En el cumplimiento de sus funciones está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación (Art. 328).

En relación a su integración establece que la Fuerza Armada está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, de acuerdo a lo que establezca su ley orgánica (Art. 328).

Respecto a sus responsabilidades, consagra que el Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. La Guardia Nacional cooperará en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley (Art. 329).

En cuanto al derecho al Sufragio, la Constitución dispone que todos los militares activos gozan con la nueva Constitución del privilegio político consagrada para todos los venezolanos: el derecho al sufragio. Así lo acordó, en la sesión del 9 de noviembre, la Asamblea Nacional Constituyente al adoptar el artículo 330 de la nueva Carta Magna, que expresa: “Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni particular en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”.

El constituyente Vielma destacó que la Comisión de Seguridad, que presidió Francisco Visconti acordó agregarle el término “Militancia” al artículo para que ningún militar pertenezca a partido político alguno.

Los constituyentes, Franceschi, Olavaria y Brewer-Carías intervinieron para proponer, por separado, eliminar el artículo, por cuanto el derecho al sufragio está implícito en otro artículo de la Constitución “para todos los venezolanos”. Estas solicitudes fueron negadas por la plenaria. Franceschi destacó que “no es verdad que hay un clamor en los cuarteles por el voto militar”. Olavaria alertó contra un “ceresolismo camuflado”. Agregó que no se trata de darle el voto a los militares, sino de quitarles el derecho a ser elegidos.

Previo a esta discusión, la Asamblea Nacional Constituyente debatió el artículo correspondiente (Art. 329) de las responsabilidades y actividades de policía administrativa y de investigación penal.

El servicio militar obligatorio para todos los venezolanos estaba incluido en un artículo, presentado por la comisión correspondiente, y fue eliminado tras la intervención del constituyente Aristóbulo Istúriz quien recordó que ya se había aprobado el artículo 134: “Toda persona, de conformidad con la ley, tiene el deber de prestar los servicios civil o militar necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública. Nadie puede ser sometido a reclutamiento forzoso”. Aquí se consagra la objeción de conciencia.

El artículo correspondiente a la vigilancia, control y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos afectos a la Fuerza Armada Nacional y sus órganos adscritos, fue diferido.

Por otra parte, los ascensos militares se obtienen por mérito, escalafón y plaza vacante; son competencia exclusiva de la Fuerza Armada Nacional y están regulados por la ley correspondiente (Art. 331).

Se eliminó, de esta manera, lo previsto en la Constitución anterior, norma histórica, conforme a la cual los ascensos de altos oficiales debían tener un control parlamentario (Art. 159, ord. 5° C.N. 1961).

De la norma anterior, en conjunción con otras del mismo texto constitucional, se desprende sin lugar a dudas un marcado acento militar que sino fuera por el tradicional centralismo y personalismo presidencial venezolano la gravedad sería imperceptible de la configuración de una vía hacia la autocracia, sobre todo cuando alejada de la realidad venezolana por más de cuarenta años, sería un retroceso hacia etapas ya superadas en Venezuela.

Del texto constitucional, sobre todo en este Capítulo, destaca la extinción de dos obligaciones innegables en un verdadero sistema democrático: velar por la estabilidad de las instituciones democráticas y de respetar la Constitución y las leyes (Art. 132 C.N. 1961).

La Fuerza Armada Nacional forma una institución apolítica, obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respecto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación. Las Fuerzas Armadas Nacionales estarán al servicio de la República, y en ningún caso al de la persona o parcialidad política.

Tal cuadro militarista de la Constitución de 1999 no significa una novedad, es más bien una involución en el constitucionalismo venezolano que busca reflejar lo que ya aconteció en el siglo XIX y parte del XX: la orientación militar de la administración pública.

En la Constitución de 1999 el Poder Ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República, dirige la Administración Civil y Militar (artículo 236, numerales 2, 5 y 6), existiendo además una sola Administración Pública del estado venezolano. En efecto, la única disposición constitucional que se dedica en conjunto a la totalidad de la Administración Pública es el artículo 141, que aún cuando no se refiere a su personalidad jurídica, expresa los principios de organización interna y actuación.

La Fuerza Armada Nacional está incluida en el complejo correspondiente a la Administración Pública, su organización y régimen es de la competencia del Poder Público Nacional (art. 156, numeral 8) y está dirigida por la autoridad civil atribuida al Presidente de la República. Es claro entonces, que la Constitución de 1999 hace depender a la Fuerza Armada de la autoridad civil del Poder Ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República.

A expensas de lo extenso y profundo del debate constituyente suscitado con motivo de la proposición de la Comisión de Seguridad y Defensa del texto del artículo 328, alusivo a la Fuerza Armada Nacional, y pese a que algunos constituyentes plantearon diversas sugerencias y propuestas de modificación en la redacción original, las cuales fueron desechadas en todo su extensión; fue aprobado por mayoría el precepto 328, preservando de manera indemne la enunciación primitiva, solo cambiándose la calificación de “no partidista” por el término “sin militancia política”, de lo cual resalta en primer lugar, el carácter esencialmente profesional en la constitución de la institución militar, lo cual es absolutamente lógico dentro de la ciencia constitucional, ya que en la medida en que dicha fuerza este mas profesionalizada, estará más lista y preparada ante cualquier eventualidad para defender la integridad de la Nación, detentando un mayor grado de evolución en técnicas, estrategias y tácticas militares, por los oficiales de egresados de las academias especializadas con una instrucción singular.

En otro orden de ideas, la Constitución de 1999, introdujo otra innovación referida a la invención del Consejo de Defensa de la Nación, concebido como el máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del poder público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la nación, su soberanía y la integridad del espacio geográfico, así como la determinación y establecimiento del concepto estratégico de Nación.

Cuando la Constitución de 1999 incluye dentro de su texto a la Fuerza Armada lo hace con dos grandes consideraciones que justifican la existencia de esa organización: la primera, la garantía de la independencia y soberanía de la Nación y el aseguramiento de la integridad del espacio geográfico mediante la defensa militar; el segundo, que tiene también carácter defensivo, la cooperación el mantenimiento del orden interno. Así se establece en el artículo 328.

Los artículos 2, 7 y 328 de la Constitución hacen necesaria una Fuerza Armada reflejo de los principios y valores constitucionales, ordenados en tres grupos: El primero está compuesto de todos los valores y principios que están presentes en el desarrollo del texto constitucional y que le son aplicables a la organización armada. Sin embargo, hay unos esenciales y especiales como el Estado de Derecho, la democracia, la justicia, la vida, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética, el pluralismo político, etc. El segundo está integrado por los principios específicos de la Administración Pública (art. 141 de la Constitución), el principio de legalidad (art. 259), protección jurídica e individual (art. 55) y responsabilidad (art. 30), el tercero, las características de la Fuerza Armada y a ella peculiarmente aplicables como son la disciplina, la obediencia y la subordinación al Estado democrático y social de Derecho y Justicia, la dirección y mando supremo por la autoridad civil, la separación del partidismo político y la singularidad de la justicia militar (artículos 328; 2; 236, numerales 5 y 6 y 261 de la Constitución).

En tal sentido, los principios y valores establecidos en la Constitución son aplicables a todas las organizaciones públicas y, por supuesto, a la Fuerza Armada. Ello es absoluto como principio del sistema constitucional mismo, así lo manda el artículo 7 de la Constitución, que imperativamente impone la sujeción de los ciudadanos, los poderes públicos y el resto del ordenamiento jurídico a la Constitución, por ser no sólo norma “sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental”.

Es lógico entonces deducir la aplicación directa y necesaria de los principios y valores constitucionales a la Fuerza Armada, no podría entenderse que a la organización armada se aplicaran solamente los principios constitucionales previstos para la Fuerza Armada, carecería de sentido. Es por esa razón que los otros principios organizativos previstos en la Constitución para la estructura pública puesta al servicio de los intereses generales, la Administración Pública, son aplicables a la Fuerza Armada.

Al área de actividad del aparato administrativo o instrumental de la Fuerza Armada compete tramitar la consecución de los medios personales y materiales para mantener la disposición y operatividad de las fuerzas integrantes de la Fuerza Armada Nacional, es decir, las condiciones para mantener las eventuales acciones armadas que dicha organización podrá requerir llevar a cabo.

En dicha actividad participan las cuatro Fuerzas (Ejército, Armada, Aviación y Guardia Nacional), pero también una gran cuota de tal actividad le corresponde al Ministerio de la Defensa. Es decir, a la Administración Pública, como organización burocrática al lado de la organización militar. Que nos revela la necesaria actuación de tales organismos conforme al principio de legalidad.

También especifica el mismo artículo que la Fuerza Armada en el cumplimiento de sus funciones (garantizar la independencia y soberanía de la nación y asegurar la integridad de su espacio geográfico, mediante la defensa militar, la de cooperar en el mantenimiento del orden interno; y la participación activa en el desarrollo nacional) está al servicio exclusivo de la Nación y, en ningún caso, al de personas o parcialidad política alguna.

La Constitución de 1999 en los artículos donde sienta bases específicas de la Fuerza Armada y de sus componentes –personas de las Fuerzas Armadas en el lenguaje peculiar que usa dicho texto- contiene algunas curiosas interrogantes.

El peculiar status de los militares considerados como componentes de la Fuerza Armada está rodeado de innumerables incógnitas.

La vinculación de los oficiales militares con el artículo 350 de la Constitución, tiene su médula en la subordinación de la Fuerza Armada Venezolana como organización militar a la Constitución, incluso sobre las órdenes del Presidente de la República como su Comandante en Jefe con mando supremo.

En el artículo 350 de la Constitución en concordancia con el 7 y el 333 liga de manera indisoluble a la Fuerza Armada Nacional con los valores, principios y garantías democráticas que son los contenidos en la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, circunstancias que obliga a la Fuerza Armada Nacional, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y a libertad a desconocer cualquier régimen, legislación o autoridad que los contraríe o menoscabe, tal como también se encuentra obligado el pueblo.

La Fuerza Armada Nacional, además, en el cumplimiento de sus funciones está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de personas o peculiaridad política alguna, siendo sus pilares fundamentales la disciplina, la obediencia y la subordinación a la Constitución misma, pasando por encima del mando supremo depositado en Presidente de la República, siempre en el contexto de la Constitución (Artículos 2, 3, 5, 7, 328, 329, 330 y 350).

### 3. *Reforma Constitucional*

El 15 de agosto de 2007, el Presidente Chávez entregó su propuesta de reforma constitucional a la Asamblea Nacional. Sólo tres minutos de las cuatro horas y media de su discurso dedicó a enunciar el tema que más inquietud había generado el proyecto de reforma a la Constitución que formalizó ante la Asamblea Nacional: la modificación del artículo 230 que incluía la extensión del período presidencial a siete años y la posibilidad de reelección inmediata para un próximo período. Así de sencillo, expuso Chávez con el deseo de poner fin al rechazo del término indefinido y, en el fondo, a su eventual perpetuación en el poder.

Anunció que el primer aspecto jurídico que proponía modificar era el artículo 11, que tenía que ver con los espacios y el aspecto territorial de Venezuela.

“El artículo 11 dice al final: El Presidente podrá decretar Regiones Especiales Militares con fines estratégicos y de defensa. También Autoridades Especiales en situaciones de contingencia”, explicó.

En cuanto a la Fuerza Armada Nacional, se proponía que la Reserva fuese un componente más de la Fuerza Armada Bolivariana y que además, se le cambiase el nombre por Milicia Popular Bolivariana. La Guardia Nacional, se denominaría Guardia Territorial Bolivariana.

La plenaria de la Asamblea Nacional avanzó el 23 de octubre 2007 con la aprobación de 11 artículos más del proyecto de reforma y se esperaba que el 24 de octubre 2007 terminasen con los restantes artículos que serían modificados.

Los artículos sancionados fueron el 300, 301, 302, 303, 305, 307, 318, 320, 321, 328 y 329. Los últimos se referían a la Fuerza Armada.

El 328 especificaba que la Fuerza Armada Nacional Bolivariana constituía un cuerpo esencialmente patriótico, popular y antiimperialista, profesional y sin militancia política organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación, defendería e cualquier ataque externo o interno y asegurar la integridad del espacio geográfico.

Más adelante se agregó que aplicaría los principios de defensa integral y la guerra popular de resistencia “y que estaría siempre al servicio del pueblo y en ningún caso al de oligarquía o poder imperial extranjero”.

El 329 establecía que la Fuerza Armada Nacional Bolivariana estaba...

Integrada por el Ejecutivo, la Armada, la Aviación. La Guardia Nacional y la Milicia.

El 2 de diciembre de 2007, el soberano hablo: la propuesta de reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez y la Asamblea Nacional fue rechazada por el pueblo.

### III. DECRETO N° 6.239 CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL, BOLIVARIANA DE 22 DE JULIO DE 2008

#### 1. *Organización, Funcionamiento y Administración*

A raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999 y siguiendo los postulados fundamentales de la misma, entre las que está, el de la refundación de la República y de todas y cada una de sus instituciones fundamentales del Estado, se dio inició a la revisión y adecuación de las normas jurídicas que las rigen, estando entre las mismas, como una de las de mayor importancia, por su valiosa significación, la de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

Adicionalmente, en virtud del artículo 328 constitucional y en base a los lineamientos filosóficos, doctrinarios y jurídicos que rigen la materia, asumiendo los retos de transformación estructural de la sociedad venezolana y consecuentemente de la Fuerza Armada Nacional, encontró fundamento el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, que tiene como objeto establecer los principios y las disposiciones que rigen su organización, funcionamiento y administración, dentro del marco de la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad, como fundamento de la seguridad de la Nación, consecuente con los fines supremos de preservar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la República.

La Fuerza Armada Nacional Bolivariana sustenta su estructura en una estricta jerarquización que conforma una pirámide; igualmente, para el funcionamiento de la misma, se establece la cadena de mando y el cumplimiento para sus integrantes mediante la observancia del órgano regular, a través del cual deben formular las tramitaciones ante las altas autoridades militares, con inclusión del Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

En el mismo orden de ideas, se encuentra indudablemente la obligación que recae en los mandos militares, de dar respuesta oportuna y de atender los requerimientos que les sean formulados por sus subalternos en un plazo breve y oportuno, en cumplimiento de todos y cada uno de los principios establecidos en la ley.

Por otra parte, se incluyen dentro del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana las normas correspondiente a la Carrera Militar, como producto del proceso de educación que necesariamente debe implantarse dentro de la institución, vista en sentido amplio, y en consecuencia con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año 1999.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto y teniendo como objeto la adecuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana a la nueva estructura jurídica y política del Estado, es menester e imperativo incluir en el nuevo texto legal, las disposiciones legislativas correspondientes a la profesión de los hombres y mujeres de armas, considerando en el mismo orden de ideas que el “ser militar”, traspasa con creces las fronteras del oficio propiamente dicho, convirtiéndose sin duda alguna en una forma de vida distinta, con exigencias marcadas en cuanto a múltiples esfuerzos y sacrificios, incluso de la propia vida si fuere el caso, que en si mismo lleva intrínseco.

El modelo de democracia social, participativa y protagónica consagrado por el texto Constitucional, como uno de los aportes fundamentales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás normas del Ordenamiento Jurídico Positivo, incluso las de rango sublegal, hacen aparecer al principio de corresponsabilidad, lo que quiere decir, que no sólo es la Fuerza Armada Nacional Bolivariana la encargada de la defensa y la integridad del territorio, sino la sociedad en su conjunto; es precisamente de allí, de donde surge la Milicia Nacional, cuerpo especial que estará en todo tiempo adiestrado e integrado en las áreas donde ante la materialización de algunas de las hipótesis de conflicto les corresponderá actuar.

Otro de los cambios fundamentales en la nueva estructura de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, es la elevación a la categoría de Oficial Técnico de la actual categoría de Suboficiales de Carrera de los diferentes componentes de la Fuerza Armada Bolivariana; en tal sentido, ostentarán los mismo grados de los Oficiales, aumentando con ello su nivel de compromiso institucional, manteniéndose las constantes obligaciones de la obediencia, la subordinación, la disciplina y el respeto a los derechos humanos, como pilares fundamentales de la Fuerza Armada Nacional.

Un cambio significativo se refiere a la jerarquización dentro de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en cuanto a la inclusión del nuevo grado de Mayor General en los Componentes Ejército Nacional Bolivariano, Aviación Militar Nacional Bolivariana y Guardia Nacional Bolivariana, y el grado de Almirante en Jefe para el Componente Armada Nacional Bolivariana, así como, la igualdad de la denominación jerárquica de la tropa Profesional de los cuatro Componentes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

El aspecto educativo es también objeto de regulación por parte de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, por ello se incluyen las disposiciones relativas a la educación militar, para cada nivel y cada competencia; dando como resultado el aumento del nivel de exigencias que a diario se presenta en la organización militar.

La educación militar está orientada a profundizar y acelerar la conformación de nuevo Pensamiento Militar Venezolano, la nueva estrategia militar nacional, para fortalecer y actualizar los planes de defensa de la Nación, la defensa integral de la Nación, la participación activa en el desarrollo nacional, el desarrollo endógeno y la corresponsabilidad en cuanto a la Seguridad de la Nación se refiere, todo ello alineado con los elementos de la ética, la democracia participativa, la cultura, la solidaridad, la igualdad conjugada con la libertad y el cooperativismo para la formación de un individuo íntegro acorde con lo establecido en el sistema Educativo Nacional.



La educación militar, debe tomar como inspiración las bases filosóficas y el pensamiento educativo y social venezolano de Simón Bolívar, quien fue un pensador pre-socialista que, con una claridad política extraordinaria, señaló a “la igualdad establecida y practicada en Venezuela” como el basamento “exclusivo e inmediato” del sistema de gobierno al que visualizó como “el más perfecto” y el de Simón Rodríguez “El Sócrates de Caracas”, quien profundizó aún más que Bolívar en el proyecto socialista original para las Naciones Sudamericanas.

La Fuerza Armada Nacional Bolivariana tiene como misión fundamental, garantizar la independencia y soberanía de la nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional.

## 2. *Comando Estratégico Operacional*

Es el máximo órgano de planificación, programación, dirección, ejecución y control estratégico operacional específico, conjunto y combinado de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, con ámbito de actuación en el espacio geográfico de la Nación conforme a los acuerdos o tratados suscritos y ratificados por la República.

El Comandante Estratégico Operacional depende directamente del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en todo lo relativo a los aspectos operacionales y para los asuntos administrativos dependerá del Ministerio del Poder Popular para la Defensa. Corresponde al Comando Estratégico Operacional entre otras las siguientes funciones:

1. Desarrollar la acción conjunta y unificada mediante la integración operacional de los componentes militares y Milicia Nacional Bolivariana, conforme al concepto de la defensa integral;

2. Planificar, organizar, coordinar y supervisar el apoyo y participación activa en el desarrollo nacional, regional y municipal;

El Comandante Estratégico Operacional depende directamente del Presidente de la República.

### A. *Regiones de defensa integral*

El Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana establecerá las Regiones Estratégicas de Defensa Integral, las cuales contarán con un Jefe y su Estado Mayor Conjunto.

El Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe podrá establecer con carácter temporal distritos militares y su comandante, para cumplir una misión específica que permita atender circunstancias especiales.

### B. *Región estratégica de defensa integral*

Es un espacio del territorio Nacional con características geoestratégicas, establecido por el Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana sobre de la concepción estratégica defensiva nacional para planificar, conducir y ejecutar operaciones de defensa integral, a fin de garantizar la independencia, la soberanía, la seguridad, la integridad del espacio geográfico y el desarrollo nacional.

Los comandos de Región Estratégico de defensa Integral, estará a cargo de un oficial general o almirante y tendrán un Estado Mayor Conjunto, así como los elementos operativos y de apoyo necesarios para el cumplimiento de su misión.

El Comandante de la Región Estratégica de Defensa Integral ejercerá el mando directo sobre todas las unidades asignadas a la Región Estratégica de la Defensa Integral y demás órgano operativo y administrativo funcionales, que le sean asignados para el cumplimiento de su misión. Será designado por el Presidente o Presidenta de la República Bolivariana y Comandante en jefe de la Fuerza Armada Nacionales Bolivariana.

Corresponde a los Comandos de Regiones Estratégicos de Defensa Integral, a las zonas operativas de Defensa Integral y a las áreas de defensa integral entre otras, las siguientes funciones:

Realizar el estudio estratégico de la jurisdicción territorial correspondiente; Planificar, organizar, coordinar y supervisar el apoyo a la organización de Protección Civil y Administración de Desastres; planificar, organizar, coordinar y supervisar el apoyo a la autoridades civiles y participación activa en el desarrollo de la región bajo su responsabilidad; ejercer coordinación con la autoridad civil correspondiente, el control de los medios y recursos para su empleo, en los casos de estado de excepción o cuando sea necesario, en interés de la seguridad y defensa de la Nación; ejecutar las tareas derivadas del plan de movilización militar en su jurisdicción territorial correspondiente; coordinar el apoyo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, para el restablecimiento del orden público en su jurisdicción territorial correspondiente; y coordinar con las instituciones del sector público y privado, la participación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en la planificación del desarrollo de la región.

### C. *Comando de Zona Operativa de Defensa Integral*

Estarán a cargo de un oficial general o almirante y tendrá un Estado Mayor Conjunto, así como los elementos operativos y de apoyo necesario para el cumplimiento de su misión.

El Comandante de la zona Operativa de Defensa Integral ejercerá el mando directo sobre todas las unidades asignadas a la zona Operativa de Defensa Integral y demás órgano operativo y administrativos funcionales, que le sean asignados para el cumplimiento de su misión. Serán designados por el Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

Todo buque de la Armada, podrá ser designado como Zona Operativa de Defensa Integral.

El Comandante del Área de Defensa Integral ejercerá el mando directo sobre todas las unidades asignadas al Área de defensa Integral y demás órganos operativos y administrativo funcionales, que les sean asignados para el cumplimiento de su misión. Será designado por el Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

### 3. *Comando General de la Milicia Nacional Bolivariana*

Es un cuerpo especial organizado por Estado Venezolano, integrado por la reserva Militar y la Milicia Territorial destinada a complementar a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en la Defensa Integral de la Nación para contribuir en garantizar su independencia y soberanía. Los aspectos inherentes a la organización, funcionamiento y demás aspectos administrativos operacionales serán determinados por el reglamento respectivo.

La Milicia Nacional Bolivariana depende directamente del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional en todo lo relativo a los aspectos operacionales y para los asuntos administrativos dependerá del Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

A. *Misión*

La Milicia Nacional Bolivariana tiene como misión entrenar, preparar y organizar al pueblo para la defensa Integral con el fin de complementar el nivel de apresto operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, contribuir al mantenimiento del orden interno, seguridad, defensa y desarrollo integral de la nación, con el propósito de coadyuvar a la independencia, soberanía e integridad del espacio geográfico de la Nación.

B. *Funciones*

Establecer vínculos entre la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y el pueblo venezolano, para contribuir en garantizar la defensa integral de la Nación, contribuir con el Comando Estratégico Operacional, en la elaboración y ejecución de los planes de defensa Integral de la Nación y Movilización Nacional.

Contribuir y asesorar en la conformidad y consolidación de los Comité de Defensa Integral de los Consejos Comunales, a fin de fortalecer la unidad cívico y militar; recabar, procesar y difundir la información de los Consejos Comunales, Instituciones de sector público y privado, necesaria para la elaboración de los planes, programas, proyectos de desarrollo Integral de la Nación y Movilización Nacional.

C. *Atribuciones*

Asesorar al Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, sobre el contingente que integrará la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y a la Milicia Nacional Bolivariana; asesorar al Presidente o Presidenta de la República de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, sobre la organización, equipamiento y empleo de la Milicia Bolivariana, contribuir con el Comando Estratégico Operacional, en la elaboración y ejecución de los planes de defensa integral de la Nación, así como también de la movilización nacional; y coordinar con las autoridades militares y civiles, el proceso de conscripción y alistamiento.

D. *Situación de Movilización*

La Milicia Nacional Bolivariana ejecutará acciones de defensa Integral en los diferentes ámbitos de interés de la Nación, conforme al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de su Ley Orgánica, se considerará movilizada en otras situaciones:

1. Períodos de Instrucción
2. Estados de excepción
3. Empleo temporal
4. *Reserva Militar y Milicia Territorial*

La Reserva Militar está constituida por todos los venezolanos y venezolanas mayores de edad, que hayan cumplido con el servicio militar, o que voluntariamente se incorporen a las Unidades de Reserva o en los Cuerpos Combatientes.

La Milicia Territorial está constituida por los ciudadanos y ciudadanas que voluntariamente se organicen para cumplir funciones de defensa Integral de la Nación en concordancia con el principio de corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil y deberán estar registrados por la Comandancia General de la Milicia Nacional Bolivariana, quedando bajo su mando y conducción.

#### 5. *Derechos humanos y del derecho internacional de los conflictos armados*

El Ministerio del Poder Popular para la Defensa es el ente rector del sector Defensa en materia de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario y establece la estructura organizativa y reglamentaria necesaria para la promoción, vigilancia y defensa de estos derechos, mediante la adopción de política y doctrinas.

Los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, deben conocer, respetar, cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales nacionales y los convenios, tratados y acuerdo internacionales suscritos y ratificados por el Estado Venezolano, en materia de Derecho Internacional Humanitario.

Así como también deben conocer, respetar, cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales nacionales e internacionales relacionadas con los derechos Humanos en tiempo de paz y en estado de excepción, actuando en el marco de los mismos.

Los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana deben estar formados y capacitados permanentemente en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, conforme al principio de progresividad contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

#### IV. CONCLUSIONES

La Constitución Federal de 1811, en su Capítulo III, Sección Tercera, es la primera que habla de las milicias nacionales, por cuanto establecía, en cuanto a las atribuciones del Poder Ejecutivo, que este “tendrá en toda la Confederación el mando supremo de las armas de mar y tierra y de las milicias nacionales cuando se hallen en servicio de la Nación”.

En 1830, la Fuerza Armada Nacional fue objeto de tratamiento constitucional, cuando en su Capítulo XXV (Arts. 180-184) consagraba sus componentes (Ejército permanente, fuerza naval y la milicia naval) y les ordenaba a sus miembros obediencia y no deliberación.

Por último, la milicia nacional, dentro toda la normativa constitucional, estaría bajo las órdenes del Gobernador provincial, quien la llamara al servicio cuando el Poder Ejecutivo lo ordene en virtud de un acuerdo por el Congreso de la República, para actuar dentro de la provincia en caso de conmoción súbita y de la manera que determine su ley orgánica.

De esta manera, en 1830 comienza el origen de la institucionalización de la “Fuerza Armada Nacional” y cuando aparece por primera vez el término como tal.

La Carta Magna de 1857, consagra la regulación de la institución castrense en su Título XVIII (Arts. 90-95) y adiciona a lo ya consagrado por la Constitución de 1830 lo siguiente: Las Cámaras Legislativas fijarán anualmente, a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional el número de miembros que integrarán la fuerza permanente de mar y tierra; y la milicia nacional, así como su organización y servicio se fijarán por la Ley correspondiente.

En su título VII “Disposiciones complementarias, la Constitución Federal de 1864 se consagró toda una normativa en materia militar importante sobre toda por sus consecuencias políticas posteriores en la historia constitucional venezolana; se consagra que la fuerza pública nacional se divide en naval y terrestre y se compondrá de la milicia ciudadana que organi-

cen los estados de acuerdo a sus leyes (Art. 93), mientras que la fuerza a cargo de la Unión se organizará con individuos voluntarios, mediante un contingente suministrado de manera proporcional por cada Estado (Art. 94), alistando al servicio militar los ciudadanos que estén obligados a prestarlo de acuerdo a las leyes; en caso de guerra puede aumentarse el contingente o los cuerpos de la milicia ciudadana hasta el contingente necesario para completar la solicitud del gobierno nacional (Art. 95).

La Constitución de 1864, también determinó que la fuerza pública federal se formase de individuos voluntarios y de un contingente proporcional que suministraría cada Estado; además se previó que los Estados podían, según sus leyes, organizar cuerpos estatales de milicia ciudadana que el gobierno nacional podía pedir en caso de guerra.

En 1945 las constituciones estatales contenían todavía disposiciones que daban a los presidentes de estados la dirección de las milicias ciudadanas; pero tales disposiciones eran obsoletas y automáticamente anuladas por la competencia exclusiva dada en el art. 15, ord. 8, al legislador nacional para establecer las milicias ciudadanas como parte del ejército nacional, sin dejar a los estados y municipalidades otras fuerzas que las de su policía.

En cuanto al ejército nacional, una ley de 1830 y otra de 1836 que estuvo vigente hasta 1854 habían creado un ejército permanente al cual pertenecían los que podían costear su armamento con el derecho de hacerse sustituir por otro hombre al cual pagarán el armamento. Una ley de 1854 conservó el principio de sustitución de personas. Gil Fortoul escribió sobre la práctica de la época de las oligarquías conservadoras y liberal lo siguiente; “Durante el gobierno de ambas oligarquías se procuró cumplir las leyes de milicia en tiempo de paz; en el de revolución, claro está que se violaron con la práctica del reclutamiento forzoso”.

Con la Reforma Constitucional de 2007, en sus artículos 328 y 329, del Título VII, Capítulo III, “De la Fuerza Armada Bolivariana”, se habla por primera vez en la historia constitucional venezolana, de “Fuerza Armada Bolivariana y de su integración por los siguientes componentes militares: el Ejército Nacional Bolivariano, la Armada Nacional Bolivariana, la Aviación Nacional Bolivariana, la Guardia Nacional Bolivariana y la Milicia Nacional Bolivariana. Sin embargo, en un Referendo Constitucional de 2007, de 2 de diciembre el pueblo manifestó su rechazo total a su propuesta.

Con posterioridad, se insistió en la propuesta, mediante un Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, de 22 de julio de 2008.

Para un sector de la doctrina, el mencionado Decreto viola la Constitución, no sólo por el calificativo de Bolivariana sino también por incluir las milicias que no figuran en la Carta Magna.

Además el nombramiento de autoridades militares estratégicas por el Presidente de la República contraviene principios constitucionales. La designación de tales autoridades a todo lo largo y ancho del país cambia el principio de la subordinación.

Sin embargo, el Presidente de la República activó cinco regiones estratégicas de defensa integral, de esta manera entrenó disposiciones del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, incluida entre los 26 decretos-leyes habilitantes desde el 31 de julio de 2007.

Asimismo ascendió a las jerarquías de mayor general o de almirante a los encargados de esas regiones. La nueva legislación creó esos rangos que son superiores al de general de división (en los casos del Ejército, Guardia Nacional y Aviación) y al de vicealmirante (correspondiente a la armada).

Los jefes de las regiones estratégicas tienen comando conjunto sobre los cuatro componentes de la Fuerza Armada Nacional, así como de la Reserva.

Por su parte, Teodoro Petkoff afirmaba que además del cambio de nombre de la Fuerza Armada, la creación de la Milicia Nacional Bolivariana también configura una clara violación de la Constitución y un desconocimiento al resultado del 2 de diciembre de 2007, cuando la propuesta de la creación de ese cuerpo fue rechazada por el pueblo. Al ser derrotada, la reforma constitucional y en consecuencia el Capítulo de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada nacional reformada que trata de la Milicia Nacional Bolivariana es absolutamente inconstitucional.

Para obviar la ruptura en la normativa constitucional, en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley no se presenta a la Milicia Nacional Bolivariana como un nuevo componente de la Fuerza Armada Nacional, que es lo que verdaderamente es, sino como una suerte de cuerpo *ad-hoc*, al cual está dedicado todo el Capítulo V. La Milicia Nacional Bolivariana se divide en dos sectores: La Reserva Militar y la Milicia Territorial. La composición de la Milicia Nacional Bolivariana altera fundamentalmente el concepto de Reserva Militar. Antes, los batallones de reserva lo eran por componente. Cada uno de estos tenía sus propios reservistas, especializados por arma. Ahora, la reserva Militar, uno de los dos sectores de la Milicia Nacional Bolivariana, integrada por personas que cumplieron el servicio militar es única y común a los cuatro componentes. Si a la Reserva Militar se suma la Milicia Territorial, que es el otro sector de la Milicia Territorial, que es el otro sector de la Milicia, compuesta por voluntarios que no han cumplido el servicio militar, se tiene una suerte de un nuevo componente paralelo, por cierto al Ejército.

Pero quizás lo fundamental sea el cambio de status. La Reserva Militar siempre formó parte de la retaguardia. Es más, algunas de sus funciones coinciden con las de la Guardia Nacional e incluso con las de la Dirección de Inteligencia Militar, a tenor de lo que se establece en el numeral 12 del artículo 46, Capítulo V, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada. Por otro lado, a la Milicia Nacional Bolivariana se le considera como la pieza maestra de la militarización de la Sociedad, debido a la amplitud de las funciones que se le atribuyen en los numerales 10, 11 y 12, del ya mencionado artículo y Capítulo, en su relación con los Consejos Comunales.

Sin embargo, la principal de las funciones de la Milicia Nacional Bolivariana, es la que en general se le atribuye en el artículo 44: "Contribuir al mantenimiento del orden interno". En pocas palabras, este cuerpo políticamente inducido, integrado en general por militantes del partido de gobierno, podrá ser utilizado discrecionalmente por el Presidente de la República, del cual depende directamente, cuando éste lo estime conveniente contra quien sea tildado como enemigo del gobierno o algo parecido.

*La nueva Fuerza Armada Bolivariana  
(comentarios a raíz del Decreto N° 6.239,  
con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la  
Fuerza Armada Nacional Bolivariana)*

Jesús María Alvarado Andrade

*Profesor de Derecho Constitucional de la  
Universidad Central de Venezuela y  
Universidad Simón Bolívar*

*“El militarismo no es, no nos cansaremos de decirlo, el copamiento de todos los poderes del Estado por la Fuerza Armada: eso podría no ser más que una simple dictadura militar, tal y como la conocimos los venezolanos en los años cincuenta del siglo veinte. Se trata de algo peor: es el copamiento de la sociedad y sus consciencias. Así como la primera debe estructurarse sobre el modelo del cuartel, en donde impera el “ordena y mando”, las consciencias deben jurar por un solo dios, con un profeta terrible e inapelable y en todo caso de una logorrea incontenible. El militarismo así se convierte en totalitarismo. Eso ya sería harto perjudicial. Pero como el destino final de todo ejército es la guerra, el de todo militarismo con mayor razón. Y como por lo general, la búsqueda de un enemigo externo no pasa de ser una paranoia sino pura fanfarronería, el militarismo siempre tiende a derivar hacia la guerra civil.”*

Manuel Caballero, *Por qué no soy Bolivariano: Una Reflexión Antipatriótica*, Editorial Alfa, Caracas, 2006, p. 218 y 219.

## I. INTRODUCCIÓN GENERAL

El reciente *Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*, dictado en Julio de 2008,<sup>1</sup> ha venido a concretizar el proceso de “militarización” de la sociedad, que surgió precisamente con la Constitución de 1999, y con el “*proyecto de Abolición Constitucional*” propuesto por el Presidente de la República y sancionado por la Asamblea Nacional en noviembre de 2007 que aún rechazado por el pueblo se intenta aplicar<sup>2</sup>, el cual por cierto pretendía “*cambios sustanciales*” respecto a la Constitu-

---

1 Cfr. Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, *G.O.* de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.891 Extraordinario de fecha 31 de Julio de 2008

2 El Proyecto de “Reforma Constitucional” fue presentado formalmente por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional el 15 de Agosto de 2007 para su discusión, ésta, la Asamblea Nacional, aprobó mas artículos de los propuestos por el Presidente, lo que dio como resultado, un total de artículos reformados de sesenta y nueve (69): 1, 16, 18, 21, 64, 67, 70, 71, 72, 73, 74, 82,

ción de 1999, pues abogaba por claras alteraciones en cuanto a los “*principios*” y “*valores*”<sup>3</sup> del régimen de la seguridad y defensa de la *lex superior* vigente, y en particular, respecto a todo lo relativo a la “*Fuerza Armada Nacional*”.

## II. LA PROPUESTA DE ABOLICIÓN CONSTITUCIONAL DE 2007

De hecho, la fracasada propuesta de “*Abolición Constitucional*” mas que de “*Reforma Constitucional*” por pretender cambiar la idea misma de una Constitución que es la resulta precisamente de una conquista moderna para el real control del poder, para el reconocimiento de los derechos propios de los hombres (ciudadanos) y para la fijación de reglas al poder, como máxima expresión del soberano, abogaba por cambios como los siguientes: **Primero**, la modificación del nombre de la institución militar, que de “*Fuerza Armada Nacional*” pasaba a denominarse, “*Fuerza Armada Bolivariana*” (Art. 329); **Segundo**, la modificación de los componentes que integran la institución, que de cuatro (Ejército, Armada, Aviación y Guardia Nacional), pasaban a cinco, al añadirse una “*Milicia Nacional Bolivariana*” (Art. 329); **Tercero**, la supresión del carácter esencialmente profesional, y sin militancia política de la institución, debido a la alta carga político-ideológica (*el socialismo*) que se le asignaba a la institución aun cuando señalara la “*propuesta de reforma*” que los miembros de la Fuerza Armada Bolivariana “*no tendrán militancia partidista*” (Art. 329); **Cuarto**, la incorporación de un contenido “*ideológico*” no estipulado constitucionalmente, como lo era el de postular un cambio que permitiera que la “*Fuerza Armada Bolivariana*” fuese una institución “*patriótica, popular y antiimperialista*” (Art. 329); **Quinto**, la asignación de una finalidad belicista a la “*Fuerza Armada Nacional*” al estipular el fracasado “*Proyecto de Reforma Constitucional*” que además de los objetivos de la “*Fuerza Armada Nacional*”, de “*garantizar la independencia y soberanía de la nación y asegurar la integridad del espacio geográfico*”, tendrían la finalidad de preservar a la Nación de “*cualquier ataque externo o interno*” (Art. 329); **Sexto**, el establecimiento de una “*doctrina militar bolivariana*”, que consistía precisamente en que la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, debía lograrse “*mediante el estudio, planificación y*

---

87, 90, 98, 100, 103, 109, 112, 113, 115, 136, 141, 152, 153, 156, 157, 158, 163, 164, 167, 168, 173, 176, 184, 185, 191, 225, 230, 236, 251, 252, 264, 265, 266, 272, 279, 289, 293, 295, 296, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 307, 318, 320, 321, 328, 329, 337, 338, 339, 341, 342, y 348. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el Sentido y Alcance de las Propuestas de Reforma Constitucional 2007*, Colección textos legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 157 y del mismo modo, Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección textos legislativos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, 224 pp.

3 Tal usurpación del “poder constituyente originario” por parte del “poder constituyente derivado”, no contó con ningún control jurisdiccional. Cfr. Allan R. Brewer Carías “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional (O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007)” en *Revista de Derecho Público* N° 112 Octubre-Diciembre 2007, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 639-670; Rafael Chavero Gazdik, “El Control Judicial de la Reforma Constitucional” en *Revista de Derecho Público* N° 112, *ob. cit.*; pp. 337-342; y con la venia de estilo Cfr. Jesús María Alvarado Andrade “La Reforma Constitucional en Venezuela como un Caso de Ausencia de Control Jurisdiccional de la Constitución (Breve estudio comparado entre Colombia y Venezuela)”, en *Revista de Derecho Público* N° 112, *ob. cit.*; pp. 671-690.



*ejecución de la doctrina militar bolivariana, la aplicación de los principios de la defensa integral y la guerra popular de resistencia, la cooperación en tareas de mantenimiento de la seguridad ciudadana y del orden interno, así como la participación activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la Nación*” (Art. 329); **Séptimo**, el reforzamiento de una competencia absurda e imprecisa como lo es y lo era la de otorgar la posibilidad de ejercer funciones de “*policía*”, que puede ser entendida como funciones de “*policía administrativa*” como dice la Constitución de 1999 o de competencias de “*policía*” en materia de mantenimiento de la seguridad ciudadana y del orden interno como parecía desprenderse de la “*propuesta de reforma constitucional*” (Art. 329); **Octavo**, la imposición de un deber a la “*Fuerza Armada*” de participar en forma “*activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la Nación*” (Art. 329); **Noveno**, la ruptura del principio de imparcialidad política, al prescribir que la Fuerza Armada en “*el cumplimiento de su función, estará siempre al servicio del pueblo venezolano en defensa de sus sagrados intereses y en ningún caso al de oligarquía alguna o poder imperial extranjero*” (Art. 329) y **Decimo**, y por último la ampliación de la competencia al Presidente de la República para que “*ascendiera*” o “*promoviera*” a los oficiales no sólo a partir del grado de coronel o capitán de navío como dispone la Constitución de 1999 (Art. 236,8); que se pretendía “*modificar*”, sino que lo pudiera hacer en todos los grados y jerarquías.<sup>4</sup>

### III. LA CONSTITUCIÓN DE 1999 COMO ANTECEDENTE CLARO DEL MILITARISMO POSTERIOR 2000-2008

No olvidemos, que si bien estos pretendidos “*cambios*” mencionados, sugeridos en la sociedad “*propuesta de reforma constitucional*” de 2007, eran contrarios al texto constitucional de 1999, ésta –*la Constitución de 1999*– cuenta con preceptos normativos que no necesitaron de “*reforma*”, pues *per se*, favorecen el “*militarismo*”<sup>5</sup> y nos recuerdan el viejo sistema patrimonialista en el que los límites entre la sociedad y la “*fuerza militar*” no eran precisos todavía.

De hecho, este proceso de “*militarismo*” que surgió a partir de la Constitución de 1999, es el que ha permitido, el cambio de una “*Fuerza Armada Nacional*” por una “*Sociedad Armada Socialista*”<sup>6</sup>, ya que esta *lex superior*, es una de las Constituciones más “*militaristas*” de la historia de Venezuela, pues ella contiene un régimen de la seguridad y defensa “*que no tiene antecedentes en nuestro constitucionalismo*”<sup>7</sup>.

Entre esos aspectos de la Constitución de 1999, que es menester destacar, podemos encontrar los siguientes: **Primero**, se cambió el nombre de la institución que de “*Fuerzas Armadas Nacionales*”, pasaron a denominarse “*Fuerza Armada Nacional*”; **Segundo**, se preser-

4 Cfr. Margarita Escudero León, “La concentración de poderes en el Presidente de la República de acuerdo con la propuesta de Reforma Constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007” en *Revista de Derecho Público* N° 112, *ob. cit.*; p.153.

5 El Profesor Manuel Caballero ha dicho con razón que el “*militarismo*” se diferencia como concepto del simple “*dominio militar*”. Cfr. Manuel Caballero, *La Peste Militar*, Alfa Grupo Editorial, Caracas, 2007, 220 pp. De igual forma Cfr. Fernando Savater, *Las Razones del Antimilitarismo y Otras Razones*, Anagrama, Madrid, 1998.

6 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “El sello socialista que se pretendía imponer al Estado” en *Revista de Derecho Público* N° 112, *ob. cit.*; pp. 71-76.

7 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999). Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 228 a 233 y 303 a 306.

varon los componentes tradicionales de la institución: Ejército, Armada, Aviación y Guardia Nacional, aun cuando a tenor del punto (i) pasaron a ser una sola institución, con la obligación constitucional de actuar de forma integral dentro del marco de sus competencias para el cumplimiento de sus misiones en particular, y de su sola misión como cuerpo único unificado (Art. 328); **Tercero**, supresión del carácter “apolítico y no deliberante de la Fuerza Armada” que preveía la Constitución de 1961; **Cuarto**, la eliminación de la obligación fundamental de la “Fuerza Armada Nacional” de asegurar la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y las leyes como rezaba la Constitución de 1961, cuya obligación y acatamiento debía estar por encima de cualquier otra obligación; **Quinto**, la inclusión de una obligación especialísima a la “Fuerza Armada” de “garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con la Constitución y la ley” (Art. 328); **Sexto**, el énfasis constitucional de que la Fuerza Armada “En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación” (Art. 328); **Séptimo**, la necesidad de que la “Fuerza Armada” como institución sea “esencialmente profesional y sin militancia política”; **Octavo**, la incorporación de un derecho inédito en la historia constitucional, como lo es el derecho al sufragio a los militares (Art. 325); **Noveno**, el énfasis en que los ascensos militares deben obtenerse “por mérito, escalafón y plaza vacante y son competencia exclusiva de la Fuerza Armada Nacional, aun cuando deben estar regulados por la ley respectiva” (Art. 331); **Decimo**, la supresión del control sobre los ascensos de altos oficiales, que históricamente había ejercido el parlamento; **Decimo Primero**, la consagración de la posibilidad de intervenir en funciones civiles o de “policía administrativa”; **Decimo Segundo**, la eliminación de la sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, agravado con el establecimiento de un régimen constitucional específico sobre “seguridad de la Nación” y de la “Fuerza Armada” amplio (Arts. 322 y ss) aun cuando *prima facie*, el único nexo con el poder civil, es la coincidencia de la figura del Presidente de la República con el de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional (Art. 236,5); **Decimo Tercero**, la eliminación de la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no pueden ejercerse simultáneamente, que establecía la Constitución de 1961; **Decimo Cuarto**, el sometimiento a la autoridad de la “Fuerza Armada” de todo lo concerniente con el uso de todas las armas de guerra o no, que otrora le pertenecían constitucionalmente a la autoridad civil (Art. 324); **Decimo Quinto**, el establecimiento de “privilegios procesales” a favor de los generales y almirantes los cuales para poder ser enjuiciados, el Tribunal Supremo de Justicia debe declarar previamente si hay o no mérito para ello (Art. 266,3); **Decimo Sexto**, la asunción de la “doctrina de la seguridad nacional” (Art. 326), como un concepto “globalizante, totalizante y omnicomprensiva, conforme a la cual todo lo que acaece en el Estado y la Nación, concierne a la seguridad del Estado, incluso el desarrollo económico y social”<sup>8</sup>; **Decimo Séptimo**, la posibilidad de que la “Fuerza Armada” participe activamente en el “desarrollo nacional” (Art. 328) ; **Decimo Octavo**, la concepción de la seguridad de la nación como una “función estatal” (Art. 322); **Decimo Noveno**, la seguridad de la nación (Art. 322), en los términos del punto **Decimo Octavo**, pero como “responsabilidad compartida de todas las personas naturales y morales que se encuentren en el territorio nacional” (Art. 322); **Vigésimo**, la “militarización” de la sociedad al incorporarse a una “función estatal” que previamente es asignada únicamente al Estado, pero que requiere de la participación de “todas las personas

8 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, II Tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, 1350 pp.

*naturales y morales que se encuentren en el territorio nacional*” (Art. 322), para supuestamente “*dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional*” (Art. 326); **Vigésimo Primero**, la incorporación del concepto de “*seguridad estratégica de la nación*”, el cual será establecido y aclarado, por un “*Consejo de Defensa de la Nación*” como el “*máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico y para establecer el concepto estratégico de la Nación*” (Art. 323); **Vigésimo Segundo**, la atribución al Presidente de la República de “*ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional*” (Art. 236,5), **Vigésimo Tercero**, la atribución al Presidente de la República de promover a los oficiales “*a partir del grado de coronel o capitán de navío*” (Art. 236,5), correspondiendo a la propia Fuerza Armada Nacional “*las otras promociones*”<sup>9</sup>; **Vigésimo Cuarto**, la responsabilidad asignada al Ejército, la Armada y la Aviación para la “*planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación*” (Art. 329); **Vigésimo Quinto**, la responsabilidad asignada a la Guardia Nacional, de mantener el “*orden interno del país*” (Art. 329); **Vigésimo Sexto**, y por último, la inclusión de una atribución peligrosa a la Fuerza Armada, de no solo ejercer actividades de “*policía administrativa*”, sino también de “*investigación penal que le atribuya la ley*” (Art. 329).

Muchos aspectos “*militaristas*”, que si no son tomados en cuenta, así como los contenidos expuestos en la fallida “*propuesta de reforma constitucional*”, podrían impedir ver omnicomprensivamente, cómo ha sido el desarrollo de la implantación progresiva de la “*militarización*” de la sociedad; proceso que ha desembocado con mas intensidad, en el reciente *Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*, la cual descuella precisamente por ser la concreción última de este proceso de “*militarización*” de las instituciones y de la “*sociedad civil*”

#### IV. EL DECRETO N° 6.239, CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL BOLIVARIANA, COMO CONCRECIÓN DEL MILITARISMO

El reciente Decreto-Ley, no solo siguió las cláusulas “*militaristas*” de la Constitución de 1999, sino que “*legalizó*” casi todos los contenidos de la propuesta de “*Abolición Constitucional*” en materia de “*Fuerza Armada*”. Así, modificó el *Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana* los siguientes aspectos, **Primero**, el nombre de la institución militar, que de “*Fuerza Armada Nacional*” tal y como lo dispone la Constitución de 1999, pasó a denominarse, inconstitucionalmente “*Fuerza Armada Bolivariana*” (Arts. 1 y 2); **Segundo**, modificó los componentes que integran la institución, que de cuatro (Ejército, Armada, Aviación y Guardia Nacional), pasan a ser cinco, al añadirse una “*Milicia Nacional Bolivariana*” (Art. 5); **Tercero**, la supresión del carácter esencialmente profesional, y sin militancia política de la institución, debido a la alta carga político-ideológica (*el socialismo*) que se le asignó a la institución cuando se afirma que deben “*Formular y Ejecutar el Plan Estratégico de Desarrollo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana de acuerdo con las líneas generales del Plan de Desarrollo Económico*

9 Cfr. Art. 236,5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *G.O.* N° 5453 Extraordinaria del 24 de Marzo de 2000.

y *Social de la Nación*” (Art. 4,12), plan por cierto que es el inconstitucional “*Proyecto Nacional Simón Bolívar Primer Plan Socialista -PPS- 2007- 2013*” que se pretende imponer y que no esta publicado ni siquiera en *Gaceta Oficial*, **Cuarto**, la atribución a la “*Fuerza Armada*” de una “*función*” que le permita “*Preparar y organizar al pueblo para la Defensa Integral con el propósito de coadyuvar a la independencia, soberanía e integridad del espacio geográfico de la Nación*” (Art. 4,3); que permitirá la confección de una “*sociedad armada socialista*” **Quinto**, la atribución a la “*Fuerza Armada*” de poder “*Organizar, planificar, dirigir y controlar el Sistema de Inteligencia Militar y Contrainteligencia Militar de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*” (Art. 4,8); **Sexto**, la imprecisa “*función*” a la Fuerza Armada de “*Ejercer las competencias en materia de Servicio Civil o Militar, de conformidad con la ley*” (Art. 4,20); **Séptimo**, la imprecisa “*función*” a la Fuerza Armada de “*Ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal de conformidad con la ley*” (Art. 4,21); **Octavo**, la inclusión de un “*componente*” mas que no tiene soporte constitucional como lo es el de la “*Milicia Nacional Bolivariana*”, que según el *Decreto-Ley* está destinada a complementar a la “*Fuerza Armada Nacional Bolivariana en la Defensa Integral de la Nación y las Regiones Militares, como organización operacional*” (Art. 5); lo que no es mas que un “*ejército pretoriano*” del comandante en jefe de la “*Fuerza Armada*”, y que por cierto reconoce el *Decreto-Ley*, al no considerarlo un “*componente*”<sup>10</sup>, **Noveno**, la militarización de la sociedad civil y su estatización, al disponer el *Decreto-Ley*, que “*La Milicia Nacional Bolivariana tiene como misión entrenar, preparar y organizar al pueblo para la Defensa Integral con el fin de complementar el nivel de apresto operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, contribuir al mantenimiento del orden interno, seguridad, defensa y desarrollo integral de la nación, con el propósito de coadyuvar a la independencia, soberanía e integridad del espacio geográfico de la Nación*” (Art. 44); contenidos estos que vulneran la disposición constitucional que establece que “*el espacio geográfico venezolano es una zona de paz*” (Art. 13); **Décimo**, la materialización de un ejército pretoriano al exclusivo servicio del Ejecutivo y en especial del Presidente de la República<sup>11</sup>, **Décimo Primero**, la

10 De hecho dice el Decreto que “*La Fuerza Armada Nacional Bolivariana, está integrada por cuatro Componentes Militares: El Ejército Nacional Bolivariano, la Armada Nacional Bolivariana, la Aviación Militar Nacional Bolivariana y la Guardia Nacional Bolivariana. Los Componentes Militares dependen del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional, mando que ejerce directamente o por intermedio del Comandante Estratégico Operacional. Administrativamente dependen del Ministerio del Poder Popular para la Defensa. Cada Componente Militar cuenta con su organización operacional, administrativa y funcional adecuada a la misión y funciones respectivas; y tienen su respectiva Comandancia General*” Cfr. Art. 29 del Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.891 Extraordinario de fecha 31 de Julio de 2008

11 Dice el Decreto que la Milicia Nacional Bolivariana ejecutará acciones de Defensa Integral en los diferentes ámbitos de interés de la Nación, en las siguientes situaciones: “*1. Periodos de Instrucción: Jornadas de entrenamiento y reentrenamiento programadas por el Comando General de la Milicia Nacional Bolivariana para el personal que no está en servicio militar activo, que haya prestado el servicio militar o que se presenten voluntariamente en las unidades de reserva militar. Dicha situación se materializará mediante el listado correspondiente refrendado por el Comandante General de la Milicia Nacional Bolivariana. 2. Estados de Excepción: En los Estados de Excepción declarados conforme a lo previsto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el personal deberá presentarse en la unidad de la Milicia Nacional Bolivariana más cercana a su domicilio, quedando a disposición del Comandante General de la Milicia Nacional Bolivariana y podrán ser destinados para cumplir tarea bajo el control y dirección de la autoridad designada por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela. 3. Empleo Temporal: Es-*

concretización del grado militar de Comandante en Jefe al Presidente de la República<sup>12</sup>, **Décimo Segundo**, la inclusión de la “*guerra de resistencia*”, al cual el Decreto-Ley, de forma inconstitucional preve que el Presidente de la República en su condición de “*Comandante en Jefe*” puede establecer “*Regiones Estratégicas de Defensa Integral*”, las cuales contarán con un Jefe y su Estado Mayor Conjunto (Art. 23); y “*estarán organizadas en Zonas Operativas de Defensa Integral con su Comando y Estado Mayor y estas a su vez, en Áreas de Defensa Integral con su Comando y plana mayor*” (Art. 23); además de la posibilidad en manos del Presidente de poder “*establecer con carácter temporal distritos militares y su comandante, para cumplir una misión específica que permita atender circunstancias especiales. Lo conducente a su organización y funcionamiento se establecerá en el reglamento respectivo*” (Art. 23), guerra de resistencia, que será desarrollado en los “*campos de batallas descentralizados*”<sup>13</sup>; **Décimo Tercero**, la regulación de las regiones estratégicas de defensa integral, las cuales consisten en “*un espacio del territorio nacional con características geoestratégicas, establecido por el Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana sobre la base de la concepción estratégica defensiva nacional para planificar, conducir y ejecutar operaciones de defensa integral, a fin de garantizar la independencia, la soberanía, la seguridad, la integridad del espacio geográfico y el desarrollo nacional*” (Art. 24); y **Décimo Cuarto**, para colofón, la inclusión de normas que permiten la “*militarización*” completa de la Administración de justicia, al disponer que primero “*El militar profesional para desempeñar empleo como titular o interino, será designado o nombrado por disposición del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, mediante Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa. La Tropa Profesional será designada mediante Orden del Comando General del Componente Militar respectivo*” (Art. 75); y es “*potestativo del Presidente o Presidenta de la República*

---

*tará en situación de empleo temporal, el personal que no está en servicio militar activo, que haya prestado el servicio militar y que sea designado para ocupar un cargo de naturaleza militar por un tiempo determinado por el Comando General de la Milicia Nacional Bolivariana. Quienes se encuentren en situación de empleo temporal, pueden ser designados en comisión de servicio” Cfr. Art. 49 del Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.891 Extraordinario de fecha 31 de Julio de 2008*

- 12 Dice el Decreto- Ley que es la “*máxima autoridad jerárquica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. Ejerce el mando supremo de ésta, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. Dirige el desarrollo general de las operaciones, define y activa el área de conflicto, los teatros de operaciones y regiones estratégicas de defensa integral, así como los espacios para maniobras y demostraciones, designando sus respectivos Comandantes y fijándoles la jurisdicción territorial correspondiente, según la naturaleza del caso. Tiene bajo su mando y dirección la Comandancia en Jefe, integrada por un Estado Mayor y las unidades que designe. Su organización y funcionamiento se rige por lo establecido en el reglamento respectivo. Las insignias de grado y el estandarte del Comandante en Jefe serán establecidos en el Reglamento respectivo” Cfr. Art. 6 del Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.891 Extraordinario de fecha 31 de Julio de 2008*
- 13 El Art. 35 del Decreto-Ley estipula que “*El Jefe del Comando General de la Reserva Nacional y de la Movilización Nacional tendrá las siguientes atribuciones: 3. Conducir las operaciones de resistencia, usando el concepto del campo de batalla descentralizado”. Cfr. Ley Orgánica de La Fuerza Armada Nacional, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.280 de fecha 26 de septiembre de 2005.*

*Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana autorizar en comisión de servicio al personal militar para ejercer cargos en la Administración Pública, según las necesidades del servicio” (Art. 76).*

#### V. BREVÍSIMAS CONCLUSIONES

El Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, plantea un panorama no muy favorable para la democracia Venezolana, ya que de un “*anhelo de democracia mas descentralizada*”, y de reforma del sistema político por parte de sectores sociales que abogaban por un “*cambio*” en 1998, pasamos a un régimen “*militar militarista*”<sup>14</sup>, que irá progresivamente marginando a la “*sociedad civil*” que es la que Constitucionalmente está llamada a ejercer funciones de gobierno y funciones políticas en una sociedad democrática, como establece la Carta Democrática Interamericana<sup>15</sup>.

---

14 Es el Profesor Germán Carrera Damas, quien lúcidamente describe el gobierno actual como un régimen “*militar militarista*” pues no solo hay concentración del poder en manos militares, sino que existe una apropiación de la administración pública por estos, que se ha acrecentado con ese atavismo que tenemos escondido los Venezolanos en lo más íntimo –heredado de tres siglos de monarquía-, y que apela a la necesidad y voluntad de un solo hombre para que haga frente a las necesidades de la sociedad. Cfr. Gloria M. Bastidas, “*El 23-N el régimen militar chocará con el legado de Betancourt*” Entrevista a Germán Carrera Damas, Siete días, El Nacional, Caracas 8-10-2008, p.4.

15 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *La Crisis de la Democracia Venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los Sucesos de Abril de 2002*, 6ª Edición Ampliada, Los Libros De El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2002, pp. 263.

## TERCERA PARTE: RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

### Sección I: Aspectos generales de la Constitución Económica y los Decretos Leyes

#### *Los 26 nuevos Decretos-Leyes y los principios que regulan la intervención del Estado en la actividad económica de los particulares*

Ana Cristina Núñez Machado

*Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello*

La reciente publicación de 26 Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Leyes<sup>1</sup> dictadas por el Presidente de la República en ejecución de la “Ley Habilitante”<sup>2</sup> ha tomado por sorpresa a los ciudadanos en Venezuela. No sólo estos textos normativos no fueron consultados con los diferentes sectores afectados e interesados, sino que en la mayoría de los casos incluso se desconocía que existiera siquiera una intención de dictarlos. Ahora bien, habiendo transcurrido poco tiempo desde que conocimos de la existencia de los mismos, todavía no se han podido analizar a profundidad los textos y las implicaciones que los mismos tendrán. Sin embargo, sí se han podido ya vislumbrar algunas notas características que destacan de ellos.

---

1 *G.O. Extraordinarias* N° 5.890, 5.891 y 5.892 de fecha 31 de julio 2008.

2 Publicada en la *G.O.* N° 38.617 de fecha 1° de febrero 2007.

Entre esas “notas características” o, si se quiere, tendencias generales del grupo de nuevos decretos-leyes se puede identificar una evidente propensión a fortalecer la intervención, cada vez más directa, del Estado en la Economía y en la actividad económica de los particulares. Por ejemplo, en estos decretos-leyes se elimina la posibilidad de que el Estado otorgue concesiones en algunas materias, se declaran de utilidad pública e interés social una importante cantidad de bienes y servicios, se supedita la actividad económica de los particulares a los lineamientos que fije el Ejecutivo Nacional a través de la denominada “planificación centralizada”, se crean nuevas formas de propiedad, diferentes a la privada, las cuales aparecen privilegiadas sobre esta última, entre otros. Vemos sólo algunos ejemplos:

- En el Decreto N° 5.999 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo se establece la posibilidad de que el Ministerio del Poder Popular para el Turismo, conjuntamente con el Ministerio competente en materia de control de precios, fijen las tarifas de los servicios turísticos;

- En el Decreto N° 6.069 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Transporte Ferroviario Nacional se declaran de interés y utilidad pública las actividades relacionadas con la construcción, prestación, desarrollo y conservación del transporte ferroviario nacional y se elimina la posibilidad de que el Estado otorgue concesiones en materia ferroviaria bajo ninguna de sus modalidades de prestación de servicio (monopolio del Estado en la prestación del servicio);

- En el Decreto N° 6.071 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria se declara de utilidad pública e interés social los bienes que garanticen disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos en cantidad suficiente a la población y las infraestructuras con las cuales se desarrollen esas actividades;

- En el Decreto N° 6.130 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular, en el Decreto N° 6.240 con Rango, Valor y fuerza de Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas de Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, entre otros, se establece y se acentúa la propiedad social (empresas de propiedad social, directas e indirectas, unidades de propiedad social);

- En el Decreto N° 6.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios se declaran de utilidad pública e interés social todos los bienes asociados a la producción, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios declarados de primera necesidad.

Paralelamente, los venezolanos hemos venido presenciando cómo el Estado, desde hace algunos meses, ha decidido tomar el control de diferentes empresas privadas, entre las más importantes, competitivas y rentables del país, sustrayéndolas (contra la voluntad de sus propietarios) del régimen de propiedad privada y convirtiéndolas en empresas públicas (*e.g.* CANTV, CEMEX, Electricidad de Caracas, Banco de Venezuela).

Vemos entonces cómo el Estado venezolano demuestra, a través de estas nuevas leyes y acciones, su disposición de intervenir cada vez más en la Economía, no sólo como “Estado-regulador” o “Estado-planificador”, sino de forma más directa, incidiendo en la actividad económica de los particulares en un grado de intensidad cada vez mayor.

Cabe preguntarse entonces ¿cuál debe ser el rol del Estado venezolano en la Economía?, ¿debe el Estado intervenir directamente e incluso convertirse en empresario?, ¿debe el Estado intervenir en sectores donde la iniciativa privada está presente y sustituirla o competir con ella?



Ante la situación planteada *supra* y las interrogantes que resultan de la misma es pertinente retomar el estudio de los principios que regulan la intervención del Estado en la Economía, fundamentalmente el llamado “principio de subsidiaridad” y el llamado “principio de co-iniciativa”.

El principio de subsidiariedad es aquél conforme al cual se determina *el ámbito de intervención del Estado en la economía*. En efecto, según este principio, el Estado debe intervenir únicamente en aquellas áreas donde la iniciativa privada este ausente, o cuando deba complementar a la iniciativa privada en campos donde ésta sea insuficiente. Así, el principio de la subsidiariedad “[hace] primar la acción económica del ciudadano en relación con la del poder público, caracterizándose la de éste como de ‘ultima ratio’, e igualmente, [pone] en primer plano la capacidad del individuo en los procesos de generación de recursos en vez de depender del poder público”<sup>3</sup>. En definitiva, *la intervención pública en la economía debe ser subsidiaria a la intervención privada, es decir, que aquella sólo está justificada si ésta es inexistente o insuficiente*.

El principio de subsidiariedad va íntimamente ligado al principio de libre competencia, el cual encuentra consagración constitucional en Venezuela (Artículo 299 de la Constitución de 1999). Esto esta basado en la idea de que, en razón de los privilegios y prerrogativas de las que están investidas las personas públicas, resulta prácticamente imposible que exista una verdadera situación de libre competencia entre personas públicas y personas privadas. Por esto, el Derecho tiende a limitar, incluso a prohibir, el que las personas públicas asuman actividades industriales o comerciales, campos que están reservados a la iniciativa privada. Es decir, *sólo se logra garantizar la libre competencia si la intervención de los entes públicos en la Economía es subsidiaria a la de los entes privados*.

En términos prácticos el principio de subsidiariedad ha sido utilizado fundamentalmente para limitar el ámbito de la intervención directa del Estado en la Economía, es decir, en su calidad de “Estado-Empresario”. Entonces, el principio de subsidiariedad prohíbe la creación de una empresa pública en sectores donde la empresa privada exista y satisfaga las exigencias del mercado. Por el contrario, se legitima la creación de una empresa pública si existe un sector industrial o comercial en el que la iniciativa privada no exista o sea insuficiente. Así, es allí, en la relación entre empresa pública y empresa privada, que el principio de subsidiariedad ha tenido aplicación.

El principio de la subsidiariedad de la intervención pública en materia económica encuentra uno de sus orígenes en el Consejo de Estado francés, específicamente en su célebre decisión de 1930 “*Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*”<sup>4</sup> que indica que “las empresas que tengan un carácter comercial permanecen en regla general reservadas a la iniciativa privada”. Así, las actividades comerciales e industriales, por su naturaleza misma, están excluidas del campo de acción de las personas públicas, sea cual sea la actividad y sea cual sea la modalidad de su ejercicio. Sólo las personas privadas pueden ejercer este tipo de actividades. Es de notar que este criterio ha ido flexibilizándose a través de la jurisprudencia francesa, que admite la intervención pública en la actividad comercial e industrial bajo ciertas circunstancias particulares.<sup>5</sup>

---

3 Rolf Stober, *Derecho Administrativo Económico*, MAP, Madrid, 1992, p. 104.

4 Sentencia del Consejo de Estado, Sección, del 30 de mayo de 1930.

5 Sobre este tema ver M. Long, P. Weil et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 1996, pp. 264-272.

Ahora bien, para establecer que la “constitución económica” vigente se rige por el mencionado principio de subsidiariedad, ésta tendría que establecer que el Estado en principio no compete con los particulares (es decir, una suerte de “preferencia” de la iniciativa privada sobre la iniciativa pública). Veamos entonces si las normas constitucionales venezolanas consagran este principio.

A este respecto vemos en primer término que el texto de la Constitución no dispone nada que indique que la iniciativa pública es subsidiaria a la iniciativa privada en materia económica. En efecto, vemos que “el Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional” (Artículo 299), que el Estado promoverá la iniciativa privada (Artículo 112) y que el Estado puede crear entes empresariales (Artículo 300); pero en ningún momento se establecen los límites de la intervención pública frente a la intervención privada. Por el contrario, en el capítulo I del título VI (Del régimen socioeconómico y de la función del Estado en la Economía) vemos cómo se utilizan las frases “el Estado se reserva” y “el Estado conserva”. En consecuencia, no creemos que el principio de subsidiariedad encuentre consagración en la vigente Constitución venezolana.

Tampoco la Constitución de 1961 consagraba el principio de subsidiariedad. En efecto, Brewer-Carías alertaba que “no habían visos algunos de subsidiariedad”. Así, establecía el referido jurista que:

El Estado no tiene límites constitucionales expresos para participar en la actividad económica y ser propietario de los medios de producción ... Por tanto, en un régimen de economía mixta y dentro de los mismos marcos de la Constitución económica, es decir, fundamentada en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad, el Estado puede desarrollar una actividad empresarial en concurrencia con las actividades económicas privadas, con poderes, incluso, para reservarse determinadas industrias y explotaciones.<sup>6</sup> (Cursivas nuestras).

De manera que, por lo menos, las últimas dos (2) constituciones económicas venezolanas no consagran el principio de la subsidiariedad. Por ello cabe preguntarse ¿qué es entonces lo que dispone la Constitución sobre la relación entre intervención pública e intervención privada en la Economía? Observemos que la Constitución de 1999 utiliza en su Artículo 299 la frase “el Estado, conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional”, lo que evidencia que la actividad económica venezolana puede ser desarrollada tanto por sujetos privados como por sujetos públicos, sin que exista entre ellos subordinación alguna. Esto demuestra que la Constitución de 1999, como lo hacía la de 1961 (e.g. Artículo 98), ha consagrado lo que se ha llamado el principio de la co-iniciativa pública y privada, principio que evidentemente choca con el de la subsidiariedad de la acción pública frente a la acción privada.

Por eso, Ignacio De León habla de que “finaliza la primacía de la empresa privada: la empresa pública y la empresa privada se colocan en plano de igualdad. Ya no existen sectores en los que la suficiente presencia de la actividad privada elimine la posibilidad de iniciativa pública”.<sup>7</sup>

---

6 Allan Brewer-Carías, “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, *Revista de Derecho Público*, Nº 43, julio-septiembre 1990, p. 15.

7 Ignacio De León, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, SUMMA, Procuraduría General de la República, p. 342.

Con más detalle explica Ignacio De León lo siguiente:

Del principio de la subsidiariedad de la acción pública, recogido en distintas Constituciones del sistema precedente, se ha pasado al principio de co-iniciativa económica, por cuya virtud la iniciativa pública en la actividad económica ya no necesita justificarse por la ausencia o la deficiencia de la iniciativa privada. Este nuevo principio tiene una importancia sustancial, pues supone que aunque en un sector económico determinado sea suficiente la acción económica desarrollada por sujetos privados, es posible crear empresas públicas o ampliar las existentes.<sup>8</sup>

En efecto, se nos explica entonces que se ha abandonado aquél requisito que existía bajo el principio de la “subsidiariedad” según el cual se necesitaba la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada para que estuviese legitimada la iniciativa pública (es decir, la creación de una empresa pública). Así, esa noción ha quedado abandonada. Entonces cabe preguntarse, ¿significa esto que las personas públicas tienen total libertad para crear empresas públicas sin que se les exija requisito alguno que legitime tal actuación? La respuesta que se nos da es poco clara, como procedemos a advertir.

Se desprende de la doctrina que con el nuevo principio de la “co-iniciativa” lo que se requiere para justificar la creación de una empresa pública es *que así lo determine el “interés general”*. Sin embargo, seguimos aquí en un área bastante gris ya que, como sabemos, el “interés general” es una de las nociones más imprecisas que el Derecho Público ha creado.

Cabe entonces preguntarnos frente a este principio de la co-iniciativa: ¿qué es el interés general?, ¿cómo sabemos que el interés general requiere que se cree una empresa pública? No conocemos en específico cómo se pretende dar respuesta a estas preguntas. Pero sí consideramos que existe, en todo esto, algo evidente: *no podría nunca considerarse que el interés general exige que se cree una empresa pública en un sector en el que la iniciativa privada satisface las exigencias del sector y de la población*. Es obvio. El interés general no podría nunca significar que en un sector donde la iniciativa privada cubre las demandas, se proceda a crear una empresa pública. De manera que, como vemos, *la consecuencia práctica del principio de co- iniciativa parece ser exactamente la misma que la del principio de subsidiariedad: no se admite la entrada de la iniciativa pública salvo que haya ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada*.

En este sentido compartimos la posición asumida por Ignacio De León: *“es difícil apreciar la existencia de un interés auténticamente general para la iniciativa pública cuando empresarios privados ofrecen una cobertura suficiente de un determinado sector, salvo casos extremos y excepcionales...”*<sup>9</sup> (Cursivas nuestras) Cabe aquí entonces preguntarnos, entre otras, ¿estaba entonces justificada la toma del Banco de Venezuela por parte del Estado venezolano?, ¿cómo podía ser de interés general el que el Estado venezolano, que ya es propietario de varias instituciones bancarias (e.g. Banco Industrial de Venezuela, Banco de Desarrollo de la Mujer, Banco del Pueblo Soberano, Banco Agrícola de Venezuela, Banco del Tesoro, BANFOANDES), se apropiara además de un banco privado, como lo era el Banco de Venezuela, el cual competía satisfactoriamente en el mercado con muchos otros bancos privados y públicos?

---

8 Ignacio De León, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, *ob.cit.*, p. 342.

9 Ignacio De León, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, *ob.cit.*, p. 343.

A manera de conclusión queremos hacer la siguiente reflexión: aunque en la Constitución de 1999 no existen límites suficientemente claros a la intervención del Estado en la Economía, las constituciones económicas venezolanas prevén como uno de sus principios centrales la libertad económica. Por ello, aunque el Estado goce de un relativamente amplio margen de actuación en materia económica, toda política económica del Estado estará necesariamente sometida al respeto de la libertad económica. Reiteramos, el régimen económico en Venezuela está sustentado en la noción de la libertad de los individuos.

Así, debemos abandonar esa peligrosa concepción de que el Estado goza de discrecionalidad a la hora de establecer sus políticas económicas, ya que esa afirmación es falsa. La Constitución de 1999 no deja a las autoridades públicas una absoluta discrecionalidad en esta materia, sino que, por el contrario, establece parámetros y límites entre los cuales posee un puesto fundamental la libertad económica de los individuos. Por ello, toda medida económica que de manera excesiva limite de libertad económica, es absolutamente nula, por inconstitucional, sin que puedan las autoridades públicas alegar justificación alguna.

Las disposiciones de estos nuevos decretos-leyes que inciden directamente en la actividad económica de los particulares, en algunos casos limitándola o restringiéndola excesiva o irracionalmente, en otros prohibiéndola e incluso en algunos supuestos haciéndola, en la práctica, casi inviable (por los riesgos que comporta), afectan de tal manera la libertad económica, es su núcleo central, que difícilmente pasarán una prueba de constitucionalidad. La Sala Constitucional tiene la última palabra.

*Los decretos-ley de 30 de julio de 2008 y  
la Comisión Central de Planificación:  
Instrumentos para la progresiva abolición  
del sistema político y del sistema económico  
previstos en la Constitución de 1999*

Luis A. Herrera Orellana

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

Con más de un año de antelación a la publicación de los 26 Decretos con Fuerza, Rango y Valor de Ley que son examinados críticamente en este volumen colectivo, en medio de un fuerte debate en torno a la posible aprobación de una reforma al Texto Constitucional de 1999 que afectaría sus principios fundamentales, se publicó en la *Gaceta Oficial* N° 5.481, de 22 de junio de 2007, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación (Decreto-Ley de la Comisión Central), luego que su carácter orgánico fuera reconocido por la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 1.123, de 22 de junio de 2007<sup>1</sup>.

El objeto del Decreto-Ley de la Comisión Central, como bien se afirma en su exposición de motivos, y luego lo ratifica su artículo 1°, es “*garantizar la armonización y adecuación de las actividades y actuaciones de los órganos y entes de la Administración Pública, asociadas con el desarrollo nacional, bajo un esquema de administración soberana, independiente y sustentable de los recursos naturales (...) 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*”<sup>2</sup>.

- 
- 1 Como se ve, la fecha de publicación en *Gaceta Oficial* del Decreto-Ley coincidió con la fecha de publicación de la sentencia en la que la Sala Constitucional declaró la constitucionalidad de su carácter orgánico. En esta sentencia, esa Sala señaló lo siguiente: “...se trata de un Decreto con rango, valor y fuerza de Ley que, en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 187, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –delegada al Presidente mediante Ley Habilitante-, estructura las atribuciones y competencias de un órgano del Poder Público Nacional, cual es la Comisión Central de Planificación, creado con el propósito de regular la viabilidad, el perfeccionamiento y unificación de la planificación en los diferentes órganos y entes de la Administración Pública, a través de los lineamientos estratégicos, políticas y planes de alcance nacional, que orientarán las actuaciones de los estados y municipios, así como de los actores del sector privado, en las respectivas áreas y ámbitos de la actividad productiva”.
  - 2 Una exposición del contenido del Decreto-Ley de la Comisión Central, en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación Centralizada y Obligatoria”, en *Revista de Derecho Público* N° 110, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 80 y ss.

Aclara además, la misma Exposición de Motivos, que se adoptó esta figura en lugar de otras posibles formas organizativas para hacer más eficiente el funcionamiento de la Administración Pública en sus diferentes niveles o más eficaz la intervención del Estado en la economía y en la sociedad, por ejemplo, que implicaran dotar de mayor autonomía a los entes descentralizados y aplicar medidas propias de una economía de mercado, al partir el Ejecutivo Nacional de la convicción 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”.

Y se culmina afirmando que “...resulta un problema estructural e histórico en el país la acción atomizada y aislada de los entes del Estado, particularmente en el terreno económico y social, con su secuela en la gestión anárquica y el solapamiento de acciones en ámbitos innegablemente vinculados, desmenbrando y debilitando los planes nacionales, sectoriales y territoriales. Para superar estos problemas recurrentes se hace 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”.

Así, el Decreto-Ley de la Comisión Central vendría a (i) *sustituir* la organización, más o menos des-centralizada, de la Administración Pública venezolana<sup>3</sup> por una organización centralizada, con visión integral o de conjunto, encargada de planificar la acción de todos los entes públicos y privados en función del desarrollo económico y social de la Nación, y (ii) a *eliminar* la desarticulación del sistema económico nacional causada por la aplicación del modelo de economía de mercado, que implica la adopción de medidas dirigidas a sustituir el libre juego de la oferta y la demanda, así como el sistema de precios, todo ello a fin de supestamente garantizar “la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales de la sociedad, logrando la suprema felicidad social, esto es, el modelo socialista”, a través de la acción de la Comisión Central de Planificación.

En contra de lo que podría pensarse, luego de ser rechazado el proyecto de “reforma” constitucional en el referéndum de 2 de diciembre 2007 (que abolía la descentralización y la economía social de mercado que la actual Constitución reconocen), no sólo el Decreto-Ley de la Comisión Central permaneció vigente y la Comisión Central de Planificación, al menos formalmente, en funcionamiento<sup>4</sup>, sino que varios de los Decretos Ley que fueron publicados (más bien anunciados) en la *Gaceta Oficial* N° 38.984, de 30 de julio de 2008, le asignan a dicha Comisión un rol esencial en la ejecución de su contenido, como se mostrará a continuación.

---

3 El Decreto-Ley de la Comisión Central es ambiguo en los artículos que tienen que ver con su ámbito de aplicación y con la obligatoriedad y aplicación prevalente del mismo, ya que en ellos (vgr., en los artículos 1º, 14 y 19) se hace referencia a la “Administración Pública”, en lugar de la Administración Pública nacional, o incluso al “Estado”, lo que podría dar lugar que el Poder Nacional pretenda aplicarla a los Estados y Municipios, más aún cuando la Sala Constitucional, como se puede ver en la nota al pie N° 1 de este trabajo, así lo interpreta.

4 El 22 de junio de 2007, en un acto realizado en el Teatro Teresa Carreño, el Presidente de la República juramentó a los integrantes de la Comisión Central de Planificación, a quienes advirtió que “ninguna autoridad, exceptuando la propia figura del Presidente de la República, está por encima de la Comisión Central de Planificación”. Consultado el 30-09-08 en: [http://www.minci.gob.ve/alocuciones/4/14578/juramentacion\\_de\\_la.html](http://www.minci.gob.ve/alocuciones/4/14578/juramentacion_de_la.html), noticias del MINCI (hay una manera de citar las paginas de Internet según la ISO...

Ello viene a ratificar la vitalidad de la anacrónica figura y a definir aún más las vías por las que la Comisión Central de Planificación llevará a cabo su objetivo: abolir la descentralización y la economía social de mercado que están reconocidos en la Constitución de 1999, que es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico.

#### I. LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN EN LOS DECRETOS-LEY ANUNCIADOS EL 30 DE JULIO DE 2008

En al menos siete de los 26 Decretos-Ley anunciados en la *Gaceta Oficial* N° 38.984, de 30 de julio de 2008, se menciona y asignan atribuciones y competencias a la Comisión Central de Planificación.

En materia de organización y funcionamiento de la Administración Pública, encontramos el Decreto-Ley de Reestructuración del Instituto Nacional de la Vivienda (*G.O.* N° 5.890, Extraordinario, de 31-08-08), cuyo artículo 2 y Disposición Transitoria Tercera sujeta la acción del Instituto Nacional de la Vivienda y de su Junta de Reestructuración a los lineamientos de la Comisión Central; el Decreto-Ley de creación del Fondo Social para la Captación y Disposición de los Recursos Excedentarios de los Entes de la Administración Pública Nacional (*G.O.* N° 5.890, Extraordinario, de 31-08-08), cuyos artículos 4, 5 y 6 y Disposición Transitoria Única sujeta la acción del Fondo Social para la Captación y Disposición de los Recursos Excedentarios de los Entes de la Administración Pública Nacional a los proyectos de inversión social coordinados por la Comisión Central de Planificación, al hacerlo depender de ésta y sujetar a la autorización de la Comisión todo el movimiento de los recursos que se depositen en el Fondo; y el Decreto-Ley Orgánica de Administración Pública (*G.O.* N° 5.890, Extraordinario, de 31-08-08, en cuyos artículos 15, 19, 44, 48, 57, 84 y 121 se completa, amplía y consolida, al erigirla en órgano superior de la Administración Pública Central Nacional, el régimen de funcionamiento de la Comisión Central de Planificación.

En materia de planificación económica, identificamos el Decreto-Ley para el Sector Agrario (*G.O.* N° 5.890, de 31-08-08, Extraordinario), cuyo artículo 8 sujeta la actividad de fomento del Ministerio con competencia en la materia de Agricultura y Tierras a las políticas, planes y programas de la Comisión Central de Planificación; el Decreto-Ley de Salud Agrícola Integral (*G.O.* N° 5.890, de 31-08-08, Extraordinario) en cuyo artículos 9 y 61 reitera la subordinación del Ministerio con competencia en la materia de Agricultura y Tierras y del Instituto Nacional de Salud Agrícola Integral a los lineamientos, políticas y planes de la Comisión Central; el Decreto-Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (*G.O.* N° 5.890, de 31-08-08, Extraordinario), cuya Disposición Final Segunda sujeta las normas y principios relativos a la planificación, control y supervisión del BANDES a los lineamientos estratégicos, políticas y planes que a los efectos establezca la Comisión Central; y el Decreto-Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social (*G.O.* N° 5.890, de 31-08-08, Extraordinario), cuyos artículos 15 y 26 establecen que el Plan Estratégico Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y unidades de propiedad social que elaborará el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria deberá ser aprobado por la Comisión Central de Planificación, y que el Ejecutivo Nacional elaborará el Plan Nacional en la materia, cumpliendo con los lineamientos de la Comisión Central de Planificación.

Como puede apreciarse de lo anterior, aquellos Decretos-Ley del 30 de julio de 2008 en los que se alude a la Comisión Central de Planificación, o bien fortalecen la actuación a dicho órgano administrativo, o bien le asignan nuevas atribuciones a las ya previstas en su Decreto-Ley de creación, profundizando así el poder centralizador de dicha Comisión, tanto en lo

político-administrativo como en lo económico-social, manifiestamente contrario a los principios fundamentales y sistema político y económico delineado en la actual Constitución de 1999.

## II. SISTEMAS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS EN LOS CUALES SE HAN CREADO ÓRGANOS SIMILARES A LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN

Más allá de la inconstitucionalidad del Decreto Ley de 22 de junio de 2007, por lesionar la descentralización, el reparto de competencias y otros principios constitucionales, y los aciagos efectos prácticos (ineficacia) de la implementación de esta figura, cabe preguntarnos ¿en qué tipo de sistema político y económico han surgido órganos como la Comisión Central de Planificación?

Históricamente, sólo en aquellos países que han adoptado el sistema político y económico comunista (el cual propende a la abolición, abrupta o progresiva, de la libertad económica y la propiedad privada de los medios de producción), como ocurrió en la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, es donde han operado órganos similares a la Comisión Central de Planificación, pues a dicho sistema le resulta indispensable contar con un instrumento de ejecución de la política económica oficial que asegure la subordinación del resto de la burocracia (supresión de la autonomía) y de los particulares (supresión de libertades) al contenido de dichas políticas unilaterales, inconsultas y, por tanto, autoritarias.

Al margen de la retórica oficial, la historia muestra que allí donde la ideología comunista tomó el poder, en especial, donde lo hizo a través de una supuesta “revolución”, ni el Estado ni las desigualdades sociales fueron eliminadas. Por el contrario, aquél se fortaleció y expandió, y éstas se hicieron aún más acentuadas. Las formas y principios de organización de la Administración y de distribución territorial y funcional del Poder Público, dirigidos a hacer más plural y eficiente la acción del Estado, como la autonomía, la descentralización y la desconcentración, son rechazados por el Estado socialista, y reemplazados por la jerarquía, subordinación, centralización y la unidad del Poder, ya que su preocupación central es el mantenimiento de éste y no la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos: “...la maquinaria coercitiva del Estado es necesaria no sólo, como lo señaló Engels, para nacionalizar los medios de producción, liquidar la clase de los explotadores, abolir todas las diferencias de clase y los antagonismos de clase, establecer una sociedad socialista, sino también para mantenerla y defenderla contra perturbaciones interiores y ataques exteriores”<sup>5</sup>.

Precisamente, fue ello lo ocurrido en la URSS en los tiempos de Lenin: “*Lenin se vio consternado ante el rápido crecimiento de la burocracia soviética; una exigencia de su propia política, ya que, en la medida en que el Partido Comunista, a través del Estado, se hizo cargo de toda la vida organizada del país, nacionalizando las industrias grandes y pequeñas, el comercio mayorista y minorista, el transporte y los servicios, las instituciones educativas y otras, el funcionariado que reemplazó a los propietarios independientes y sus administradores creció a pasos agigantados. Baste decir que la organización de la que dependía la industria del país, el Consejo Supremo de Economía, empleaba en 1921 a cerca de un cuarto de millón de funcionarios...*”<sup>6</sup>.

---

5 Hans Kelsen, *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*, Emecé, traducción de Alfredo J. Weiss, Buenos Aires: 1957, p. 301.

6 Richard Pipes, *Historia del Comunismo*, Mondadori, Traducción Francisco Ramos, Madrid 2002, p. 64.



La dificultad de recordar estos antecedentes con nefastos resultados, quizá derive del patetismo del discurso socialista, apoyado en exigencias de mayor inclusión, igualdad y justicia social, en supuesta oposición a los valores del liberalismo.

Por ello, resulta provechoso tener en cuenta lo que se ha dicho sobre los medios que emplea, en todas sus variantes, el comunismo<sup>7</sup>, para “lograr” sus fines: “*Puede éste [el socialismo] tan sólo significar, y a menudo se usa para describir los ideales de justicia social, mayor igualdad y seguridad, que son los fines últimos del socialismo. Pero significa también el método particular por el que la mayoría de los socialistas espera alcanzar estos fines, y que muchas personas idóneas consideran como el único método por el que se pueden plena y prontamente lograrse. En este sentido, socialismo significa abolición de la empresa privada y de la propiedad privada de los medios de producción y creación de un sistema de ‘economía planificada’, en el cual el empresario que actúa en busca de un beneficio es reemplazado por un organismo central de planificación*”<sup>8</sup>.

Lo expuesto anteriormente, revela lo acertado de la afirmación hecha por Brewer-Carías respecto a que con la creación de la Comisión Central, repotenciada en sus atribuciones y competencias por una parte importante de los 26 Decretos-Ley del 30-07-08, “*comienza la creación de un Estado socialista*”<sup>9</sup>, completamente opuesto al Estado democrático y social de Derecho reconocido en la Constitución.

### III. SISTEMA POLÍTICO Y SISTEMA ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN: DEMOCRACIA PLURAL, DESCENTRALIZACIÓN Y ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Según el Texto Constitucional de 1999, en Venezuela funciona un Estado democrático, cuyo sistema político es una democracia plural, representativa y participativa, con gobiernos alternativos, responsables, de mandatos revocables y descentralizados, todo ello en el marco de una forma federal de organización territorial del Poder estatal.

En función de ello, la Administración Pública es entendida como un instrumento del Estado al servicio de los ciudadanos, orientada a la satisfacción de los intereses generales de éstos, y que de acuerdo con la Constitución está sujeta a principios acordes con el sistema político descrito, como son los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

También establece la Constitución que la transferencia de competencias y de recursos de la República a los Estados y Municipios (descentralización política) es una política de Estado que debe profundizar la democracia, acercar el poder a la población y crear las mejo-

---

7 “No se puede establecer una distinción clara entre socialismo y comunismo. Marx distinguía dos fases de transición en la cual las viejas desigualdades sobrevivirían aunque sus fundamentos fueran destruidos, a la que seguiría una segunda fase, superior, en la que el principio de ‘cada cual según su capacidad, a cada cual según su necesidad, reemplazaría al principio ‘a igual trabajo, igual paga’. Lenin definió la primera fase como socialismo y la segunda como comunismo...”, *Ibidem*, p. 11.

8 Friedrich A. Hayek, *Camino de Servidumbre*. Alianza, traducción de José Vergara, Madrid: 2003, p. 62.

9 Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación Centralizada y Obligatoria”..., *op. cit.*, p. 79.

res condiciones tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales<sup>10</sup>. Así, pluralismo político, distribución funcional y territorial del Poder, para asegurar su control y la eficacia de su ejercicio, ampliación de la coordinación y la cooperación, en lugar de la jerarquía, como principios rectores de la organización administrativa, mayor participación ciudadana (lo que requiere un acercamiento del poder a las regiones y localidades, y no un alejamiento de las mismas), son las bases del sistema político y del régimen de la Administración Pública en Venezuela, y no está habilitado ningún acto de inferior jerarquía, como un Decreto-Ley, para desconocer tales notas.

En cuanto al sistema económico previsto en la Constitución de 1999<sup>11</sup>, cabe reiterar que corresponde a una economía social de mercado, que combina a la vez el reconocimiento de la libre iniciativa privada, los derechos de propiedad, la existencia de reglas de libre competencia y de derechos de los consumidores y usuarios, con el reconocimiento de un conjunto de derechos prestacionales y la iniciativa del Estado para regular, fomentar y gestionar directamente, cuando hay justificación para ello, las actividades económicas, bien a través de la potestad excepcional de la reserva mediante ley orgánica, bien a través de la creación de empresas pública que compitan con las privadas en condiciones de igualdad en la prestación de servicios y la producción de bienes.

La Exposición de Motivos de la Norma Fundamental describe el sistema económico previsto en ésta con las palabras siguientes: *“El régimen socioeconómico no se define en forma rígida, no obstante, se consagran principios de justicia social, eficiencia, democracia, libre competencia e iniciativa, defensa del ambiente, productividad y solidaridad, fuera de cualquier dogmatismo ideológico con relación a la ya superada disputa sobre los roles del mercado y el Estado, evitando una visión extrema y excluyente de los contenidos sociales de todo sistema económico, pero presentado las bases de una economía de respeto a la acción individual”*.

Esta acción individual, principal motor del desarrollo económico y social de toda Nación, requiere ser reconocida por el Estado como derecho humano y protegida como tal, sin que sea lícito desconocer los contenidos esenciales de derechos que son expresión de tal acción, como son la propiedad, libre empresa y la libre elección de los consumidores, ni tampoco las regulaciones indispensables para su ejercicio, como las de libre competencia y de protección de usuarios y consumidores.

#### IV. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN, LOS DECRETOS-LEY DE 30/07/08 QUE LA REFUERZAN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Ninguno de los principios, reglas y fines que conforman el sistema político y económico de la Constitución de 1999 pueden armonizarse con una figura claramente opuesta a ellos, como la Comisión Central de Planificación, ni tampoco con aquellos Decretos-Ley del 30-07-08 que inconstitucionalmente le atribuyeron a dicha Comisión más competencias o refor-

---

10 Sobre el sistema político establecido en la Constitución de 1999, véase Roberto Viniciano Pastor, y Luis Sala-Manca, (Comp.), *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Vadell, Caracas: 2004.

11 Sobre el sistema económico delineado en la Constitución de 1999, véase José I. Hernández González, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, capítulo I, Caracas: 2006.

zaron las ya existentes, en su implícito propósito de ejecutar contenidos de la propuesta de “reforma constitucional” rechazada el 02-12-07 y seguir avanzando en la construcción del “modelo socialista”<sup>12</sup>.

En efecto, un órgano que tiene como una de sus atribuciones, entre otras similares, “controlar y coordinar que los ministerios, servicios autónomos, institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del Estado y demás entes descentralizados, actúen de conformidad con los lineamientos, políticas y planes emanados de la Comisión Central de Planificación, debidamente aprobados por el Presidente de la República”, por lo cual, se termina afirmando: “...los referidos entes no gozarán de autonomía organizativa, ni de autonomía para la planificación administrativa-financiera” (art. 4, numeral 3, del Decreto-Ley de la Comisión Central), no resulta compatible con el sistema político, democrático y descentralizado que contempla la vigente Constitución.

Igualmente, cabe señalar que un órgano estatal que tiene por finalidad la progresiva sustitución, en toda materia económica, de la iniciativa privada para consolidar con carácter exclusivo o preponderante la iniciativa estatal en la economía, y que tenga por competencias, entre otras, la de “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”, y “Articular y coordinar los mecanismos de intercambio y distribución de la producción nacional, con base en las necesidades del pueblo y en los costos reales de producción por tramo, sector y unidad productiva, para la fijación de precios justos” (art. 5, numerales 3 y 4 del Decreto-Ley de la Comisión Central), es una figura que desconoce en todo sentido el carácter fundamental de los derechos a la libre iniciativa, a la elección de los consumidores y de propiedad privada, que no sólo dejan de considerarse límites al ejercicio del Poder, sino obstáculos para el mismo, que no deben subsistir en el modelo comunista que se aspira consolidar.

Como bien argumentó oportunamente Brewer-Carías, utilizando, inclusive, como base una jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional “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”<sup>13</sup>.

Pero, precisamente, será esa Sala Constitucional, cuando se planteen las correspondientes acciones de nulidad por inconstitucionalidad, la que tendrá la obligación constitucional y alta responsabilidad republicana de reconocer y declarar los vicios de que adolece el Decreto-

---

12 Sobre la aplicación subrepticia de contenidos de la reforma constitucional, véase Victorino Márquez Ferrer, “Socialismo de contrabando”, en *Revista SIC* N° 701, Caracas, 2008, pp. 9 y ss.

13 Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación Centralizada y Obligatoria”..., *op. cit.*, p. 88.

Ley de la Comisión Central, en protección del sistema político y económico que sí protege la Norma Fundamental de 1999, que fueron rechazados en el referendun celebrado el 2 de diciembre de 2007, y que, claramente, no permite la instauración de un Estado comunista<sup>14</sup>.

---

14 Sobre lo distintivo del Estado socialista, Von Mises formuló hace décadas una advertencia muy vigente para los venezolanos de inicios del siglo XXI: “El socialismo es el paso de los medios de producción de la propiedad privada a la propiedad de la sociedad organizada, el Estado. El Estado socialista es el propietario de todos los medios materiales de producción y, por tanto, el director de la producción general. Con demasiada frecuencia se olvida que es innecesario que el paso de la propiedad puesta bajo el poder del Estado y a su disposición se realice según las formas establecidas por el derecho para la transmisión de propiedad en una época histórica que se basa en la propiedad privada de los medios de producción; menos aún importa que para esta operación se use el lenguaje tradicional del derecho privado. La propiedad es la posibilidad de disponer de un bien. Si esta posibilidad está como desvinculada de su nombre tradicional, si se aplica a una institución jurídica que lleva un nombre nuevo, todo ello carece de importancia con respecto al punto esencial. No es necesario atenerse a la palabra, sino al hecho mismo. La evaluación hacia el socialismo no se realiza por una simple transferencia formal al Estado. La restricción de los derechos del propietario es también un medio de socialización. Se le retira gradualmente la facultad de disponer de un bien. Si el Estado se asegura una influencia cada vez más importante sobre el objeto y los métodos de la producción, si exige una parte cada vez mayor del beneficio de la producción, la correspondiente al propietario se ve restringida progresivamente; y finalmente, sólo le queda a este último la palabra propiedad, vacía de sentido, pues la propiedad misma ha pasado enteramente a manos del Estado”. Ludwig Von Mises, *Socialismo. Análisis económico y sociológico*, Unión Editorial, Madrid: 2003, traducción de Luis Montes de Oca, p. 63.

## Sección II: Régimen de defensa de las personas en el Acceso a los Bienes y Servicios

### *El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión*

Alfredo Morles Hernández

*Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello*

El contrato, como se sabe, es el instrumento por medio del cual se realizan los intercambios propios de la economía capitalista. Según los teóricos marxistas ese instrumento desaparecerá cuando la producción conforme a las leyes del mercado sea sustituida por una producción enteramente planificada y el intercambio por equivalente sea sustituido por la distribución conforme a las necesidades de cada quien. Por ello se ha observado que es dable esperar la desaparición o, por lo menos, una sensible reducción del papel del contrato en una economía que esté sometida a una planificación autoritaria.

La Exposición de Motivos habla de los cambios históricos que fundamentan el decreto-ley 6.092 para justificar la modificación e incorporación de disposiciones sustanciales y simplificar los procedimientos administrativos. Las novedades que a continuación se comentan guardan relación con la eliminación total de la libertad de contratación en los contratos de adhesión y con la declaratoria administrativa de nulidad de las cláusulas abusivas en estos contratos.

#### I. LA SUPRESIÓN TOTAL DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

El capitalismo, para sobrevivir, ha desarrollado toda una corriente dirigida a hacer del contrato un instrumento de intercambio equilibrado, moderando el principio de la libertad contractual y utilizando el concepto de *orden público económico* para proteger, en primerísimo lugar, al consumidor de bienes y al usuario de servicios. Leyes protectoras de otras categorías de personas, calificadas como débiles jurídicos, son moneda corriente en los países de cierto desarrollo económico capitalista y de democracia social. Tal magnitud ha adquirido el régimen de protección del consumidor que en algunos ordenamientos jurídicos que manejan la noción del llamado *orden público y social de protección* se incluye un específico *orden público de protección del consumidor*, tal como ocurre con el ordenamiento jurídico francés, para remediar las insuficiencias del derecho común de los contratos. El principio de la autonomía de la voluntad se preserva, por su indudable utilidad, aunque desde una nueva perspectiva, la que suministran las exigencias de utilidad social y justicia contractual como principios directores del derecho de los contratos<sup>1</sup>.

La regulación del contrato de adhesión es uno de los elementos de ese régimen de protección de los consumidores, un sistema prácticamente universal que se ha manifestado en Venezuela en legislación que hasta hace poco llevaba ese nombre y ahora ha sido sustituida por un decreto-ley “para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios”

---

1 Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, tercera edición; LGDJ, París 1993, p. 145.

(decreto-ley 6.092 de 27 de mayo de 2008, publicado en la *Gaceta Oficial* de 31 de julio de 2008, N° Extraordinario 5889). Este decreto-ley ha incorporado una fórmula mediante la cual se consideran nulas las cláusulas o estipulaciones de los contratos de adhesión que “impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite su ejercicio” (ordinal 2°, artículo 73). Esta fórmula sustituye a la que estaba contenida en el ordinal 2° del artículo 87 de la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, según la cual se consideraban nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones que implicaran la renuncia a los derechos que la referida Ley reconocía a los consumidores y usuarios, o de alguna manera limitara su ejercicio. La diferencia entre ambas fórmulas es notable, pues no es lo mismo sancionar la nulidad de los contratos que contraríen la ley de protección al consumidor que sancionar la nulidad de los contratos que contraríen cualquier ley aplicable a los contratos.

El modelo de contrato plasmado en los códigos de derecho privado y en las leyes que regulan contenidos contractuales de diversa naturaleza puede ser adaptado a las conveniencias y necesidades de los contratantes para alcanzar los fines comunes de sus participantes y lograr las prestaciones que cada una de las partes se propone obtener. Esta regla se aplica en la *contratación ordinaria*, aquella en la cual los contratantes hacen uso de la autonomía privada que deriva de la libertad de contratar, ocasión en la cual las normas de los contratos tienen carácter dispositivo o *supletivo* de la voluntad de las partes, es decir, las soluciones en ella contenidas únicamente se aplican a falta de una voluntad distinta o en ausencia de manifestación de voluntad. Esta regla tiene como limitación el respeto del orden público y de las buenas costumbres (artículo 6° del Código civil). En la *contratación por adhesión*, la libertad de las partes está aún más restringida, ya que la legislación ha creado un sistema de protección que va más allá del respeto del orden público y de las buenas costumbres. Una cantidad de requisitos de fondo y de forma y un control del contenido del contrato rodea la celebración de los contratos de adhesión. El número de las normas supletivas que son aplicables en los contratos de adhesión es mucho menor que las que están al alcance de los contratantes en la contratación ordinaria. Una corriente doctrinal paralela, a la cual me he adherido, estima que “toda la regulación legal del contrato tiene carácter imperativo para quienes participan en un contrato de adhesión, en el sentido de que su derogatoria sólo es posible cuando la parte afectada reciba una contraprestación por su renuncia”<sup>2</sup>. La misma idea es expresada por la doctrina española al afirmar que las normas contractuales dispositivas o supletivas tienen *un cierto carácter imperativo*. De acuerdo con esta posición, la modificación de las reglas contractuales supletivas tienen que reflejar la justicia contractual. Ningún participante puede renunciar a un derecho que le acuerda la ley sin una contrapartida que preserve el equilibrio contractual.

La nueva fórmula del decreto-ley 6.092 (se consideran nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas o limite su ejercicio) es de una gran trascendencia porque significa que cualquier desviación con respecto al modelo legal contractual queda proscrito, es decir, desaparecen totalmente las normas dispositivas o supletivas. No habrá necesidad de ponderar si la alteración o cambio contenido en el contrato de adhesión es inequitativo, crea desequilibrio o es injusto; prácticamente queda sin utilidad y carece de justificación la enumeración que el mismo decreto-ley hace de las cláusulas abusivas en el contra-

---

2 Alfredo Morles Hernandez, *Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV Los contratos mercantiles. Derecho concursal*, cuarta edición; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2008, p. 2221 a 2222.

to de adhesión (artículo 73); no tiene sentido la declaración según la cual son derechos de las personas “la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosas o lesionen sus derechos o intereses” (numeral 13, artículo 7°), porque todos estos supuestos, necesariamente, se configuran como una renuncia de derechos o limitan el ejercicio de los derechos “que la normativa vigente reconoce a las personas”, fórmula equivalente a la de identificar el modelo legal contractual.

Si esta disposición se aplica literalmente, todos los contratos de adhesión que contengan cláusulas distintas al contenido legal contractual -y prácticamente todos contienen este tipo de cláusulas- serían nulos. Esto significaría que sólo se podría contratar en los términos establecidos en el Código civil, en el Código de comercio o en las leyes de contenido contractual. La contratación en esta forma, sin las adaptaciones que imponen la dinámica de la producción, distribución, transporte, almacenamiento y comercialización de los bienes y la prestación de los servicios, sería extremadamente difícil y, en algunos casos, imposible. El carácter discrecional de la potestad conferida a la autoridad administrativa para declarar la nulidad y una debida coordinación de la norma con el resto del articulado del decreto-ley deberían permitir arribar a una interpretación racional.

## II. LA DECLARATORIA ADMINISTRATIVA DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

La atribución a la autoridad administrativa de la potestad, ahora discrecional, de declarar la nulidad de actos o contratos ha sido reiterada por el decreto-ley 6.092 que sustituye a la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario al estatuir:

a) Que en aquellos casos en el proveedor de bienes y servicios unilateralmente establezca las cláusulas del contrato de adhesión, la autoridad competente podrá anular aquellas que pongan en desventaja o vulneren los derechos de las personas, mediante acto administrativo que será de estricto cumplimiento por parte del proveedor (único aparte, artículo 69);

b) Que el acto administrativo que declare la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato de adhesión deberá ser publicado en la *Gaceta Oficial* (último aparte del artículo 73), como si se tratara de un acto de contenido normativo que debe surtir efectos a partir de la publicación legal.

Esta confusión de los linderos entre la actividad administrativa y la actividad jurisdiccional se hace cada vez más frecuente en los actos legislativos, sobre todo en los que tienen el carácter de legislación delegada. Los especialistas en derecho administrativo han denunciado desde hace tiempo que “...la facilidad de una actuación jurídica como la que permite la autotutela administrativa constituye una tentación permanente para aplicarla fuera de los supuestos específicos de gestión de los servicios públicos, como un medio de eludir los procedimientos más complejos de la tutela judicial, que debe seguir siendo la regla de la vida civil”, así como también han exhortado a que la aplicación de las normas que incurren en ese desbordamiento del ámbito propio de la autotutela administrativa se haga con criterios restrictivos, por tratarse de “excepciones a una regla común o de verdaderos privilegios odiosos”<sup>3</sup>. “Como se comprende se trata de suplir al juez en la resolución de conflictos entre partes privadas, lo cual puede decirse en términos absolutos que muy rara vez está justificado. La traslación de la resolución de conflictos privados de ámbito judicial al administrativo consti-

---

3 Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I; Civitas, Madrid 1983, p. 486.

tuye la más de las veces un notorio abuso de las técnicas de autotutela administrativa para suplir con la expeditividad de ésta la complejidad ordinaria de las técnicas procesales de la tutela judicial. La Administración ni es un juez, ni sus poderes se han configurado a este objeto, ni es admisible que por su intervención convencional se altere todo el sistema civil de cargas de accionar entre particulares y sus respectivas garantías”<sup>4</sup>.

En Venezuela se han hecho las mismas advertencias en relación con este fenómeno, referido específicamente al caso de la Comisión Nacional de Valores, órgano al cual la Ley de Mercado de Capitales le ha atribuido potestades administrativas (propias de poder ejecutivo), potestades normativas (propias de poder legislativo) y potestades sancionatorias (propias de poder judicial), poniéndose de relieve la dificultad que existe para que una heterogeneidad de esa naturaleza funcione armoniosamente<sup>5</sup>.

Las situaciones patrimoniales de los ciudadanos y su propia libertad están bajo la natural protección de los órganos judiciales, de las normas constitucionales y del derecho común. La interpretación de los contratos, el régimen de las nulidades de los actos de los particulares, la impugnación de la validez de los actos jurídicos patrimoniales, son materias de derecho común y de carácter jurisdiccional que no pueden ser decididas por un órgano administrativo.

### III. CONCLUSIÓN

Los cambios reseñados en el ámbito del contrato de adhesión encuentran explicación en la tendencia a hacer del contrato un instrumento de intercambio férreamente controlado cuya validez, además, está al alcance de un simple acto administrativo. Esta tendencia es compatible con la ideología autoritaria inherente a la economía planificada de los regímenes marxistas, ideología a la cual se puede adscribir el socialismo del siglo XXI.

---

4 Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *op.cit.*, I, pp. 486 a 487.

5 Alfredo Morles Hernández, *Régimen legal del mercado de capitales*, segunda edición 2002, reimpresión 2006; UCAB, Caracas, p. 486.



# *Nuevas restricciones al principio de la autonomía de la voluntad contractual aplicables a las relaciones jurídicas entre los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios*

Tamara Adrián Hernández

*Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello*

## I. INTRODUCCIÓN

A nuestro juicio, uno de los aspectos más preocupantes del conjunto de disposiciones legales establecidas en algunos de los veintiséis decretos con rango, valor y fuerza de leyes dictados por el Presidente de la República el 31 de julio de 2008, se refiere a la extensión de las normas de orden público prohibitivo e inductivo, altamente restrictivas de la libertad económica, a las relaciones jurídicas que nazcan entre los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios.

En efecto, con la entrada en vigencia del decreto con rango, fuerza y valor de Ley Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LPDPABYS)<sup>1</sup> –que derogó tanto la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU) como la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el Consumo de Alimentos- acompañada de la entrada simultánea en vigencia de otros tres decretos leyes complementarios de la anterior, que ponen en vigor cuatro otras leyes restrictivas de la libertad económica, a saber, la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria<sup>2</sup> (LOSSA), la Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Producción Social (LPDPYMEUPS)<sup>3</sup>, la Ley de Salud Agrícola Integral (LSAI) y la Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular (LFEP)<sup>4</sup>, se altera de forma sustancial el sistema jurídico existente hasta la fecha en materia de derecho de producción de bienes y servicios y de derecho del consumo.

Pero aún más, estas leyes no pueden ser leídas aisladamente, pues su lectura debe ser concatenada y entrelazadas sus disposiciones con las de los otros decretos-leyes dictados el mismo día, particularmente con la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)<sup>5</sup>, la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional (LOFAN)<sup>6</sup> y la Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas y Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía

---

1 *G.O.* N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

2 *G.O.* N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008, publicada nuevamente por error de copia en agosto de 2008.

3 *G.O.* N° 5.890 Extraordinario, del 31 de Julio de 2008.

4 *G.O.* N° 5.890 Extraordinario, del 31 de Julio de 2008.

5 *G.O.* N° 5890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

6 *G.O.* N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

Alimentaria (LBFPDARESSA)<sup>7</sup>, ya que en estas otros cuerpos normativos existen artículos cuyo contenido y extensión sólo se pone de relieve confrontándolos con los ordenamientos anteriormente citados.

Lo cierto es que del conjunto de estas disposiciones nace una normativa altamente restrictiva para los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios. Estos cambios son tan drásticos y profundos, al tiempo que tan parecidos a los artículos del proyecto de reforma constitucional rechazado por referéndum en diciembre de 2007, que podemos preguntarnos dónde queda la libertad de comercio e industria en nuestro país, ya que ésta parece convertirse en un principio residual, aplicable sólo en tanto y en cuanto no exista una normativa que la limite o impida.

El objetivo de este artículo es el poner en relieve, de forma preliminar, algunas de las restricciones creadas al principio de la libertad contractual para los diferentes integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios.

A estos fines analizaremos primeramente (I) las principales restricciones aplicables a todas las actividades económicas; para luego examinar (II) aquellas restricciones que sólo son aplicables en tanto y en cuanto el agente económico se encuentre desarrollando ciertas particulares, especialmente las relativas a la producción y distribución de alimentos.

## II. PRINCIPALES RESTRICCIONES APLICABLES A LOS INTEGRANTES DE LA CADENA DE PRODUCCIÓN-DISTRIBUCIÓN INDEPENDIENTEMENTE DEL TIPO DE BIENES O SERVICIOS DE QUE SE TRATE

Al igual que la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios declara, de forma expresa, que sus disposiciones son de orden público, y por ende, de carácter irrenunciable por las partes (art. 2°).

Sin embargo, a diferencia de aquélla, que sólo se extendía a las relaciones entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores y usuarios, ésta establece ahora, en su artículo 3°, que su ámbito de aplicación se extiende a *“todos los actos jurídicos celebrados entre proveedoras o proveedores de bienes y servicios, y las personas organizadas o no, así como entre éstas, relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios prestados por entes públicos o privados, y cualquier otro negocio jurídico de interés económico, así como, los actos o conductas de acaparamiento, especulación, boicot y cualquier otra que afecte el acceso a los alimentos o bienes declarados o no de primera necesidad, por parte de cualquiera de los sujetos económicos de la cadena de distribución, producción y consumo de bienes y servicios, desde la importadora o el importador, la almacenadora o el almacenador, el transportista, la productora o el productor, fabricante, la distribuidora o el distribuidor y la comercializadora o comercializador, mayorista y detallista”*.

De forma general podemos observar que la redacción de la ley en comento es bastante pobre y confusa, y de bastante baja calidad normativa, por lo que, en no pocas ocasiones debemos tratar de desentrañar el sentido de la ley a través de ejercicios de análisis bastante complejo. Esto es todavía más patente en los casos en los que la redacción fue tomada de la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, pero alterada de forma tal que muchas veces resulta incomprensible y nebulosa sin hacer referencia a la fuente.

---

7 G.O. N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

Ayuda a la confusión de la ley la desaparición de los conceptos internacionalmente conocidos de *consumidor* y *usuario*, y su sustitución por el genérico de *Persona*, entendida como toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final (LPCPABYS, art. 4).

La exposición de motivos no sólo no explica la eliminación de este concepto, sino que sigue usando las nociones de consumidor y usuario. Podemos presumir que se trata de algún cambio introducido a última hora, alegando razones relativas a la supuesta identificación del término consumidor con la economía de mercado que se pretende limitar.

Lo más paradójico de esto es que la desaparición del concepto de consumidor es acompañada con la incorporación de una nueva noción híbrida, la de Prosumidoras y Prosumidores, entendidos como personas que producen, distribuyen y consumen bienes o servicios, y participan voluntariamente en los sistemas alternativos de intercambio solidario, con espíritu social, para satisfacer sus necesidades y las de otras personas de su comunidad (LFDEP, art. 5).

En todo caso, a través de una redacción bastante pobre del artículo 3º, se puede deducir –más que entender directamente– que quedan sometidas a esta ley la totalidad de las relaciones jurídicas entre los integrantes de los eslabones de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios, independientemente de cuál sea la naturaleza y características de la actividad desarrollada y de los bienes y servicios producidos, comercializados o distribuidos.

Por si lo anterior pudiese eventualmente dar lugar a dudas, el artículo 4º, al definir a los sujetos sometidos a la citada ley, define a la “*Cadena de distribución, producción y consumo*” como el “*conjunto de eslabones del proceso productivo desde la importadora o el importador, el almacenador, el transportista, la productora o productor, fabricante, distribuidora o distribuidor y comercializadora o comercializador, mayorista y detallista de bienes o servicios*”. Asimismo incluye definiciones de *proveedora o proveedor, de importadora e importador, de productora o productor, de fabricante, de distribuidora o distribuidor, y de comercializadora o comercializador o prestadora o prestador de servicios*.

A los fines de analizar someramente las principales restricciones al principio de la autonomía de la voluntad que derivan de la puesta en vigencia de este decreto con rango, fuerza y valor de ley, examinaremos primeramente (A) cuáles son las principales limitaciones contractuales que nacen de estas disposiciones legales; y luego (B) las eventuales sanciones en caso de incumplimiento de tales limitaciones.

#### 1. *Limitaciones a la libertad contractual*

##### A. *Limitaciones generales e indeterminadas*

Como punto de partida del análisis debemos tomar en consideración el artículo 16 de la LPDPABYS, según el cual se pretende la “*defensa de intereses legítimos*” de las personas, restringiendo el principio de la autonomía de la voluntad contractual para los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios así: “*sin perjuicio de lo establecido en la normativa civil y mercantil sobre la materia, así como otras disposiciones de carácter general o específico para cada producto o servicio, deberán ser respetados y defendidos prioritariamente los intereses legítimos, económicos y sociales de las personas en los términos establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento*”.

A pesar de la relativa oscuridad de esta norma, debemos entender que lo que se pretende es hacer aplicables a las relaciones jurídicas contractuales entre los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios, las disposiciones de la ley, pero entendidas

desde el punto de vista general y no particular. Es decir, no a través de la aplicación de disposiciones concretas de orden público prohibitivo o inductivo contenidas en la ley, sino de forma general e indeterminada, a través de la referencia a los “*intereses legítimos, económicos y sociales de las personas*”.

Ahora bien, si tratamos de circunscribir el ámbito de tales intereses legítimos, encontramos que la enumeración del artículo 7° sobre los “*derechos de las personas en relación a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad*”, establece un cambio de paradigma en cuanto a tales derechos. Se pretende crear en este caso una especie de “derecho real” que uniría a las personas con los bienes teniendo como pivote de la relación así creada a la norma; al contrario de lo que sucede en las leyes de protección al consumidor alrededor del mundo –y sucedía con las leyes de protección al consumidor y al usuario venezolanas anteriores– que regula el tema como relaciones interpersonales entre los consumidores y usuarios y los proveedores de bienes y servicios, como último eslabón de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios.

Hecha esta acotación observamos que a la declaración clásica de derechos de los consumidores, que existen de manera casi homogénea en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos sobre el tema alrededor del mundo –que incluyen particularmente los derechos a la salud, a la seguridad personal, a la información, a la igualdad y no discriminación, a la protección de los intereses colectivos y difusos, a la protección contra las prácticas comerciales coactivas o engañosas, se agregan otros de naturaleza bastante indeterminada, particularmente “*el conocimiento de los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales de los procesos de producción, fabricación, importación acopio, transporte, distribución y comercialización de esos bienes y la generación y prestación de los servicios para ejercer eficazmente la contraloría social así como los mecanismos de defensa y organización popular para actuar ante los órganos y entes públicos*” (art. 7°, numeral 5). A esto se añade que el mismo artículo 7°, *in fine*, expresa que “*cualquiera de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo que violen estos derechos, serán sancionados conforme a lo previsto en el Título VI de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sin menoscabo de las acciones y responsabilidades civiles, penales y administrativas que correspondan*”.

Observamos así que podrían ser considerados contrarios a este decreto-ley cualesquiera disposiciones contractuales entre los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios que de alguna forma “pudiesen llegar a afectar” los derechos de las “personas” (art. 7°), entendidos como parámetro de sus “intereses legítimos” (art. 16), creando de esta forma un ámbito indeterminado de aplicación de las disposiciones de orden público. Esta situación contrasta de forma flagrante con lo que está ocurriendo internacionalmente en lo que atañe a las disposiciones de orden público prohibitivo o inductivo, las cuales sólo pueden estar establecidas como prohibiciones o deberes concretos –nunca abstractos– con la finalidad de evitar así la existencia de cualesquiera formas de arbitrariedad por parte de los funcionarios públicos o de los órganos judiciales encargados del control de la aplicación de la norma.

#### B. *Limitaciones especiales en el ámbito de bienes y servicios declarados de primera necesidad*

En adición a lo anterior, encontramos una serie de disposiciones que incluyen en el ámbito de la presente ley, las prohibiciones contractuales clásicas incorporadas en las leyes sobre libre competencia, y en el caso nuestro, en la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Las consecuencias de la incorporación de estas disposiciones en la LPDPABYS se pueden analizar desde dos ángulos: por una parte, desde el punto de vista de la duplicidad de

regulaciones y sobre todo de la duplicidad de supervisión, condenando a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia a ser una especie de *jarrón chino* en el ámbito de la supervisión de la actividad económica de los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios; y por otra parte, desde el ángulo de la incertidumbre acerca de la extensión y la interpretación que pueda darse a un mismo concepto por parte de entes administrativos distintos.

En este sentido el artículo 15 de la LPDPABYS señala, en su parte final, que “*se prohíbe y se sancionará a cualquiera de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, que entre ellos impongan condiciones abusivas que afecten a las personas o que tiendan al incremento indebido de precios, acaparamiento o boicot de productos y servicios*”. Para poder establecer el ámbito de este artículo, debemos primeramente hacer mención de las definiciones contenidas en los artículos 64 y siguientes de la LPDPABYS, según los cuales se considerará como *especulación* la venta de “*bienes declarados de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente, alteren la calidad o condicionen su venta*” (art. 64); *acaparamiento* será la restricción de la “*oferta, circulación o distribución de bienes declarados de primera necesidad*” o retención de los mismos “*con o sin ocultamiento*”; y *boicot*, las acciones u omisiones conjuntas o separadas que “*impidan de manera directa o indirecta la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes declarados de primera necesidad*”.

Según el citado artículo 15, estarían prohibidas, en las relaciones entre los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios, las prácticas contrarias a la libre competencia que ya están prohibidas en la Ley Para Promover y Proteger la Libre Competencia, así como algunas otras prácticas que se adicionan a las anteriores, de la siguiente forma:

1. *La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio, que ponga a las personas en situación de desventaja frente a otros.*
2. *La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio en atención al medio de pago.*
3. *La subordinación o el condicionamiento de proveer un bien o prestar un servicio a la aceptación de prestaciones suplementarias, que por su naturaleza o de conformidad con el uso correcto del comercio no guarde relación con el mismo.*
4. *La negativa injustificada de satisfacer la demanda de las personas.*
5. *La imposición de precios y otras condiciones de comercialización de bienes y servicios sin que medie justificación económica.*
6. *Las conductas discriminatorias.*
7. *El cobro a las personas de recargos o comisiones, cuando el medio de pago utilizado por ésta sea a través de tarjetas de crédito, débito, cheque, ticket o cupón de alimentación, tarjeta electrónica de alimentación o cualquier otro instrumento de pago.*
8. *La modificación o alteración del precio, la calidad, cantidad, peso o medida de los bienes y servicios.*
9. *La negativa a expender, con o sin ocultamiento, productos o prestar servicios declarados de primera necesidad.*
10. *La restricción, con o sin ocultamiento, de la oferta, circulación o distribución de productos o servicios declarados de primera necesidad.*

A lo anterior debemos agregar que según el artículo 5°, se declaran como bienes y servicios de primera necesidad, de forma amplia “*aquellos que por esenciales e indispensables para la población, atienden al derecho a la vida y a la seguridad del Estado, determinados expresamente mediante Decreto por la Presidenta o Presidente de la República en Consejo de Ministros*”. Asimismo, “*se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad*”. Y como consecuencia de esta declaratoria de utilidad pública en interés social “*el Ejecutivo nacional podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional*”.

### C. Otras limitaciones

Resultaría casi imposible hacer un listado del resto de las posibles limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad contractual en las relaciones entre los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios derivadas del decreto-ley en comento. Baste señalar que, a nuestro juicio, podrían ser consideradas como prohibidas en algún momento por cualquiera de los organismos, entes o personas “competentes” para conocer al respecto, todas las cláusulas que, de cualquier forma, llegasen a producir, para las personas, cualquier tipo de restricción a los derechos específicos contenidos en el mencionado texto.

Así, dentro de una interpretación acomodaticia de la materia, podrían ser consideradas como prohibidas particularmente cualesquiera cláusulas que puedan ir en contra de las obligaciones o deberes relacionados, entre otros, con la información sobre los productos o servicios, las condiciones de comercialización, los deberes de suministro, las condiciones para los contratos electrónicos, las condiciones en los contratos de adhesión que puedan afectar a las “Personas” y, en general, cualesquiera pactos privados que puedan ser considerados en cualquier momento como contrarios al decreto-ley.

Como observamos se trata de un conjunto de normas de difícil aprehensión, y que, por tanto, pueden dar lugar a interpretaciones arbitrarias sobre el ámbito de las cláusulas permitidas y las prohibidas, creando una gran incertidumbre para los agentes económicos, disuadiendo la inversión y el crecimiento de cualquier comercio o industria.

### 2. Sanciones por el incumplimiento de las limitaciones contractuales

El incumplimiento de las limitaciones a la libertad contractual pueden acarrear sanciones potenciales sumamente graves para los infractores. En este sentido observamos que existe un conjunto de competencias más o menos difusas y solapadas entre ellas para la (a) supervisión de los incumplimientos en la actividad; que pueden conducir a (b) alguna sanción.

#### A. Supervisión de los incumplimientos

Una de las características que tiene la LPCPABYS, leída de forma conjunta con los otros decretos leyes señalados al comienzo de este artículo, es que se crea un control administrativo exacerbado y heterogéneo acompañado de una planificación casi total de todos los eslabones de la cadena de producción y distribución de bienes y servicios.

Ese control heterogéneo es ejercido no sólo por organismos administrativo que no necesariamente están determinados en las leyes en comento de manera precisa –sino a través de la fórmula ambigua de “el organismo con competencia en la materia”–, sino que además incluye potestades administrativas de entes para-administrativos.

Las principales manifestaciones de estas características son: (1) La participación directa y concurrente de múltiples órganos administrativos de distinto rango y naturaleza con competencias difusas y solapadas entre ellas, sin que existan criterios claros para determinar la prelación entre los órganos competentes (Presidencia de la República, Ministerio con competencia en materia de Industrias Ligeras y Comercio, Instituto Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEBABYS, que sustituye al INDECU), Instituto Nacional de Desarrollo de las Pequeña y Mediana Industria, Ministerio con competencia en materia de economía comunal. A esto se agrega que se pueden crear por decreto, Autoridades Regionales (LOAP, art. 70), consejos nacionales (art. 71), autoridades únicas de área (art. 73) y sistemas de apoyo logístico (art. 74 ss); (2) La participación en el control de las actividades económicas de estructuras para-administrativas con competencias difusas cuyas competencias, constitución, conformación y reglas de funcionamiento son, en muchos casos, ambiguas, deficientes o contradictorias (Asambleas Agrarias, Consejos Comunales, Asociaciones u organizaciones de Defensa Popular, Comités de Contraloría Social Para el Abastecimiento). (3) El sometimiento de la actividad privada a lo dispuesto en los Planes nacionales y sectoriales elaborados por el ejecutivo nacional, particularmente en materia de producción agroalimentaria y reservas estratégicas alimentarias (LOSA, art. 25), así como en la actividad de Pequeñas y Medianas Industrias y Unidades de Producción Social (LPPYMEUPS, art. 26 ss.); (4) La posibilidad de crear estructuras para-administrativas con funciones en áreas específicas de la actividad económica, bajo la forma de misiones o de estructuras previstas en las citadas leyes, a las cuales se fijarían funciones por medio de decretos (LOAP, art. 131); (5) La custodia de las instalaciones y contenido de las reservas agroalimentarias estratégicas por parte de la Milicia Nacional Bolivariana (LOSSA, art. 29).

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo de lo anterior, delinearemos algunas de las características básicas de este control. En este sentido aparece del artículo 111 de la LPCPABYS, que el INDEBABYS ha visto acrecentados exponencialmente sus poderes de supervisión y control sobre los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios, que le permiten, entre otras cosas: (1) Practicar fiscalizaciones en los establecimientos o lugares dedicados a la actividad económica de bienes de cualquiera de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, así como los destinados a la prestación de servicios, en los recintos aduanales y almacenes privados de acopios de bienes, sean estas de oficio o por denuncia; (2) Exigir a cualquiera de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo la exhibición de su contabilidad y demás documentos relacionados con su actividad, así como que proporcionen datos o informaciones que se le requieran con carácter individual o general; (3) Requerir a los sujetos de la cadena de producción distribución y consumo o terceros que comparezcan ante sus oficinas a dar contestación a las preguntas que se le formulen o a reconocer firmas, documentos o bienes, si fuere el caso; (4) Practicar avalúo, para lo cual el Instituto constará con un equipo de expertos para realizar tal actividad, de conformidad con la normativa que regula la materia; (5) Practicar la verificación física de toda clase de bienes, incluso durante su transporte, en cualquier lugar del territorio de la República; (6) Solicitar a las funcionarias o los funcionarios o empleadas o empleados públicos informes y datos que posean con ejercicio de sus funciones; (7) Requerir copia de la totalidad o parte de los soportes magnéticos, así como de la información de los documentos revisados durante la fiscalización, sin importar que el procesamiento de datos se desarrolle a través de equipos propios o arrendados o que el servicio sea prestado por un tercero; (8) Requerir informaciones a terceros relacionados con los hechos objeto de fiscalización; (9) Practicar fiscalizaciones en los medios de transporte ocupados o utilizados por cualquier título; (10) Requerir el auxilio de la fuerza pública cuando hubiere impedimento en el desempeño de sus funciones; (11) Dejar constancia de los documentos revisados durante la fiscalización; (12) Adoptar las medidas necesarias para impedir la destrucción, desaparición o

alteración de la documentación que se exija, incluidos los registrados en medio magnético o similares, así como de cualquier otro documento de prueba relevante cuando se encuentre éste en poder del fiscalizado.

A todo lo anterior se agrega que según el artículo 41 de la LPCPABYS, “*el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, conjuntamente con los Comités de Contraloría social para el Abastecimiento, así como cualquier otra asociación u organización de participación popular en pro de la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de las personas, exigirán el estricto cumplimiento de la normativa vigente de los bienes y servicios puestos a disposición de la población*”.

Estas potestades de estos órganos para-administrativos con potestades públicas, son altamente preocupantes, particularmente porque los recursos en contra de las actuaciones de tales personas se limitan a un eventual derecho de queja a ser formulado ante el Consejo Comunal (artículo 94) y en caso de considerarse procedente al denuncia será la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas la que tomará la medida de sustitución de los integrantes de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento que eventualmente hubiesen violado derechos de terceros en el ejercicio de las funciones de “*control, monitoreo, verificación, vigilancia relativa al abastecimiento de bienes y servicios de primera necesidad y de cualquier otra naturaleza de interés colectivo en toda la cadena de distribución, producción y consumo*” (art. 91).

#### B. Sanciones

##### a. Medidas preventivas sancionadoras inaudita parte

Sin entrar en el detalle de las sanciones, nos merece un punto previo el análisis de las medidas preventivas, ya que éstas prácticamente equivalen a una confiscación institucionalizada de bienes sin procedimiento previo, creando eventuales medios de defensa prácticamente inviábiles e inocuos frente al posible abuso de los funcionarios públicos. En efecto, según el artículo 111 de la LPCPABYS el INDEPABYS puede tomar una serie de medidas preventivas, que más bien constituyen medidas ejecutivas *in limine procedura* o *medidas ejecutivas anticipatorias*, características de los regímenes dictatoriales en los que el derecho a la defensa y el derecho al procedimiento son obviados. Así, resulta sumamente preocupante la institucionalización de la figura de la confiscación de bienes sin derecho a la defensa contenida en los diferentes numerales del artículo 111, con el pírrico derecho de indemnización *a posteriori* para el caso en que se pruebe en el procedimiento que no hubo incumplimiento de la LPCPABYS, y que permiten particularmente: (1) Tomar medidas para evitar la presunta destrucción, desaparición o alteración de bienes o documentación; (2) Tomar posesión de bienes y utilización de su respectivo medio de transporte, cuando se presuma fundadamente se haya incurrido en una conducta u omisión contrarias a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Si se trata de bienes de primera necesidad, se pueden poner tales bienes “*a disposición de las personas, a través de los mecanismos que consideren pertinentes*”; (3) Tomar posesión de los bienes y medios de transporte con los que se suponga se ha cometido cualquiera de los ilícitos previstos en los artículos 64 a 68 de la LPCPABYS, y poner, al igual que en el artículo anterior, los bienes “*a disposición de las personas, a través del comiso inmediato de los bienes u otros mecanismos que se consideren pertinentes*”; (4) Ocupar y operar temporalmente bienes y empresas, mediante “*la posesión inmediata, la puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes y servicios por parte del Órgano o Ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. El órgano o ente ocupante procederá a realizar el inventario del activo, y ejecutará las ac-*



*ciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de distribución, producción y consumo que corresponda. Durante la vigencia de la medida preventiva, los trabajadores seguirán recibiendo el pago de salarios y los derechos inherentes a la seguridad social”, siendo que esta última obligación pareciese estar en cabeza de la persona a quien le fueron confiscados los bienes y que, por ende, ya no se beneficia en forma alguna de tal actividad; y (5) Cualesquiera otras medidas “que sean necesarias para garantizar el bienestar colectivo de manera efectiva, oportuna e inmediata”.*

La posibilidad de establecer estas medidas inauditas, se señalan en la parte final del citado artículo 111, según el cual *“la medida preventiva adoptada surtirá efectos de manera inmediata, aún con la prescindencia de la presencia de la persona afectada.”*

#### B. Sanciones propiamente dichas

Otra de las características del sistema es el aumento exponencial y desproporcionado de las sanciones. En este sentido, en el conjunto de las leyes observamos una tendencia al aumento desproporcionado de los tipos sancionados, así como de los montos de las multas y términos de las penas privativas de libertad. La variedad de tipos es tan amplia que resulta prácticamente imposible hacer un esbozo de la cantidad de situaciones sancionables.

Resalta, sin embargo, el hecho del aumento casi exorbitante de las sanciones administrativas el ámbito de la LPDPABS, cuyos montos van, en casi todos los casos, de 100 a 5.000 Unidades Tributarias, con una media de 2.550 Unidades Tributarias. A esto se agrega el aumento de las penas por especulación, acaparamiento, boicot, alteración fraudulenta de precios, alteración fraudulenta de condiciones de oferta y demanda, contrabando de extracción, usura, y otros delitos (art. 137 ss.).

Pero lo más preocupante es que algunos de los nuevos tipos de ilícitos administrativos y penales, particularmente en materia de la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Alimentaria se refieren a nuevas obligaciones de información a la administración pública y demás órganos de supervisión, la presentación de reportes de actividades, la falta de inscripción en diversos registros que pueden ser libremente creados por el Ejecutivo, y la falta de apoyo a las inspecciones y fiscalizaciones. Asimismo, resalta en este ámbito el establecimiento de órdenes priorizadas de colocación de alimentos, cuyo incumplimiento es sancionado gravemente. (LOSSA, art. 113 ss.).

## II. PRINCIPALES RESTRICCIONES APLICABLES A LOS INTEGRANTES DE LA CADENA DE PRODUCCIÓN-DISTRIBUCIÓN QUE REALIZAN ACTIVIDADES EN ÁMBITOS ESPECÍFICOS

### 1. El ámbito de los alimentos

Hasta ahora hemos hablado principalmente de las disposiciones que limitan la libertad contractual a los integrantes de la cadena de producción-distribución de bienes y servicios en general. Estas restricciones son aún más graves e importantes en el caso de que el agente económico se ubique en alguna de las actividades relacionadas con los alimentos. De conformidad con el artículo 2º de la LOSSA, el citado decreto *“rige todas las actividades ejecutadas en el territorio nacional, relacionadas con la garantía de seguridad y soberanía agroalimentaria, tales como la producción, el intercambio, distribución, comercialización, almacenamiento, importación, exportación, regulación y control de alimentos, productos y servicios agrícolas, así como de los insumos necesarios para su producción”*. Igualmente quedan sometidos a este decreto las actividades agroforestales y las agrícolas que no tengan por objeto la alimentación, sin perjuicio de la aplicación de otras leyes.

En este sentido, se declaran de utilidad pública e interés social todos los bienes que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno a alimentos, cualquiera sea su tipo (art. 3°).

La primera restricción que más resalta en esta ley, es la subordinación del lucro al interés general, particularmente en el área agroalimentaria, dando prioridad al derecho a la alimentación sobre un comportamiento indiscriminado en el intercambio “*priorizando el comercio y las grandes ganancias encima del derecho fundamental a la alimentación*” (LOSSA, art. 14). A ello se agrega la incorporación del trueque y la moneda comunal, como formas alternas de intercambio (LOSSA, art. 39, LFEP, art. 26 a 29).

Entre los deberes de “responsabilidad social” de todos los agentes económicos que desarrollan su actividad en el ámbito agroalimentario, entendido en el sentido amplio de la palabra, se encuentran algunos que limitan francamente el principio de la autonomía de la voluntad contractual. Particularmente los que se encuentran en el artículo 19 de la LOSSA, que obliga, entre otras cosas, a garantizar el suministro preferente a las industrias nacionales (numeral 3), a establecer “precios de interés social” (numeral 6) y a asegurar la colocación o arribe y el privilegio de la adquisición de la producción agrícola nacional (numerales 2 y 5).

## 2. *El ámbito de las PYMES*

A lo anterior debemos agregar la supervisión y control de las actividades de la pequeña y mediana industria. Bajo la LPPYMEUPS, se establece una definición amplísima de Pequeña y Mediana Industria, como aquellas unidades organizadas jurídicamente con la finalidad de desarrollar un modelo económico productivo mediante actividades de transformación de materias prima en insumos, en bienes industriales elaborados o semielaborados, dirigidas a satisfacer las necesidades de la comunidad, siempre que tengan una nómina de hasta 50 trabajadores y una facturación anual de hasta 100.000 Unidades Tributarias, para las pequeñas industrias; y de hasta 100 trabajadores y una facturación anual de hasta 250.000 Unidades Tributarias, para las medianas industrias. Para que estas PYMES puedan formar parte de programas de financiamiento, reestructuración de deudas e incentivos a las inversiones deben responder a los siguientes criterios: (1) Su actividad debe estar enmarcada en el Plan Estratégico Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social, determinados por el Comité de Planificación, lo cual evidentemente limita el principio de la libertad contractual como condición para poder beneficiarse del régimen (art. 29). (2) Tienen una serie de deberes relacionados con la adopción de programas de alfabetización, de mejora de la calidad de vida de los trabajadores y trabajadoras, de incorporación de las comunidades en el desarrollo de los procesos productivos; y de fomento del trabajo cooperativo (art. 6). (3) Deben dirigir su producción prioritariamente hacia el mercado interno (art. 6.13).

## 3. *El ámbito de las empresas de producción social*

Asimismo debemos tomar en consideración la incorporación de mecanismos de fomento y desarrollo de la economía popular que parecen solaparse con las Unidades de Producción Social. Uno de los aspectos que resultan poco claros, es la posible delimitación entre las actividades de las Unidades de Producción Social, por una parte, y las llamadas Organizaciones Socioprodutivas Comunitarias, por la otra.

En todo caso, estas últimas parecen estar confinadas a mecanismos productivos muy básicos, en los que los mecanismos de trueque previstos en el decreto-ley podrían tener alguna cabida marginal. Es digno de llamarnos la atención el hecho de que la Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular prevé la existencia de Empresas de Propiedad Social Directa o Comunal, en las que los medios de producción son propiedad de la colectividad; y las Empresas de Propiedad Social Indirecta, en las que la unidad productiva es ejercida por el

Estado a nombre de la comunidad, figuras de propiedad ésta previstas en el proyecto de reforma constitucional que fue rechazado en diciembre de 2008. En todos estos casos, el principio de la autonomía de la voluntad contractual se encuentra limitado de forma sensible.

### III. CONCLUSIÓN

La historia del derecho aplicable a las actividades económicas de producción-distribución de bienes y servicios puede ser dividido en dos partes: antes y después de la entrada en vigencia de los decretos leyes del 31 de julio de 2008. Con anterioridad a esa fecha, el principio de la autonomía de la voluntad contractual era la regla, limitada por algunas disposiciones de orden público bien precisas, y cuyo contenido había sido delineado nacional e internacionalmente por la doctrina y la jurisprudencia. Con posterioridad al 31 de julio de 2008, entramos en el ámbito de una economía altamente planificada, centralizada y controlada, en la cual el principio de la autonomía de la voluntad ha sido restringido no sólo a través de reglas de orden público prohibitivo e inductivo precisas –a las cuales se sabe a qué atenerse de manera racional y razonable- sino sobre todo, por referencia a conceptos meta-jurídicos de diferente índole y a nociones indeterminadas, que hacen casi imposible para un agente económico racional, saber qué tipo de reglas contractuales tradicionales entran en colisión con las disposiciones de orden público. El carácter vago, ambiguo y deficiente de las reglas crea una incertidumbre total en los agentes económicos, que disuade a las nuevas inversiones y eventualmente ahuyenta a los inversionistas nacionales y extranjeros en la realización de inversiones productivas, ya que nunca podrá saber a ciencia cierta si se encuentra o no en contradicción con las disposiciones de orden público. Si a ello se agrega el altísimo poder discrecional de los organismos públicos que parecen tener alguna competencia precisa, la ausencia de competencias claras para otros organismos, el solapamiento de competencias, la atribución de competencias administrativas a asociaciones de personas, la existencia de medidas de confiscación sin que exista el previo derecho a la defensa, y el incremento exponencial de las sanciones, tenemos un panorama altamente preocupante desde el punto de vista legal. Esperemos que la *sindéresis* de los distintos organismos prive, para evitar la total destrucción del aparato productivo que aún existe.



# *Comentarios en cuanto a los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto N° 6.092 con rango valor y fuerza de Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

*Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Central de Venezuela (U.C.V.)  
y de Prácticas de Derecho Administrativo (UCAB)*

El Decreto Ley 6.092<sup>1</sup>, Valor y Fuerza de Ley tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, estableciendo los ilícitos administrativos, procedimientos y sanciones; los delitos y su penalización, el resarcimiento de los daños sufridos, así como regular su aplicación por parte del Poder Público, con la participación activa y protagónica de las comunidades constituye su fundamento Constitucional el artículo 117 de La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 según el cual:

“Todas las Personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como 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 derecho, las normas de control y calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y sanciones por la violación de estos derechos” (subrayado nuestro)

## I. ANTECEDENTES:

a) Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (*Gaceta Oficial* N° 37.930 del 4 de mayo de 2004) derogada por el decreto ley en comentario:

Objeto: Defensa, Protección y Salvaguarda de los derechos de los consumidores y usuarios; Así como, establecer los ilícitos administrativos y penales y los procedimientos para el resarcimiento de los daños a quienes violenten los derechos a los consumidores y usuarios. (Art. 1 de dicha ley derogada).

b) El Decreto 5.197 con rango, valor y fuerza de ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot, y cualquier otra conducta que afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Declarados de Primera Necesidad o sometidos al control de Precios (publicado en *Gaceta Oficial* N° 38.629 de fecha 21 de Febrero de 2007 y posteriormente reformado por Decreto N° 5.835 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.862 del 31 de Enero de 2008 derogada).

---

1 G.O. N° Extraordinario 5.889 de 31 de julio de 2008.

Objeto: Tenía por objeto establecer las acciones contra el acaparamiento, la especulación y el Boicot que afecte el consumo de alimentos o productos sometidos a control de precios.

Así el presente decreto funde en una sola norma la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y el Decreto Ley de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometido a control de precios.

## II. MATERIA DE ORDEN PÚBLICO

Se establece en su artículo 2 que las disposiciones del presente decreto son de orden público e irrenunciable por las partes.

Las operaciones económicas dentro de los sujetos definidos en el Decreto, que sean de su interés particular y en las que no esté afectado el interés colectivo podrán ser objeto de conciliaciones o arreglos amistosos.

## III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DECRETO N° 6.092

Quedan sujetos a las disposiciones de este decreto todos los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes y servicios, y las personas organizadas o no, así como entre éstas, relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios prestados por entes públicos o privados y cualquier otro negocio de interés económico, así como, los actos o conductas de acaparamiento, especulación, boicot y cualquier otra que afecte el acceso a los alimentos o bienes declarados o no de primera necesidad, por parte de cualquiera de los sujetos económicos de la cadena de distribución, producción y consumo de bienes y servicios, desde la importadora, la almacenadora, el transportista, la productora, fabricante, distribuidor, mayorista y detallista (Art. 3).

De allí pues, desde nuestra perspectiva el decreto amplía el ámbito de aplicación con respecto a la ley y decretos derogados, ya que no sólo protege a los consumidores (persona que adquiera o utilice un bien como destinatario final) o usuarios (persona que utiliza o disfruta de un servicio como destinatario final)<sup>2</sup>, sino que ahora se regula todo acto jurídico celebrado entre proveedores de bienes y servicios y las personas organizadas o no, ya sean éstas o no destinatarios finales en cuanto a la adquisición de un bien o utilización de un servicio. En efecto, el artículo primero del decreto establece que el decreto tiene por objeto la defensa y protección de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios no limitándolo al consumidor u usuario. Esta ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley es reforzada por el artículo 4 que prevé que se considera proveedor:

“Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades en la cadena de distribución, producción y consumo, sean estos importadora o importador, productoras o productores, fabricantes, distribuidoras o distribuidores, comercializadoras o comercializadores, mayoristas o detallistas de bienes o prestadores de servicios”. En contraste, la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario establecía en su artículo 4 como proveedor:

---

2 Véase artículo 4 de la derogada ley de Protección al consumidor y al usuario y obsérvese el contraste con el decreto en estudio en cuanto a las a las definiciones de Consumidor, Usuario y Proveedor.

Todas aquellas personas que desarrollen actividades de producción, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a los consumidores y usuarios, (entendiéndose estos últimos como los destinatarios finales de bienes o servicios). Mas aun, la ley derogada establecía que las personas naturales o jurídicas que, sin ser destinatarios finales, adquiriesen, almacenasen, usaren, o consumiesen bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización, no tenían el carácter de consumidores y usuarios y en consecuencia no les era aplicable la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Asimismo, en diversos casos llevados por ante el antiguo Instituto Nacional de Protección al Consumidor y al Usuario cuando no se afectaban los derechos e intereses del consumidor ni del usuario o no estaban envueltos consumidores o destinatarios finales se planteaba que el Instituto era incompetente para conocer de dichos casos, ya que, al estar afectados otras personas de la cadena se escapaba del ámbito de aplicación de la derogada ley y del marco de competencia del antiguo Instituto pudiéndole corresponder el conocimiento del asunto a otras autoridades administrativas, como por ejemplo, La Superintendencia para Promover y Proteger el ejercicio de la libre competencia. Es quizás por ello que la exposición de motivos del decreto bajo análisis señala”.

“Se amplía el ámbito de su competencia, incluyéndose como sujetos de la ley a toda persona natural o jurídica que intervienen en la cadena de distribución, producción y consumo, tales como importadoras y importadores, productoras y productores, fabricantes, distribuidores y comercializadores, haciéndolos responsables directa y solidariamente cuando sus conductas o actos afecten o vulneren los derechos de las personas”.

De allí pues, conforme a lo previsto en el Decreto 6092 en sus artículo 1, 3 y 4 se amplía el ámbito de aplicación del decreto a todos los actos jurídicos celebrados entre proveedores y personas organizadas o no en todo lo largo de la cadena de producción, distribución y consumo.

Asímismo, quedan sujetos a las disposiciones del Decreto 6092 los actos o conductas de acaparamiento, especulación, boicot y cualquier otra conducta que afecte el acceso a alimentos o bienes declarados o no de primera necesidad<sup>3</sup>, por parte de cualquiera de los sujetos económicos de la cadena de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, desde la importadora o el importador, la almacenadora o el almacenador, el transportista, la productora o el productor, fabricante, la distribuidora o el distribuidor y la comercializadora o el comercializador. Así, otra ampliación que se precisa con este decreto con respecto al derogado decreto de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el, Boicot, es que consistía en conductas que afectasen a los alimentos o a bienes declarados de primera necesidad o sometidos al control de precios, mientras que según el vigente decreto pueden ser conductas que afecten el acceso a los alimentos o a bienes declarados o no de primera necesidad. Por tanto, puede aplicarse el decreto para productos que no hayan sido declarados como de primera necesidad, sin embargo –como lo hemos destacado -a los efectos de la imposición de sanciones administrativa o penales si se precisa que sean bienes declarados de primera necesidad en la mayoría de los supuestos.

---

3 Cabe destacar que en la definición de los tipos administrativos de acaparamiento, especulación, boicot (artículos 64,65, 66 y 67) se prevé que sean productos de primera necesidad, asímismo tanto para la definición de los delitos y tipos penales (Art. 137 especulación, 139 acaparamiento, 130 boicot), se requiere igualmente que sean bienes de primera necesidad. De allí pues, que para la imposición de sanciones administrativas o penas privativas de libertad se exige que se trate de bienes de primera necesidad.

#### IV. SON DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL Y EXPOSICIÓN

Todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad.

El Ejecutivo Nacional podrá iniciar la expropiación de los *bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de éste decreto*, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional<sup>4</sup>; Desde nuestra perspectiva, este tercer párrafo del artículo 5 del Decreto Ley que establece la posibilidad de un procedimiento de expropiación sobre los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de este decreto, es inconstitucional, ya que desconoce una de las fases del procedimiento de expropiación como lo constituye la intervención del Poder Legislativo a través de la Asamblea Nacional con la declaratoria de utilidad pública y social de determinados bienes. Por tanto, el hecho que mediante este artículo se permita realizar expropiación sin la garantía de intervención de la Asamblea Nacional, se vulnera lo establecido en el artículo 115 de la Constitución Vigente que establece que: Sólo por causa de Utilidad pública e interés social podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes (Garantía Legislativa). En efecto, la garantía del derecho de propiedad y la posible lesión producida a ese derecho, hace que el constituyente exija la intervención de los tres poderes del Estado en dicho procedimiento. En efecto, la intervención del poder legislativo al declarar la utilidad pública o el interés social, la intervención del poder ejecutivo mediante el decreto de expropiación que determine cuales bienes van a ser expropiados para alcanzar los fines de utilidad pública o interés social que la ley establece y, muy importante, la intervención del poder judicial como garantía judicial necesaria frente a la lesión del derecho particular, por ello la administración no puede simplemente apoderarse de los bienes de los particulares sino que debe acudir por ante el juez competente para solicitar la expropiación o traslado forzoso de la propiedad de determinados bienes del particular.<sup>5</sup>

- *Servicios públicos esenciales:*

Conforme al artículo 6 del Decreto Ley en comentario, las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos declarados de primera necesidad son servicios esenciales por cuanto satisfacen necesidades de interés colectivo que atienden al derecho a la vida y a la seguridad del Estado.

- 
- 4 Entendemos que los bienes que pudiesen ser objeto de una expropiación sin declaratoria de utilidad pública y social por la Asamblea Nacional serían única y exclusivamente aquellos necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, distribución de bienes y servicios declarados de primera necesidad. Claro está que esto puede ser objeto de discusión ya que habría que determinar cuáles son los bienes necesarios para la realización de dichas actividades que puedan ser expropiados con la mera declaratoria de utilidad pública y social realizada en el Decreto Ley. Dicha determinación de los bienes necesarios para las actividades señaladas corresponde en nuestra opinión a un concepto jurídico indeterminado que responde a una única solución justa y que si la administración yerra en dicha decisión, la misma puede ser objeto de control contencioso administrativo, ya que, el concepto de utilidad pública dado por el Decreto Ley es sólo para los bienes necesarios para la realización de las actividades descritas y no comprende otros, los cuales requerirán de una declaratoria de utilidad pública por parte de la Asamblea Nacional.
- 5 Véase José, Araujo Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 280; Allan Brewer Carías, *Urbanismo y Propiedad Privada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 412. Véase Sentencia de 15 de Agosto de 1988, Caso *Ampliación de la Comandancia de las Fuerzas Armadas de Cooperación. CPCA*.



Así las cosas, lo que hasta el presente eran actividades privadas regidas por el derecho privado con algunas regulaciones de carácter público, ahora pasan a tener un régimen que participa de las características aplicables a los servicios públicos. En efecto, estos servicios esenciales deben prestarse en forma continua, regular, eficaz, eficiente, interrumpida en atención a las necesidades colectivas. Por tanto, el decreto equipara actividades que hasta la fecha son de índole privada o de ejercicio de un ámbito privado a las características de los servicios públicos. De tal manera que, cuando no se preste el servicio en tales condiciones el órgano competente podrá tomar las medidas necesarias para garantizar la efectiva prestación del servicio. Esto puede derivar en una “Intervención Administrativa” lo cual, sin duda, constituye una severa restricción al derecho de libertad económica en cuanto al ejercicio de las actividades económicas de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos declarados de primera necesidad; mas aun cuando será determinado por la administración en que casos estos servicios esenciales no sean prestados de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida

## VI. DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

El Decreto 6.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios introduce -desde nuestra perspectiva- unos cambios fundamentales con respecto al procedimiento administrativo. En efecto, de conformidad con el decreto ley su título V establece: “de los Procedimientos administrativos”, incluyéndose: i) el procedimiento de fiscalización (capítulo II), ii) El Mecanismo alterno de resolución de conflictos (capítulo III), y iii) el procedimiento sancionatorio (capítulo IV). Este cambio relevante desde el punto de vista adjetivo implica con respecto a la anterior Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que ahora se prevé un procedimiento de fiscalización- en el cual pueden dictarse medidas preventivas- con anterioridad incluso al inicio del procedimiento sancionatorio propiamente dicho.

El Artículo 107 establece que los procedimientos contemplados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se rigen, entre otros, por los siguientes principios:

1. Publicidad: Las interesadas o interesados y sus representantes tienen el derecho a transcribir, leer o fotocopiar, cualquier documento contenido en el expediente, así como solicitar certificación del mismo.
2. Dirección e impulso de oficio: La funcionaria o el funcionario que sustancia y dirige el proceso debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión.
3. Primacía de la realidad: La funcionaria o el funcionario debe orientar su actividad en la búsqueda de la verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance. En sus decisiones prevalecerá la realidad sobre las formas y apariencias.
4. Libertad probatoria: En el procedimiento pueden emplearse cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley o que resulte manifiestamente impertinente.
5. Notificación única: Realizada la notificación del interesado o interesada queda a derecho, sin necesidad de nueva notificación para ningún otro acto del procedimiento, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

### - *Legislación Supletoria*

Asimismo se establece como legislación supletoria para todo lo no previsto en la presente Ley se aplicará las normas de la Ley que rige de manera general los procedimientos administrativos (Art. 108).

### 1. *Procedimiento de Fiscalización*

Se consagra que los funcionarios autorizados por el Instituto para la Defensa de las Personas en el acceso a los bienes y servicios (Art. 109 y siguientes) disponen de amplias facultades de fiscalización para comprobar y exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones previsto en este decreto 6.092

Se establece dentro de estas facultades de fiscalización:

1. Practicar fiscalizaciones en los establecimientos o lugares dedicados a la actividad económica de bienes de cualquiera de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, así como los destinados a la prestación de servicios, en los recintos aduanales y almacenes privados de acopio de bienes, sean éstas de oficio o por denuncia.

Se hace patente la ampliación del ámbito de aplicación de la ley (previsto en el Art. 3) al establecer que las fiscalizaciones se pueden verificar en los establecimientos de cualquiera de los sujetos de la cadena (producción, distribución y consumo), así como en los recintos aduanales y almacenes privados de acopio de bienes. En efecto, una de las principales modificaciones del decreto ley la constituye el ampliar el ámbito de aplicación a todos aquellos actos o conductas que afecten el derecho de las personas al acceso a los alimentos o bienes declarados o no de primera necesidad, por parte de los sujetos económicos de la cadena de distribución, producción y consumo de bienes y servicios, desde el importador, la almacenadora, el transportista; o desde el productor, fabricante, distribuidor, comercializador mayorista y detallista. Por tanto, el decreto ley no sólo tiene como objeto la defensa y protección de los consumidores como último destinatario en la cadena de producción y comercialización (como en la ley derogada de Protección al Consumidor y al Usuario), sino que tiene como objeto la defensa y salvaguarda de los intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades pudiendo incidir su regulación aguas arriba tanto desde el fabricante o importador, pasando por los transportistas y almacenadoras y por los canales de distribución hasta el detallista y la persona que adquiera el bien o sea usuario de un servicio.

2. Exigir a cualquiera de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo la exhibición de su contabilidad y demás documentos relacionados con su actividad, así como que proporcionen los datos o informaciones que se le requieran con carácter individual o general.

3. Requerir a los sujetos de la cadena de producción distribución y consumo o terceros, que comparezcan ante sus oficinas a dar contestación a las preguntas que se le formulen o a reconocer firmas, documentos o bienes, si fuere el caso.

4. Practicar avalúo, para lo cual, el Instituto, contará con un equipo de expertos para realizar tal actividad, de conformidad con la normativa que regula la materia.

5. Practicar la verificación física de toda clase de bienes, incluso durante su transporte, en cualquier lugar del territorio de la República.

6. Solicitar a las funcionarias o los funcionarios o empleadas o empleados públicos, los informes y datos que posean con motivos de sus funciones, en ocasión a los procedimientos relacionados con el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, salvo lo previsto en leyes especiales.

7. Requerir copia de la totalidad o parte de los soportes magnéticos, así como de la información de los documentos revisados durante la fiscalización sin importar que el procesamiento de datos se desarrolle a través de equipos propios o arrendados o que el servicio sea prestado por un tercero.

8. Requerir informaciones de terceros relacionados con los hechos objeto de la fiscalización, que en el ejercicio de sus actividades hayan contribuido a realizar o hayan debido conocer.

9. Practicar fiscalizaciones en los medios de transporte ocupados o utilizados por cualquier título, por cualquiera de los sujetos de la cadena de producción o consumo a cualquier hora habilitándose el tiempo que fuere menester para practicarlas.

10. Requerir el auxilio de cualquier fuerza pública cuando hubiere impedimento en el desempeño de sus funciones y ello fuere necesario para el ejercicio de las facultades de fiscalización.

11. Dejar constancia de los documentos revisados durante la fiscalización, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares y requerir las copias o retener los que considere necesario a objeto de sustanciar el respectivo expediente.

12. Adoptar las medidas necesarias para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación que se exija, incluidos los registrados en medio magnéticos, o similares, así como de cualquier otro documento de prueba relevante cuando se encuentre éste en poder del fiscalizado.

Es claro como se amplía y aumentan durante el procedimiento de fiscalización las facultades del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, asemejándola a las amplias facultades de fiscalización de las autoridades tributarias (ver las facultades de Fiscalización y determinación establecidas para la Administración Tributaria en los artículos 127 y siguientes del Código Orgánico Tributario)<sup>6</sup>, a los efectos de comprobar y exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones previstos en el decreto ley. Cabe destacar que estas Facultades de Fiscalización a pesar de la amplitud prevista en el decreto no pueden vulnerar los derechos constitucionales de los ciudadanos, así como debe regirse por los principios del derecho administrativo previstos en leyes administrativas de nuestro derecho positivo como lo constituyen, entre otras, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en la Ley Orgánica de Administración Pública. En dichas fiscalizaciones debe actuar el Órgano competente como lo es el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios (INDEPABIS). Asimismo, dicho funcionario debe estar debidamente autorizado y a los efectos de realizar la respectiva fiscalización debe presentar la misma para que el procedimiento administrativo de fiscalización se inicie validamente, de lo contrario el procedimiento estará viciado. La autorización debe ser realizada por escrito y sólo habilita para actuar a los funcionarios que hayan sido previamente designados en la misma. Dicha autorización debe ser emitida por un funcionario competente caso contrario la referida autorización carece de validez y no podría verificarse la fiscalización o de verificarse existiría un vicio en el acto que da inicio al procedimiento y que implicaría la nulidad absoluta de las actuaciones siguientes al faltar un trámite esencial para la realización del procedimiento (condición o nexo de validez) de conformidad con el artículo 19 numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos .

Analizamos de seguidas algunos límites a esas facultades de fiscalización, en cuanto a la exigibilidad a cualquiera de los sujetos de la cadena de producción, distribución y consumo, de la exhibición de su contabilidad y demás documentos (Art. 109 num. 2) se precisa que

---

6 Consúltense en cuanto a la defensa del contribuyente Frente a la Fiscalización a Luis Fraga Pittaluga, *La Defensa del Contribuyente Frente a la Administración Tributaria*, Ediciones FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 25 y ss

dichos documentos deben tener conexidad o relación con la actividad principal del sujeto fiscalizado y relacionada con la supuesta infracción cometida. En efecto, si se trata de un procedimiento de fiscalización por supuestas infracciones al decreto ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios debe existir una necesaria conexidad o relación entre los documentos cuya exhibición se solicite y la supuesta infracción cometida. En todo caso en relación a la exhibición de documentos se encuentran los derechos constitucionales que constituyen límites frente a potestades administrativas como por ejemplo el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas establecido en el artículo 48 de la constitución vigente. Dicho artículo prevé asimismo, que las comunicaciones privadas “no podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso”<sup>7</sup>.

En relación al numeral 3 del artículo 109 relacionado con la orden de comparecencia a los sujetos de la cadena de producción, distribución y consumo, así como a terceros para responder preguntas o a reconocer firmas, documentos o bienes si fuere el caso, dicha comparecencia puede cumplirse a través de la persona natural directamente o a través de sus representantes o apoderados o en el caso de la persona jurídica a través de sus ejecutivos o representantes legales de la empresa o apoderados. En este supuesto se precisa igualmente que la información requerida esté relacionada con el cumplimiento de las obligaciones prevista en el decreto ley en comentario. De tal manera que debe ser información relacionada y pertinente para el procedimiento, pudiendo la administración determinar discrecionalmente su pertinencia pero siempre estando dicha discrecionalidad sometida a los límites establecidos en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, esto es la debida proporcionalidad y adecuación con los supuesto de hecho y con los fines de la norma.

En relación con la comparecencia de terceros obviamente debe estar apegada al objeto de la fiscalización y se debe privilegiar la información proveniente de los sujetos de la cadena de producción, distribución y consumo. En materia tributaria se ha señalado en cuanto a los deberes de información de los terceros que estos está obligados a suministrar la información a la Administración Tributaria sólo: i) cuando haya resulta infructuoso el despliegue de la función inspectora sobre el sujeto pasivo del tributo; ii) cuando se desconozca la identidad de los sujetos que han realizado determinadas operaciones; y iii) exista la fundada presunción de que será inoperante exigir la información al propio sujeto que se investiga”<sup>8</sup>.

A. *Facultades de fiscalización del Comité de Contraloría Social para el abastecimiento*

El decreto en comentario prevé un capítulo en su título III sobre la Organización y Participación Popular, denominador común éste, por cierto, dentro de los 26 decretos leyes dictados por el Ejecutivo en Julio de 2008, y cuyo vehículo de participación se realiza a través de los consejos Comunales. En efecto, se establece en el artículo 91 que los Consejos Comunales a través de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento, constituyen una instancia de participación responsable de promover en la comunidad la defensa de sus derechos e intereses económicos y sociales, siendo la instancia para velar por el control, monito-

7 Véase en este sentido al Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones publicada en la G.O.N° 34.863 de 16-12-1991.

8 P.M. Herrera Molina, *La potestad de información tributaria sobre terceros*, La Ley, Madrid 1993, pp.43 y 44 citado por Luis Fraga Pittaluga, *La defensa del Contribuyente Frente a la Administración Tributaria*, p. 22.

reo, verificación, vigilancia relativa al abastecimiento de bienes y servicios de primera necesidad y de cualquier otra naturaleza de interés colectivo en toda la cadena de producción, distribución y consumo.

Ahora bien, el decreto establece asimismo que el Comité de Contraloría Social para el Abastecimiento, una vez realizada la fiscalización y verificada la infracción, levantará un acta suscrita por al menos tres de los cinco miembros del Comité dejando fiel constancia de los hechos, que deberá ser remitida de inmediato al órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional a objeto de que analice el caso y de ser procedente imponga las medidas preventivas y se inicie el procedimiento administrativo sancionatorio.

De allí pues, que de conformidad con el artículo 92 del decreto los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento tienen facultades para fiscalizar pudiendo verificar infracciones y de levantar acta dejando constancia de los hechos y remitirla al órgano competente para que decida si impone una medida preventiva y si se abre un procedimiento administrativo sancionatorio. Así los comités de Contraloría social de Abastecimiento participan de funciones administrativas y realizan actividades administrativas propias de la administración, habilitándolo el artículo 92 del Decreto para ello.

#### B. *Supuestos para la procedencia de medidas preventivas:*

El decreto ley prevé además dentro de este procedimiento de fiscalización- anterior a la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio- que los funcionarios disponen de amplias facultades para proceder a dictar medidas preventivas y se establece un listado o catálogo de situaciones en las cuales puede dictarse dichas medidas (Art. 110 del Decreto). Esta disposición no estaba prevista en la derogada ley de Protección al Consumidor y al Usuario la cual no establecía medidas preventivas antes del procedimiento administrativo “especial” o sancionatorio. La derogada ley establecía la posibilidad de la realización de inspecciones en los centros de producción, en los establecimientos dedicados a la comercialización de bienes o a la prestación de servicios, en los recintos aduanales y almacenes privados de acopio de bienes, debiéndose levantar un acta en la cual se hiciera constar todos los hechos relacionados con la presunta infracción debiéndose remitir a la Sala de Conciliación y Arbitraje el acta de inspección dándose así inicio a la fase conciliatoria. En estos casos quedó proscrito por la jurisprudencia- como se señala en este trabajo- la imposición de sanciones en el curso de procedimientos de inspección y fiscalización realizados de manera autónoma y sin la tramitación de un procedimiento administrativo previo.

El artículo 110 del vigente decreto ley establece como supuestos de procedencia para las medidas preventivas:

1. Cuando él o los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, prestadores de servicios, o terceros responsables presuntamente hubieren omitido realizar cualquier actividad para el normal desenvolvimiento de su proceso, en cualquiera de las fases producción, fabricación, importación, nacionalización, acopio, transporte, distribución, comercialización y ejecución. (subrayado Nuestro)

Se destaca la amplitud de la primera situación que puede ser empleada como fundamento para el dictado de una medida preventiva, lo cual- desde nuestra perspectiva- vulnera el principio de *tipicidad administrativa*, ya que puede ser impuesta una medida preventiva que limite el derecho de libertad económica (verbigracia), de un agente económico, en base a un supuesto general o amplio -en blanco- que no cumple con los extremos de especificar cual es exactamente el supuesto normativo que se viola. Lo amplio o inespecífico de este primer supuesto se puede sistematizar en estas tres observaciones:

i) Se refiere a una *presunción*: De tal manera que la administración en base al supuesto normativo en análisis no parte de un hecho o de un cúmulo de indicios sino basta partir del supuesto de una *presunción*- que puede admitir prueba en contrario- pero que, sin embargo, sirva de fundamento para limitar derechos económicos mediante, por ejemplo: la toma de los bienes y utilización de los respectivos medios de transporte de una empresa (Art. 111 núm. 2) o la ocupación y operatividad temporal de un establecimiento (Art.111 num. 4).

ii) En segundo lugar, el numeral 1 del Art. 110 se refiere a cuando los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo o prestadores de servicios *omitán cualquier actividad para el normal desenvolvimiento de su proceso, en cualquiera de las fases de producción, fabricación, importación, nacionalización, acopio, transporte, distribución, comercialización y ejecución*. Así las cosas, a un agente económico se le puede imponer una medida preventiva de toma de posesión de sus bienes o de ocupación temporal lesionando sus derechos constitucionales de naturaleza económica en base a un tipo abierto, indefinido, que degrada el principio de tipicidad administrativa por “*presuntamente haber omitido cualquier actividad para el normal desenvolvimiento de su proceso en cualquiera de las fases de la actividad económica*”. Es claro lo indeterminado del supuesto de base para la procedencia de la medida ya que no se especifica o determina cual es la supuesta omisión, que norma prevé o establece la exigibilidad de dicha actividad presuntamente omitida.

iii) Tampoco prevé el supuesto base para la procedencia de la medida preventiva, en que fase de la actividad económica debe producirse la supuesta omisión. De tal manera que, se prevé un tipo amplio, según el cual la omisión, ni puede producirse en cualquiera de las fases de producción, fabricación, importación, nacionalización, acopio, transporte, distribución, comercialización y ejecución.

De tal manera que, en nuestra opinión, se vulnera el principio de tipicidad administrativa derivado del principio de legalidad administrativa (artículo 137 de la Constitución vigente) y expresión exacerbada del mismo, en materia de sanciones administrativas; así no es suficiente que la administración esté facultada por la ley para dictar una medida preventiva “sancionatoria” sino que se hace exigible que la norma cumpla con el principio de *tipicidad exhaustiva*, que se describa con detalle el ilícito y la medida que se impondrá. En el presente caso no se describe con exhaustividad el ilícito sino que se refiere a que se “*hubiere omitido realizar cualquier actividad para el normal desenvolvimiento de su proceso, en cualquiera de las fases del proceso productivo, de transporte o comercialización*”

2. Cuando el requerido conforme a la ley, no exhiba los libros y documentos pertinentes o no aporte los elementos necesarios para efectuar la fiscalización.

3. Cuando la declaración de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, de los prestadores de servicios, o terceros responsables, no estén respaldadas por los documentos, contabilidad u otros medios que permitan conocer los antecedentes así como el monto de las operaciones que deban servir para la determinación de su contabilidad.

4. Se opongan u obstaculicen el acceso a los locales, oficinas o lugares donde deban iniciarse o desarrollarse las facultades de fiscalización, de manera que imposibiliten el conocimiento cierto de las operaciones que allí se realicen.

5. Lleven dos o más sistemas de contabilidad con distinto contenido.

6. No presenten los libros y registros de la contabilidad, la documentación comprobatoria o no proporcionen las informaciones relativas a las operaciones registradas.

7. Omisión del registro de operaciones o presunta alteración de ingresos, costos y deducciones.

8. Registro de compras, que no cuenten con los soportes respectivos.

9. Omisión o presunta alteración en los registros de existencias que deban figurar en los inventarios, o registren dichas existencias a precios distintos a los de costo.

10. No cumplan con las obligaciones sobre valoración de inventarios o no establezcan mecanismos de control de los mismos.

11. Se adviertan presuntas irregularidades que imposibiliten el conocimiento cierto de las operaciones, las cuales deberán justificarse razonadamente.

Debemos destacar que estos supuestos de procedencia para la imposición de medidas preventivas otorgan una gran discrecionalidad administrativa a los funcionarios del INDEPABIS para su establecimiento, así como para decidir que tipo de medida preventiva se toma de acuerdo con lo previsto en el artículo 111. En efecto, el funcionario deberá dado uno de los supuestos para la procedencia de una medida, tomar un tipo de medida preventiva que se corresponda de manera racional y proporcional (Art. 12 de la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Lo contrario constituye un exceso de poder que limita los derechos económicos de los agentes económicos. Por ejemplo: frente a una supuesta falta de soportes de registro de compras (Art. 110 núm. 8) no podría imponerse la ocupación y operatividad temporal del establecimiento por parte del órgano competente del Ejecutivo Nacional (Art. 111 núm. 4).

De allí pues, para la correspondencia entre los supuestos de procedencia de las medidas y el tipo de medida a imponer y dado que la ley no establece dicha relación o correspondencia salvo para los casos de incursión en especulación, acaparamiento, boicot o prohibición de bienes y alimentos vencidos (Art. 64, 65, 66, 67 y 68), debe tomarse en cuenta los principios y límites de la discrecionalidad administrativa, entre otros la racionalidad y proporcionalidad entre la medida impuesta y el supuesto de procedencia.

No obstante, lo que observamos y destacamos como más grave y lacerante para los derechos económicos de las personas jurídicas, empresas y agentes económicos, es que se imponga una medida preventiva como veremos de seguida en base a una mera presunción e incluso antes de haber dado inicio al procedimiento administrativo sancionatorio.

Otro aspecto que nos parece limitante de los derechos de los ciudadanos que sean objeto de las medidas preventivas, lo constituye los extremos que prevé el decreto ley para el otorgamiento de una medida preventiva, lo cual ya había sido previsto en el artículo 12 del Decreto de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los Alimentos o productos declarados de primera necesidad o sometidos al control de precios (*Gaceta Oficial* N° 38.862 de fecha 31 de Enero de 2008).

A los efectos del último aparte del artículo 110 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los extremos o requisitos para dictar una medida preventiva son los siguientes:

i) El peligro del daño, como requisito para adoptar la medida preventiva viene dado por el interés colectivo de satisfacer el derecho a disponer de los bienes y servicios de calidad de manera oportuna.

ii) La presunción de buen derecho se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz.

Así las cosas, los extremos exigidos tradicionalmente para el dictado de una medida cautelar o de suspensión de efectos de los actos administrativos, como lo constituyen el *fumus bonis juris* o el humo de buen derecho para dictarse la medida (como medida ajustada a derecho), así como el *periculum in mora* o esto es el peligro en el retardo en la ejecución del fallo o que la decisión quede ilusoria, extremos exigidos por la antigua ley de la Corte Suprema de Justicia (Art. 136) o por la vigente la el Código de Procedimiento Civil (artículo 585), la ley del Tribunal Supremo (Art.19 párrafo 11) o por la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art. 87) son ahora sustituidos a los efectos de dictar una medida preventiva en contra de personas naturales o jurídicas, por:

i) El interés colectivo de satisfacer el derecho a disponer de los bienes y servicios de calidad de manera oportuna (peligro del daño) y

ii) La presunción de buen derecho que se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz.

De tal manera que son requisitos generales y abstractos, que vienen dados por la ley y la definición prevista en ella; y que una vez que la administración decida iniciar un procedimiento administrativo de fiscalización, será cuesta arriba sostener que estos extremos no están dados en criterio de la administración, lo cual sin duda constituye una lesión al derecho a la defensa y al debido proceso de los administrados previstos en el artículo 49 de la Constitución vigente así como a la presunción de inocencia previsto en el mencionado artículo 49. Ordinal 2, ya que no bien iniciado un procedimiento administrativo de fiscalización por la administración ésta pudiese considerar que se han cumplido los extremos consagrados en el último aparte del Art. 110. En efecto, de conformidad con el artículo 49. Numeral 2 de la Constitución vigente “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”. Este derecho a la presunción de inocencia implica que la administración, en el ejercicio de la potestad sancionatoria, no pueda prejuzgar o determinar anticipadamente la culpabilidad de la persona investigada. De allí pues “se vulnera la presunción de inocencia cuando la autoridad administrativa antes de concluir el procedimiento administrativo sancionatorio, se pronuncia en términos definitivos sobre la culpabilidad de los indiciados” (Consúltase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 13 de agosto de 1996, Caso *Leopoldo Lares*; sentencia del 16 de marzo de 1998, caso *Edwin Arrieta* y *sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Político Administrativa de 1-12 -1994*, caso *Beba Flor Moran Marjal*)<sup>9</sup>.

En todo caso, y durante el lapso de oposición a la medida, corresponderá a la persona destinataria de la misma desvirtuar la presunción<sup>10</sup>, independientemente de que necesariamente se toque el fondo del asunto, señalando que no existe peligro de daño al interés colec-

---

9 Ver Badell, Grau & de Gracia: “Comentarios a la Nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario”, *Cuadernos Jurídicos*, Numero 9, Caracas, 2004 p.105 y ss.

10 Sostenemos que esta presunción no constituye una presunción *juris et de jure*, sino *juris tantum* que admite prueba en contrario, a pesar del aspecto principista contenido en ambos extremos sobre todo en cuanto a la presunción de buen derecho constituida por “el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz”. Esta última en efecto está dotada de un contenido axiológico o principista que es difícil que sea objeto de prueba, pero si puede ser objeto de prueba el peligro del daño- extremo éste - que puede no ser cumplido, demostrando que no se afecta el interés colectivo de disponer de bienes y servicios de calidad de manera oportuna.



tivo de satisfacer el derecho a disponer de los bienes y servicios de calidad de manera oportuna. Por ejemplo, en el supuesto caso de una comisión de una infracción por expendio de alimentos en mal estado (artículo 68 del Decreto Ley), si se demuestra con pruebas fehacientes (experticia por ejemplo) que los alimentos son susceptibles de ingesta por el ser humano, se desvirtúa el extremo del peligro en el daño ya que la colectividad tendrá acceso a bienes de calidad. De igual manera, en el caso de un supuesto acaparamiento, si se demuestra de manera fehaciente que no hay restricción de la oferta, de la circulación o distribución de un bien declarado de primera necesidad, se desvirtúa el extremo del peligro del daño en cuanto al interés colectivo de tener derecho a disponer de bienes de calidad de manera oportuna.

### C. Tipos de Medidas Preventivas

El decreto ley en comentario establece que durante el procedimiento administrativo de fiscalización pueden ser dictados los siguientes tipos de medidas preventivas<sup>11</sup>:

Artículo 111. Las medidas preventivas que podrán ser dictadas conforme al artículo 110 son las siguientes:

1. Aquéllas necesarias para impedir la presunta destrucción, desaparición o alteración de los bienes y de la documentación que se exija conforme las disposiciones de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, así como de cualquier otro elemento probatorio relevante para la determinación de los hechos investigados.

Se trata en el presente tipo de impedir que desaparezcan o sean destruidos documentos, medios magnéticos, que sean relevantes para la investigación o fiscalización, que se exigen por el presente decreto y que pueden constituir elementos probatorios relevantes para la determinación de los hechos.

2. Tomar posesión de los bienes y utilización de su respectivo medio de transporte, cuando se presuma fundadamente se haya incurrido en una conducta u omisión contrarias a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. En aquellos casos que se trate de bienes de primera necesidad el Instituto podrá poner los mismos a disposición de las personas, a través de los mecanismos que se consideren pertinentes. Cuando en la oportunidad pertinente no se constate de manera efectiva la conducta u omisión contraria al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se deberá indemnizar al particular afectado (subrayado nuestro).

Debemos destacar, así como se hizo para el caso de los supuestos que sirven de base para el dictado de las medidas preventivas, igualmente en este artículo sobre los tipos de medidas preventivas: i) se parte de una “presunción fundada”, de tal manera que el fundamento para imponer dicha medida no lo constituyen pruebas, sino una mera presunción *iuris tantum*, la cual luego- en el transcurso del procedimiento puede ser desvirtuada, mas, sin embargo, dicha presunción habilita a la administración a tomar posesión de los bienes y a la utilización de su respectivo medio de transporte.

11 Conforme a Rafael Ortiz Ortiz en “la Tutela Preventiva de la Administración Pública” en *Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani Temas de Derecho Administrativo*, Vol. II, p. 290 y ss. no es propio la referencia a medidas cautelares administrativas o la tutela cautelar administrativa, ya que “la cautela” es una manifestación preventiva de los órganos jurisdiccionales cuando su causa está en garantizar la “eficacia” de una sentencia o la “efectividad” del proceso judicial. La nota de jurisdiccionalidad es consustancial con las medidas cautelares, con lo cual resulta de perogrullo que la Administración Pública no dicta medidas cautelares.”

ii) Asimismo, se presume que se ha incurrido en una conducta contraria a lo previsto en el presente decreto con rango y valor de ley. De tal manera que no se precisa o determina cual es la conducta u omisión, ni tampoco la norma en específico que se considera vulnerada por la supuesta conducta. De tal manera que constituye un tipo abierto, indefinido, que degrada la tipicidad administrativa al no expresarse cuál es la conducta que supuestamente viola la norma, ni tampoco se establece cual es la norma vulnerada y adicionalmente el artículo 111 numeral 2 permite que se “tome” posesión de los bienes y se utilice el respectivo medio de transporte, lesionándose los derechos económicos de la persona natural o jurídica objeto de la medida.

iii) A pesar de estar actuando El Instituto en base a una presunción que puede ser desvirtuada durante el procedimiento, el artículo 111 numeral 2 del decreto ley en comentario permite que en aquellos casos que se trate de bienes de primera necesidad el Instituto puede poner los mismos a disposición de las personas. Cabe señalar, como se destaca *infra* que con ocasión de la derogada Ley de Protección al Consumidor fueron dictadas diversas sentencias que sentaban que la aprensión preventiva de bienes y su venta al público sin la existencia de un proceso penal que lo autorizara a ello implicaba una violación al debido proceso- Ahora en el Decreto Ley se establece que el propio Instituto directamente puede poner a disposición de las personas los bienes lo cual, viola los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia previstos en el Art. 49 de la Constitución vigente. Ahora bien, tal medida puede lesionar los derechos del particular afectado, en el caso de que no se constate de manera efectiva la conducta u omisión contraria al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y en dicho caso se deberá indemnizar al particular afectado. No obstante, nos preguntamos ¿cuál es la oportunidad de esa indemnización? En qué espacio o dimensión temporal se verificará? ¿Quién pagará las costas de estos procesos? Esto sin duda se traducirá en lesiones económicas y en costos de oportunidad para el afectado por dicha medida. Desde nuestra perspectiva, si bien es cierto que puede estar envuelto el interés público cuando se trata de bienes de primera necesidad, no se puede desconocer que en este supuesto se está actuando en base a una mera presunción y no en base a pruebas, por ello ¿cómo se puede facultar al Instituto a disponer de los bienes sin menoscabar los derechos económicos de los particulares afectados?.

3. Tomar posesión de los bienes y de los medios de transporte con los que se suponga fundadamente que se ha cometido cualquiera de los supuestos de ilícitos administrativos, previsto en los artículos 64, 65, 66, 67 y 68 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, previo el levantamiento del acta en la cual se especifiquen dichos bienes. En aquellos casos que se trate de bienes de primera necesidad el Instituto podrá poner los mismos a disposición de las personas, a través del comiso inmediato de los bienes u otros mecanismos que se considere pertinentes. Cuando en la oportunidad pertinente no se constata de manera efectiva la conducta u omisión contraria al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se deberá indemnizar al particular afectado. (Subrayado nuestro).

i) Se parte de una “suposición<sup>12</sup> fundada”, de tal manera que el fundamento para imponer dicha medida no lo constituyen ni indicios, ni pruebas, sino una suposición de que con esos bienes se ha incurrido en acaparamiento, especulación, boicot, De allí pues, se da por sentado por la administración, una conducta la cual luego- durante el procedimiento administrativo- puede ser desvirtuada, mas, sin embargo, dicha suposición habilita a la administración a tomar posesión de los bienes y a la utilización de su respectivo medio de transporte.

---

12 De acuerdo al *Diccionario de la Real Academia Española* “suposición” significa: lo que se supone o da por sentado.

ii) A pesar de estar actuando el instituto en base a una suposición que puede ser desvirtuada durante el procedimiento, el artículo 111 numeral 3 del decreto ley en comentario permite que en aquellos casos que se trate de bienes de primera necesidad el Instituto pueda poner los mismos a disposición de las personas. Ahora bien, tal medida puede lesionar los derechos del particular afectado, en el caso de que no se constate de manera efectiva la conducta u omisión contraria al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y en dicho caso se deberá indemnizar al particular afectado. No obstante, nos preguntamos ¿cuál es la oportunidad de esa indemnización? ¿En que espacio o dimensión temporal se verificará? Esto sin duda se traducirá en lesiones económicas y en costos de oportunidad para el afectado por dicha medida. Desde nuestra perspectiva, si bien es cierto que puede estar envuelto el interés público cuando se trata de bienes de primera necesidad, no se puede desconocer que en este supuesto se está actuando en base a una mera suposición y no en base a indicios ni pruebas, por ello ¿cómo se puede facultar al Instituto a disponer de los bienes sin menoscabar los derechos económicos de los particulares afectados?.

4. Ocupación y operatividad temporal, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento local, bienes y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. El órgano o ente ocupante procederá realizar el inventario del activo, y ejecutará las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de distribución, producción y consumo que corresponda.

Durante la vigencia de la medida preventiva, los trabajadores seguirán recibiendo el pago de salarios y los derechos inherentes a la seguridad social.

En el análisis de este numeral, se destaca que la ocupación y operatividad temporal por parte de la administración, pareciera sustituir al particular por parte de los órganos competentes del Ejecutivo Nacional de la administración y operatividad del establecimiento a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes. Por consiguiente, puede durante el transcurso de esta medida preventiva causarse lesiones a los derechos económicos y no se establece quién responderá por dichos daños, ¿qué sucedería en el supuesto de que la administración de la empresa sea menos eficiente o se vendan los bienes por debajo del valor normal o por un precio distinto al del mercado? O en definitiva, que se cause un daño de carácter económico. Por último, el particular tendrá que seguir pagando los salarios y derechos inherentes a la seguridad social.

5. Todas aquellas que sean necesarias para garantizar el bienestar colectivo de manera efectiva, oportuna e inmediata.

La medida preventiva adoptada surtirá efectos de manera inmediata, aún con la prescindencia de la presencia de la persona afectada.

Al igual que comentáramos anteriormente, este numeral 5, resulta completamente indefinido y abierto dando lugar a una gran discrecionalidad administrativa al tratarse de medidas que participan de naturaleza sancionatoria, lesionando así los derechos de los afectados y violando principios del derecho administrativo.

Esta imposición de medidas preventivas de naturaleza “sancionatoria” violan los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia establecidos en nuestra constitución vigente en su artículo 49. Es claro como dichas medidas lesionan o vulneran los derechos constitucionales de derecho a la defensa, presunción de inocencia y debido proceso. Asimismo, dichas medidas no contemplan o establecen un límite temporal de aplicación. En

efecto, en diversas sentencias y específicamente en materia de protección al consumidor publicadas con anterioridad a la emisión del decreto ley en comentario se había sostenido de manera pacífica y reiterada que constituían violaciones al derecho al debido proceso:

1. La aprehensión preventiva de bienes y su venta al público sin la existencia de un proceso penal que autorice expresamente al Indecu a ejecutar dicha medida (véase, por ejemplo, sentencia del 28 de marzo de 1996, *Almacenadora de Oriente C.A. vs. Indecu*). Véase en contraste los numerales 2 y 3 del artículo 111 del Decreto-Ley en comentario.

2. La imposición de sanciones administrativas en el curso de procedimientos de inspección y fiscalización realizados de manera autónoma sin la tramitación de un procedimiento sancionatorio previo (véase, por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema de lo Contencioso Administrativo del 28 de marzo de 1996, caso *Distribuidora de Productos Sandox S.A. y Covigal S.A. vs. El Indecu*)<sup>13</sup>.

3. Obsérvese en contraste como con el Decreto-Ley en comentario se establece en los artículos 109 y siguientes un procedimiento administrativo de fiscalización previo al procedimiento sancionatorio en el cual incluso se pueden dictar medidas preventivas que afectan los derechos económicos de las empresas o compañías.

4. El decreto y ejecución de cierres de locales sin el correspondiente acto sancionatorio y sin el procedimiento previo en el cual el particular haya tenido oportunidad de alegar sus defensas (véase, por ejemplo, sentencia del 8 de mayo de 2002, caso *RCA Electrónica, C.A.* y sentencia del 9 de agosto de 2002, caso *Pablo Electrónica*) consúltese en contraste el artículo 11 numeral 4 del decreto en comentario<sup>14</sup>.

Por tanto, conductas que eran catalogadas como violatorias al derecho al debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución vigente son ahora positivizadas y previstas en el Decreto ley en comentario, formando parte de un procedimiento administrativo previo al procedimiento administrativo sancionatorio.

#### D. Oposición a la medida preventiva

Artículo 112. Luego de dictada la medida preventiva por la funcionaria o el funcionario competente, éste deberá de manera inmediata, remitir dicha decisión a la Presidenta o Presidente del Instituto, con la finalidad de que una vez realizada la oposición por la persona afectada, la Presidenta o Presidente del Instituto ratifique, modifique o revoque la medida preventiva adoptada.

---

13 Véase Sentencia N° 01541 Del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Expediente N° 11317 de fecha 04-07-2000...el derecho de defensa debe ser considerada no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar las pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que en otros Estados de Derecho ha sido llamado como el principio del debido proceso.

14 Consúltese Badell, Grau & De Gracia: "Comentarios a la Nueva ley de Protección al Consumidor y al Usuario", *Cuadernos jurídicos*, N° 9, Caracas 2004, p. 104 y ss.

Si la persona afectada se encontrara presente se entenderá notificada y podrá oponerse a la medida preventiva adoptada dentro de los tres (3) días siguientes, acompañando para ello las pruebas que considere pertinentes.

Cuando la notificación personal del sujeto afectado no fuere posible, se ordenará la publicación del acto en un diario de circulación nacional y, en este caso, se entenderá notificado el sujeto afectado transcurrido el término de cinco (5) días contados a partir de la publicación, circunstancia que se advertirá en forma expresa, luego de los cuales comenzará a transcurrir el lapso para realizar la oposición a la medida.

En caso de oposición se abrirá una articulación probatoria de ocho (8) días. La Presidenta o Presidente del Instituto, deberá resolver la oposición en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles, sin perjuicio de que la funcionaria o el funcionario prorrogue el lapso por igual término cuando lo considere conveniente para practicar las diligencias necesarias en la búsqueda de la verdad.

## 2. *Mecanismo alternos de resolución de Conflictos (Conciliación)*

El Art. 113 del Decreto ley establece el mecanismo de la conciliación antes del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio. En efecto, el instituto para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios (INDEPABIS), puede de oficio o a solicitud del denunciante practicar conciliaciones entre el denunciante y el denunciado a efectos de lograr los acuerdos, que a diferencia de la derogada ley de Protección al consumidor y al usuario se especifican en el decreto ley las materias sobre los cuales pueden versar a saber:

1. La reposición del producto o servicio al valor actual.
2. La reparación de producto o servicio al valor actual.
3. La devolución del precio o la contraprestación pagada por la persona.
4. Que la proveedora o proveedor cumpla con la prestación ofrecida en una relación de consumo, siempre que la misma conste por escrito.
5. Que la proveedora o proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por la persona, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
6. Que la proveedora o proveedor pague las coberturas o prestaciones previstas en las pólizas de seguros, en los contratos de servicios prepagados, así como en cualesquiera otros de naturaleza semejante.
8. La elección por parte de la persona, de la forma de pago que más le convenga dentro de las posibilidades ofrecidas por el vendedor o prestador del servicio.
9. La entrega de facturas en las ventas realizadas o en los servicios prestados, debidamente desglosadas, según el caso.
10. Cualquier otro acuerdo que restituya el derecho infringido dentro del marco legal del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Lograda la conciliación, la funcionaria o el funcionario actuante levantará un acta suscrita por las partes, donde se hará constar los términos de la misma, poniendo fin al procedimiento, una vez homologada por la Sala de Sustanciación.

El incumplimiento del acuerdo conciliatorio por parte del sujeto de la cadena de producción, distribución y consumo, previa verificación por parte de la autoridad administrativa, y la falta de acuerdo conciliatorio, acarrearán el inicio del procedimiento sancionatorio previsto en los artículos 114 y siguientes.

En ningún caso procederá la conciliación en los supuestos concernientes a la protección de la salud previstos en el Título II Capítulo II del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Cabe destacar que el decreto ley en comentario eliminó el procedimiento de arbitraje previsto en los artículos 158 y 159 de la derogada ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

### 3. *Procedimiento Administrativo Sancionatorio*

A pesar de que el decreto Ley no lo califica como tal y la ley derogada denominaba a este procedimiento como “*procedimiento administrativo especial*” para determinar la comisión de infracciones administrativas e imponer las sanciones administrativas, desde nuestra óptica se trata de un procedimiento sancionatorio que tiene por objeto determinar la comisión de una presunta infracción y terminar con la imposición de una sanción administrativa.

El conocimiento de los delitos previsto en este Decreto Ley corresponde a la Jurisdicción Penal Ordinaria de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal (Art. 148 del Decreto Ley).

En el artículo 114 y siguientes se prevé el procedimiento administrativo sancionatorio el cual puede ser iniciado de oficio o a solicitud de parte interesada. Las diferencias más resaltantes con el procedimiento especial previsto en la ley derogada consiste en que: i) anteriormente existía un lapso concentrado de alegatos y pruebas de 10 días hábiles y ahora se ha dividido en un lapso para descargos de cinco hasta diez días y luego un lapso probatorio de doce días; ii) que pueden ser dictadas medidas preventivas ejecutivas durante el procedimiento cuando existan indicios que pueda afectarse el interés general, las cuales no estaban previstas en la ley derogada; iii) que ahora se puede ejercer recurso jerárquico ante el Ministro con competencia en materia de industrias ligeras de la decisión del presidente del Instituto vaciándose de contenido el antiguo control de tutela y estableciéndose un control jerárquico y asimismo eliminándose el antiguo recurso de reconsideración ante el presidente del Instituto y el recurso jerárquico por ante el Consejo Directivo del Instituto.

No se establece como sí lo hacía la ley derogada en su artículo 140 una Sala de Sustanciación. En efecto, cuando el artículo 100 establece las salas se refiere a una sala de inspección, una dirección de consultoría, una dirección de promoción y Educación, una Dirección Regional central, las coordinadoras regionales y demás dependencias administrativas mencionadas en su reglamento interno. Sin embargo, el artículo 120 del Decreto se refiere a determinadas actividades a realizar por el Jefe de la Sala de Sustanciación para comenzar el lapso de comparecencia con lo cual parece ser un error de técnica legislativa lo cual debe precisado por una reforma del decreto ley y por precisión en el reglamento interno.

#### A. *Del Inicio del Procedimiento*

El Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, iniciará el procedimiento de oficio o a solicitud de persona interesada.

Asimismo, los órganos y entes del Estado que tuvieren conocimiento de la presunta comisión de una infracción prevista en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sus reglamentos, informará inmediatamente al Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios a fines que se inicie el procedimiento correspondiente, remitiendo las actuaciones que hubiere realizado, si fuere el caso.

Se prevé por otra parte, que las solicitudes podrán ser presentadas de manera escrita u oral, caso en el cual, será reducida a un acta sucinta que comprenda los elementos esenciales de la misma.

Se establece que los funcionarios autorizados por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, deberán practicar todas las diligencias tendentes a investigar y a hacer constar la presunta comisión de la infracción, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y en la responsabilidad del presunto infractor o infractora, así como al aseguramiento de los objetos relacionados con la comisión del hecho.

#### B. *Acta de inicio*

El artículo 116 prevé cuando se inicie un procedimiento por la presunta comisión de una infracción a la normativa prevista en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las funcionarias o los funcionarios autorizados por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, deberán iniciar el correspondiente procedimiento administrativo a través de acta, la cual contendrá la siguiente información:

1. La identificación del o la denunciante, su domicilio o residencia, sólo para los casos de denuncia y demás datos que faciliten su ubicación.
2. Identificación de las presuntas infractoras o presuntos infractores; así como del respectivo establecimiento de la cadena de distribución, producción y consumo, o de servicio, que corresponda, así como el transporte.
3. Presunto domicilio del establecimiento de la cadena de distribución, producción y consumo, que corresponda, y ubicación geográfica del transporte.
5. Narración de los hechos y formulación previa de los cargos que dieron origen al procedimiento.
6. Señalamiento de testigos que hubieren presenciado la comisión del hecho, si los hubiere.
7. Identificación de las funcionarias o funcionarios autorizados para sustanciar el procedimiento.

#### C. *De la sustanciación del expediente: audiencia de descargos*

De conformidad con el artículo 117, al día siguiente del inicio del procedimiento se ordenará la notificación de la presunta infractora o presunto infractor. Dentro de los dos (2) días siguientes a que conste en autos su notificación, se fijará mediante auto expreso día y hora para que tenga lugar la audiencia de descargos, dentro de un plazo no menor de cinco (5) días ni mayor de diez (10) días.

Adicionalmente, la funcionaria o el funcionario podrá ordenar la práctica de un informe técnico, asimismo podrá dictar todas aquellas diligencias preliminares, medidas preventivas o medidas de sustanciación que considere conveniente.

#### D. *Medidas preventivas en el procedimiento sancionatorio*

Como ha sido destacada una importante diferencia con respecto a la Ley de Protección y al Usuario derogada es que de conformidad con el presente decreto se pueden dictar medidas preventivas de oficio o a solicitud de persona interesada, en cualquier estado del procedimiento administrativo sancionatorio *si existen indicios de que puede afectarse el interés general*. Como hemos señalado en relación al procedimiento previo de fiscalización estas

medidas preventivas participan de una naturaleza “sancionatoria” y constituyen medidas que se anticipan a la decisión final del procedimiento, que no requieren el cumplimiento de los extremos aplicables a las medidas cautelares de acuerdo al código de procedimiento civil (artículo 585) de: i) evitar que la ejecución del fallo o decisión quede ilusoria y ii) que exista presunción grave del derecho que se reclama. En efecto, el artículo 118 establece”.

“En los demás casos sólo procederán cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución de la decisión y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”.

Aunado a lo anterior se amplía enormemente el abanico de posibilidades de la administración para dictar una medida preventiva dentro del procedimiento administrativo sancionatorio cuyo supuesto de conformidad con la ley derogada (Art.167) consistía en que cuando el INDECU actuase como órgano auxiliar del Ministerio Público podía dictar medidas cautelares, como practicar el cierre provisional de un establecimiento comercial *para impedir la pérdida, sustracción, modificación o alteración de elementos probatorios del presunto hecho delictivo y debía informar con la urgencia del caso al ministerio público*. De tal manera que conforme a los supuestos de la anterior ley tenía que tratarse de presuntos hechos delictivos (por ejemplo acaparamiento, especulación usura entre otros), el INDECU actuar como órgano auxiliar del Ministerio Público, y tal medida se dictaba con la finalidad de impedir la sustracción, modificación o alteración de elementos probatorios. De conformidad con el vigente decreto ley 6092 se puede dictar medidas preventiva de clausura temporal de almacenes, ocupación temporal de almacenes, comiso de los bienes y cualquier otra a la que hubiere lugar *si existen indicios que puedan afectar el interés general*, lo cual viola el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia previstos en el artículo 49 de la Constitución vigente.

En este sentido, el decreto ley establece que podrán dictarse, entre otras, las siguientes medidas preventivas:

1. La clausura temporal de almacenes, depósitos y establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes o cualquier otro de las fases o etapas de la cadena productiva, así como los destinados a la prestación de servicios.
2. La ocupación temporal con intervención de almacenes, depósitos, industrias, comercio, transporte de bienes o cualquier otro de las fases o etapas de la cadena productiva, así como los destinados a la prestación de servicios.
3. El comiso de los bienes en cualquiera de las fases o etapas de la cadena productiva.
4. Cualquier otra medida que resulte necesaria para garantizar de manera urgente el derecho de las personas al acceso a los bienes y servicios.

De allí pues, es sumamente amplio la posibilidad de dictar medidas preventivas, exacerbada la situación con el supuesto del numeral 4 del artículo 118 del Decreto Ley.

En efecto, observamos que la clausura temporal de almacenes, depósitos, y establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes o cualquier otro de las fases o etapas de la cadena productiva, así como los destinados a la prestación de servicios, sin el correspondiente acto sancionatorio constituye una violación a los derechos de presunción de inocencia y al debido proceso previstos en el artículo 49 de la Constitución vigente tal y como lo ha destacado las sentencias: sentencia del 8 de mayo de 2002, caso *RCA Electrónica, C.A.* y sentencia del 9 de agosto de 2002, caso *Pablo Electrónica*.



Asimismo, la ocupación temporal de almacenes comerciales, el comiso de bienes y mas aun cualquier otra medida preventiva no tipificada (Art. 118 num. 4) lesiona el derecho al debido proceso, ya que debe existir un proceso administrativo previo en el cual se demuestre la comisión de la infracción y que culmine con un acto sancionatorio, de lo contrario se vulnera los derechos a la presunción de Inocencia y al debido proceso previstos en la Constitución.

La imposición de cualquier sanción a un administrado, exige la sustanciación de un procedimiento administrativo previo para su validez, el cual resulta necesario para garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso del administrado consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, derecho aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, tal como lo ha adoptado y aceptado nuestra jurisprudencia en numerosas oportunidades, en cuanto a este derecho constitucional, pueden verse respecto a sus definiciones, contenido, alcance y aplicabilidad a toda clase de procedimientos –judiciales y administrativos-.

Efectivamente, en cuanto a la necesidad y exigencia de un procedimiento administrativo previo, puede citarse la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, N° 1814, de fecha 21 de noviembre de 2000, que estableció:

“Todo acto administrativo en ejercicio de las potestades sancionadoras o represivas que otorga la Ley a la Administración, ha de ser indiscutiblemente la consecuencia de un procedimiento previo.

De lo contrario, se estaría atentando contra el derecho a la defensa de los administrados, quienes tendrían que soportar eventualmente una sanción, sin haber tenido la oportunidad previa de esgrimir los alegatos y probanzas que estimaran pertinentes. Ello es producto del principio constitucional que impide que un sujeto sea sancionado sin antes haber sido notificado personalmente de todos los cargos que se le imputan, y oído en la forma que indique la Ley.

En otras palabras, el sancionado debe tener conocimiento previamente de los hechos que se investiguen, y de las sanciones que podrían aplicársele, así como la oportunidad para alegar y probar lo que considere en tiempo oportuno. Es indudable que respetando el carácter primordial y progresista que le otorga nuestra Carta Magna a los derechos humanos, antes de la imposición de cualquier sanción, o acto de gravamen, debe la Administración iniciar un procedimiento administrativo previo y notificar de él a los interesados, es decir a quienes afectaría la sanción o el gravamen que se impondría” (*Extracto tomado de Jurisprudencia con un índice alfabético del contenido de las sentencias*, Vol. I, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Caracas 2001, p. 239).

Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Político Administrativa, N° 01397, de fecha 23 de Septiembre de 2003, caso: *Maribel Mercedes López Laya y María Josefina Solano García*, ha señalado:

“(T)oda sanción administrativa se formaliza mediante un acto administrativo, siendo ineluctable el desarrollo de un procedimiento constitutivo o de formación, a través del cual la Administración prepara y dicta su pronunciamiento, culminando -cuando sea el caso- en la imposición de una sanción de carácter administrativo”.

En este mismo sentido, encontramos sentencia dictada por el Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región de los Andes, de fecha 26 de Octubre de 2005, la cual señala lo siguiente:

“De este modo, el Constituyente venezolano a través del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, instrumentó el debido proceso para todas las actuaciones judiciales y administrativas sin distinción de materias. Sin embargo, en criterio de este Juzgador la mencionada disposición en sus 8 numerales, representa un verdadero elenco de derechos, principios y garantías individuales enfocadas principalmente en los escenarios judiciales, pues a nuestro parecer, nos resulta imposible su aplicación estricta y literal dentro de los procedimientos en sede administrativa. Por tanto, estamos convencidos que sólo algunas disposiciones particulares pueden ajustarse al tratamiento que la norma Constitucional nos aporta, en lo que respecta a la obligatoriedad sin distingo del debido proceso en las tramitaciones administrativas. En tal sentido, en los procedimientos administrativos sancionatorios deben observarse los siguientes principios de jerarquía constitucional: 1) El Principio de Tipicidad y de Reserva Legal de la Sanción Administrativa (*nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*). 2) Principio de Presunción de Inocencia. 3) Principio de Procedimiento Previo. 4) Principio de Proporcionalidad de la Sanción Administrativa. 5) Principio de Prescripción de la Sanción Administrativa. 6) Principio de *non bis in ídem*. 7) Principio de Irretroactividad de la Norma salvo que fuere más Favorable para el Administrado.

La reiterada jurisprudencia nacional, así como la doctrina más calificada, se han encargado de sentar el criterio, que el debido procedimiento administrativo representa una verdadera garantía para los ciudadanos. Por consiguiente, cualquier acto proferido por la administración pública que afecte derechos de los administrados, sin contar con la realización del debido procedimiento administrativo, configura una conducta administrativa ajena del sometimiento al derecho, objeto de control jurisdiccional y muy susceptible de ser declarada como nula de todo efecto jurídico en el tiempo y en el espacio. Por tanto, si la garantía del debido procedimiento administrativo es exigible en la emanación de toda clase de acto administrativo, con mayor razón debe sostenerse su exigencia cuando se trate de la imposición de una sanción, como sucede en el presente caso”.

#### E. *De la oposición a la medida*

Artículo 119. Dentro de los tres (3) días siguientes a que sea dictada la medida preventiva o de su ejecución, el interesado podrá solicitar razonadamente su revocatoria o modificación por ante la funcionaria o el funcionario que la dictó, quien decidirá dentro los cinco (5) días siguientes a dicha solicitud.

#### F. *Notificación del presunto infractor*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 120 del decreto ley La notificación debe indicar la oportunidad para que comparezca la presunta infractora o presunto infractor ante el Órgano competente a los fines de conocer la oportunidad para la audiencia de formulación de cargos.

La notificación se entregará a la presunta infractora o presunto infractor, o a quien se encuentre en su morada, habitación u oficina y, en caso de ser una persona jurídica, en la oficina receptora de correspondencia si la hubiere, dejando constancia del nombre y apellido de la persona a la que se le hubiere entregado, quien deberá firmar su recibo, el cual será agregado al expediente del procedimiento.

También puede practicarse la notificación por los medios electrónicos de los cuales disponga la autoridad competente, o aquéllos que estén adscritos a éste. A efectos de la certificación de la notificación, se debe proceder de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y su reglamento en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios procesales del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Cuando resulte impracticable la notificación de conformidad con lo previsto en este artículo, se procederá a realizar la misma mediante cartel en el que se indicará el día y hora en que deberá comparecer, la presunta infractora o presunto infractor, acompañado de copia certificada de la denuncia, el cual será fijado a la puerta del local, empresa o establecimiento relacionado con la cadena de distribución, producción y consumo, o de servicio. Al día siguiente que conste en el expediente el cumplimiento de lo previsto en el presente artículo, por parte del Jefe de la Sala de Sustanciación, comenzará a contarse el lapso de comparecencia del denunciado.

G. *Audiencia de descargos: Escrita u oral*

Dentro de los dos días siguiente a que conste en autos la notificación, se fijará mediante auto expreso el día y hora para que tenga lugar la audiencia de descargos, la cual se llevará a cabo dentro de un lapso no menor de cinco (5) días ni mayor de diez (10) días. En la audiencia de descargos la presunta infractora o presunto infractor podrá, bajo fe de juramento, presentar sus defensas o admitir los hechos que se le atribuyen de manera escrita u oral, caso en el cual se levantará acta sucinta (artículo 121 del decreto ley).

H. *Admisión total o parcial de los hechos*

De producirse la admisión total de los hechos imputados, la Jefa o Jefe de Sala, procederá a plasmar los acuerdos alcanzados y levantar el acta respectiva. Si se produce la admisión parcial de los hechos atribuidos o su rechazo, se continuará el procedimiento. En caso que la presunta infractora o presunto infractor no comparezca a la audiencia de descargos se valorará como indicio de los hechos que se le atribuyen.

I. *Posibilidad de conciliación entre las partes*

En la audiencia de descargos, la funcionaria o el funcionario de la Sala de Sustanciación, deberá mediar y conciliar las posiciones instando a las partes a la conciliación, dándoles un lapso prudencial no mayor a treinta (30) minutos, para que éstos realicen las deliberaciones y diligencias pertinentes sobre el caso; vencido este término, deberán de manera oral y pública expresar si concilian o no.

De lograrse la conciliación, las partes firmarán el acuerdo, el cual podrá ser homologado por la funcionaria o el funcionario competente, con lo cual culminará el procedimiento.

De no lograrse la conciliación continúa el procedimiento.

J. *Del lapso probatorio*

Según lo establecido en el artículo 122 al día siguiente de la celebración de la audiencia de descargos se abrirá un lapso probatorio de doce (12) días, que comprenden tres (3) días para la promoción de pruebas, dos (2) días para la oposición, dos (2) días para su admisión y cinco (5) días para su evacuación.

K. *Decisión*

Conforme a lo previsto en el artículo 123. Al día siguiente del vencimiento del lapso probatorio, se remitirá el expediente a la Presidenta o Presidente del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, a fin de que decida mediante providencia administrativa dentro de los veintiún (21) días hábiles. La providencia administrativa será redactada en términos claros y precisos, con relación sucinta de los hechos y de derecho en que se fundamenta la decisión.

La Presidenta o Presidente del Instituto puede ordenar, en cualquier estado del procedimiento, la preparación o evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de los hechos. De lo cual deberá notificar a las partes, a los fines de que tengan el debido control de la prueba.

Para la aplicación de las sanciones previstas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, El Instituto de la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, tomará en consideración la gravedad de la infracción, pudiendo imponer según el caso, las siguientes sanciones:

1. La asistencia obligatoria a recibir o dictar charlas, talleres o cursos sobre los derechos y obligaciones de las personas en el acceso a los bienes y servicios, las cuales no podrán exceder de sesenta (60) horas, ni menor de treinta (30), distribuidas conforme así lo disponga la decisión administrativa.

2. Imposición de multa.

3. La clausura temporal de almacenes, depósitos y establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes, por un lapso de noventa (90) días.

4. La ocupación temporal con intervención de almacenes, depósitos, industrias, comercios, transporte de bienes, clausura temporal por un lapso de noventa (90) días.

5. Cierre definitivo de almacenes, depósitos y establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes.

Esta última sanción constitutiva por el cierre definitivo de almacenes o establecimientos dedicados al comercio, producción o procesamiento de bienes constituye una violación del artículo 112 de la Constitución ya que deja vacío de contenido el derecho a la libertad económica.

#### L. *Catálogo de Sanciones Específicas*

Sanciones por incumplimiento a los Derechos de las personas: multa de 100 UT a 500 UT o clausura temporal por noventa (90) días.

Sanciones por incumplimiento a la protección de la Salud y Seguridad: clausura temporal por noventa (90) días o cierre definitivo.

Sanciones por incumplimiento de la Protección de los Intereses económicos y Sociales: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.

Sanciones por incumplimiento a los Deberes correspondientes a la prestación de los servicios: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.

Sanciones por incumplimiento a la Protección en el Comercio Electrónico: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.

Sanciones por incumplimiento a la Información y Publicidad: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.

Sanciones por Especulación, Acaparamiento y por Boicot: clausura temporal por noventa (90) días o cierre definitivo.

Sanciones por incumplimiento a las Obligaciones inherentes a los Contratos de Adhesión: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.

Sanciones por incumplimiento a las Operaciones a Crédito de Bienes o Prestaciones de Servicios: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.

Sanciones por incumplimiento a por Incumplimiento a las Responsabilidades del Proveedor: multa de 100 UT a 5000 UT o clausura temporal por noventa (90) días.

4. *Recursos*

A. *Recurso Jerárquico por ante el Ministro en materia de Industrias Ligeras:*

Contra esta decisión podrá intentarse recurso jerárquico por ante la Ministra o Ministro con competencia en materia de Industrias Ligeras y Comercio dentro de los quince (15) días siguientes (Art. 122)

B. *Recurso Contencioso Administrativo:*

Frente a la decisión de la Ministra o Ministro, se podrá ejercer el recurso contencioso administrativo ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dentro de los noventa (90) días continuos. (Art. 122)



# *El carácter autónomo de las “medidas preventivas” contempladas en el artículo 111 del Decreto Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*

Karina Anzola Spadaro

*Universidad Católica Andrés Bello*

El 1° de febrero de 2007, la Asamblea Nacional dictó la Ley Habilitante, en cuyo marco el Presidente de la República dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (DLDPABIS)<sup>1</sup>.

Dentro de este texto normativo, cuyo objeto es “*la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades*” (artículo 1°), se incluyen una serie de medidas denominadas “preventivas” que serán el centro de estas breves reflexiones.

La razón, justamente, es analizar el carácter cautelar o preventivo contrastando la entidad de las mismas, y la forma en la que han sido previstas y pueden ser adoptadas, con las notas esenciales y definidoras de las medidas cautelares, tan comunes en los procesos judiciales.

Debe puntualizarse que este análisis, específicamente, recae sobre las “medidas preventivas” contempladas en el artículo 111 del DLDPABIS, y no sobre las contenidas en el artículo 118, que son medidas preventivas distintas, adoptadas o decretadas en el marco de un procedimiento sancionatorio, y que podrán ser objeto de un análisis posterior.

Definido el alcance de este trabajo es propio referir que el contenido del mismo será el siguiente: i) Una primera parte, dedicada a hacer una breve referencia a las características propias y esenciales que definen una medida como cautelar; y ii) Un segundo aparte, en el que se analiza la naturaleza jurídica de las “medidas preventivas” del artículo 111 del DLDPABIS y, sobre esa base, se refiere su repercusión desde el punto de vista constitucional.

## **I. BREVE REFERENCIA A LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS Y ESENCIALES QUE DEFINEN UNA MEDIDA O PROVIDENCIA COMO CAUTELAR**

Las medidas o providencias cautelares son tales, no por el adjetivo de “cautelar” o “preventiva” que se les adosa, obviamente, sino por las notas esenciales que les dan ese carácter y las definen.

En primer lugar, como reconoce Piero Calamandrei<sup>2</sup>, la opinión más extendida con respecto al carácter definidor y distintivo de las providencias cautelares es su *provisoriedad*.

---

1 Publicado en *G. O. Extraordinaria* 5.890 del 31 de julio de 2008.

Este carácter supone una limitación de la duración de los efectos de ese tipo de medidas o providencias en el tiempo. Señala el autor, que lo *provisorio* equivale a lo *interino* y se distingue de lo meramente temporal porque, *provisorio* es “lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de *provisoria* subsiste durante el tiempo intermedio.”

Quiere ello decir que el carácter provisorio de las medidas cautelares supone, justamente, la existencia de un evento futuro que, en este caso, es la decisión definitiva que resuelve el fondo de la controversia planteada, y sus efectos (los de las cautelares) se extenderán, únicamente, hasta tanto se dicte ese fallo principal, final o definitivo.

Sin embargo, esa *provisoria* no resulta suficiente, por sí sola, para definir el carácter cautelar de una providencia, pues, toda medida cautelar es *provisoria*, pero no toda medida *provisoria* es, necesariamente, cautelar. La *provisoria* es una nota esencial de las medidas cautelares, pero no es exclusiva de ellas<sup>3</sup>. En vista de ello, Calamandrei concluye, y en ello se coincide, que el carácter típico de las providencias cautelares es, más bien, la **instrumentalidad** propia de las mismas.

Esa instrumentalidad la refiere señalando que las providencias cautelares “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o, como ha dicho otros, de subsidiariedad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar...”<sup>4</sup>

Finalmente, sobre la finalidad de las providencias cautelares, ultima el autor que en ellas hay, “mas que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.” Son, entonces, “instrumentos de la justicia”. Todo ello demuestra que la nota esencial, verdaderamente distintiva, o típica, de las providencias cautelares se encuentra en su carácter instrumental (en contraposición a autónomo), que supone que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, no tienen por finalidad resolver un asunto directa y definitivamente, sino que son un medio, un instrumento, para lograr que la decisión final, la sentencia o providencia definitiva que la sucederá, pueda ser efectiva, es decir, no quede ilusoria en la práctica. **Es de esa instrumentalidad, pues, de donde se derivan el carácter provisorio y el carácter reversible de las medidas cautelares**<sup>5</sup>.

El carácter instrumental, esencia de las providencias cautelares, presupone entonces la existencia de un proceso judicial (o procedimiento administrativo) iniciado o por iniciar, en el

---

2 Piero Calamandrei. *Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires: 1945, p. 36 (trad. Santiago Sentis Melendo).

3 *Ibidem*, p. 38 y ss.

4 *Ibidem*, p. 44.

5 Para mayor abundamiento sobre la materia además de la referencia a Piero Calamandrei véase: Ricardo Henríquez La Roche. “Medidas Cautelares Según el Código de Procedimiento Civil”, Caracas, Ediciones LIBER, 2000.



cual se esté debatiendo el fondo de la controversia o disputa y que culminará con una decisión final que es la que se quiere precaver con las providencias cautelares, al que ésta le servirá de instrumento.

Es, justamente, el carácter instrumental de las providencias cautelares lo que garantiza una total armonía entre la posibilidad de decretarlas y el respeto a los derechos constitucionales de la parte contra la cual obran, porque dentro de ese proceso, o procedimiento, ésta podrá ejercer plenamente su derecho a la defensa y, de tener mejor derecho, lograr la revocatoria de la medida cautelar, ya que la misma, por su instrumentalidad, es reversible. De igual forma, armoniza con el derecho a la presunción de inocencia, pues la decisión cautelar no es definitiva, no juzga de forma permanente sino provisoria a aquél contra quien se dicta, y puede ser desvirtuada y, de nuevo, revertida. Por ello debe aceptarse que las medidas cautelares no vulneran el derecho a la presunción de inocencia, pilar del debido proceso.

En fin, para que una providencia tenga naturaleza cautelar o preventiva debe estar concebida con carácter instrumental y no autónomo, por cuanto en ausencia del mismo, la providencia en cuestión será cualquier otra cosa, pero no una medida cautelar o preventiva dispuesta para garantizar o asegurar la efectividad de una decisión posterior, ya definitiva.

## II. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS “PREVENTIVAS” CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 111 DEL DLDAPABIS

El artículo 111 del DLDAPABIS contempla lo que denomina los “Tipos de Medidas Preventivas” que podrán ser dictadas por la autoridad competente, en este caso el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), cuando se den los supuestos contemplados en el artículo inmediato anterior.

Estas medidas “preventivas” van, desde la toma de posesión de bienes y medios de transporte y el comiso de mercancías, hasta la ocupación y la operatividad temporal de establecimientos y bienes, pasando por una serie de medidas indeterminadas contempladas en el numeral 1° de dicho artículo.

No corresponde a este estudio reparar sobre cada una de ellas en particular, sino, simplemente, atender a la naturaleza cautelar o autónoma de las mismas de acuerdo con las notas esenciales definitorias de las medidas cautelares antes referidas. Lo que sí vale apuntar es que todas ellas son medidas que inciden fuertemente sobre la esfera de derechos de los particulares y que, por ello, bien podrían también cuestionarse en cuanto a su apego a ciertos derechos y principios constitucionales.

Así, lo primero que salta a la vista es que estas medidas “preventivas” han sido concebidas por el legislador para ser aplicadas con una pretendida naturaleza cautelar en sede administrativa. Ello se evidencia en varios aspectos que son de resaltar. Por una parte, proceden conforme con presunciones (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) dos requisitos, que como es sabido, son los típicos para la procedencia de las medidas cautelares. Aunado a ello, el procedimiento contemplado en el artículo 14 del mismo Decreto-Ley es, también, típico y característico de las medidas cautelares. Empieza con una resolución urgente y prescendencia de la intervención de la parte afectada; luego, contempla un procedimiento breve de oposición. Todos éstos son elementos que permiten discernir un pretendido carácter cautelar en estas medidas “preventivas” del artículo 111 del DLDAPABIS.

Sin embargo, las mismas se conciben para ser dictadas al momento en que la autoridad competente (autoridad administrativa) lleve a cabo una inspección de rutina en un establecimiento de alguno de los sujetos regidos por este instrumento normativo, con lo cual, no se

dictan en el marco de un procedimiento administrativo que se haya iniciado para garantizar las resultas de una futura decisión.

Sobre este aspecto particular vale hacer un paréntesis para referir un señalamiento propicio. En principio, cuando la Administración Pública actúa en ejercicio de función administrativa, satisfaciendo directa e inmediatamente el interés general, actúa como parte interesada y no como un tercero imparcial, por lo cual, resulta muy discutible que para lograr ese fin pueda decretar en contra del particular medidas “preventivas” como las contempladas en el artículo 111 del DLDPABIS, pues ello sería como el adelantar el acto administrativo sin procedimiento administrativo previo (garantía propia del particular), pero además con base en presunciones.

Si bien se le reconoce a la Administración la facultad de poder cambiar el *status quo* para satisfacer el interés general de forma directa e inmediata sin tener que someterse a un proceso judicial previo, ella debe actuar con certeza, no se trata de la certeza absoluta, para todos, que deriva de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, pero sí de la certeza para la propia Administración de lo que está haciendo, y no que actúe con base en meras y simples presunciones indeterminadas como resulta del artículo 111 del DLDPABIS. Una cosa es decidir algo con pretensiones de definitivo, aunque luego sea revisado por un tribunal que dirá, en definitiva, si está bien; y otra cosa, muy diferente, es decidir algo con base en presunciones, por como luce, a sabiendas de que no se está seguro.

No se está negando de plano ese poder cautelar en sede administrativa. En todo caso, la Administración Pública cuenta con esos poderes cautelares en aquellos procedimientos administrativos de tipo triangulares, también llamados cuasi-jurisdiccionales, en los que la Administración resuelve, como un tercero imparcial (como un juez) una controversia entre partes, pues se trata del ejercicio de la función jurisdiccional. También es aceptado, conforme lo dispone la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que la Administración decrete, cautelarmente, la suspensión de los efectos de sus propios actos administrativos, mientras se deciden los recursos administrativos que hayan sido intentados contra ese acto, en estos casos la medida obra contra la Administración que lo dictó y que tiene las potestades para revocarlo, anularlo o convalidarlo, y no contra el particular.

Retomando el análisis, todo lo explicado deja en evidencia que las medidas contempladas en el artículo 111 del DLDPABIS no son instrumentales. No están concebidas como un medio o instrumento para lograr el fin de precaver los efectos de la decisión definitiva que resuelva el fondo del asunto. Todas ellas, por el contrario, comportan una decisión autónoma e independiente y no existe en ellas la *provisoriedad* ni la reversibilidad propia de las medidas cautelares, porque no son instrumentos de una posterior decisión definitiva derivada de un procedimiento administrativo contradictorio.

Pese a que se les denomine como “preventivas”, esas medidas del artículo 111 son un fin en sí mismas, muestra de ello es que cuando se decreta el comiso de mercancías, de inmediato se dispone de la misma sin que se haya probado la falta en la que incurrió el particular contra el cual se dicta la medida; o cuando se decreta la operatividad temporal se toma posesión de los bienes y equipos de producción despojando al propietario o al poseedor legítimo, sin que exista una decisión de fondo producto de un proceso judicial o, siquiera, un procedimiento administrativo.

Todo ello se hace, únicamente, con base en presunciones, tan laxas, de acuerdo con este Decreto-Ley, que es igual que señalar que proceden en cualquier caso a discreción del funcionario a cargo<sup>6</sup>.

La ausencia de esa instrumentalidad convierte a estas medidas del artículo 111 del DLDPABIS, supuestamente preventivas, en providencias autónomas, en actos administrativos ejecutivos y ejecutorios (no instrumentales, provisorios y reversibles) dictados sobre la base de presunciones y en ausencia de un procedimiento administrativo previo. Por ende, no hay duda de que son inconstitucionales.

Ello merece atención pues, como es sabido, el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos deriva del reconocimiento de la potestad de autotutela administrativa que el Derecho Administrativo le hace a la Administración. Esa potestad resume lo que son las “prerrogativas en más” que el Derecho Administrativo reconoce a la Administración Pública y que se materializan en distintas ventajas que hacen más efectiva la actuación administrativa.

La autotutela administrativa<sup>7</sup> es el privilegio de fondo, verdaderamente importante, significativo, que el Derecho Administrativo, le ha otorgado y reconocido a la Administración Pública, aplicable a aquellos casos en los que interactúa con los particulares investida de su poder de imperio. Es la herramienta que le permite cambiar el estado jurídico de una situación preexistente, sin que haga falta que tal declaración, y luego, su puesta en práctica, sea reconocida y ordenada, previamente, por la autoridad judicial competente, es decir, por los tribunales. Así como la autotutela administrativa representa las “prerrogativas en más”, el respeto y reconocimiento de las garantías a los derechos ciudadanos representan las “prerrogativas en menos” que el Derecho Administrativo coloca en cabeza de la Administración Pública y entre ellas se encuentran el cumplimiento del procedimiento administrativo y el propio acto administrativo que emana de él.

En el caso de las medidas “preventivas” del artículo 111 del DLDPABIS, estando ausente el carácter instrumental, como se observó, esas decisiones se transforman en decisiones autónomas, en actos administrativos, que al ser dictados en ausencia absoluta del procedimiento administrativo y sin cumplir con las formalidades que la ley exige para la emisión de dichos actos, desequilibran la situación de poder e irrespetan las prerrogativas en menos a las que está sujeta la Administración, constituyéndose en violatorias de los derechos constitucionales de los particulares contra los cuales son dictadas.

---

6 Esas presunciones son las que conocemos como los requisitos indispensables para que proceda una medida cautelar, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El último aparte del artículo 110 señala expresamente: “A los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, el peligro del daño, como requisito para adoptar la medida preventiva viene dado por el interés colectivo de satisfacer el derecho a disponer de los bienes y servicios de calidad de manera oportuna. La presunción de buen derecho se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz”. Como es evidente, tanto el peligro de daño, como la presunción de buen derecho están, a tal punto, indeterminados que prácticamente hay que señalar que no existen límites para que la autoridad competente adopte estas medidas “preventivas” contra cualquiera de los sujetos regulados por el DLDPABIS.

7 Para ahondar en el tema véase: E. García De Enterría, y T. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial CIVITAS, Madrid 1995, p. 487 y ss., y Karina Anzola, “Los Privilegios de la Administración Pública y su Justificación Final” en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 19, Editorial Sherwood, Caracas: Julio-Diciembre 2004, p. 27-40.

En fin, tales “medidas preventivas” resultan inconstitucionales en tanto y en cuanto no son instrumento de una posterior y definitiva decisión a dictarse en el marco de un procedimiento administrativo en el que la parte afectada pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa presentando sus alegatos y pruebas y desvirtuando aquello que se le imputa, y, adicionalmente, por tratarse de verdaderas sanciones, de fuerte incidencia sobre los derechos subjetivos de los particulares, adoptadas sin procedimiento previo. Por ambas razones se violenta, evidentemente, el derecho al debido procedimiento contemplado en el artículo 49 de la Constitución y, en específico, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia que conforman ese derecho constitucional.

# *Disquisiciones sobre el Decreto Ley para la defensa de las personas en el acceso a bienes y servicios*

José Gregorio Silva

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

Cuando reviso los Decretos Leyes producto de la habilitante concedida, pienso en lo titánico que sería aplicar cualquier análisis en la brevedad exigida al presente trabajo; en especial, cuando vemos la cantidad asombrosa de hechos que constituyen faltas y los procedimientos establecidos en dichas leyes, lo cual nos recuerda lo señalado por Alejandro Nieto<sup>1</sup> cuando refiriéndose a los “sarcasmos y paradojas” del derecho administrativo sancionador indica que el sarcasmo comienza con la arbitrariedad en la persecución, poniendo como ejemplo cuando se persigue una pretendida ilegalidad de un sujeto que se encuentra en igualdad de condiciones de los otros a su alrededor y prosigue indicando:

“El sarcasmo continúa en la inmensidad de las infracciones. El repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, autonómicos, municipales y corporativos ocupa bibliotecas enteras. No ya un ciudadano cualquiera, ni el jurista más estudioso ni el profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer. En estas condiciones, el requisito de la reserva legal y el de la publicidad de las normas sancionadoras son una burla, dado que ni físicamente hay tiempo de leerlas ni, leídas, son inteligibles para el potencial infractor de cultura media.

El resultado de esta innumerabilidad es la imposibilidad de evitar las conductas ilícitas: las infracciones se ignoran y, si se conocen, es imposible no tropezar en ellas. Nadie, por muy escrupuloso que sea, puede alardear de no haber cometido alguna infracción administrativa. Nadie -cuando es detenido en la carretera por la policía de tráfico o visitado en su casa o empresa por los inspectores- puede estar seguro de salir ileso. En estos supuestos a lo único a lo que puede aspirarse es a que el acta se refiera a infracciones menos graves. Porque es sabido que, si la administración quiere, encuentra infracciones e infractores sin dificultad alguna”.

Ahora, si lo anterior lo expresamos teniendo en consideración que se ha dictado la norma tomando en cuenta todos los principios del Derecho Administrativo Sancionador, en especial el de tipicidad y exhaustividad de la norma sancionadora y el de la ausencia o limitada actividad discrecional del operador, aplicador o intérprete de la norma, qué pasa en aquellos casos en los cuales las normas puedan ser vagas, imprecisas; o donde el funcionario llamado a intervenir goza de un amplio margen de discrecionalidad para iniciar el procedimiento o aplicar la sanción.

Por ello me llamó la atención el trabajo publicado en el Diario “El Nacional” del domingo 13 de septiembre de 2008, que en su página 13 del primer cuerpo, titulado “denuncian que la Ley de Acceso a los Bienes perjudica al consumidor”, en el cual la periodista reseña lo señalado por Eduardo Samán, Presidente de INDEPABIS; Fernán Frías, director de la Junta Directiva de ARS; Juan Rafalli, asesor jurídico de la Asociación Nacional de Anunciantes; y, Nadiolys Mora, a quien identifican como “Directora del Departamento” que evaluará las

---

1 *Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda Edición, 2000 Editorial Tecnos, p. 25.

promociones. Me resulta interesante el trabajo periodístico no por presentar visiones encontradas de la referida Ley<sup>2</sup>, sino por el hecho que tanto la representación de los administrados como la de la Administración reconocen hechos jurídicos que implican la difícil aplicación de la norma, así como la interpretación de lo que puede considerarse como discriminatorio y los hechos propios de la publicidad, debiendo dejar claro que no soy publicista ni experto en publicidad, sino un abogado administrativista que debe tratar de conocer la Ley y la interpretación de las normas.

En el trabajo refiere especialmente el miembro de la empresa ARS la imprecisión del artículo 57, que estableciendo las circunstancias por las cuales puede considerarse publicidad falsa o engañosa agrega una cláusula vaga o imprecisa. Así, el referido artículo señala que una publicidad se considerará falsa o engañosa cuando pueda inducir al engaño, error o confusión de las personas con respecto a elementos precisos, tales como el origen geográfico, comercial o de otra índole del bien, beneficios o implicaciones de su uso o contratación del servicio, características básicas del producto o servicio, fecha de elaboración o vida útil, términos de la garantía ofrecida, reconocimientos, aprobaciones o distinciones, precio del bien, forma de pago, costos del crédito o “Cualquier otro dato sobre el producto o servicio”.

Tal mención que ciertamente no puede considerarse precisa, quizás podría tener poca significación, si no consideramos que su incumplimiento constituye una falta que de acuerdo con el artículo 130 de la misma Ley, acarrea una sanción de 100 a 5.000 Unidades Tributarias, lo que traducido a bolívares fuertes va de 4.600,00 a 230.000,00 Bs., ante lo cual, su gravedad y sus consecuencias, en aplicación del principio de tipicidad de la norma conlleva a la conclusión que la falta no se encuentra debidamente tipificada y precisada en la norma.

Posteriormente en el trabajo publicado en prensa, continúa la autora refiriéndose a lo señalado por los distintos sujetos intervinientes, relacionado con los anunciantes y la publicidad, reconociendo el jerarca del Ente que efectivamente existen imprecisiones en la Ley y que hay que esperar al reglamento.

Aparte de otros aspectos que se desarrollan en el referido reportaje, llama la atención los “ejemplos” que dieron los representantes del Instituto de lo que puede considerarse como publicidad engañosa y especialmente el elemento de “publicidad discriminatoria”, en cuyo segundo ejemplo, el Presidente del Ente considera como publicidad engañosa:

“Hay promociones en las que solamente pueden participar personas de un solo sexo, o de una determinada edad. Eso es discriminatorio”.

En la misma tónica podría agregar que igualmente sería discriminatorio aquéllas en las que participan personas de una misma talla. El caso es que la publicidad dependerá no sólo del giro comercial de la empresa, sino de las necesidades de inventario, depósito, nuevas colecciones, y un largo etcétera. Si el caso es que, en una gran tienda por departamentos existe un inventario mayor de ropa de damas por una menor demanda, puede resultar lógico que esa sea la mercancía que habrá de ofertarse a los fines de dar paso a las nuevas colecciones o envíos de mercancía, mientras los otros rubros de la tienda han tenido un desarrollo comercial aceptable; siendo así, no debe existir necesidad ni interés de publicitar ofertas en esos otros rubros; sin embargo, bajo la lupa expuesta, la publicidad de ropa de dama puede considerarse discriminatorio.

---

2 Decreto 6.092 del 27 de mayo de 2008 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de la persona en el acceso a los bienes y servicios. *G.O.* N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

Puede ser que la consideración de discriminatorio por tales motivos, sólo sea producto del criterio personal o discrecional del funcionario, toda vez que la redacción de la Ley no permite ahondar en mayores consideraciones. De allí que el problema no estriba en la interpretación que una persona puede dar al texto legislativo, sino que esa interpretación, por devenir del funcionario que ha de aplicarla, acarreará una sanción que bien puede implicar un costo en el arte y el producto publicitario, o a través de la multa que ha imponerse y eventualmente la clausura temporal (hasta por 90 días); o bien el cierre definitivo del comercio, lo cual implica un considerable daño al particular que depende del criterio de interpretación de una persona.

Tales disquisiciones me lleva a la conclusión que un término -que en un principio puede considerarse como de lenguaje ordinario, del uso frecuente en el vocabulario normal-, pueda en un momento determinado convertirse en un vocablo técnico que amerita una definición si no legal, por lo menos normativa de manera que el administrado entienda y conozca en qué casos se encuentra bajo el cobijo de la norma y en qué casos la aplicación de esa misma norma pueda convertirse en su verdugo o pesadilla. De ser así y retomando lo señalado por el Presidente de INDEPABIS, buena parte del Decreto ha de esperar la publicación del Reglamento para ser efectivo y aplicarse, "...porque el requisito de tipicidad -inherente al principio de legalidad de las infracciones- obliga a que la conducta sancionable sea determinada previamente, en forma clara, por instrumentos normativos y no mediante actos particulares; y en segundo término, porque tratándose de una prohibición *ex lege*, su aplicación exige que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y, consecuentemente, pueda evitarlo, circunstancia que sólo podría lograrse mediante una clara definición de los elementos típicos de la conducta prohibida, a través de actos de efectos generales (reglamentos) y no mediante el análisis de casos concretos."<sup>3</sup>

La anterior sentencia -pese a que podemos disentir en su principal conclusión- constituye una pieza del derecho administrativo sancionador venezolano, que en su oportunidad encontró un positivo eco en el foro jurídico, incluso internacional, y que recoge el *quid* del problema a que nos referimos: la precisión, inteligencia, claridad de la norma no sólo sirve para dar cumplimiento al principio de tipicidad y legalidad de la falta que pregona la Constitución en su artículo 49, lo cual sería argumento suficiente para ser enarbolado como bandera, sino que pese a la maraña sancionadora que señala Alejandro Nieto, por lo menos permite confianza en un Estado de Derecho y por ende, Seguridad Jurídica.

---

3 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 6 de marzo de 1997, caso: "Cif, S.A. Consorcios Inversionista Fabril". Magistrado Ponente: María Amparo Grau.





*Decreto N° 6.092 con rango, valor y fuerza de ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios (Referencias a problemas de imputación)*

Carlos Simón Bello Rengifo

*Investigador Instituto de Ciencias Penales, U.C.V*

## I. INTRODUCCIÓN

La presente colaboración persigue, en primer término, el análisis apenas introductorio de las figuras penales contenidas en el Decreto N° 6.092 con rango valor y fuerza de ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios promulgada por el Ejecutivo en ejecución de la ley habilitante del 31 de enero de 2007, dentro del desarrollo de la investigación de grupo sobre la imputación del tipo legal que adelanta un grupo de investigadores del Instituto de Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

A tal fin, el análisis se inicia con una introducción a las bases constitucionales del control penal del mercado, lo que contribuye al esclarecimiento de las bases ética-políticas y jurídico constitucionales de dicho control. Luego, se procede a un examen comparativo de la evolución de las figuras penales del control del mercado en la legislación penal reciente venezolana, y se concluye con el planteamiento de algunos problemas que la imputación de los tipos ofrece en su plano objetivo, es decir, típico.

De este modo, espero abrir la perspectiva hacia otros estudios que permitan la vinculación de la reflexión jurídica penal sobre el mundo normativo que se ha venido desarrollando en el proceso ideológico autoritario -y claras tendencias totalitarias-, que desafortunadamente marca el proceso político jurídico venezolano en los tiempos que corren, cuya crítica no se limita al mundo político, sino que también puede extenderse al universo jurídico, y el penal, de modo muy particular, pues es el precisamente el instrumento jurídico penal, entendido como brazo terrible del poder y no como coraza de protección ante el poder, el que es con frecuencia invocado y empleado por los sistemas políticos antiliberales y antidemocráticos.

Dicho esto, entro en materia.

## II. EL MARCO CONSTITUCIONAL

### 1. *Generalidades*

La Constitución de 1999 encierra un conjunto de normas que regulan la actividad económica con mayor extensión que las constituciones precedentes, sin adoptar, empero, un claro esquema ideológico que vaya más allá del Estado protector que ha caracterizado a la acción y constitución jurídica del Estado venezolano.

Sin embargo, no se puede silenciar el hecho de que en algunas disposiciones se insertan enunciados premonitorios del programa socialista que presidió la fallida propuesta de refor-

ma constitucional del año 2007, así como de muchos de los decretos promulgados con ocasión de la Ley Habilitante del pasado año, y cuya inconstitucionalidad es inocultable.<sup>1</sup>

Comencemos por las más generales que contienen básicamente declaraciones de principios y valores en particular las disposiciones iniciales, cuyo carácter general, principista y declarativo lleva a su aplicación como criterios valorativos del resto de las normas constitucionales y sub constitucionales que integran el ordenamiento jurídico nacional.

Dentro del léxico de dichas disposiciones, se pueden hallar expresiones y conceptos que han alcanzado un carácter de relativa significación política-jurídica, a consecuencia del proceso histórico-cultural a que han estado sometidas y de modo muy especial, la maduración que implican las elaboraciones teórico conceptuales, en tanto que hay otros de significación vacía y con una función básicamente persuasiva o emotiva, sin referentes relativamente consensuados<sup>2</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la expresión doctrina de Simón Bolívar<sup>3</sup>, carente de una significación política-jurídica siquiera medianamente precisable en el contexto contemporáneo en cuanto expresión de valores y principios definidores de la República desde un punto de vista jurídico y político que trascienda la relación emotiva, justa por lo demás, con las acciones y proclamas de nuestros padres fundadores. Circunstancia similar puede decirse del vocablo Justicia, que no es una cualidad claramente definible más allá del marco jurídico propio del Estado de Derecho.

La voz justicia en vez de contribuir a la mejor demarcación ética, política y jurídica del Estado venezolano -en su concepción y en su acción-, más bien tiene un efecto opacante al incorporar una propiedad de la organización jurídica que en tanto se entienda como conceptualmente distinguible del acatamiento al marco jurídico, no es susceptible de ser precisada, y abre entonces la posibilidad de un decisionismo jurídico extraño a la constitución democrática del Estado, según la concepción demoliberal de las sociedades libres y humanistas.

En otras palabras, la incorporación de términos conceptualmente imprecisos y básicamente emotivos, puede ser bandera ideológica antidemocrática o simplemente populista. De hecho, no es cosa de azar que aquellas y otras expresiones similares hayan sido *leit motif* del discurso socializante y autoritario que ha signado la gestión política del gobierno venezolano en los últimos diez años.

Las disposiciones preliminares de la Constitución, pese a lo antedicho, cumplen también orientan en la búsqueda de la significación y función ética-política y jurídica del sistema normativo.

Veamos.

Los valores de la República son, según el artículo 1°:

- 
- 1 Punto que escapa al objetivo de la presente colaboración.
  - 2 El grado de estabilidad en su significación es relativa a un estado histórico cultural, y no definitivo, y resulta de un cierto consenso que resulta de la concurrencia de muchos factores. Por supuesto, que la consensualidad significativa no es ajena a la arbitrariedad de los signos, dicho sea de paso y a modo de referencia.
  - 3 En la declaración de principios de la Constitución de 1961, se invoca el pensamiento y la acción de Simón Bolívar como la expresión más alta patrimonio moral e histórico de Venezuela. Esta invocación al margen de ser una expresión del culto secular venezolano a Simón Bolívar, no tiene sin embargo, el alcance a que llegó la constitución vigente.

- Libertad
- Igualdad
- Justicia
- Paz internacional

Estos valores, a excepción del primero, tienen un marcado carácter colectivo, empero, en el artículo 2º hallamos la norma que define la forma del Estado y los fines que persigue en cuanto valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación. Esto es, son los valores a los cuales deben responder y han de desarrollar las normas jurídicas, así como la actuación del Estado. Dichos valores básicos son:

- La preeminencia de los derechos humanos
- La ética
- El pluralismo político

Al margen de cierta redundancia en el texto constitucional, así como alguna oscuridad en cuanto la jerarquía y ubicación de los valores, puede decirse que los valores de la República (libertad, igualdad, justicia y paz internacional) fundamentan a su vez los valores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado. Ellos son los valores del individuo (derechos humanos), del recto proceder en la interrelación social (ética) y de la acción política (pluralismo político) a su vez actúan como bases del desarrollo del universo de los valores más específicos de la organización jurídica de la sociedad, a reserva de ciertas duplicaciones, nada extrañas en el estilo ampuloso del texto constitucional:

- La vida
- La libertad
- La justicia
- La igualdad
- La solidaridad
- La democracia
- La responsabilidad social

Este universo de valores, ex artículo 3º, se explana en fines objetivos, o pretendidamente tales, que tocan tanto lo individual como lo social y cuya separación conceptual respecto a los valores no es diáfana, pero en cualquier caso, son señalados por la Carta Magna como fines del Estado y atañen a la realización del hombre desde su individualidad hasta su praxis social.

Son:

- Defensa y desarrollo de la persona
- Respeto de la dignidad humana
- Construcción de sociedad justa y amante de la paz
- Promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo
- Ejercicio democrático de la voluntad popular

Y en suma:

- Garantizar el cumplimiento de los principios, derechos y deberes constitucionales

En cuanto el ámbito económico, considero que los valores consagrados por la Constitución no definen la organización económica en términos de libre mercado, al menos de un modo explícito, aunque tampoco en términos de economía socialista, pero si hay una marcada inclinación hacia una economía intervenida propia del Estado Bienestar que no ha dado precisamente claras muestras de éxito a todo lo largo de la historia venezolana.

La enunciación e interrelación entre valores y principios, deberes y derechos<sup>4</sup>, se organizan en un sistema que la Constitución denomina Sistema socioeconómico, ordenado también según principios, algunos de los cuales forman parte del proceso constitucional precedente:

- Justicia social
- Democracia
- Libre competencia
- Protección del ambiente
- Productividad
- Solidaridad

El fin del sistema es el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

A partir de ahí, el Estado asume un conjunto de obligaciones sociales (derechos prestaciones):

- Promoción del desarrollo armónico de la economía nacional (Art. 299).
- Aseguramiento de la razonabilidad de la productividad económica y social de los recursos públicos destinados para la realización de actividades sociales o empresariales en entidades funcionalmente descentralizadas (Art. 300).
- Defensa de las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas mediante el uso de la política comercial (Art. 301).
- Seguridad alimentaria mediante la promoción de la agricultura sustentable (Art. 305).
- Generación del empleo campesino, nivel adecuado de bienestar para la población rural y su incorporación al desarrollo nacional, fomento de la actividad agrícola y uso óptimo de la tierra (Art. 306).
- Protección y promoción de las formas asociativas y particulares de propiedad que garanticen la producción agrícola (Art. 307).

---

4 A los que me referiré *infra*.

- Fortalecimiento del desarrollo económico mediante el sustento de la iniciativa económica popular y aseguramiento de la capacitación, asistencia técnica y financiamiento oportuno (Art. 308)
- Preservación de la autenticidad de la artesanía e industrias populares típicas de la Nación (Art. 309)
- Creación y fortalecimiento del sector turístico nacional (Art. 310)

Asimismo, declara de propiedad pública:

- Las industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico (Arts. 302 y 303)
- Las aguas insustituibles para la vida y el desarrollo (Art. 304)<sup>5</sup>

Como se desprende de lo dicho, la concepción política-económica se sostiene en un frágil equilibrio entre el derecho individual al ejercicio de los derechos económicos en pro del desarrollo personal y el derecho colectivo enmarcado en el concepto de justicia social, de tal modo que el ordenamiento jurídico debe desarrollarse entre ambos extremos sin sacrificio de ninguno de ellos.

La amplitud significativa de ambos extremos reclama la adopción de posiciones políticas y éticas que doten de sentido a las decisiones legislativas. Ello si bien puede ser considerado como extremadamente inseguro, tiene, sin embargo, un límite relativamente concreto: el respeto a los derechos fundamentales, sin los cuales no hay ni desarrollo individual ni justicia social.<sup>6</sup>

La protección estatal a la actividad económica de los ciudadanos se pone de manifiesto en muchas normas constitucionales de claro sentido intervencionista que ha marcado la vida jurídica económica de Venezuela a lo largo de su existencia republicana, al menos en los tiempos que se puedan llamar modernos.<sup>7</sup>

La Constitución no sólo ha reconocido los derechos de primera generación, sino también los prestacionales de contenido social y económico, tal como se recogen en el Capítulo VII (De los derechos económicos), perteneciente al Título III De los derechos humanos y garantías, de los deberes.

Sus normas pueden ser consideradas así:

Declarativas:

- Libertad económica restringida por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección ambiental u otras de interés social (Art. 112).

---

5 Sería asunto a discutir si el constituyente que todas las aguas son insustituibles para la vida y el desarrollo, o si se trata de una especie. El elemento gramatical, el signo de la coma, puede contribuir a dar con la respuesta, pero en todo caso, el asunto no es decisivo a los particulares fines de este artículo.

6 La necesaria concreción y significación que el fundamento general de los derechos fundamentales requiere, por ejemplo, en el ámbito del derecho penal, con categorías y conceptos iuspenalísticos deducidos, es parte de la tarea dogmática, pero no es asunto propio de este artículo.

7 La modernidad venezolana no es coetánea a la mundial.

- Derecho de libre disposición de bienes y servicios (Art. 117)
- Derecho a información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de bienes y servicios (Art. 117)
- Libertad de elección (Art. 117)
- Derecho a trato equitativo y digno (Art. 117)
- Derecho a asociarse (Art. 117)

Prohibitivas:

- Prohibición de monopolios (Art. 113)
- Prohibición de abuso de posición de dominio (Art. 113)
- Prohibición regulada de confiscación de bienes (Art. 116)

Sancionatorias:

- Ilícito económico (Art. 114)
- Ilícito de oferta de bienes y servicios (Art. 117)
- Ilícito de información adecuada y engañosa (Art. 117)
- Ilícito en la libertad de elección (Art. 117)
- Ilícito en el trato (Art. 117)

Promocionales y garantistas:

- Promoción de la iniciativa privada con garantía de la creación y justa distribución de riqueza (Art. 112)
- Promoción y protección de las asociaciones destinadas a mejorar la economía popular y alternativa (Art. 118)
- Medidas necesarias en defensa de la libertad económica (contrarias al monopolio, abuso de posición de poder, demanda concentrada) (Art. 113)
- Medidas de protección (mecanismos de protección, normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, procedimientos de defensa) al derecho del consumidor y usuario (libre disposición de bienes y servicios de calidad, información adecuada y no engañosa, libertad de elección, trato justo y digno) (Art. 117)

Este amplio espectro normativo legitima las decisiones legislativas que lo desarrollan, desde aquellas que tienen un carácter puramente prestacional y promocional de la actividad económica, como controladora, ámbito este último donde es razonable incluir las normas sancionatorias sub constitucionales, que abarcan las penas propiamente dichas y las sancionatorias administrativas.<sup>8</sup>

---

8 La diferencia entre unas y otras sanciones es un problema de nada fácil solución, incluso en aquellos casos en los cuales la misma ley estatuye las dos categorías de modo diferenciado, como ocurre en el caso de la ahora analizada, habida cuenta que el criterio clasificador del creador de la norma puede ser sometido a crítica y no ser compartido, más aún cuando bajo tal pretendida diferencia se ausculta un propósito de un régimen punitivo con menores garantías, tanto sustantivas

En síntesis, el artículo 117 constitucional, tantas veces citado, suministra la referencia de legitimidad constitucional al desarrollo legislativo que impulsa el decreto sub examen, sin perjuicio, por supuesto, de la concurrencia de otras normas constitucionales de carácter más amplio y general de obligada concurrencia en el análisis jurídico del espectro normativo al que se contrae el presente artículo.<sup>9</sup>

La doctrina ha distinguido entre normas neutras que no declaran la imposición de sanciones, como las propiamente sancionatorias que ordenan al legislador bien la imposición de sanciones, que pueden ir desde las administrativas hasta las penales, o bien las que de antemano determinan al legislador la índole de sanción.<sup>10</sup>

La Constitución venezolana prevé en su artículo 114 que se sancione severamente la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos. Hasta acá la norma constitucional goza de relativa concreción, excepción hecha de la mención a los delitos conexos<sup>11</sup>. Pero el panorama se hace muy distinto con la inclusión de la expresión ilícito económico.

El concepto de ilícito económico en tanto diferenciado de las demás especies típicas que la misma disposición constitucional incluye no es tarea fácil, pues por el contrario, corresponde a una categoría que abarca precisamente las figuras que también se incluyen: acaparamiento, usura y cartelización y que en principio parecieran ser los únicos hechos que para el constituyente merecen sanción penal.<sup>12</sup>

En Venezuela, a reserva de lo que desarrollaré bajo el epígrafe siguiente, no ha habido un desarrollo jurídico sistematizado del derecho penal económico<sup>13</sup>, en tanto que no forma

como procesales. Lo más adecuado al pensamiento demoliberal parece ser la adopción de principios mínimos comunes que permitan sin detrimento de garantías que podemos llamar esenciales, tanto el desempeño oportuno y expedito de la administración en sede sancionatoria, como la seguridad propia de la justicia pena, que arrastra condiciones formales y temporales más densas. Para desarrollar el presente análisis, basta con remitirse a la clasificación de la ley, y se pospone lo más arduo de la cuestión dogmática de la diferencia entre la sanción penal y la administrativa que me llevaría por otros derroteros.

- 9 El artículo 117 constitucional legitima en principio el desarrollo legislativo en materia de acceso a bienes y servicios, a partir de su letra: "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 calidad 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 las violación de tales derechos". (He destacado).
- 10 Conf. Carlos Pérez del Valle, "Introducción al Derecho Penal Económico", en *Derecho Penal Económico*, Enrique Bacigalupo, director. Editorial Hammurabi SRL. 2000, Buenos Aires, pp. 42 y ss.
- 11 Pudiera pensarse que el constituyente cree que hay un concepto sustantivo de delitos conexos, es decir, que se pueden prever con cierta independencia del mundo de los hechos. La conexión resulta del *modus operandi*, y no es una categoría propia que supere su marco definitorio.
- 12 La exigencia de que la sanción sea severa por supuesto que no corresponde exclusivamente a sanción penal, pero es su significación más plausible.
- 13 Hay doctrina jurídica administrativa sobre lo que genéricamente puede ser llamado derecho del consumidor, que incluso toca el ámbito sancionatorio de la administración pública, pero es claro que no se trata de dogmática penal, pese a algunas referencias inevitables. Por todos, véase José

parte del cuerpo codificado -que en nuestro caso, dada la fragmentación jurídica penal que nos caracteriza, no es criterio decisivo-, tampoco de la legislación colateral, menos aún doctrina ni jurisprudencia penales mínimamente elaboradas, salvo la doctrina en cuanto la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>14</sup>, que si bien es un tema propio del derecho penal económico, su análisis no implica un estudio sistemático del sub orden normativo en el que tiene más relevancia. Tampoco hay estudios sistemáticos de los delitos económicos en cuanto provincia distinguible de los delitos contra la propiedad.<sup>15</sup>

2. *El Decreto con rango, valor y fuerza de ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*

A. *La Exposición de Motivos*

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la defensa de las personas y el acceso a los bienes y servicios, N° 6.092, de fecha 27 de mayo de 2008 contiene no sólo tipos penales relativos a la protección penal del consumo, aun cuando tiene un campo de aplicación mucho mayor.

En la Exposición de Motivos de dicho decreto, se lee:

Lo que hoy se propone, tiene como fundamento esencial los profundos cambios históricos, que en lo social, en lo económico, en lo político y en lo cultural, se desarrollan de manera dinámica y progresiva en el país y en atención a que los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios están considerados como un derecho humano en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1.999, razón por la cual se hizo imperioso luego de un complejo y largo periodo de discusión multidisciplinario, esta propuesta de reforma.

Se busca responder de manera ágil y expedita a los derechos de las consumidoras, los consumidores, las usuarias y los usuarios, modificándose e incorporándose disposiciones sustanciales y simplificándose los procedimientos administrativos existentes, los de la oralidad como medio de subsanación procedimental, rompiéndose de tal manera con la rigidez y el convencionalismo, dogmatismo legal tradicional del procedimiento actual.

Se amplía el ámbito de su competencia, incluyéndose como sujetos de la Ley a toda persona natural o jurídica que intervienen en la cadena de distribución, producción, y consumo, tales como importadoras y importadores, productoras y productores, fabricantes, distribuidores y comercializadores, haciéndolos responsables directa y solidariamente cuando sus conductas o actos afecten o vulneren los derechos de las personas.

Se incorporan a los Concejos Comunales a través de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento y demás organizaciones, como nuevos actores del proceso en la defensa, educación, información, vigilancia y control de los derechos e intereses de las personas en el acceso a los bienes y servicios, en cumplimiento de la disposición constitucional de la participación protagónica del pueblo en los asuntos de la vida nacional y para la defensa integral de la nación en materia de bienes y servicios, declarados o no de primera necesidad.

---

Ignacio Hernández G., *Comentarios a la Ley contra el acaparamiento y la especulación*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2007.

14 Juan Luis Modolell González recientemente (Persona Jurídica y responsabilidad penal, 2002). Anteriormente, Luis Gerardo Gabaldón y quien esto escribe.

15 La obra de Gerardo Mille Mille ostenta el grado de pionera y única.



De lo recién copiado, se extrae que el Ejecutivo invoca que la necesidad del instrumento normativo deriva de los cambios que en distintos ámbitos han ocurrido en el país, entre los cuales parece destacar el reconocimiento del derecho de acceso a bienes y servicios como un derecho humano.

De allí, según el Ejecutivo, se desprende a su vez, el mandato de aligerar el ejercicio de tal derecho mediante modificaciones de carácter procedimental que brinden agilidad y celeridad, *rompiéndose de tal manera con la rigidez y el convencionalismo, dogmatismo legal tradicional del procedimiento actual.*

*A renglón seguido, el Ejecutivo expresa que además de los cambios procedimentales, se introducen dos cambios relevantes: la ampliación de la esfera de competencia de la Ley al abarcar un mayor número de destinatarios e introducir la controlaría social a través de los Consejos Comunales.*

*Lo cierto, es que estos dos cambios incrementan el poder controlador del Estado mediante mecanismos de conformación socialista, en los cuales, el Estado se arropa con organizaciones aparentemente sociales que no son sino brazos organizados del régimen y por ende, ideológicamente dispuestos.*

Prosigue la Exposición:

Se sanciona un cúmulo de actuaciones que la Ley vigente solo contenía de manera enunciativa, es decir, no estaba prevista pena alguna para estas conductas irregulares, por lo que en tal sentido, ahora se precisa su carácter ilícito, previendo sanciones que permitan el cumplimiento oportuno de la Ley, así como, imposición de otros ilícitos y delitos, penas, a los fines de prevenir las conductas y actos contrarios a los derechos de las personas.

De tal forma, se consagraron las denominadas medidas correctivas y preventivas, en el ejercicio de la aplicación del presente Decreto-Ley, a fines de asegurar y garantizar que no queden ilusorias las decisiones, así como la de afrontar las conductas de acaparamiento, especulación, boicot y extracción de bienes, permitiéndole al Estado garantizar la seguridad alimentaria de la Nación.

De lo anterior, se extrae que es también una novedad la ampliación de los supuestos de ilicitud y el incremento de las modalidades sancionatorias, así como los mecanismos correctivos y preventivos.

En consecuencia, y resumiendo, puede decirse que el Ejecutivo presenta como logros del nuevo instrumento legal aquellos que exige el derecho de acceso a bienes y servicios como un derecho humano:

- Efectividad y celeridad de los procedimientos
- Ampliación de destinatarios
- Contraloría social a través de los consejos comunales
- Ampliación de supuestos de ilicitud
- Diversificación e incremento de sanciones y medidas preventivas y correctivas

Vemos, entonces, que los distintos ámbitos regulados son el procedimental, el subjetivo o de los destinatarios (que incluye diversificación de funciones), el sancionatorio y el preventivo.

Un análisis exhaustivo de la Ley, que acá no se persigue, debiera abarcar sus fundamentos políticos, económicos y contextuales, así como los distintos ámbitos de regulación antes mencionados.

Asunto aparte es la constitucionalidad de la facultad normativa penal del Ejecutivo<sup>16</sup>, sobre el cual no pretendo extenderme, pero debo antes expresar que conforme el principio de separación de poderes y la constitución democrática del Estado, a la que no renunció la Constitución de 1999, es abuso de poder que el Ejecutivo asuma la potestad punitiva, aunque lamentablemente este vicio ético, político y jurídico ha mancillado desde hace mucho la constitución democrática del Estado venezolano, cuanto más reprensible que quienes antes abusaron con descaro de su poder normativo, por su mayor formación intelectual tienen incluso más responsabilidad en este dislate<sup>17</sup>, que aquel que luego, con anémica formación jurídica y política, asumió las funciones ejecutivas. Por otra parte, si en estado de excepción, el principio de legalidad y de reserva se mantienen inalterables, con mayor razón en materia de leyes habilitantes.<sup>18</sup>

Precisado lo anterior, entro en materia.

#### B. *La evolución legislativa*

Muy a despecho de lo que se divulgue por medios de comunicación o por voceros políticos de frágil formación intelectual y académica, que por desgracia para el país, son los más, Venezuela no ha conocido un proceso económico de mercado libre, sino que por el contrario el proceso económico-político venezolano a lo largo y ancho del siglo XX estuvo signado por premisas intervencionistas, cuya variación, con independencia del lenguaje político circunstancial, han sido en intensidad, pero no ideológica<sup>19</sup>.

El *menú* de tipos penales económicos en orden jurídico venezolano, que trasciende a la protección difusa e institucional ha aumentado en el curso del tiempo, tanto por la mayor complejidad de la vida productiva del país y económica en general, como también por la constante y creciente intervención del Estado en la vida económica nacional, fenómeno que no es exclusivo de Venezuela.

Claro que los mecanismos de intervención en la vida económica son de distinta índole, y los sancionatorios puede que no sean los más eficaces, pues hay otros muchos mecanismos, fáctico-instrumentales y jurídicos, que tienen mayor fuerza rectora en las decisiones económicas de la sociedad; sin embargo, su presencia, muchas veces simbólica -amenaza y escasa aplicación real-, no se puede negar.

---

16 Art. 236, num. 8° de la Constitución, prevé que el Presidente de la República puede dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley. Esta disposición no distingue el alcance de la facultad normativa del Ejecutivo, a diferencia de la de 1961, lo que revela la inclinación autoritaria de la Carta Magna, en su parte orgánica, velada por la amplitud de su declaración de derechos. Esta amplitud del numeral 8 ha dado pie a una aplicación desmesurada de la facultad normativa del Presidente, que excede en mucho también la usurpación del poder punitivo, hecho que, lamentablemente, ocurrió en otros gobiernos que no por más democráticos, no dejaron de ser de escasa institucionalidad y de anémica voluntad histórica.

17 En el sentido histórico y moral fundamentalmente, sin que esto sea excusa ni atenuante respecto a las acciones autoritarias y contra democráticas que forman parte del hacer político venezolano actual desde las instancias del poder, y sin perjuicio de una mayor voluntad democrática durante el período 1958-1998.

18 Esta idea ha sido desarrollada por el Dr. Juan Luis Modolell, de quien me tomo la libertad de insertarla en esta colaboración.

19 Entendida como conjunto de valores, principios y concepciones que determinan la acción política. Entendida así, Venezuela es un desierto ideológico, pese al proceso de ideologización socialista que se impulsa en los últimos tiempos que va, empero, acompañada de factores irracionales.

Resulta así interesante esbozar una comparación entre las figuras penales que han estado vigentes en el país y de este modo se pueden extraer conclusiones en cuanto a si la nueva ley introduce o no, modificaciones típicas relevantes.

A raíz del golpe de estado del 18 de octubre de 1945<sup>20</sup>, que relaciona el proteccionismo estatal con el populismo partidista que se asienta luego como práctica del Estado hasta nuestros días<sup>21</sup>, se tiene el decreto 247 del 9 de abril de 1946, destinado a la represión de la usura.

Luego, la Ley contra el acaparamiento y la especulación, del 7 de agosto de 1947, donde se prevén como delitos con pena entre seis y treinta meses de prisión, la usura, el acaparamiento, la alteración de precios de artículos de bienes de primera necesidad (bajo tres modalidades)<sup>22</sup> y la venta condicionada de artículos de primera necesidad<sup>23</sup>. Como se ve, la estructura básica del sistema penal venezolano en materia de protección penal al consumidor ha permanecido vigente en lo sustancial.

El 2 de septiembre de 1974 se promulga en la *Gaceta Oficial* N° 1.680 Extraordinario, la Ley de Protección al Consumidor<sup>24</sup>, en la cual no se deroga la ley del 47, lo que trajo algunos problemas de interpretación, pero si se prevén como **faltas** la publicidad engañosa, la omisión de cierta información en envases o envoltorios, así como en materia de garantía, así como el uso indebido de la marca *Norven*. Fue reformada en 1989, con el propósito de poner a la dispersión legislativa que existía en la materia.<sup>25</sup>

El 24 de marzo de 1992, se publica la Ley de Protección al Consumidor que deroga, entre otras, la ley del 47 y la del 74. Su artículo 62 prevé como delitos la especulación, el acaparamiento y la usura con pena, según su artículo 106, de seis a sesenta días de arresto.<sup>26</sup>

El panorama político criminal del Estado cambia en la intensidad y gravedad de las sanciones a partir del 17 de mayo 1995, cuando entra en vigencia la *Ley de Protección al Consumidor*.

Posteriormente, el 4 de mayo de 2004, se promulga la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, y apenas tres años después, el 21 de febrero de 2007, el *Decreto con fuerza, valor y rango de ley especial de defensa popular contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos y productos sometidos al control de precios*, que no deroga expresamente la del año 2004, lo que no dejaba de

---

20 Antes, el 15 de agosto de 1944, se promulgó un decreto con miras a proteger la producción nacional y la regulación de precios.

21 Claro que hay diferencias entre el populismo partidista y el caudillista o autocrático posterior, pero las mismas no son de mayor relevancia a nuestros fines.

22 Cesión a intermediarios para ser vendidos clandestinamente a precios superiores a los regulados; cesión preferencial mediante pago de comisiones; traspaso a mayoristas o detallistas con el fin de elevar “inmoderadamente” los precios.

23 “La imposición al consumidor o al detallista de comprar mercancías averiadas o de poca demanda, como condición para venderle artículos de primera necesidad.”

24 En 1984 se promulga la Ley que crea la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios. Pocos años antes, se promulgaron otros decretos con mayor relevancia en el ámbito administrativo, por lo que su examen excede los límites del presente artículo.

25 Conf. José Ignacio Hernández, *op. cit.*, p. 10.

26 Por ser ajeno al propósito de estas líneas, dejo fuera de consideración el universo de la evolución de los ilícitos administrativos.

aparejar cierta inseguridad, pues si bien es cierto que su objeto versaba sobre los bienes sujetos a control de precios, en tanto que la legislación precedente atendía a los bienes de primera necesidad, resultaban innegables las superposiciones. Como se puede ver, en un período cercano a los treinta años, desde 1974, han regido cinco leyes sobre la misma materia.

Como he considerado la legislación de 1995 la que marca una diferencia de cierta importancia respecto a las precedentes, procederé a un cuadro comparativo de las leyes que han estado vigentes desde entonces.

Así, tenemos:

### Acaparamiento

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
<p><b>Artículo 106</b></p> <p>Quien restrinja la oferta, circulación, o distribución de bienes o servicios de primera necesidad o básicos, retenga dichos artículos o niegue la prestación de esos servicios, con o sin ocultamiento, para provocar escasez y aumento de los precios, será sancionado con prisión de uno (1) a tres (3) años y multa, equivalente en bolívares, de mil (1.000) a tres mil (3.000) días de salario mínimo urbano.</p> <p>Los artículos y servicios aludidos en el párrafo anterior, serán los especificados por Decreto del Ejecutivo Nacional.</p>	<p><b>Artículo 129</b></p> <p>Quien restrinja la oferta, circulación o distribución de bienes o servicios de primera necesidad, retenga dichos artículos, o niegue la prestación de esos servicios, será sancionado con prisión de uno a tres años y con multa de cien unidades tributarias a tres mil unidades tributarias.</p> <p>Los artículos y servicios aludidos en el párrafo anterior serán los especificados por decreto del Ejecutivo Nacional.</p> <p>Para establecer los hechos constitutivos del delito de acaparamiento, el juzgador podrá tener en cuenta como criterios definidores entre otros, los relativos al tipo de negocio y volumen de ventas del presunto infractor, fecha de recepción, tipo de venta, tiempo de entrega y factor de oportunidad en la adquisición de dichos bienes, o si se trata de bienes sujetos a oferta o venta estacional.</p>	<p><b>Artículo 20</b></p> <p>Quien restrinja la oferta, circulación o distribución de bienes o productos sometidos a control de precios, retenga dichos artículos, con o sin ocultamiento para provocar escasez y aumento de los precios, incurrirá en el delito de acaparamiento y será sancionado con prisión de dos a seis años y con multa de ciento treinta unidades tributarias a veinte mil unidades tributarias.</p>	<p><b>Artículo 138</b></p> <p>Quienes restrinjan la oferta, circulación o distribución de bienes declarados de primera necesidad, retengan los mismos, con o sin ocultamiento, para provocar escasez y aumento de los precios, incurrirán en el delito de acaparamiento y será sancionado con prisión de dos (2) a seis (6) años.</p>

Las conclusiones más importantes que se pueden derivar de su comparación, son las siguientes:

- No hay diferencias muy relevantes a lo largo del proceso legislativo.
- Se ha reducido el ámbito de aplicación a los bienes, cuando anteriormente abarcaba los servicios.
- La tendencia es a un incremento cuantitativo de la pena privativa de libertad.
- En el último tipo se ha incorporado un elemento teleológico: finalidad de provocar escasez y aumento de los precios.

- Se suprimieron las reglas que contribuían, en la ley de 2004, a establecer los hechos.

### Especulación

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
<b>Artículo 107</b> Quien enajene bienes o preste servicios declarados de primera necesidad, en forma directa o a través de Intermediarios, a precios superiores a los fijados por las autoridades competentes será sancionado con prisión de uno (1) a tres (3) años y multa, equivalente en bolívares, de mil (1.000) a tres mil (3.000) días de salario mínimo urbano.	<b>Artículo 130</b> Quien enajene bienes o preste servicios declarados de primera necesidad, en forma directa o a través de intermediarios, a precios superiores a los fijados por las autoridades competentes, será sancionado con prisión de uno a tres años y con multa de treinta unidades tributarias a tres mil unidades tributarias.	<b>Artículo 21</b> Quien venda alimentos o productos sometidos a control de precios en forma directa o a través de intermediarios, a precios superiores a los fijados por las autoridades competentes, incurrirá en el delito de especulación y será sancionado con prisión de dos a seis años y con multa de ciento treinta a veinte mil unidades tributarias.	<b>Artículo 137</b> Quienes vendan bienes declarados de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente, alteren la calidad o condicionen su venta, incurrirán en el delito de especulación y serán sancionados con prisión de dos (2) a seis (6) años.

Se puede concluir que:

- Hay tendencia a un incremento de la pena.
- El objeto se reduce a los bienes, ahora no se incluyen los servicios.
- Se incluye como supuesto de acción, el condicionamiento de la venta.

### Usura

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
<b>Artículo 108</b> Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza, será sancionado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa, equivalente en bolívares de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano. En la misma pena incurrirá quien en operaciones de crédito o financiamiento obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas por el Banco Central de Venezuela.	<b>Artículo 126</b> Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de uno a tres años, y serán sancionados con multa de cien unidades tributarias a tres mil unidades tributarias. En la misma pena incurrirá quien en operaciones de crédito o financiamiento obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas por el Banco Central de Venezuela.	No lo prevé	<b>Artículo 143</b> Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de uno (1) a tres (3) años. En la misma pena incurrirá quien en operaciones de crédito o financiamiento, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas o permitidas por el Banco Central de Venezuela. <b>De la usura en las operaciones de financiamiento</b> <b>Artículo 144.</b> Quien en las operaciones de venta a crédito de bienes o servicios de financiamiento para tales operaciones, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos, cualquier cantidad por encima de los máximos que sean fijados o permitidos por el Banco Central de Venezuela, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional, incurrirá en delito de usura, y será sancionado con pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años. Igualmente, será sancionado con la misma pena, quien viole lo establecido en el segundo párrafo del artículo 76 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. <b>Fijación de intereses</b> <b>Artículo 76.</b> En las operaciones de venta a crédito de cualquier tipo de bienes o servicios y los financiamientos para esas operaciones, no podrán obtenerse por concepto de intereses, comisiones, o recargos, ninguna cantidad que exceda los límites máximos fijados o permitidos por el Banco Central de Venezuela. Los intereses de financiamiento que generen dichas operaciones no se podrán capitalizar, debiendo en todo caso acumularse en una cuenta separada del capital adeudado, sin devengar ninguna clase de interés o cobro por su manejo. La violación de este artículo se considerará delito de usura.

De la comparación, se extrae:

- No hay cambios importantes en el curso del tiempo.
- Se suprime la pena pecuniaria.

- Se reitera la usura en materia financiera de un modo bastante confuso.

#### Alteración fraudulenta de precios

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
<p><b>Artículo 109</b></p> <p>Quien difunda noticias falsas, emplee violencia, amenaza, engaño o cualquier otra maquinación para alterar los precios de bienes, monedas, títulos o cualquier otro valor negociable, o para provocar o estimular la fuga de capitales, será sancionado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa, equivalente en bolívares, de dos mil (2.000) a cuatro mil (4.000) días de salario mínimo urbano.</p> <p>La pena se aumentará en la mitad si los conductos previstos en este Artículo recaen sobre productos alimenticios, medicamentos, viviendas u otros bienes declarados de primera necesidad.</p>	<p><b>Artículo 131</b></p> <p>Quien difunda noticias falsas, emplee violencia, amenaza, engaño o cualquier otra maquinación para alterar los precios de bienes, monedas, títulos o cualquier otro valor negociable, o para provocar o estimular la fuga de capitales, será sancionado con prisión de uno a cuatro años y con multa de treinta unidades tributarias (30 U.T.) a tres mil unidades tributarias (3000 U.T.).</p>	<p><b>Artículo 22</b></p> <p>Quien noticias falsas, emplee violencia, amenaza, engaño o cualquier otra maquinación para alterar los precios de los alimentos o productos sometidos a control de precios, será sancionado con prisión de dos a seis años y con multa de ciento treinta a veinte mil unidades tributarias.</p>	<p><b>Artículo 140</b></p> <p>Quien difunda noticias falsas, emplee violencia, amenaza, engaño o cualquier otra maquinación para alterar los precios de los bienes declarados de primera necesidad, será sancionado con prisión de dos (2) a seis (6) años.</p>

Se puede concluir:

- Cierta tendencia a la reducción de pena. En un primer momento (1995), si el hecho versaba sobre bienes de primera necesidad, la pena se duplicaba, pero luego, en las dos últimas leyes, se suprime la referencia a la cualidad agravatoria de la condición de primera necesidad del objeto materia.
  - El elemento teleológico relativo provocación o estímulo a la fuga de capitales desaparece en la última ley.
  - Se ha reducido el objeto material, pues en la ley actual no se incluye monedas y títulos negociables.
  - Se ha suprimido la pena pecuniaria, sólo perdura la privativa de libertad, con un aumento en la última ley.

#### Alteración fraudulenta de condiciones de oferta y demanda

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
No lo prevé	<p><b>Artículo 135</b></p> <p>Quien con la finalidad de alterar las condiciones de oferta y demanda en el mercado nacional, destruya o haga desaparecer materias primas, Productos agropecuarios o industriales, o los instrumentos necesarios para su producción o distribución, será sancionado con prisión de uno a cinco años y con multa de treinta unidades tributarias (30 U.T.) a tres mil unidades tributarias (3000 U.T.).</p>	No lo prevé	<p><b>Artículo 141</b></p> <p>Quien con la finalidad de alterar las condiciones de oferta y demanda en el mercado nacional, destruya o haga desaparecer los bienes declarados de primera necesidad, o los instrumentos necesarios para su producción o distribución será sancionado con prisión de cinco (5) a diez (10) años.</p>

Se pueden extraer algunas conclusiones:

- La conducta si bien es similar en cuanto su resultado, respecto al tipo de alteración fraudulenta de precios, la diferencia parece estribar en que ahora el objeto material son definitivamente los bienes o los instrumentos de producción o distribución, signado por el elemento teleológico de la alteración de las condiciones de oferta y demanda en el mercado.

- Es un tipo reciente en el sistema penal venezolano.
- Se ha ampliado el sujeto activo a partir de 2004
- Se ha suprimido la pena pecuniaria
- El tipo ha ganado en síntesis

#### Importación de bienes nocivos para la salud

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
<p><b>Artículo 110</b></p> <p>El funcionario que autorice la importación o comercialización de bienes declarados nocivos para la salud y prohibido su consumo, será sancionado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa equivalente en bolívares de mil (1.000) a cuatro mil (4.000) días de salario mínimo urbano.</p>	<p><b>Artículo 132</b></p> <p>Quien importe o comercialice bienes declarados nocivos para la salud y prohibido su consumo, será sancionado con prisión de tres a cinco años y con multa de treinta unidades tributarias a tres mil unidades tributarias.</p> <p>Así mismo, será sancionado el funcionario que autorice tal importación o comercialización.</p>	<p><b>No lo prevé</b></p>	<p><b>Artículo 145</b></p> <p>Quien importe o comercialice bienes declarados nocivos para la salud y de prohibido consumo, será sancionado con prisión de tres (3) a cinco (5) años. Asimismo, será sancionado la funcionaria o funcionario que autorice tal importación o comercialización.</p> <p>Quien venda o exhiba para su venta, alimentos, bebidas o medicamentos no falsificados ni adulterados, pero si nocivos a la salud o cuya fecha de consumo haya expirado o caducado, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.</p>

- Se puede concluir:
- Es un tipo que se ha mantenido a lo largo de la evolución legislativa.
- Se suprimió la pena pecuniaria en la última ley.
- Se mantiene la misma pena privativa de libertad
- Se incluye un supuesto fáctico que consiste en la venta o exhibición de productos nocivos a la salud o cuya fecha de consumo haya expirado o caducado.

#### Contrabando de extracción

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
<p><b>Artículo 111</b></p> <p>Quienes extraigan bienes declarados de primera necesidad producidos en el país, cuya comercialización se haya circunscrito al territorio nacional, serán sancionados con prisión de uno (1) a tres (3) años y multa equivalente en bolívares de mil (1.000) a tres mil (3.000) días de salario mínimo urbano.</p>	<p><b>Artículo 133</b></p> <p>Quienes extraigan bienes declarados de primera necesidad producidos en el país, cuya comercialización se haya circunscrito al territorio nacional, serán sancionados con prisión de uno a tres años y con multa de treinta unidades tributarias dos mil unidades tributarias.</p>	<p><b>Artículo 23</b></p> <p>Quienes extraigan alimentos o productos sometidos a control de precios cuya comercialización se haya circunscrito al territorio nacional, serán sancionados con prisión de dos (2) a seis (6) años y con multa de ciento treinta a veinte mil unidades tributarias.</p>	<p><b>Artículo 142</b></p> <p>Quienes extraigan bienes declarados de primera necesidad cuya comercialización se haya circunscrito al territorio nacional, serán sancionados con prisión de dos (2) a seis (6) años.</p>

De la comparación entre ellos, se puede extraer que en su evolución, se ha suprimido la pena pecuniaria y se ha incrementado la pena privativa de libertad.

#### Alteración de calidad, cantidad, peso o medida de bienes y servicios

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
<b>Artículo 112</b> El proveedor que altere o modifique la calidad, cantidad, peso o medida de los bienes y servicios, especificados en oferta, en perjuicio del consumidor o usuario, será sancionado con prisión de seis meses a un año y multa, equivalente en bolívares, de seiscientos (600) a mil (1.000) días de salario mínimo urbano.	<b>Artículo 134</b> El proveedor que modifique o altere la calidad, cantidad, peso o medida de los bienes y servicios, en perjuicio del consumidor o usuario, será sancionado con prisión de seis meses a un año y con multa de diez unidades tributarias a dos mil unidades tributarias.	<b>No lo prevé</b>	<b>Artículo 146</b> La proveedora o el proveedor que modifique o altere la calidad, cantidad, peso o medida de los bienes y servicios, en perjuicio de la consumidora o consumidor o la usuaria o usuario, será sancionado con prisión de seis (6) meses a un (1) año.

Salvo la eliminación de la pena pecuniaria en la última ley, no hay cambios relevantes.

#### Alteración fraudulenta de la oferta y la demanda

Ley de 1995	Ley de 2004	Ley de 2007	Ley de 2008
<b>Artículo 113</b> Quien con la finalidad de alterar las condiciones de oferta y demanda en el mercado nacional, destruya o haga desaparecer materias primas, productos agropecuarios o industriales, o los instrumentos necesarios para su producción o distribución, será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa equivalente en bolívares de mil a cinco mil días de salario mínimo urbano.	<b>Artículo 135</b> Quien con la finalidad de alterar las condiciones de oferta y demanda en el mercado nacional, destruya o haga desaparecer materias primas, Productos agropecuarios o industriales, o los instrumentos necesarios para su producción o distribución, será sancionado con prisión de uno a cinco años y con multa de treinta unidades tributarias (30 U.T.) a tres mil unidades tributarias (3000 U.T.).	<b>No lo prevé</b>	<b>Artículo 141</b> Quien con la finalidad de alterar las condiciones de oferta y demanda en el mercado nacional, destruya o haga desaparecer los bienes declarados de primera necesidad, o los instrumentos necesarios para su producción o distribución será sancionado con prisión de cinco (5) a diez (10) años.

La conclusión que se extrae de la comparación es la supresión de la pena pecuniaria.

#### Uso ilícito de información

Ley 1995	Ley 2004	Leyes de 2007 y 2008
<b>Artículo 114</b> El funcionario de Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), o quien actúe por facultad delegada, que utilice con fines de lucro, para sí o para otro, informaciones o datos de carácter reservado de los cuales tenga conocimiento en razón de su cargo, será penado con prisión de dos (2) a seis (6) años, y multa de hasta por el cincuenta por ciento (50%) del beneficio perseguido u obtenido.	<b>Artículo 136</b> El funcionario del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), o quien actúe con facultad delegada, que utilice con fines de lucro, para sí o para otro, informaciones o datos de carácter reservado de los cuales tenga conocimiento en razón de su cargo, será penado con prisión de dos a seis años y multa equivalente al doble del beneficio perseguido u obtenido.	<b>No lo prevén</b>



**Concusión especial**

Ley 1995	Ley 2004	Leyes de 2007 y 2008
<b>Artículo 115</b> El funcionario del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), o el que actúe por facultad delegada, que abusando de sus funciones, constriña o induzca a alguien a que de o prometa para sí mismo o para otro, una suma de dinero o cualquier otra ganancia o dádiva indebida, será penado con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor de la cosa dada o prometida.	<b>Artículo 137</b> <b>De la extorsión contra los proveedores.</b> El funcionario del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), o quien actúe con facultad delegada, que abusando de sus funciones, constriña o induzca a alguien a que se dé o prometa para sí mismo o para otro, una suma de dinero o cualquier otra ganancia o dádiva indebida, será penado con prisión de dos a seis años y multa equivalente al doble del beneficio pretendido u obtenido.	No lo prevén

La eliminación de ambas figuras que procuran la sanción del funcionario por el uso indebido de información y la concusión especial, implican una reducción del ámbito de aplicación de la ley, aunque en el caso de la concusión sobre proveedores, no hay vacío por la vigencia de la Ley contra la Corrupción. En todo caso, no deja de ser relevante que la ley desmejore la protección penal de la sociedad ante el funcionario público.

**Boicot**

Ley 1995	Ley 2004	Ley de 2007	Ley 2008
No lo prevé	No lo prevé	<b>Artículo 24</b> Quienes, conjunta o separadamente, lleven a cabo acciones que impidan de manera directa o indirecta, la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos a control de precios, serán sancionados con prisión de dos a seis años, y con multa de ciento treinta a veinte mil unidades tributarias.	<b>Artículo 139</b> Quienes, conjunta o separadamente, desarrollen o lleven a cabo acciones, incurran en omisiones, que impidan, de manera directa o indirecta la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes declarados de primera necesidad, serán sancionados con prisión de seis (6) a diez (10) años.

Es un tipo sin antecedentes en la legislación venezolana, muy amplio en cuanto la conducta, no definida sino en su resultado, también de difícil determinación fáctica. La pena es de las más elevadas en el nuevo instrumento legal.

Es de agregarse que el decreto incorpora en su artículo 147 como agravante el elemento teleológico de atentar contra la seguridad integral de la nación, desestabilizar las instituciones democráticas o generar alarmas que amenacen la paz social. El efecto es el aumento al doble de la pena. Este elemento psíquico es casi indeterminable y se presta a una aplicación perversa de la ley penal.<sup>27</sup>

27 Idéntica es la disposición antecedente del artículo 25 de la ley de 2007.

También se prevé en el artículo 149 la inhabilitación para el ejercicio del comercio: Se podrá establecer como pena accesoria para la persona que haya sido condenada mediante sentencia definitivamente firme por los Delitos señalados en el Capítulo I de este Título, la inhabilitación para el ejercicio del comercio por un periodo de hasta diez (10) años contados a partir del momento en que tenga lugar el cumplimiento de la pena corporal impuesta.<sup>28</sup>

Es notoria la falta de equilibrio entre la reducción de aplicación de la ley respecto a funcionarios públicos, y el incremento represivo respecto de particulares, como sucede con esta agravante.

### 3. *Clasificación de los tipos*

#### A. *Consideraciones preliminares*

Generalmente, los tipos se clasifican según su estructura<sup>29</sup>, o más propiamente, según los elementos que los integran (sujeto activo, elementos subjetivos, por ejemplo), o la relación entre acción y resultado, que es la que ha generado uno de los mayores desarrollos dogmáticos, y posiblemente desproporcionados en cuanto su capacidad explicativa y alcance de solución respecto a los distintos problemas que presenta la parte especial.

La llamada teoría de la imputación objetiva precisamente se gesta alrededor del problema de la causalidad que por definición es propia de los delitos de resultado material<sup>30</sup>, aun cuando es indudable que ha venido alcanzando una extensión hacia tipos de mera conducta, con lo cual puede decirse que se ha venido transformando en teoría de la tipicidad.

Por eso, las llamadas reglas de imputación pueden ser consideradas como pautas de interpretación que sustituyendo o sobrepujando el nexo causal, determinan las razones normativas por las cuales el resultado puede ser imputado, o bien determinan las razones por las cuales el tipo puede ser imputado al agente, en aquellos casos en los cuales no hay causalidad.

Antes de considerar su aplicación al universo de tipos que nos toca examinar, es menester hacer otras consideraciones que contribuyan a una mejor comprensión del planteamiento.

#### B. *Presupuestos de la intervención penal*

Según el pensamiento demoliberal, el ejercicio del poder punitivo del Estado sólo es legítimo cuando la voluntad humana se manifiesta en hechos socialmente dañinos o peligrosos (peligro cierto), de tal manera que la autolesión o los hechos sin dañosidad social, bien por su estricta subjetividad o su irrelevancia, no justifican su intervención, ni en el momento legislativo, ni en el posterior de la aplicación de la ley penal.

Sin embargo, no es suficiente con el daño social. Se requiere además la concurrencia de otros elementos para justificar la aplicación de la ley penal, y ese algo más es la base ético política del derecho penal.

---

28 Su antecedente es el artículo 27 de la ley de 2007.

29 La clasificación según el bien jurídico ha tenido también su importancia, pero ha incidido más en cuanto la clasificación misma del bien jurídico, que sobre los tipos penales. En el presente caso, la clasificación por el bien jurídico no es de mayor interés, a menos que el análisis se dirija al bien jurídico como tal, que no es mi propósito en esta ocasión, aunque no por ello habrá de dejarse a un lado.

30 Particularmente los culposos.

En los sistemas demo-liberales, como ya adelanté, el daño apenas es jurídicamente relevante, salvo que concurra la intervención humana, a diferencia de sistemas primitivos que pueden prescindir de la participación volitiva o intelectual del agente -por lo cual se deshumaniza la aplicación del poder penal-, al igual que la exteriorización del *agere* humano, con lo cual se abre la posibilidad de un ejercicio autoritario del derecho penal que con distinta racionalidad puede darse en un orden primitivo escasamente articulado, o en los más elaborados de los estados totalitarios e incluso autoritarios, del siglo XX, de los cuales, lamentablemente, aún persisten experiencias en el presente.

En otro decir, el derecho liberalmente entendido, se fundamenta en el daño social, real o potencial, así como en condiciones políticas y éticas. Las primeras, exigen que el daño o su peligro se exterioricen en la vida de la *polys*; las segundas, tienen que ver con su imputación<sup>31</sup>. Sólo es punible el hecho que puede ser imputable<sup>32</sup>, condición necesaria para ser reprochable. La imputación no es inteligible sin fundamentación socio-política (objetiva) y ética (subjetiva)<sup>33</sup> en ambas faces.

En pocas palabras, el Derecho Penal es un sistema normativo complejo integrado por elementos sociales, políticos y éticos en cuanto su fundamento y función, que concurren no sólo para legitimar su intervención, sino también para la comprensión de sus instituciones. De tal modo que no son sólo factores discursivos, sino también intelectivos condicionantes de su comprensión.

Es así que objeto del Derecho Penal es, en principio, según su concepción demoliberal, un hecho de relevancia política y social<sup>34</sup>. Tal caracterización del hecho reviste de condición democrática el ejercicio del poder punitivo del Estado.

En cuanto fenómeno socio-cultural, la comprensión liberal y democrática del Derecho Penal no está alienada del contexto científico y filosófico.

---

31 Como dice Kant, una acción sólo puede imputarse legalmente respecto de aquello de lo cual el sujeto es física, práctica y moralmente libre. (Conf. Immanuel Kant, *Reflexiones sobre filosofía moral*, Ediciones Sígueme Salamanca, 2004, Salamanca, p. 202, N° 7295. Traducción, estudio introductorio y notas de José G. Santos Herceg.

32 La imputabilidad del hecho implica su condición de poder ser imputado tanto objetiva como subjetivamente. De tal modo, que no es una condición sólo del sujeto que ejecuta el hecho, sino que es también una condición del hecho en su estrecha interacción con su creador.

33 No se trata de postular una indiferenciación entre la moral y el Derecho. El ejercicio del poder penal se manifiesta en juicios que descansan sobre perspectivas antropológicas y sociales, en suma, del ser humano en su relación intersubjetiva, u horizontal, y con la organización del poder, vertical. Tales perspectivas tienen una extracción ética y política. Un sistema normativo autorreferente es puerta abierta a todo totalitarismo y relativismo ético. Ahora bien, que haya órdenes legales sin tales bases, no tacha la necesidad de criterios de legitimidad. Son niveles distintos de la *iusfera*.

34 La *vexata quaestio* en torno a la diferencia entre hecho y acción no se desliga de la búsqueda de un concepto unificador que ordene y sistematice el conocimiento y su objeto, así como la relevancia de los elementos volitivo e intelectual, polémica que excede los límites del presente artículo. Sin embargo, opto, al menos momentáneamente, por el concepto de hecho, como unidad atómica significativa en la determinación del objeto penal. La posibilidad de su complejización mediante la adición de propiedades corresponde, a mi modo de ver, a una perspectiva sustancialista que desatiende la trama relacional y social que con distintas morfologías capta la trascendencia de lo jurídico penal.

He allí que el paradigma de la acción como categoría central del delito ha marcado en buena medida la ciencia penal, lo que explica, además, la significativa relevancia que ha tenido el tema de la relación causal.

A nuestros fines, propongo comenzar por el concepto de **hecho**, bajo el entendido que el mismo arropa toda alteración del orden social ética-políticamente significativa, es decir, que sea un hecho humano y dañoso, real o potencialmente.<sup>35</sup>

Dicho así muy sumariamente, dejando al margen una más minuciosa caracterización de dichos fundamentos, cabe expresar que los ámbitos fácticos significativos en la ley comentada en los que se insertan y cobran sentido los hechos penalmente relevantes, son los siguientes:

- Mercado
- Comercio (Importación-exportación)
- Consumo
- Contratación

Estos ámbitos comprenden a su vez sus correspondientes hechos:

Mercado:

- Acaparamiento, Art. 138
- Boicot, Art. 139
- Alteración fraudulenta de condiciones de oferta y demanda, Art. 141
- Alteración de calidad, cantidad, peso o medida de bienes y servicios, Art. 146

Comercio (importación-exportación)

- Importación o comercio de de bienes nocivos a la salud. Art. 145
  - Contrabando de extracción, Art. 142

Consumo

- Especulación, Art. 137
- Alteración de calidad, cantidad, peso o medida de bienes y servicios, Art. 146

Contratación

- Usura genérica, Art. 143
- Usura en las operaciones de financiamiento, Art. 144

La exteriorización de estos hechos, su dañosidad y sus bases ético-políticas pueden ser críticamente examinadas en el siguiente orden de ideas, empezando por las bases.

---

35 El conjunto de relaciones en el tejido social implica una constante modificación del orden social, sin embargo, sólo cuando dicha modificación es una alteración dañosa empieza a tener significación jurídica penal. La expectativa de daño es lo que genera el ámbito del peligro como base de la intervención penal y como categoría típica. Claro que no se trata de cualquier peligro. A los fines de este artículo, lo dicho es suficiente. Al menos eso espero.

Tal como *supra* se advirtió, los valores que según la Constitución fundamentan el ordenamiento jurídico son los derechos humanos, la ética entendida como el recto proceder en la interrelación social, y el pluralismo político.

Tratándose de delitos que se insertan en la actividad económica, y que no pertenecen a la interrelación del mundo político de la participación, ha de concluirse que las bases de su relevancia penal -valores que el Derecho debe desarrollar según el mandato constitucional-, corresponden en primer término, a los derechos humanos en el ámbito de la interrelación social.

Estos valores se desarrollan a través de defensa y el desarrollo de la persona, así como por la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, en un sistema que se caracteriza por la justicia social, la libre competencia y la productividad, y que específicamente se materializan en un conjunto de derechos prestacionales correlativas a las obligaciones sociales que el Estado asume desde la Constitución, orientadas al desarrollo armónico de la economía nacional, y la defensa de las actividades económicas empresariales mediante el uso de la política comercial, todo según el texto constitucional de 1999.

Empero, tales valores se justifican en el reconocimiento del derecho fundamental de disponer de bienes y servicios de calidad, información adecuada y no engañosa, libertad de elección y trato equitativo y digno, ex artículo 117 constitucional.

De tal manera que los valores en cuestión se manifiestan en derechos humanos fundamentales, derechos humanos prestacionales y obligaciones estatales correlativas.

Por tanto, es importante determinar cómo desarrolla el Ejecutivo el ejercicio de sus obligaciones prestacionales, pues con este método se deriva si en efecto corresponden a los valores finales e intermedios que la Constitución postula, sin perjuicio del poder regulador de los derechos fundamentales en juego, pues su contenido no debe resultar afectado en el ejercicio y aplicación de los prestacionales y los deberes estatales.

Por otra parte, la dañosidad social se mide entonces respecto al desarrollo armónico de la economía nacional y la defensa de las actividades económicas empresariales mediante el uso de la política comercial, desde la perspectiva de la ley y a tenor de los distintos tipos definidos por ella, y el grado de afectación a los derechos fundamentales del ciudadano en cuanto agente de actividad económica de consumo.

Para referirme sólo a un grupo de los delitos, tenemos que los hechos dañosos del mercado, según la ley, se expresan en las conductas de restricción de la oferta, circulación, distribución, retención, con o sin ocultamiento, de bienes declarados de primera necesidad, con el fin de provocar escasez y aumento de los precios (Art. 138); impedir de manera directa o indirecta, la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes declarados de primera necesidad, Art. 139; la destrucción o desaparición de bienes declarados de primera necesidad o los instrumentos para su producción o distribución con el fin de *alterar las condiciones de oferta y demanda en el mercado nacional* (Art. 141).

La racionalidad de la actividad normativa permite deducir que los hechos más graves son aquellos que ameritan mayor pena. Siendo así, los hechos están ubicados en tres niveles:

De mayor gravedad:

- Acaparamiento y boicot: 6 a 10 años de prisión

De mediana gravedad:

- Alteración fraudulenta de condiciones de oferta y demanda: 5 a 10 años

De menor gravedad:

- Especulación y alteración fraudulenta de precios: 2 a 6 años de prisión

Los tipos con mayor pena no implican una interrelación personal sino que implican actuación respecto a los bienes de primera necesidad en cantidad suficiente para poder afectar el mercado y con relación a la actividad económica del agente.

4. *Los criterios de imputación objetiva*

**A.-** Tal como en otras ocasiones hemos expuesto, el tipo legal no es más que la definición sintética de interrelaciones sociales jurídicamente desvaliosas, por ser dañinas o peligrosas, para el equilibrio social según valores, principios, fines y reglas de fundamento ético-político.

A partir de esta propuesta, es posible la categorización de los tipos según el modelo de interrelación que representan, elemento a considerar luego en la formulación del juicio de imputación, tanto objetiva como subjetiva.

Las interrelaciones, sin ánimo de exhaustividad, son básicamente intersubjetivas, institucionales, transitivas o intransitivas, según recaigan o no sobre personas o cosas, y sociales.

Dentro del marco de la ley comentada, las relaciones intersubjetivas son significadas apenas en pocas disposiciones en las cuales el hecho se construye en el plexo de una relación entre los destinatarios, tal es el caso del delito de especulación, así como los delitos de usura y de comercialización de bienes nocivos para la salud.

Los demás pueden ser considerados sociales, en cuanto responden a hechos en los cuales la vinculación que pauta el hecho, es respecto a un número indeterminado de sujetos.

La importancia del modelo de relación tipificada reside en la utilidad que puede brindar en el proceso de formación del juicio de imputación.

La doctrina no ha logrado consenso -si acaso ello fuere posible en la dogmática- en cuanto los criterios o reglas de imputación, al menos en cuanto su importancia o jerarquía, no obstante, no puede negarse que la menos hay algunos conceptos cuya relevancia para la imputación objetiva han logrado ser reconocidos, aunque no haya uniformidad de posiciones en cuanto su contenido o alcance.

Hagamos algunas consideraciones al respecto.

**B.-** La superación del criterio causal como determinante en la formulación del juicio de tipicidad por la emergencia del reconocimiento de la nueva constitución social alrededor de actividades de riesgo, así como la presencia de casos de difícil solución a la luz de los criterios causalistas, lo que a su vez se entroncaba con la influencia de consideraciones político criminales que sobre todo de la mano de Roxin, introdujeron cambios relevantes en la teoría del hecho punible.

En pocas palabras, cambios sociales y paradigmáticos consecuenciales, dan lugar al nacimiento de concepción distinta del injusto y del tipo que nace a partir de la solución propuesta para la atribución del resultado en los delitos culposos, matriz de la llamada teoría de la imputación objetiva.

Al sostenerse que no es suficiente la causación del resultado, sino que es preciso normativizar la teoría jurídico penal y en consecuencia, determinar los criterios en virtud de los cuales, desde la perspectiva de la norma, se puede atribuir –imputar– el resultado, criterios que luego han venido ampliando su radio de aplicación al tipo en general, sea o no de resultado material, sea o no culposos.

El criterio del riesgo permitido fue de los primeros en ser aplicados y si bien ha sido objeto de críticas, entre otras razones, por su contradicción con el principio *in dubio pro reo*, no puede negarse que pese a las dificultades de su sistematización y significación, tiene marcada importancia en la dogmática contemporánea, posiblemente debido a la influencia de la realidad social y su conexión del derecho.

Además, valga considerar que la permisón del riesgo no permite siempre la determinación el ámbito de licitud del hecho. En efecto, no todas las actividades generan riesgos permitidos, sin que se confundan la permisón con la no punición, de allí que no sea un criterio de universal aplicación.

El sentido de la norma, en cuanto criterio de imputación, tiene un mayor alcance, pues no depende de la naturaleza del hecho, sino que trasciende hacia él, y desde este punto de vista puede ser considerado como de mayor rendimiento normativo.

El sentido de la norma como criterio de imputación se asocia estrechamente al del *fin de protección de la norma*, y si alguna diferencia hubiese, sería respecto a la acentuación de su estructura y una cierta mayor amplitud semántica, no obstante muchas consideraciones dogmáticas sobre este criterio son del todo aplicables al esquema propuesto.

Dice Fejóo Sánchez que el principio del fin de protección de la norma parte de un supuesto completamente distinto al del incremento del riesgo, pues postula que en caso de concurrencia de riesgos típicos y riesgos permitidos, hay que constatar que el resultado es la realización de un riesgo típico. Por lo que entiende que la norma se refiere sólo a ciertos riesgos.<sup>36</sup>

En todo caso, como el mismo autor advierte, este criterio se ha utilizado -lo que a su juicio es un error- como criterio complementario al del incremento del riesgo, con el cual incluso puede coexistir.

Lo cierto es que tanto el origen de la teoría, como el de los principios que la constituyen, se elaboran en la búsqueda de soluciones para casos de concurrencia de factores de riesgo que se prestan a dudas en cuanto la imputación del resultado, supuesto que parece muy distante del análisis de tipos *in abstracto* como los que atraen nuestra atención. No obstante esta diferencia, la expansión de la teoría de la imputación objetiva más allá de los *topos* que germinaron su nacimiento y desarrollo, considero que permite el empleo de conceptos y categorías para procesos analíticos, fácticos o no, en los que pueden alcanzar un alto rendimiento dogmático.

Si no se comparte la tesis de Fejóo sobre la incompatibilidad entre los criterios de incremento del riesgo y el del fin de protección de la norma, puede decirse que la determinación del sentido de la norma como criterio de imputación, incluso en actividades *naturalmente* dañosas, puede aplicarse como límite definidor del riesgo en aquellos hechos que trascien-

---

36 Conf. Bernardo José Fejóo Sánchez, "Imputación objetiva en derecho penal", *Monografías Penales*, N° 2, Centro de Investigaciones del Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2002, Lima, p.71.

den el riesgo permitido y que son socialmente necesarias. En tal orden de ideas, su función seguramente puede ser considerada de distinta manera según la índole del hecho típico.

El sentido de la norma puede ser entendido tanto en su vertiente de significación, es decir, de lo que revela; como de orientación, es decir, de dirección de la norma.

La norma entonces configura un marco axiológico derivado de una decisión ética-política formulada según valores, principios, reglas y fines.

En la materia que nos ocupa, y apelando a la referencia constitucional, tenemos que los valores a considerar por el legislador y el intérprete, son la preeminencia de los derechos humanos y la ética, tal como precedentemente apuntamos, al menos como valores finales.

Tales valores son los que brindan significación normativa al tipo, y configuran los principios de composición, conocimiento y aplicación de cada tipo, es decir, son funcionales en la interpretación de la realidad contextual (momento legislativo), realidad fáctica o hecho punible (momento de juzgamiento) y realidad punitiva (momento de declaración de pena y su posterior ejecución)<sup>37</sup>.

Los fines de la norma no se desentienden, sino todo lo contrario, de la finalidad abstracta y general del ordenamiento jurídico constitucionalmente establecida: defensa y desarrollo de la persona, construcción de sociedad justa, la promoción de la prosperidad y la garantía de cumplimiento de los principios, derechos y deberes constitucionalmente reconocidos. Claro que la porosidad de estas disposiciones, reclama un ulterior ajustamiento respecto aquella que en particular contribuye a la formulación del juicio de imputación, ajustamiento que se entronca con la función y fines del Derecho Penal que remodelan la norma fundamental a través de determinados principios.

En pocas palabras, la determinación del sentido de la norma es la revelación de la estructura axiológica que la constituye, y no sólo la descripción de la morfología.

La estructura axiológica conduce a la determinación de la relación con los derechos fundamentales establece no sólo su mayor o menor cercanía, sino que permite determinar la posición en casos de conflicto.

En el caso que nos ocupa, los tipos que *directamente* se relacionan con la disposición de bienes y servicios de calidad, información adecuada y no engañosa, libertad de elección y trato equitativo y digno, deben operar respecto al legislador para su mayor punición, y para el intérprete la determinación del injusto. En pocas palabras, hay un desempeño diferencial de la relación normativa según el momento del proceso normativo: creación e interpretación para su aplicación a la luz de un caso concreto.

Entonces, el sentido normativo opera respecto al legislador y respecto al juez o intérprete. En cuanto el momento legislativo, los tipos que guarden mayor cercanía con la norma, deben aparejar mayor pena que los más alejados. En cuanto el juez o intérprete, la distancia entre el hecho y la integridad del derecho será un factor a considerar para determinar la injusticia del hecho.

---

37 La unificación de sentido entre el momento en el cual el juez declara la pena y los momentos sucesivos de ejecución, no desdice de su identidad normativa y cronológica, pero favorece a una visión de integración que incluso se extiende al proceso creador de la figura. No es el momento para abundar sobre ello.



En cuanto la relación intersubjetiva opera como fundamento de la modelación del tipo y permite no sólo la agrupación de figuras, sino también vincular dicha relación intersubjetiva con la vinculación con derechos fundamentales.

La interacción sistémica entre principios, valores y fines fundamenta la construcción discursiva del bien jurídico y la pena. En la medida en que el bien jurídico dé cuenta de referentes materiales capaces de dotar de seguridad a la aplicación del tipo y la pena según los valores, principios y fines que estructuran axiológicamente la norma, es una categoría que dota de certeza al tipo.

El tipo de pena es un factor de análisis crítico del tipo de injusto, por lo que su relevancia no es tanto para la interpretación del tipo de injusto en orden al hecho, como respecto a la norma.

En cuanto el ámbito de delitos que son el tema de este artículo, se tiene entonces que aquellos tipos de injusto más próximos al derecho fundamental de la libre disposición de bienes y servicios, así como la información adecuada y no engañosa, deben ser considerados como los más graves por el legislador.

En cuanto el intérprete, hay que aclarar que su función puede desempeñarse en al menos dos ámbitos. El crítico científico, y el judicial, no necesariamente excluyentes entre sí. En el primero, la relación con los derechos fundamentales puede conducir a posiciones críticas y propuestas de *lege ferenda*, mientras que en el segundo caso, el intérprete está obligado a dictar decisión, sea cual fuere la posición crítica que tenga respecto al tipo de injusto, pues a lo sumo le está permitida la desaplicación por inconstitucionalidad. Además, debe determinar si en el caso concreto hay o no violación de los derechos que estructuran la norma.

Así, por ejemplo, en el caso de la especulación, la ley entiende que la venta de un bien por encima del precio regulado atenta contra los derechos fundamentales, que racionalmente puede entenderse que atienden a la disposición de bienes y servicios de calidad que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 117, con lo cual yuxtapone el acto regulador del Estado al derecho fundamental, de carácter fundamentalmente individual.

Respecto al bien jurídico, como antes dije, se trata de una categoría argumental cuya fortaleza dependerá de la índole del referente del juicio que lo determina. En el caso de tipos atentatorios contra derechos colectivos, dicho referente es de difícil determinación; y en el caso de derechos individuales, también importa el modo del ataque.

En consecuencia, si el juez imputa el hecho según el sentido de la norma, considero que debe analizar su estructura valorativa en función de los distintos juicios que antes he mencionado. Su aplicación a casos concretos tiene objeto en análisis de jurisprudencia, o de casos reales o académicos, lo que escapa al objetivo de este artículo, aun cuando sí caben consideraciones de *lege ferenda*.

Como se ve, el rendimiento del sentido de la norma hasta el momento parece llegar a los límites de la creación y de la interpretación, sin que se hayan planteados situaciones más específicas de determinación del injusto. Este paso es el sucesivo, su desarrollo excedería los límites propios de este artículo, de cuyo ya suficientemente extenso. Será materia de otra ocasión.



## Sección III: Régimen de la pequeña y mediana industria

### *Notas sobre el decreto Ley para la promoción y desarrollo de la pequeña y mediana industria y unidades de propiedad social*

Manuel Rojas Pérez

*Profesor de Derecho Administrativo y  
Contencioso Administrativo  
Universidad José María Vargas*

El paquete de Decretos Leyes publicadas el 31 de julio de 2008 trajo consigo un importante grupo de normas de contenido económico. Dentro de este bloque fue publicado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social<sup>1</sup>.

Aquí se hará un intento de establecer fundamentalmente las principales modificaciones que consagra el Decreto Ley, así como los aspectos que consideramos más resaltantes del mismo.

#### I. LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS INDUSTRIAS Y LAS UNIDADES DE PROPIEDAD SOCIAL

Dentro del cambio de paradigma económico que pretende imponer el gobierno nacional, se implementan formas de organización y participación con base en conceptos de cooperación y desarrollo autosustentable, como lo son las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social, "...que generan constantemente nuevas inversiones, instituyéndose así en un mecanismo de energía activa y propulsora de la economía...<sup>2</sup>".

La visión del Decreto Ley es la social, con la implementación de un modelo productivo que responda a necesidades comunitarias, menos subordinadas a la producción de capital, orientada a la satisfacción de aspiraciones comunes, con la finalidad de crear nuevas formas de organización productiva que permitan modificar las relaciones de producción y transformarlo en un modelo socio productivo<sup>3</sup>.

Se tiene entonces, a decir de la exposición de motivos, que el objetivo fundamental de las pequeñas y medianas industrias y unidades de producción social es la generación de bienes y servicios que satisfagan las necesidades básicas y esenciales de la comunidad.

---

1 Que derogó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria Publicada en *G.O.* N° 37.3583 del 3 de diciembre de 2002.

2 Exposición de motivos del Decreto Ley.

3 *Ídem.*

Así, el Decreto Ley regula la actividad de las pequeñas y medianas industrias, definidas en el artículo 5 como “toda unidad organizada jurídicamente, con la finalidad de desarrollar un modelo económico productivo mediante actividades de transformación de materias prima en insumos, en bienes industriales elaborados o semielaborados, dirigidas a satisfacer las necesidades de la comunidad”.

Por su parte, el mismo artículo define las unidades de propiedad social como: “Agrupaciones de carácter social y participativo, tales como: las cooperativas, consejos comunales, unidades productivas familiares y cualquier otra forma de asociación que surja en el seno de la comunidad, cuyo objetivo es la realización de cualquier tipo de actividad económica productiva, financiera o comercial lícita, a través del trabajo planificado, coordinado y voluntario, como expresión de conciencia y compromiso al servicio del pueblo, contribuyendo al desarrollo comunal, donde prevalezca el beneficio colectivo sobre la producción de capital y distribución de beneficios de sus miembros, incidiendo positivamente en el desarrollo sustentable de las comunidades”. Por primera vez se regula esta figura, ya que la normativa derogada solo regulada a las Pequeñas y Medianas Empresas. Y es que el artículo 112 del proyecto de reforma constitucional rechazado por el pueblo el 2 de diciembre de 2008 consagraba las unidades de propiedad social como forma económica del Estado.

El artículo 5 del Decreto Ley establece que se considera pequeña industria aquellas que tengan una nómina promedio anual de hasta cincuenta (50) trabajadores y con una facturación anual de hasta cien mil unidades tributarias (100.000 UT)<sup>4</sup>. Por su parte, destaca que será mediana industria la que tenga una nómina promedio anual de hasta cien (100) trabajadores y con una facturación anual de hasta doscientas cincuenta mil unidades tributarias (250.000 UT).

Es de hacer notar que, según señala expresamente el Decreto Ley, tanto en la pequeña como en la mediana industria ambos parámetros son concurrentes.

## II. OBLIGACIÓN DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS A FAVOR DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS INDUSTRIAS Y UNIDADES DE PROPIEDAD SOCIAL

Uno de los temas que llama la atención de este Decreto Ley es la serie de obligaciones que impone a sujetos económicos privados, particularmente al sector bancario y financiero a favor de las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social.

En efecto, el numeral 4 del artículo 2 consagra que una de las finalidades del Decreto Ley es el garantizar el financiamiento de las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social con las entidades financieras públicas o privadas, bancarias o no bancarias, a través de convenios, líneas de crédito, contratos de provisión de fondos, fideicomisos y cualquier otro contrato. En ese sentido, el artículo 3 destaca que las disposiciones del Decreto Ley serán de obligatorio cumplimiento para los financiamientos, y siendo que el numeral 4 del artículo 2, ya citado, consagra que el financiamiento se podrá realizar a través de instituciones financieras, pareciera que estas no podrían negarse a financiar a las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social en caso que así se lo solicitaran conforme al Decreto Ley. De modo tal, el artículo 7 consagra las medidas para desarrollar los financiamientos a las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social. Dos de las medidas que puede tomar el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio competente en mate-

---

4 El Decreto Ley derogado delegaba en su Reglamento el determinar los parámetros para determinar cuándo se consideraba que una empresa era pequeña o mediana.

ria de economía comunal son las de promover el desarrollo y constitución de Fondos de Sociedades de Capital de Riesgo que ofrezcan modalidades alternas de financiamiento para los proyectos de inversión de las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social, y; promover ante el sistema financiero la utilización de mecanismos y procedimientos que faciliten el proceso de evaluación crediticia para estas, garantizando el otorgamiento oportuno del financiamiento.

Otra de las medidas que pueden afectar el sistema financiero estriba en los llamados programas de financiamiento, consagrada en el artículo 8. El ejecutivo puede adoptar medidas necesarias destinadas a regular la asistencia financiera preferencial a las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social, las cuales serán ejecutadas por instituciones financieras a las que se les haya conferido, por ley, tal facultad. Esa norma consagra asimismo que tales entidades financieras elaborarán y ejecutaran programas especiales de financiamiento preferencial bajo modalidades de financiamiento destinadas a la identificación de necesidades de inversión, expansión, recuperación, ampliación; en condiciones y términos especiales de tasas de interés y plazos preferenciales.

De otra parte, se tiene que es competencia del Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, el brindar financiamiento a las propuestas de las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social, con tasas de interés y plazos preferenciales, sin menoscabo de las ofrecidas al sector por otras entidades financieras.

### III. CARÁCTER PREFERENCIAL DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS INDUSTRIAS Y UNIDADES DE PROPIEDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

La ley confiere a las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social el carácter preferencial en procedimientos de selección de contratistas que inicie la Administración Pública<sup>5</sup>.

En efecto, el numeral 3 del artículo 2 señala como finalidad del Decreto Ley el velar por la participación e inclusión de las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social en la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras, en los procesos de selección de contratistas a ser ejecutados por el sector público.

Y en tal sentido, una de las medidas a tomar para implementar tal orden es que las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social gocen de prioridad y preferencias frente a las modalidades de selección de contratistas, en los procesos de contrataciones públicas para la adquisición de bienes y servicios o ejecución de obras, llevados a cabo por órganos y entes de la Administración Pública, como se puede leer del numeral 5 del artículo 13.

Entonces, la voluntad del legislador no es otra que la de desnaturalizar el principio de igualdad que debe verificarse en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, ordenando a los órganos o entes que inicien tales procedimientos a preferir a estas pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social, en desmedro de otras empresas que puedan hacer una oferta más beneficiosa para el interés general.

---

5 Que se regirán por el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

En todo caso, esta medida pretende apoyar al sector comercial medio y pequeño bajo la perspectiva social, donde el modelo productivo debe responder a las necesidades comunitarias, tal como lo señala la exposición de motivos.

#### IV. REDES ASOCIATIVAS Y OBLIGACIÓN DE LAS GRANDES INDUSTRIAS

El artículo 13 consagra que el Ministerio con competencia en materia de economía comunal promoverá la adopción de redes asociativas que involucre a las llamadas grandes industrias en el desarrollo de programas conjuntos de mejoras integrales que faciliten la incorporación de la pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social para favorecer su presencia en los espacios de intercambio comercial.

Notar que no se definen que debe entenderse como grandes industrias de cara a la normativa.

#### V. EL INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA INDUSTRIA

El Decreto Ley mantiene el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, aunque también regulará a las unidades de producción social.

Este ente, según el artículo 16, tiene por objeto el ejecutar políticas y estrategias de fomento, recuperación, promoción y desarrollo de pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social que dicte el Ejecutivo Nacional; financiar los proyectos de inversión del sector, desde la fase de concepción hasta la de comercialización, intercambio y consumidor final, así como; financiar y canalizar “con recursos propios o de terceros” programas sociales o especiales en materia de pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social.

No señala la norma a que recursos de terceros se refiere para financiar programas. Sin embargo, en una interpretación global del Decreto Ley, y visto que el sector financiero tiene mucha presencia en el financiamiento de las pequeñas y medianas industrias y unidades de propiedad social, creemos que los bancos y otras instituciones financieras también podrían verse obligados a realizar estos financiamientos.

#### VI. RÉGIMEN SANCIONATORIO

El Decreto Ley consagra un régimen de sanciones administrativas a ser aplicadas por el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, mas no establece procedimiento administrativo alguno, por lo que sería aplicable el consagrado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El artículo 34 destaca que toda persona que haya logrado un financiamiento basándose en información falsa, no podrá obtener por sí o por interpuesta persona nuevos financiamientos durante un lapso de diez (10) años. Suerte de inhabilitación de la cual hay que destacar dos apreciaciones: (i) en primer lugar, aplica la sanción solo si en efecto se ha obtenido el financiamiento, por lo que toda persona que intente adquirir un financiamiento con datos falsos pero no lo obtenga, no está en la causal sancionatoria; (ii) de otra parte, la sanción no implica la posibilidad que el Estado solicite la restitución de lo dado en financiamiento a la persona que obtuvo tal ayuda con información falsa.

De otra parte, el artículo 35 consagra que en los contratos de financiamiento se deberá establecer que en caso de incumplimiento de las condiciones por parte del representante de la PYMI o UPS, se procederá a la resolución de los mismos y se considerarán de plazo vencido

y serán exigibles las obligaciones respectivas. Aquí, pareciera que si el contrato no señala esta cláusula, no se podría aplicar la sanción, ya que la norma consagra como requisito que la cláusula penal esté expresamente consagrada en el contrato.

Por último, el artículo 36 establece que quien reincida en alguna de las causales ya señaladas, será objeto de exclusión del acceso a las políticas de financiamiento durante quince (15) años, sin perjuicio, ahora sí, de la inmediata recuperación de los recursos financieros, maquinarias, transporte o cualquier otro medio de producción que haya sido otorgado.





## Sección IV: Régimen del fomento y desarrollo de la economía popular

### *La desaparición del Bolívar como moneda de curso legal (Notas críticas al inconstitucional Decreto N° 6.130, con rango, valor y fuerza de ley para el fomento y desarrollo de la economía comunal, de fecha 3 de junio de 2008)*

Jesús María Alvarado Andrade

*Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela y Profesor de la Universidad Simón Bolívar*

*“Yo no soy optimista, soy muy pesimista, es que uno no ve qué pueda pasar con Venezuela. Desde el punto de vista del azar, pues puede pasar cualquier cosa, pero desde el punto de vista de un desarrollo mas o menos lógico, no se ve, no hay propuesta para Venezuela”.*

Arturo Uslar Pietri, en Rafael Arraíz Lucca, *Arturo Uslar Pietri. Ajuste de Cuentas*, Los Libros de El Nacional, Caracas, 2001, p.48.

#### I. INTRODUCCIÓN

De forma expresa, la Constitución de 1999<sup>1</sup>, reza que la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el “Bolívar” y que solo en caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República (Art. 318). Sin embargo, el Ejecutivo Nacional, abusando nuevamente del poco control jurisdiccional sobre sus actuaciones, irrumpió y confiscó el “*poder constituyente originario*”, a través del reciente *Decreto-Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Comunal*<sup>2</sup>, al pretender cambiar o sustituir progresivamente al “Bolívar” como unidad monetaria de la República, por una llamada “*moneda comunal*” en los siguientes términos: “*La moneda comunal es el instrumento que permite y facilita el intercambio de saberes, bienes y servicios en los espacios del sistema de intercambio solidario*”(Art. 26).

Así pues, dicha “*moneda comunal*”, no se constituye conforme a la única excepción constitucionalmente permitida, cual es la de una nueva unidad monetaria solo si es la resulta

---

1 Cfr. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en *G.O.* N° 5453 Extraordinaria del 24 de Marzo de 2000.

2 Cfr. Decreto N° 6.130, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Comunal, en *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de fecha 31 de Julio de 2008.

de una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, que puede adoptarse a través de un tratado que suscriba la República, sino que se instaura solo con fines demagógicos, para disfrazar las torpezas económicas en casi una década de “gobierno” con los mas altos índices de pobreza que contrastan con las inconmensurables recursos, provenientes de la renta petrolera, debido a los altos precios en los hidrocarburos.

## II. LA INEXISTENCIA DE LA MONEDA COMUNAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El Decreto Ley *–recién aprobado desconociendo el principio de participación ciudadana en la confección de actos normativos*<sup>3</sup>, establece una “moneda comunal” violando expresamente la constitución (Art 318), para supuestamente permitir y facilitar el intercambio de “saberes, bienes y servicios en los espacios del sistema de intercambio solidario” (Art. 26), con el agravante, de que incluso, será el Banco Central de Venezuela quien “regulará todo lo relativo a la moneda comunal dentro del ámbito de su competencia” (Art. 27), desconociéndose con esto no solo la Constitución de 1999 *–todavía vigente, pese a todos los atropellos cometidos–*, sino que con ello también de forma ilegal e inconstitucional se viola la Ley del Banco Central de Venezuela<sup>4</sup>, que le asigna como objetivos fundamentales a dicha institución la de “lograr la estabilidad de precios y preservar el valor de la moneda” (Art. 5), la de “formular y ejecutar la política monetaria” (Art. 7.1), la de “participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria” (Art. 7.2), la de “regular la moneda y promover la adecuada liquidez del sistema financiero” (Art. 7.4), y la de “ejercer, con carácter exclusivo, la facultad de emitir especies monetarias” (Art. 7.9).

Debe tenerse en cuenta que todos esos objetivos fundamentales deben respetar tanto a la Constitución, como la Ley del Banco Central, que en su “*Título VIII del Sistema Monetario Nacional*” y “*Capítulo I De la Emisión y Circulación de las Especies Monetarias*” afirma expresamente que “*La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar*”, con la misma salvedad del artículo 318 Constitucional de que “*En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República*” (Art. 94).

La violación constitucional así patente, perpetrada por el Ejecutivo Nacional a través de este reciente Decreto-Ley contra la constitucional unidad monetaria “Bolívar”, no solo es el resultado del desconocimiento de la Constitución en su espíritu, propósito y razón, que de suyo es grave, sino que también devela una violación incontestable que hace el presente Decreto-Ley a la propia Ley que regula al Banco Central de Venezuela, *–el cual ya no es tan “autónomo” como antes–*, puesto que le asigna tareas que el banco central no puede ejercer pues ello sería inconstitucional como es la de regular todo lo relativo a la “moneda comunal” dentro de su supuesto “*ámbito de su competencia.*” (Art.27), el cual es inexistente, pues éste sólo puede regular la única unidad monetaria válida en el territorio de la República como es el “Bolívar”.

Tal Decreto-Ley, no solo crea esta “moneda comunal”, sino que el tratamiento que se le da es completamente incoherente, pues ¿cómo una determinada comunidad, *–llamada en el Decreto-Ley grupo de intercambio solidario–* puede escoger el nombre de la “Moneda Co-

3 Cfr. Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero Gazdik, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, 3ª Ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, 295 pp.

4 Cfr. Ley del Banco Central de Venezuela, en *G.O.* N° 38.232 del 20 de julio de 2005.

*munal*”, con base en las características ancestrales, históricas, culturales, sociales, patrimoniales que resalten la memoria e identidad del “*pueblo*”? y por otra parte ¿cómo medir el valor de intercambio de dos bienes?<sup>5</sup>

Tal grado de “*discrecionalidad*” y de incoherencia se presta a que se pueda concluir sin ningún equívoco, que no solo es que se crea una unidad monetaria inexistente constitucionalmente, y que ello le sea asignado inconstitucionalmente al Banco Central de Venezuela, sino que también a la postre es la eliminación del Banco Central, pues serán los “*grupo de intercambio solidario*”, los que no solo escogerán el nombre, sino que también el “*valor*” de la “*moneda comunal*”, el cual “*será determinado por equivalencia con la moneda de curso legal en el territorio nacional, a través de la asamblea del grupo de intercambio solidario, previa autorización del órgano rector, de conformidad con lo que se dicte en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y las resoluciones que dicte el Banco Central de Venezuela, a tal efecto*” (Art. 29) lo que es algo sorprendente y que no halla soporte constitucional alguno, pues incluso, será el Banco Central a través seguramente de la Casa de la Moneda, el que tendrá que emitir dichas “*monedas*”<sup>6</sup>.

Por otra parte, el Decreto-Ley, aún cuando en su “*regulación*” sostiene que el mismo tiene por objeto “*establecer los principios, normas y procedimientos que rigen el modelo socioproductivo comunitario, para el fomento y desarrollo de la economía popular, sobre la base de los proyectos impulsados por las propias comunidades organizadas, en cualquiera de sus formas y el intercambio de saberes, bienes y servicios para la reinversión social del excedente, dirigidos a satisfacer las necesidades sociales de las comunidades*” (Art. 1), tiene en

- 
- 5 El desatino de esta ley, indudablemente creará un desequilibrio en el sistema económico y financiero de la República, pues la inusitada amplitud que se le da a esta inconstitucional “*moneda comunal*” desatará un espiral inflacionario, y ello se afirma por la sencilla razón de que de conformidad con este Decreto-Ley, las comunidades fijaran el valor de esa “*moneda*”, con lo cual tendríamos a varias comunidades, consejos comunales o cooperativas, que probablemente le asignen distintas funciones no del todo determinadas a dichas “*monedas comunales*” con respecto al valor del dinero de curso legal, el “*Bolívar*”, lo que creará a la postre un desastre económico, ya que a mediano plazo la circulación de esta “*moneda*” como vehículo para el “*trueque*” en todas las comunidades entrará en contradicción, primero con la formación de los precios y segundo con el sistema de pagos.
  - 6 Según el Ministro del Poder Popular para la Economía Comunal, Pedro Morejón, con este Decreto-Ley se quiere “*impulsar esas raíces y saberes del pueblo para que esté plasmada en la ley y así poder apoyar a todas esas comunidades que mantienen este tipo de saberes y así impulsar estas tradiciones*”, Afirmando luego que “*Entre las monedas creadas hasta el momento también se encuentran el “guaiquerí”, que registró en el oriental estado de Nueva Esparta, la “lienza” (Yaracuy), el “paria” (Sucre), el “tamunangue” (Lara), el “tipocoro” (Barinas), el “turimiquire” (Monagas) y el “zambo” (Falcón)*” Cfr. “Monedas Comunales y Trueque conviven con el bolívar fuerte” en El Universal, de fecha 11 de agosto de 2008 en WWW. ELUNIVESAL.COM/2008/08/11/ECO\_AVA\_MONEDAS-COMUNALES-Y\_11A1899325.SHTML. Según el Ministro del Poder Popular para la Economía Comunal, Pedro Morejón, con esta ley se quiere “*impulsar esas raíces y saberes del pueblo para que esté plasmada en la ley y así poder apoyar a todas esas comunidades que mantienen este tipo de saberes y así impulsar estas tradiciones*”, Afirmando luego que “*Entre las monedas creadas hasta el momento también se encuentran el “guaiquerí”, que registró en el oriental estado de Nueva Esparta, la “lienza” (Yaracuy), el “paria” (Sucre), el “tamunangue” (Lara), el “tipocoro” (Barinas), el “turimiquire” (Monagas) y el “zambo” (Falcón)*”.

cuenta, que al darle atribución a los “*grupos de intercambio solidario*”, para que estos puedan asignarle el “*valor*” a sus monedas, estos devienen en diversos, pero aun así no resolvió el problema sino que buscó el Ejecutivo habilitado, diversos modos absurdos de controlarlos.

De hecho, una de las formas de controlarlos, fue rompiendo con cualquier avance en materia monetaria, al asignarle a la “*moneda comunal*”, un valor dentro de las comunidades y nada más, es decir con un *valor* dentro del ámbito del territorio de la comunidad que lo instituya, el cual por cierto no se sabe con exactitud de que país es ese territorio, pues la norma de una forma irracional señala que la “*moneda comunal*” será “*administrada y sólo tendrá valor dentro del ámbito territorial de su localidad, por los grupos de intercambio solidario debidamente registrados, y distribuida equitativamente entre las prosumidoras o prosumidores, la cual no tiene curso legal, ni circulará en el territorio de la República*” (Art. 28) (subrayado nuestro).

Ello se afirma, pues si la “*moneda comunal*” será administrada y sólo tendrá valor dentro del territorio de la localidad del “*grupo de intercambio solidario*” que la instituya, ¿cómo es que no puede circular en el territorio de la República?, ¿o es que acaso esos territorios de la localidad no son parte del Territorio de la República?

Tales desatinos, son productos, de la mala técnica legislativa utilizada en las leyes y en los Decretos-Leyes últimamente, en el que el descuido y la ignorancia, terminan por fundirse y lograr textos completamente absurdos, que si no fuera porque son publicados en Gacetas Oficiales, como productos de órganos debidamente conformados constitucionalmente, a los cuales se les debe obediencia y respeto, terminarían siendo motivo de pura jocosidad, como sucede con este Decreto-Ley.

Prosiguiendo en nuestro ensayo, es menester advertir que menciona el Decreto-Ley que el valor de la “*moneda comunal*” será determinado por “*equivalencia con la moneda de curso legal en el territorio nacional, a través de la asamblea del grupo de intercambio solidario, previa autorización del órgano rector, de conformidad con lo que se dicte en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y las resoluciones que dicte el Banco Central de Venezuela, a tal efecto*” (Art. 29), lo cual es de suma gravedad, pues es asignarles a los “*grupo de intercambio solidario*” y en especial a las “*asamblea del grupo de intercambio solidario*”, roles que en un real “*Estado de Derecho*”, no deberían quedar en manos de particulares, pues amen de ilegal e inconstitucional por contradecir expresamente los artículos 318 de la Constitución, y los artículos 94 al 108 de la Ley del Banco Central de Venezuela, tales artículos resultarán a la postre el comienzo de un caos económico, pues no se le pueden asignar roles tan importantes en materia económica a particulares. De hecho, esto hace pertinente la siguiente pregunta ¿sobre qué parámetros pueden estas múltiples “*asambleas de grupos de intercambio solidario*”, atribuir valores a la moneda comunal con equivalencia con la moneda de curso legal en el territorio nacional?; ¿qué sucedería si por ejemplo múltiples “*asambleas de grupos de intercambio solidario*” asignan valores distintas y pretendieran circular la moneda comunal en áreas de localidad diversas?

### III. LA INCONSTITUCIONAL ASIGNACIÓN AL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA PARA QUE REGULE LA MONEDA COMUNAL

Es menester señalar en esta oportunidad, que el Ejecutivo Nacional, haciendo uso de la “*Ley Habilitante*”<sup>7</sup>, dada por el órgano legislativo nacional, legisló en materias del “*sistema monetario*”, y de la “*emisión y acuñación de moneda*”, instituyendo una moneda distinta a la de curso legal constitucionalmente como es la “*moneda comunal*”.

En nuestro criterio, la ley que autorizaba al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que el legislativo estipulara, no contemplaba la posibilidad de que el Ejecutivo legislara en materia del “*sistema monetario*” y de “*emisión y acuñación de moneda*”, ya que tal “*autorización*” solo se refería en sus ordinales 4 y 5 al “*ámbito económico y social*” y al “*ámbito financiero y tributario*”, pero solo ligados a la posibilidad de “*dictar normas que adapten la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social sustentable, destinadas a los sectores de salud, educación, seguridad social, seguridad agroalimentaria, turístico, de producción y empleo, entre otros, actualizando el Sistema Público Nacional de Salud y elevando la calidad de vida de los ciudadanos, así como las relativas a la utilización de los remanentes netos acumulados de capital*”<sup>8</sup>, y para “*Dictar normas que profundicen y adecuen el sistema financiero público y privado a los principios constitucionales y, en consecuencia, modernizar el marco regulatorio de los sectores monetario, banca, seguros, tributario e impositivo*”<sup>9</sup>.

Así pues, tal “*autorización*” del Legislativo al Ejecutivo no facultaba a este para que legislara en materia de “*emisión y acuñación de moneda*”, y del “*sistema monetario*”, sin embargo, aprovechando el Ejecutivo la indeterminación, de la Ley que autorizaba al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley, por ser ella inconstitucional, es decir por presentar vicios entre tantos como los de claridad y precisión en el objeto en las materias que se le autorizaban a “*legislar*”, aprovechó a hacerlo, en materias que no le estaban siendo autorizadas.

Sin embargo, aun cuando en nuestro criterio, la Ley que autorizaba al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley, no facultaba al Ejecutivo Nacional para que legislara en materia del “*sistema monetario*” y de “*emisión y acuñación de moneda*”, el mismo lo hizo, dictando este *Decreto N° 6.130, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Comunal*, desconociendo varios artículos de la Constitución de 1999, en el que resalta el artículo 156 que expresa sin ambages que “*Es*

7 Cfr. Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que allí se Delegan, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.617 de fecha 1 de febrero de 2007. En dicha ley, se autorizaba al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las siguientes materias con una duración de dieciocho (18) meses para su ejercicio: 1. En el ámbito de transformación de las instituciones del Estado; 2. En el ámbito de la participación popular; 3. En el ámbito de los valores esenciales del ejercicio de la función pública; 4. En el ámbito económico y social; 5. En el ámbito financiero y tributario, 6. En el ámbito de la seguridad ciudadana y jurídica; 7. En el ámbito de la ciencia y la tecnología; 8. En el ámbito de la ordenación territorial; 9. En el ámbito de seguridad y defensa; 10. En el ámbito de la infraestructura, transporte y servicios, 11. En el ámbito energético.

8 Cfr. Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que allí se delegan, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.617 de fecha 1 de febrero de 2007.

9 *Ibidem*.

de la competencia del Poder Público Nacional: 11. La regulación de la banca central<sup>10</sup>, del sistema monetario, del régimen cambiario<sup>11</sup>, del sistema financiero<sup>12</sup> y del mercado de capitales<sup>13</sup>; la emisión y acuñación de moneda”.

De la misma forma es menester tener en cuenta que la Constitución establece que “Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.” (Art. 318) (subrayado nuestro)

Así las cosas, de forma incuestionable, el reciente Decreto-Ley, que pretende regular ahora una “economía comunal”, no solo no tomó en cuenta lo que a tal efecto dispone la Constitución de 1999 (Art. 318), sino que también no tomó en cuenta lo dispuesto en la Ley del Banco Central, que dispone que le corresponde a este exclusivamente “el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal en todo el territorio de la República.” (Art. 95)

Por otra parte, aun cuando el Decreto-Ley dispone que “El Banco Central de Venezuela regulará todo lo relativo a la moneda comunal dentro del ámbito de su competencia” (Art. 27), debe advertirse de nuevo que tal disposición es inconstitucional, pues solo el Banco Central de conformidad con la ley que lo regula, puede emitir billetes y acuñar monedas de curso legal, y la “moneda comunal” no es una moneda de curso legal, con lo cual el propio Banco Central no podría permitir que “Ninguna institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza”, emita “especies monetarias” (Art. 95), como lo pretende el reciente Decreto-Ley, que le asigna esa función a los “grupos de intercambio solidario” en conjunto con el Banco Central de Venezuela.

#### IV. UNA MONEDA COMUNAL QUE NO TIENE NINGÚN SOPORTE CONSTITUCIONAL E IMPIDE LA LIBERTAD ECONÓMICA

Parece no haber dudas entonces, después de todo lo que se ha dicho hasta ahora -de forma preliminar y básica-, que el motivo principal de la “moneda comunal”, es que no se haga uso de la moneda de curso legal, por cierto objeto de una reconversión monetaria, con el fin supuestamente de hacerla mas “fuerte”, sino que se pretende, utilizar una moneda comunal, para que sirva de vehículo para instaurar el “trueque”.

No olvidemos que el “trueque”, típico mecanismo primitivo, de “economías por equivalentes”, funciona cuando dos personas o más deciden intercambiar unos bienes, por otros bienes, pretendiendo que dicho intercambio ocurra siempre con la doble coincidencia de

10 Cfr. Ley del Banco Central de Venezuela, en G.O. N° 38.232 del 20 de julio de 2005.

11 Cfr. Ley contra los Ilícitos Cambiarios, en G.O. N° 38.879 del 27 de febrero de 2008.

12 Cfr. Decreto N° 6.287, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.892 Extraordinario de fecha 31 de Julio de 2008.

13 Cfr. Ley de Mercado de Capitales, en G. O. N° 36.565 del 22 de octubre de 1998.

necesidades entre quienes tasan los bienes<sup>14</sup>, de hecho este sistema arcaico, fue lo que motivó la aparición del dinero, para así evitar que se hagan intercambios de bienes por otros bienes que posiblemente no se deseen. Aun así, pareciera, que se intenta eliminar el “valor” de los bienes, ya que al sustituirse el dinero por las “monedas comunales”, los bienes se intercambiarían tomando como valor o como base, el tiempo de trabajo empleado en producirlos y nada más<sup>15</sup>.

Por otra parte, la “moneda comunal”, no solo no es moneda de curso legal de conformidad con la Constitución como ya hemos afirmado, sino que en si mismo amen de vehículo para la instauración del “trueque”, no alberga ningún “valor” en si mismo, como puede tenerlo el dinero, o precisamente la moneda de curso legal, por estar respalda en las Reservas Internacionales de la Nación.

De hecho, para la acuñación de las monedas de curso legal solamente, es decir el “bolívar”, el Banco Central de Venezuela de conformidad con su ley respectiva, solo podrá emplear el metal o la aleación de metales que considere más apropiados y convenientes, de acuerdo con su valor, resistencia y demás propiedades intrínsecas, así como para fijar el peso y ley de las mismas (Art. 96), y podrá poner en circulación billetes y monedas metálicas a través de la compra de oro, divisas y la realización de las demás operaciones autorizadas por la propia Ley en referencia (Art. 101), aspectos que no podría realizar con la “moneda comunal”.

De igual forma, el Banco Central de Venezuela tiene como obligación, el de organizar en todo el territorio nacional los servicios necesarios para asegurar la provisión de billetes y monedas de curso legal solamente, y así facilitar al público el canje de las especies monetarias de curso legal por cualesquiera otras que representen igual valor, y los bancos y demás instituciones financieras autorizados para recibir depósitos en moneda nacional estarán obligados a la prestación en sus distintas oficinas, sucursales o agencias, del servicio de canje de especies monetarias, de acuerdo con las normas que al efecto dicte el Banco Central de Venezuela.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico Venezolano- *en especial la Ley del Banco Central de Venezuela*-, establece que los monedas y billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela “tendrán poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación pública o privada, sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban pago de impuestos, contribuciones u obligaciones en determinada forma y el derecho de

---

14 Cfr. José Guerra, *Refutación del Socialismo del Siglo XXI*, Los Libros del Nacional, Colección Fuera de Serie, Caracas, p. 75.

15 De hecho, el Decreto-Ley, tiene como meta el de implementar contra las leyes económicas del libre mercado, que los bienes y servicios tendrán valores equivalentes, sin la necesidad de un intercambio mercantil, el cual por cierto desaparece, ya que el Decreto-Ley, plantea que los “saberes, bienes y servicios”, no las “mercancías”, típico de los consumidores y no de los “prosumidores” sólo tendrán un valor asignado por las comunidades en la fase de producción, es decir, antes que ellas se confronten con el mercado. Por otra parte, surge la duda manifestada por el profesor José Guerra de “*Cómo transitar de una economía que basa su intercambio en la existencia del dinero a otra que lo niega, en cuya fase intermedia, el Estado se transformaría en el propietario más importante de los medios de producción. Si el fin ulterior es la eliminación del mercado y del Estado como instituciones clasistas, cómo explicar su fortalecimiento para luego desaparecer como por arte de magia. ¿Cuánto tiempo habrá que esperar por la resolución de este acertijo?*” Cfr. *Refutación del Socialismo del Siglo XXI, ob, cit*, p. 76

*estipular modos especiales de pago*” (Art.104) además de establecer que el Banco Central de Venezuela “*puede disponer la desmonetización de toda o parte de las emisiones de moneda en circulación, reembolsando a los tenedores el valor de las especies objeto de la medida*” (Art. 105), así como establece de igual forma la ley respectiva que “*la importación, exportación o comercio de monedas venezolanas o extranjeras de curso legal en sus respectivos países están sujetas a las regulaciones que establezca el Banco Central de Venezuela*” (Art. 106), todos aspectos que hacen inviable e inconstitucional a la “*moneda comunal*”, por no ser moneda de curso legal a tenor de lo que establece la Constitución.

Tal aspecto, nos lleva a pensar, que el solo permitir la circulación de la llamada “*moneda comunal*”, acarrearía responsabilidad penal, ya que puede entenderse que tales monedas al no ser monedas de curso legal, devienen en “*monedas falsas*” que atentan contra el sistema monetario nacional, y sería obligación del Banco Central de conformidad con la ley que lo regula, hallar donde quiera que se encuentren, las monedas falsas e incautauras y ponerlas a disposición de la autoridad competente para que siga el juicio penal correspondiente, amen de que según la ley, en la sentencia respectiva, el Tribunal deberá mandar a destruir los instrumentos empleados para ejecutar el delito y entregará las monedas y los billetes falsificados al Banco Central de Venezuela para su inutilización y, en su caso, aprovechamiento de los materiales (Art. 108). Materiales (papel moneda), por cierto que el Decreto-Ley, pretende sean utilizados para la confección de la “*moneda comunal*”, de forma inconstitucional.

## V. REFLEXIÓN FINAL

Por último, y para dar por concluido este ensayo, debemos enfatizar que el *Decreto N° 6.130, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Comunal*, de fecha 31 de Julio de 2008, instituye de forma inconstitucional un sistema de “*intercambio*” identificado con el “*trueque*”, y de hecho de conformidad con la misma, pueden crearse “*monedas comunales*” por cada zona donde tenga lugar este tipo de intercambio, para hacer viable el “*trueque*”, y aún cuando esto contradice y desconoce expresamente la Constitución de 1999, como ya hemos advertido, no debemos olvidar, que será incluso el Banco Central de Venezuela, de conformidad con la ley, el que deberá asesorar e implementar medidas para la institucionalización del “*trueque*”.

En este triste y penoso panorama de demolición institucional, y de abolición del derecho, es que se sitúa este Decreto-Ley, que amen de fuera de orden en los tiempos históricos que vivimos de mas capitalismo global, pretende eliminar progresivamente al “*bolívar*” como la única y valida unidad monetaria, para permitir que en el sistema legal de pagos se permita el trueque a través de las “*monedas comunales*”.

Con ello y con la desaparición progresiva del Banco Central de Venezuela, se abren puertas gigantes para un futuro, en el cual el Poder Ejecutivo, ya personalizado en el Presidente de la República, sea quien garantice la legalidad y la funcionalidad del sistema monetario, amen de la posibilidad no muy remota, de que ante la “*crisis*” económica, se pretenda un pago de salarios a los trabajadores no con moneda de curso legal, (Art. 91 C.1999) sino con “*monedas comunales*” y otras afines que se instituyan en el futuro, aprovechando la ausencia de una real “*jurisdicción constitucional*”.



## Sección V: Aspectos tributarios de los decretos-leyes

### *Aspectos tributarios de las leyes de la habilitante*

José Amando Mejía Betancourt

*Doctor en Derecho de la Universidad de París II*

#### I. INTRODUCCIÓN

Desde la Revolución Francesa el “Impuesto” como consecuencia del principio del consentimiento al impuesto es un mecanismo que por su naturaleza autoritaria e impositiva, debe ser autorizado mediante ley por la representación popular. En la democracia liberal la representación del pueblo, reunido en un parlamento o asamblea representativa, manifiesta el consentimiento al impuesto. Por ello hay que ver con mucha preocupación y como una deformación de la democracia, el hecho de que la Asamblea Nacional al delegar sus facultades legislativas en el jefe del gobierno, renuncie a ejercer su poder tributario, ignore la representación popular y distorsione el sagrado principio del consentimiento al impuesto.

Queremos en estas notas hacer una breve reseña de los principales aspectos tributarios, contenidos en las veintiséis leyes aprobadas dentro del marco de la “Ley Habilitante”. Muchas de estas leyes contienen modificaciones puntuales, sobre todo en el aspecto sancionatorio asociado al incumplimiento de las obligaciones tributarias que ellas establecen. Pero, en todo caso, parece resultar necesario y oportuno, tomar en cuenta los aspectos tributarios en esta obra colectiva, que reflexiona sobre un tema tan delicado como lo es la delegación del poder de legislar al Presidente de la República.

#### II. EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

##### 1. *Antecedentes*

A partir de la nueva Constitución del 99, se inició un proceso legislativo con el objeto de crear un nuevo sistema institucional de la seguridad social en Venezuela. Sin embargo, luego de casi diez años todo ese proceso legislativo desembocó en un régimen de transitoriedad, y el sistema de la seguridad social está a medio completar. Hasta la presente fecha, se han dictado un conjunto de leyes específicas reguladoras de la materia, pero sometidas a una situación de transitoriedad y de provisionalidad, lo que hace particularmente compleja la comprensión del régimen jurídico de la seguridad social. El eje de esta situación sigue siendo la Ley del Seguro Social que entró en vigencia en el año 1944, que ha sido reformada en diferentes oportunidades y que sigue en aplicación. Por ello, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, dictada en el año 2002 que contiene los principios fundamentales del llamado nuevo Sistema de Seguridad Social, establece en sus disposiciones transitorias que: “se mantiene la Ley del Seguro social”. (Art. 130)

La Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, señala que el Sistema de Seguridad Social a los fines organizacionales estará integrado por los “sistemas prestacionales” de: (i) Salud; (ii) Previsión Social; y (iii) Vivienda y Hábitat. De tal manera, que cada uno de los “sistemas prestacionales” tendrá a su cargo los “regímenes prestacionales” mediante los cuales se brindará protección ante las contingencias amparadas por el Sistema de Seguridad

Social. (Art. 19). El alcance y desarrollo progresivo de los “régimenes prestacionales” contemplados en la ley se regula por las leyes específicas relativas a dichos régimenes. Por lo que, en dichas Leyes se establecen las condiciones bajo las cuales los sistemas y régimenes prestacionales otorgarán la protección social. (Art. 17).

Los régimenes prestacionales establecidos en la Ley son los siguientes: (i) Régimen Prestacional de Salud; (ii) Régimen Prestacional de Servicios Sociales al Adulto Mayor y Otras Categorías de Personas; (iii) Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas; (iv) Régimen Prestacional de Empleo; (v) Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo; y (vi) Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

Hasta la presente fecha se han dictado las siguientes leyes: La Ley de Servicios Sociales, correspondiente al Régimen Prestacional de Servicios Sociales al Adulto Mayor y Otras Categorías de Personas. La Ley del Régimen Prestacional de Empleo. La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, correspondiente al Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. La Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. Y la Ley del Seguro Social, que regula la transición hacia la nueva institucionalidad del Sistema de Seguridad Social. Está pendiente que el legislador complete la normativa correspondiente al Régimen Prestacional de Salud y al Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas.

En el paquete de leyes correspondientes a la Ley Habilitante, se reformaron la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y la Ley del Seguro Social.

### 2. *La tributación de la Seguridad Social*

La Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, establece que las cotizaciones a la Seguridad Social, constituyen un recurso fundamental para el financiamiento del sistema. “Las cotizaciones, constituyen contribuciones especiales obligatorias, cuyo régimen queda sujeto a la presente Ley y a la normativa del Sistema Tributario con excepción a las correspondientes al Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, las cuales estarán sometidas a la Ley especial que rige la materia y demás normativas aplicables”. (Art. 112) Y “toda persona, de acuerdo a sus ingresos, está obligada a cotizar para el financiamiento del Sistema de Seguridad Social, según lo establecido en esta Ley y en las leyes de los régimenes prestacionales”. (Art. 111)

### 3. *Las modificaciones introducidas*

En relación a la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, la reforma en relación a su contenido tributario se refiere a un aspecto de fondo muy importante. Ya que, si bien el legislador de la seguridad social, a previsto su financiamiento a través del “sistema de cotizaciones parafiscales de carácter obligatorio, regido por normas de índole tributario, sin hacer distinción alguna sobre las características de cada uno de los mecanismos de obtención de recursos financieros para cubrir las distintas contingencias, aplicables de manera genérica a la naturaleza de la mayoría de las previsiones amparadas por la Ley, con excepción del sistema establecido para el régimen prestacional de vivienda y hábitat”; el legislador considera que “someter el ahorro habitacional dentro de los supuestos de la parafiscalidad y por ende al régimen tributario común, representa la desnaturalización de este aporte”. “En tal sentido, se concibe las cotizaciones del régimen prestacional de vivienda y hábitat como un ahorro, sometido a la Ley especial que regula la materia y demás normativa aplicable”. (Exposición de motivos de la Ley) Se trata pues de un “ahorro obligatorio” para garantizar el derecho a una vivienda. Al cual el legislador le retira el carácter tributario ordinario y crea una figura de “contribución” sometida a la Ley especial. Esta situación llama a la reflexión y debe ser

estudiada, por cuanto se trata de una exacción fiscal no sometida al régimen ordinario del Código Orgánico Tributario, lo cual debe, por lo menos, crear preocupación al contribuyente. La Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, que fue modificada en este paquete, establece por su parte, la figura del “ahorro obligatorio” proveniente de los aportes monetarios efectuados por los trabajadores bajo dependencia y sus patronos. El ahorro obligatorio será del tres por ciento (3%) del salario integral.

En relación a la modificación de la Ley del Seguro Social, la reforma parcial se enfoca sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de la Ley. Dicha reforma no introduce nuevas obligaciones sino que se limita a establecer nuevas e importantes sanciones.

### III. OTRAS TASAS Y CONTRIBUCIONES TRIBUTARIAS

#### 1. *Contribuciones tributarias en el sector turismo*

La Ley Orgánica de Turismo, contempla una importante modificación al establecer, una “Contribución Especial” del uno por ciento (1%), de los ingresos brutos mensuales, a ser cancelada por los prestadores de servicios turísticos. (Art. 14 N° 1 y 15) Así como, establece la inscripción obligatoria en el Registro Turístico Nacional y el otorgamiento de licencias, permisos o autorizaciones para prestar servicios turísticos. Y además se fortalece el esquema sancionatorio de la Ley.

El sujeto pasivo de esta obligación tributaria son los prestadores de servicios turísticos, entendidos como los contribuyentes cuya actividad principal consista en la realización de actividades turísticas, los cuales deben inscribirse en el Registro Turístico Nacional. Además, la Ley establece que los cruceros o cualquier otra embarcación que preste servicios turísticos, son sujetos pasivos de la contribución especial. (Art.86)

Los prestadores de servicios turísticos son responsables de la contribución creada y en ningún caso pueden trasladarla o repercutirla al usuario final, debiendo efectuar el prestador de servicios turísticos la respectiva declaración, registro y cumplir con los demás deberes tributarios. Esta contribución debe ser enterada a la Administración Tributaria (El Instituto Nacional de Turismo) dentro de los primeros quince días hábiles siguientes al cierre del respectivo mes que se declara. Los fondos provenientes de esta contribución especial, serán distribuidos entre el financiamiento del Instituto Nacional de Turismo y los fondos de promoción turística que crea la Ley.

#### 2. *Contribuciones tributarias al tránsito marítimo*

La ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, que regula las diferentes actividades que se realizan en los espacios acuáticos y controla su uso y aprovechamiento, establece una “contribución tributaria” que grava la actividad de tránsito internacional que realicen buques nacionales y extranjeros, así como el tráfico de cabotaje que realicen buques de bandera extranjera. (Art.92 N° 3). La base imponible de esta contribución la constituye el “arqueo bruto de los buques”, es decir la cabida de la embarcación. Esta contribución debe ser pagada por el armador, operador o agente, cada vez que los buques arriben a puerto, según la alícuota o tarifa establecida en la Ley.

Debemos adicionalmente recordar que la actividad soporta otras obligaciones pecuniaras y cargas tributarias, constituidas por tarifas, tasas y derechos, establecidas en otras leyes, y derivadas de servicio por uso de canales, señalización acuática, pilotaje, remolcadores y lanchaje, concesiones, autorizaciones y habilitaciones de puertos públicos de uso público y privado.

### 3. *Tasas*

La Ley de Canalizaciones y Mantenimiento de las Vías de Navegación, establece un conjunto de tributos bajo la figura de tasas, por la utilización de las vías de navegación, especialmente las referidas al Lago de Maracaibo, al Canal del Orinoco y otras por servicios diversos.

La Ley de Salud Agrícola Integral que tiene por finalidad garantizar la salud agrícola integral, entendida como la salud primaria de animales, vegetales, productos y subproductos de ambos orígenes, suelo, agua, aire, personas y la estrecha relación de cada uno de ellos, con el objeto de prevenir, controlar y erradicar plagas y enfermedades, establece un conjunto de “tasas”, por la expedición de los documentos y actos que se indican en el artículo 81 de la Ley.

## IV. CONCLUSIONES

La Aprobación de las veintiséis Leyes derivadas de la “Ley Habilitante”, comporta aspectos tributarios que deben ser tomados en cuenta, para medir su impacto social y sobre todo para valorar la presión tributaria que crece de manera acelerada sobre los hombros del contribuyente.

La dispersión de materias de este conjunto legislativo significa también una dispersión de la política tributaria, por lo que difícilmente se puede presentar una sistematización razonable, ya que la normativa toca los más variados sectores.

Nuestra intención ha sido el llamar la atención sobre lo que significa este paquete legislativo para el contribuyente, y como las obligaciones tributarias aumentan de manera vertiginosa y sin mayor coherencia.

## *Los aportes correspondientes al régimen prestacional de vivienda y hábitat a la luz de las recientes reformas legales*

Juan Cristóbal Carmona Borjas

Karla D'Vivo Yusti

*Abogados*

Uno de los aspectos más resaltantes del Decreto N° 6.072, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat<sup>1</sup>, así como del Decreto N° 6.243, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social<sup>2</sup>, es el desconocimiento del carácter tributario de los aportes correspondientes al Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, con el consecuente impacto económico que esto ocasiona, tanto para los patronos aportantes como para los propios trabajadores.

Esta reciente reforma legal estuvo precedida por un muy cuestionable proceder por parte del ente encargado de la administración de los referidos aportes, el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), quien a partir de la entrada en vigencia de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat del año 2005<sup>3</sup>, mediante la cual se derogó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional<sup>4</sup>, comenzó a desconocer la naturaleza tributaria de los mismos y a exigir que se determinara el monto a pagar por concepto de la contribución en comento con base en el salario integral, partiendo de lo dispuesto en el artículo 172 numeral 1 de dicha Ley; ignorando no sólo lo previsto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social<sup>5</sup>, sino también el criterio sostenido en la sentencia N° 01928 de fecha 27 de julio de 2006<sup>7</sup>, emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la que se reconoció el carácter tributario de los aportes bajo estudio.

- 
- 1 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.889 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.
  - 2 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.891 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.
  - 3 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.182 de fecha 09 de mayo de 2005, reimpresa por error material en la *G.O.* N° 38.204 08 de junio de 2005.
  - 4 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.066 de fecha 30 de Octubre de 2000.
  - 5 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.867 Extraordinario del 28 de diciembre de 2007.
  - 6 Artículo 112 Las cotizaciones, constituyen contribuciones especiales obligatorias, cuyo régimen queda sujeto a la presente Ley y a la normativa del sistema tributario.”
  - 7 Caso: *Inversiones Mukaren, C.A. vs. Dirección General de Fiscalización y Sustanciación del Consejo Nacional de La Vivienda.*

De este modo, a raíz de la entrada en vigencia de la referida Ley en el año 2005, el BANAVIH asumió que los aportes de Ahorro Obligatorio no eran de naturaleza tributaria, motivo por el cual la determinación de la base de cálculo del mismo no se encontraba sometida a los límites de imposición respecto al salario, contenidos fundamentalmente en el Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual **todos los tributos establecidos en leyes especiales a cargo de patronos y trabajadores, deben calcularse tomando como base el salario normal devengado por el trabajador**, debiendo por tanto, a juicio de dicho Ente, calcularse como lo preveía la Ley de Régimen Prestacional de la Vivienda y el Hábitat, sobre el ingreso total mensual del trabajador (salario integral).

Como consecuencia de esta interpretación, el BANAVIH obviando la sustanciación de los procedimientos que garantizan el derecho a la defensa y al debido proceso de los patronos o empleadores, comenzó a negarles las solvencias respecto a los aportes en materia de vivienda y hábitat y a establecer la obligación del pago de cuantiosas sumas de dinero por concepto de supuestos aportes omitidos, insistimos, sin que en la mayoría de los casos mediara procedimiento alguno o existiese un acto administrativo definitivamente firme.

Esta posición asumida por el BANAVIH colocó en una situación bastante difícil a los patronos o empleadores, quienes por haber adoptado la posición asumida por la Sala Político Administrativa, en cuanto al carácter tributario de los aportes, y utilizado el salario normal como base de su cálculo conforme al Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, así como el límite de diez (10) salarios mínimos previsto en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, han sido objeto de reparos por cifras exorbitantes e igualmente se les rechazan sus solicitudes de solvencias referidas a ese subsistema, necesarias para la tramitación de la Solvencia Laboral expedida por el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, sin la cual no es posible iniciar otros procedimientos por ante la Administración Pública, entre ellos, licitar obras y contratar con el Estado, solicitar créditos con el Estado a través de la banca pública, y los relativos a las solicitudes de divisas por ante la Comisión para la Administración de Divisas (CAVIDI).

Ante tal polémica, aun cursan por ante el Tribunal Supremo de Justicia recursos de interpretación interpuestos por patronos aportantes, así como un recurso de colisión de normas (Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo Parágrafo 4°, 113 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y 172 numeral 1 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat) interpuesto por el propio BANAVIH, en el que dicho ente reconoce que “para determinar la base de cálculo correspondiente a los aportes del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat, tanto la Ley Orgánica del Trabajo como la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, prevén normativas diametralmente opuestas en relación al parámetro que se debe tomar en cuenta para estimar el porcentaje a deducir en atención a dicha cotización” por cuanto “la Ley Orgánica del Trabajo ordena que las retenciones de tributos o aportes a los trabajadores se haga con base en el salario normal, mientras que la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat exige que el aporte a los fondos de vivienda se haga con base en los ingresos totales”.

Vemos como la sustitución del término *remuneración mensual básica*, como base de cálculo de las cotizaciones al Fondo de Ahorro Obligatorio, prevista en la ley primigenia, por el de *remuneración*, en la ley del año 2000, y posteriormente por el *ingreso mensual total*, en la del año 2005, al cabo de los años se convirtió en desencadenante de la degeneración experimentada por el Instituto en comento, que alcanza su mayor expresión en la reciente reforma legislativa, pues, desde el punto de vista meramente formal, el Legislador Habilitado atendió la problemática que venía confrontando el BANAVIH y recogió en la nueva normativa legal sobre la materia, todos los temas controvertidos, dando pie para que a partir de su entrada en

vigencia, aquél ente pudiera sin objeciones de los administrados exigir los aportes calculados con base en el salario integral de los trabajadores, sin sujeción a la limitación de los 10 salarios mínimos y a lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario.

Extraoficialmente se ha conocido que uno de los argumentos por los que se pretende desconocer el carácter tributario de los aportes, es que esos recursos forman parte del patrimonio de cada trabajador y no de la República o de un ente descentralizado de la Administración Pública Nacional.

En tal sentido, estimamos que si bien atendiendo al hecho de que los aportes van a la cuenta de cada trabajador, podría, en principio, considerarse válido el argumento relativo a que los recursos aportados forman parte del patrimonio de cada uno de ellos y no de la República o de un ente descentralizado de la Administración Pública Nacional, lo que desnaturalizaría su carácter tributario, tal criterio pierde validez al evaluarlo respecto al empleador o patrono, pues, independientemente del destino que puedan tener los aportes que realiza o la forma en que han sido instrumentados por el Estado, siguen siendo prestaciones coercitivas cuyo origen es la ley, que están afectados a un destino preestablecido, y cuya finalidad es de naturaleza extrafiscal.

En efecto, al evaluar la normativa reguladora de los aportes al Ahorro Obligatorio para la Vivienda, pueden destacarse las siguientes notas características: *i)* tienen su origen en la ley; *ii)* están obligados a su pago los trabajadores y patronos que se encuentren en una relación laboral dependiente; *iii)* son recursos que forman parte del patrimonio del trabajador, pero limitados en cuanto a su disposición y sometidos a la administración de un ente público; y, *iv)* son recursos que están afectados a un destino preestablecido por la ley.

Estas características evocan necesariamente a la llamada “*parafiscalidad social*”, constituida por los aportes de seguridad y previsión social que pagan patronos y trabajadores a las cajas o cooperativas de ahorro, o a determinados entes gubernamentales autónomos que prestan servicios y/o otorgan beneficios a los empleados bajo relación de dependencia. El fundamento de reclamar una *contribución* para el financiamiento de esos servicios de seguridad social, radica, en que el mismo, de por sí, significa para los integrantes del grupo comprendido en él, una ventaja de su sólo provecho, la cual se justifica en la necesidad de política social y de establecer medidas de protección a las clases trabajadoras<sup>8</sup>.

Más aun, si tomamos en cuenta las características del aporte que efectúa el patrono o empleador, así como el hecho de que en la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional del año 2000 las cantidades retenidas a los trabajadores y aquellas aportadas por los empleadores o patronos, si bien eran depositadas en la cuenta única del Fondo Mutual Habitacional se realizaban a nombre de cada empleado u obrero, podríamos concluir que el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su Sentencia N° 01928, en la que se reconoce el carácter tributario de los aportes, resulta igualmente aplicable a las leyes que la sustituyeron, incluso a la vigente.

Este criterio incluso se ve ratificado en un reciente fallo de la misma Sala Político Administrativa<sup>9</sup> mediante la cual se admite un Recurso de Interpretación sobre el alcance y contenido del numeral 1 del Artículo 172 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, indicándose que “a los fines de establecer cuál debe ser el criterio para determinar la

---

8 Ramón Valdez Costa. *Curso de Derecho Tributación*, Editorial Temis, Segunda Edición, 1996.

9 Sentencia N° 00482 de fecha 23 de abril de 2008.

base imponible de la contribución parafiscal correspondiente al aporte al que están obligadas las empresas en el desarrollo de los planes para la vivienda de los trabajadores a su cargo y actuando como agentes de retención; por lo que, la materia a tratar es tributaria lo cual reviste un carácter afín con las competencias atribuidas a esta Sala Político-Administrativa, razón por la que se declara competente para conocer el recurso de interpretación interpuesto.” (Destacado propio)

En este orden de razonamiento, importa señalar que si bien siguiendo la doctrina colombiana, representada por PLAZAS VEGA<sup>10</sup>, aportes como los del Ahorro Obligatorio de Vivienda no encuadrarían dentro de la categoría de Contribuciones Parafiscales, al tener como beneficiario a los propios trabajadores en una forma individualizada, consideramos que bajo una concepción moderna de la tributación, y muy particularmente a la luz de la concepción de Estado Venezolano, como uno social de Derecho y de Justicia en el que impera el principio de solidaridad y en el que los particulares son corresponsables con el Estado en la satisfacción de las necesidades colectivas, no cabe duda que aportes como los aquí comentados no son más que una modalidad de contribución al financiamiento de las cargas públicas o mejor dicho a la satisfacción de los cometidos de la sociedad.

En nuestra opinión, del listado de notas características de los aportes en comentario podría concluirse que los mismos son propios de la figura del tributo de los tiempos actuales, corolario de lo expuesto es que el trabajador si bien es el único propietario de las cantidades aportadas, no cuenta con la libre disposición de sus bienes, pues el sistema le obliga a poder disponer de ellos únicamente para la satisfacción de sus necesidades habitacionales, asunto este que forma parte, según el artículo 82 de la Carta Magna, de las obligaciones del Estado; por ende, independientemente de la calificación y de la decisión adoptada por el Legislador Habilitado, de excluir a los aportes de la categoría de tributos, ello no es más que una flagrante violación a la dogmática tributaria, constitucionalmente acogida.

En el marco de estas breves consideraciones, no podemos dejar de lado el criterio esbozado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia N° 301 de fecha 27 de febrero de 2007, en la cual se sostuvo que “El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, **sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE)...**” e igualmente que “...la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, **puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos.**” (Destacado propio)

Esta decisión de la Sala Constitucional no sólo reconoce el carácter tributario de los aportes, sino que además -aun cuando está referida al Impuesto sobre la Renta- es de trascendental importancia en todo el ámbito fiscal, pues alude en general al sistema tributario y a su

---

10 Mauricio A. Plazas Vega, “Definición de Tributo” en *Historia del derecho de la hacienda pública y del derecho tributario en Italia – el aporte del pensamiento jurídico financiera de la Italia Meridional*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá 2004.



necesaria adecuación a los postulados constitucionales relativos a la capacidad contributiva y la justicia tributaria, fundamentales en un Estado Social de Derecho y de Justicia, en el que se le otorga una protección especial al trabajador y se busca evitar que la carga tributaria excesiva afecte el nivel de vida de la familia venezolana, desvirtuando al salario como fuente fundamental del sustento familiar.

Así, el bien jurídicamente tutelado en las ya derogadas leyes de Política Habitacional y de los sistemas de la Seguridad Social, con la fijación de un límite en la base de cálculo de los aportes, coincide con el derecho amparado en la sentencia de la Sala Constitucional, que no es otro que el previsto en el artículo 91 de la Carta Magna, según el cual: “Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales...”.

Tal como lo señala la Sala Constitucional, la sumatoria de aportes que se traducen en retenciones al salario, independientemente de que sigan formando parte del patrimonio del trabajador y le den acceso a ciertos beneficios sociales, restan autonomía y poder de decisión al punto de poder atentar contra de su verdadero propósito. Luego cuando la Ley del Sistema de Seguridad Social, excluye a los aportes del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de los límites a la imposición previstos en la Ley Orgánica del Trabajo, exacerba la expoliación de que ha venido siendo objeto el salario.

A la luz de lo expuesto, no podemos ignorar aspectos como el relativo a la vulnerabilidad del Principio de Legalidad Tributaria, que se constata al evaluar normas como las aquí referidas, y que deriva en gran medida de las Habilitaciones constantes al Ejecutivo Nacional en materia tributaria; por otra parte, a la falta de técnica legislativa, aunado a la práctica del legislador de dejar en manos del reglamentista la regulación de materias sujetas a reserva legal; así como la denominación de instituciones de evidente carácter tributario, como aportes o inversiones, con miras a dejarlas al margen de la sistemática tributaria y, la falta de autonomía por parte del Poder Judicial.

Esta gestión del Estado pone en mayor evidencia la fragilidad del Principio de Legalidad como mecanismo dirigido a proteger los derechos y garantías del administrado, al poderse afirmar en este contexto, al igual que en otros, que la sola forma no puede privar sobre la sustancia. De nada vale crear y regular el tributo mediante ley, si en ella no se respetan los derechos y garantías del contribuyente o si el destino dado a lo recaudado hace nugatorios los sacrificios que su instrumentación supuso.

Por tanto, la legitimidad para crear y exigir el pago de los tributos no puede, hoy día, seguir descansando únicamente en el poder soberano del Estado, ni en el cumplimiento de la sola formalidad de crear el tributo mediante ley, pues, la legitimidad ha de depender, por una parte, de que el Legislador respete la dogmática y esencia del Derecho Tributario, y por la otra, de la actuación que el Estado haya llevado adelante en el destino dado a los recursos obtenidos por esa vía.

Vemos con asombro el alto déficit de viviendas que se registra en el país desde hace muchos años, a pesar de los ya casi 20 años de la instauración del Ahorro Obligatorio en comentarios, lo cual constituye muestra clara e irrefutable de la violación, por parte de un Estado, de los principios y derechos humanos consagrados en el Pacto de San José y en la Constitución que los rige, luego, es importante preguntarse entonces si puede un Estado con un récord negativo en este tipo de indicadores, continuar creando tributos y exigir su pago amparándose a tales fines en el simple dictado de una ley y en su autoridad soberana.

En los tiempos que corren el poder de imperio y de sanción, propios del Estado e inmanentes a la tributación, no lo eximen del cumplimiento de los deberes de los que deriva su legitimidad, entre ellos, los principios constitucionales relativos a la no confiscatoriedad de los tributos y el de la capacidad contributiva, pero fundamentalmente los principios destinados a proteger a los trabajadores.

Con fundamento en los razonamientos previamente esbozados disintimos de la posición que había venido asumiendo el BANAVIH, ahora acogida por el Legislador Habilitado -y que incluso ha estado presente no sólo respecto de este tipo de aportes, sino también de otros, como los previstos en la Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación o en la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas- por cuanto, a pesar de que los recursos recaudados por concepto de Ahorro Habitacional no forman parte del patrimonio de la República o de un ente descentralizado de la Administración Pública Nacional, atendiendo a las características propias de estas contribuciones, no puede más que concluirse que estamos en presencia de tributos, y, por ende, los mismos no pueden estar al margen de la principios legales y constitucionales que ordenan el sistema tributario, y más aun de aquellos que buscan la protección del salario como fuente fundamental del sustento familiar de los trabajadores.

CUARTA PARTE:  
RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

Sección I: Régimen prestacional de la vivienda y el  
habitat

*Reforma de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios  
a través del Decreto Ley del Régimen Prestacional  
de Vivienda y Hábitat*

Irma Lovera De Sola

*Profesora de las Universidades  
Católica Andrés Bello, Santa María y Metropolitana*

La Ley de Arrendamientos Inmobiliarios fue promulgada como Decreto con rango y fuerza de Ley, dentro de las previsiones de la Ley Habilitante de fecha 22 de Abril de 1999, publicada en *Gaceta Oficial* el 26 del mismo mes con el N° 36.687, y fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.845 de fecha 7 de Diciembre de 1999 y ha estado vigente desde el 1° de Enero de 2000, con evidentes beneficios para el mercado inmobiliario de alquiler, tanto en lo comercial como en lo habitacional, ya que sus previsiones contemplaron un mayor equilibrio entre arrendadores y arrendatarios, en comparación con la legislación dispersa y anticuada que estuvo vigente hasta 1999, constituida fundamentalmente por la Ley de Regulación de Alquileres, el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas y el Reglamento de ambos textos.

Es sabido que desde hace mas de dos años, se introdujo ante la Asamblea Nacional un proyecto de reforma de esa Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, que fue aprobada en primera discusión y pasó a la Comisión de Administración y Servicios, que al efecto creó una

Subcomisión de Vivienda, justamente para ocuparse de este texto legal, y con la finalidad de dar cabida a opiniones y posiciones de diversos sectores involucrados en los temas inmobiliarios y más específicamente en los de arrendamiento, se convocó una mesa técnica que ha trabajado arduamente durante muchos meses para elaborar un proyecto de reforma aceptable para todos los involucrados, con especial énfasis en la modernización del procedimiento judicial inquilinario y su adaptación a la normativa constitucional en cuanto a brevedad, oralidad e introducción de medios alternativos de resolución de conflictos. Ahora bien, pendiente este trabajo y ya bastante avanzado, su discusión fue suspendida el 14 de Agosto de 2007, en razón de la presentación del proyecto de reforma constitucional por parte del Presidente de la República a la Asamblea Nacional, que culminó con el referéndum realizado el 2 de Diciembre de ese mismo año, mediante el cual fue desaprobada la reforma propuesta por el Presidente así como también la presentada a consideración del electorado por la Asamblea Nacional.

En Febrero 2008 se retomaron las reuniones de la mesa técnica que se han prolongado hasta Junio y con ese trabajo bastante avanzado, y sin aparente conexión ni comunicación entre el Ejecutivo y la Asamblea Nacional, ha salido la publicación de las 26 leyes dictadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros en virtud de la habilitación que le fue conferida que expiró el 31 de Julio de 2008, y uno de esos Decretos con Rango y Fuerza de Ley es la del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat ( Decreto 6.072, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.889 extraordinario, de 31 de Julio de 2008) la cual modifica parcialmente la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios vigente, sin tomar en consideración el trabajo de elaboración legislativa que se venía adelantando en la Asamblea Nacional. Los aspectos en los que modifica la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (en lo adelante LAI) los señalo a continuación.

Este Decreto Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (en lo adelante Ley de Vivienda) trata fundamentalmente sobre la consolidación de un Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat integrado por el Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y Hábitat, el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, productores, operadores financieros y una participación ciudadana difusa y la atribución a ese Ministerio de todas las funciones relacionadas con la vivienda desde su producción hasta el financiamiento, e incluso el arrendamiento.

Desde la creación del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y Hábitat, mediante la modificación de la Ley Orgánica de la Administración Central<sup>1</sup>, ya ese ente del Poder Ejecutivo ha ostentado esa atribución, sin embargo, es ahora cuando vienen a concretarse esas funciones que se le habían conferido pero no se habían implementado; por ejemplo, la Dirección General de Inquilinato, que ejerce las funciones que le atribuyó la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios de 1999 en lo relacionado con la regulación de alquileres de inmuebles urbanos destinados a cualquier uso, y que debió ser trasladada al Ministerio de Vivienda, ha continuado estando adscrita al Ministerio de Infraestructura y ha mantenido su función reguladora de los inmuebles, incluidas las viviendas, aunque es pertinente señalar que los cánones de arrendamiento para viviendas permanecen “congelados”, es decir, fijos en las mismas cantidades que los arrendatarios pagaban para el 30 de Noviembre de 2002.<sup>2</sup>

---

1 Decreto 5.246 del 20 de Marzo de 2007, *G.O.* 38.654 del 28 de Marzo de 2007.

2 Resolución N° 058 y 036 de 4 de Abril de 2003 emanada de los Ministerios de la Producción y el Comercio y de Infraestructura, publicada en la *G.O.* N° 37.667 del 8 de Abril de 2003 y sucesivas resoluciones que la han prorrogado.

La Exposición de Motivos de la Ley de Vivienda en referencia contiene preocupantes disposiciones acerca de la forma como será aplicada en el futuro, ya que de manera explícita señala:

“Este proyecto de Ley contiene modificaciones sustanciales respecto a la Ley vigente, básicamente porque en lo material es más pragmática, facilitando y estimulando el dinamismo en el sector de vivienda y hábitat, con un marco regulatorio desarrollado por resoluciones...”

Y posteriormente concreta entre sus atribuciones en el numeral 2 del artículo 6º: “Dictar actos de contenido normativo en desarrollo del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”.

Este pragmatismo y dinamismo, va directamente en detrimento de la seguridad jurídica, puesto que las atribuciones conferidas a ese Ministerio, significan que la ley será aplicada por el ente administrativo y las dudas, interpretaciones y ajustes que se requieran en el futuro para su adecuación a la realidad y a nuevas situaciones, no son atribución del Poder Judicial mediante la interpretación progresiva de la ley, como sería lo lógico, lo legal y lo constitucional en un estado de derecho, sino que se devuelve al Poder Ejecutivo la potestad de aplicar la ley, interpretar, desarrollar y adecuar sus normas a las diversas situaciones a las cuales habrá que enmarcarla, es decir, el Ejecutivo ha legislado por vía habilitante, el Ejecutivo resuelve la manera como se aplicarán las normas mediante resoluciones casuísticas dictadas por el Ministro del ramo por vía de normativa sub legal (resoluciones, como indica la exposición de motivos), y el propio Ejecutivo mediante su omnímoda voluntad y poder, aplica el Decreto Ley, a su entender y discrecionalidad, sin consulta alguna con organismo legislativo, judicial ni comunal.

Esta norma implica que no tiene el Poder Judicial potestad jurisdiccional sobre la aplicación de esta Ley de Vivienda, no solo en el ámbito del arrendamiento, sino en todos sus contenidos.

Sin embargo, nuestro interés central es entresacar de una ley con 104 artículos, 19 disposiciones transitorias, una derogatoria y una final, lo que se refiere específicamente a las modificaciones de la legislación inquilinaria vigente, que sin mencionarla, la afecta de manera sustancial.

## I. ATRIBUCIÓN DEL MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA VIVIENDA Y HÁBITAT EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO

El capítulo III “*Del Arrendamiento de Viviendas, Arrendamiento como forma de consumo de vivienda*”, desde el artículo 69 hasta el 74, se refiere a las viviendas en alquiler y dispone que todas las normas del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat podrán ser aplicadas a los arrendamientos de vivienda en los términos dispuestos por el Ministerio del ramo. Debo destacar que el Decreto ley no señala que se aplicarán a los arrendamientos sus disposiciones en cuanto sean compatibles con este tipo de contratación, sino que encomienda directamente al Ministerio del ramo la aplicación mediante resoluciones, según quedó ya señalado, a los arrendamientos, con la mayor discrecionalidad y sin parámetros ni limitaciones, sino a su juicio, valoración y conveniencia.

## II. REGULACIÓN DE ALQUILERES DE VIVIENDAS

El artículo 70 de la Ley de Vivienda dice textualmente:

“Corresponde al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat la regulación del arrendamiento inmobiliario de viviendas, especialmente en cuanto a los tipos de viviendas susceptibles de ser arrendadas total o parcialmente, así como sus carac-

terísticas mínimas; lo relativo a las garantías que deba prestar el arrendatario y la regulación del canon de arrendamiento en atención al valor del inmueble, determinado conforme a los parámetros siguientes: área, ubicación, estado de mantenimiento, fecha de construcción, servicios públicos disponibles y cualquier otro parámetro aplicable a tal efecto.

Todo lo no previsto en este Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley, se sujetará a las disposiciones legales que regulen la materia de arrendamientos en general.”

Estos mismos temas están en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios desarrollados cada uno por separado y de manera detallada, Pasamos a analizar cada afirmación de la Ley de Vivienda:

a. La atribución al MINVIHAB de los asuntos relacionados con la vivienda, no es novedad, según lo explicamos precedentemente, puesto que desde Marzo de 2007<sup>3</sup>, fecha de su creación, ya le incumbían estos temas.

b. La regulación de precios de las viviendas arrendadas, según la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, ha correspondido desde 1960 (Ley de Regulación de Alquileres hoy derogada) a la Dirección General de Inquilinato, que desde la creación del MINVIHAB, debió haberle sido adscrita a este nuevo Ministerio a fin de ser consistente con el Decreto de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, como ya señalamos. Sin embargo, nos preguntamos a quien queda ahora, después de esta Ley de Vivienda y Hábitat, atribuida la regulación de los alquileres de los inmuebles destinados a usos diferentes de la vivienda, como locales comerciales, oficinas y otros usos? La nueva ley no lo especifica, pero podríamos continuar haciendo preguntas: es que ahora van a existir dos Direcciones de Inquilinato, una en MINVIHAB para ocuparse de la regulación de las viviendas y otra en Infraestructura, que conservaría la atribución regulatoria de los inmuebles destinados a otros usos? Es que acaso la intención del Ejecutivo es liberar de regulación los alquileres de esos inmuebles destinados a otros usos? Ninguna de estas preguntas queda respondida en el texto de la Ley de Vivienda, en sus disposiciones transitorias, finales ni en ningún otro texto normativo del que tengamos conocimiento hasta ahora.

c. La nueva Ley se refiere a que el MINVIHAB establecerá los “*tipos de viviendas susceptibles de ser arrendadas total o parcialmente, así como sus características mínimas...*” y nos preguntamos nuevamente, que significado profundo y exacto tiene esta expresión? Es que el Ejecutivo prohibirá el arrendamiento por partes de algunos inmuebles, debido a sus “*características*”? Cuáles características son esas? O por el contrario fijará la obligatoriedad o la posibilidad de arrendarlos por partes? A qué características se refiere para poder arrendar por partes o para no poder hacerlo? Ubicación, dimensiones, ocupantes, servicios con los que cuenta serán características favorables o negativas para arrendar por partes? Nos aventuramos a formular en palabras escritas los intermitentes temores de la población que actualmente sí tiene una vivienda, de que les obliguen a compartirla con otras personas, que les obliguen a arrendarles partes de la misma, a un precio regulado por el MINVIHAB. Es que acaso se va a materializar lo que hasta ahora ha sido una “*leyenda urbana*” que durante muchos meses y quizás años, no ha pasado de ser un rumor o un correo electrónico inquietante? Y si esta ley será desarrollada y aplicada mediante resoluciones ministeriales, a qué está expuesto el ciudadano común, a que le prohíban alquilar o a que le obliguen a hacerlo? Tenemos muchas preguntas y muy pocas respuestas y mil inquietudes en que se entremezcla lo jurídico, lo emocional, el sentido de pertenencia, el hogar, la intimidad de la familia, el ejercicio del derecho de propiedad y sus atributos tradicionales y muchos asuntos más, y no continuamos por este derrotero porque no tenemos respuestas jurídicas.

---

3 Decreto 5.246 del 28 de Marzo de 2007 (G.O. N° 38.654 misma fecha)

La vigente Ley de Arrendamientos Inmobiliarios contiene precisiones sobre los inmuebles arrendados por partes, la forma de establecer su valor y su rentabilidad, pero no establece sino una prohibición, el arrendamientos de “ranchos”, que por cierto todos sabemos que no se cumple, ya que existe una próspera industria inmobiliaria de arrendamiento de inmuebles sin servicios directos, sin condiciones mínimas de habitabilidad, en los barrios marginales de las ciudades del país, denominados ahora “*asentamientos urbanos populares*” por la Ley de Regularización de la Tenencia de la Tierra.

d. Según menciona la nueva ley, “*lo relativo a las garantías que deba prestar el arrendatario*”, es también una nueva atribución del MINVIHAB. Sin embargo esta nueva normativa por demás vaga, no se justifica, puesto que en la los artículos 21 al 28 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios están claramente fijadas las normas relativas a garantías arrendaticias, entre ellas se establece que no se podrán exigir garantías reales y personales simultáneamente, no se podrá exigir un depósito superior al equivalente a cuatro meses del canon de arrendamiento, también que los intereses que genere el depósito son del arrendatario y otras modalidades de depósito en cuenta bancaria, generación de intereses de mora contra el arrendador en caso de no devolver el depósito oportunamente y otras que no dejan dudas y además someten los reclamos que pudieren surgir en razón de la garantía al juicio especial inquilinario breve y así brinda certezas a ambas partes. En cambio de Ley Prestacional de Vivienda y Hábitat no tiene sino la vaga mención que ya he citado y deja al Ejecutivo mediante resueltos, la decisión de cada aspecto relacionado con las garantías que deba prestar el arrendatario y su aplicación a casos específicos, y de esta manera genera incertidumbre entre las partes que no saben con anticipación a que atenerse y cuáles son las reglas que regirán su relación arrendaticia.

Por otra parte es previsible, que si actualmente el Poder Judicial se encuentra en grosero retraso con los ciudadanos en la toma de las decisiones de los casos inquilinarios que tiene bajo su consideración, y que la justicia ha dejado de ser oportuna y por lo tanto ha perdido parte de su esencia, en el futuro, a ese atraso judicial, se sumará el retraso administrativo, que de hecho para la fecha de la redacción de este trabajo, a dos meses de dictada y en vigencia la Ley de Vivienda, el Ministerio ya está en mora, puesto que no se ha dictado una sola de las resoluciones que reglamentarán los asuntos inquilinarios.

e. El MINVIHAB tiene atribuida la facultad de fijar el monto de la regulación del alquiler de las viviendas, mediante el establecimiento del valor del inmueble en base a parámetros, algunos iguales y otros diferentes a los establecidos en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.

f. Establece el Artículo 30 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios:

“Para la determinación del valor del inmueble a los fines del artículo anterior, el organismo encargado de efectuar la fijación del canon de arrendamiento máximo deberá tomar en consideración los siguientes factores: 1. Uso, clase, calidad, situación, dimensiones aproximadas y todas aquellas circunstancias que influyan en las operaciones y cálculos que se hayan hecho para fijar su justo valor, las cuales también se especificarán razonadamente. 2. El valor fiscal declarado o aceptado por el propietario y el valor establecido en los actos de transmisión de la propiedad, realizados por lo menos seis (6) meses antes de la fecha de solicitud de regulación, y los precios medios a que se hayan enajenado inmuebles similares en los últimos dos (2) años. Parágrafo Único: A los efectos de la fijación de la renta máxima mensual, en los inmuebles sometidos al régimen de Propiedad Horizontal, se tomará en consideración la contribución para el pago de los gastos comunes causados por la administración, conservación, reparación o reposición de las cosas comunes, a que se refiere la Ley de Propiedad Horizontal.”

En cambio, la nueva Ley **del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat**, dice que ese valor del inmueble destinado a vivienda se determina:

“...conforme a los parámetros siguientes: área, ubicación, estado de mantenimiento, fecha de construcción, servicios públicos disponibles y cualquier otro parámetro aplicable a tal efecto.”

Sin duda, las previsiones de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios no son solamente mas completas, sino que han sido técnicamente formuladas con la contribución, en su momento, de expertos, especialistas en avalúos rentales, este artículo no hace diferencias entre la forma de fijar valor rental a un inmueble de vivienda y uno comercial o de oficina, sin dejar de tomar en cuenta su uso; en contraste la nueva Ley de Vivienda y Hábitat, hace una enumeración escueta e imprecisa, que, como otros aspectos ya indicados en este mismo trabajo, son material apropiado para la casuística, desequilibrio entre partes, discrecionalidad funcional, improvisación e inequidad, en detrimento de la seguridad jurídica.

Por otra parte, al realizar avalúos rentales de inmuebles conforme a las directrices de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, se obtienen valores actualizados, técnicamente establecidos, enriquecidos por muchos factores pertinentes y necesarios para estos fines, como por ejemplo la comparación de los precios medios de mercado de inmuebles semejantes durante los últimos dos años.

En cambio establecer el valor de un inmueble con fines rentales de vivienda, tomando como datos determinantes solamente los pocos indicados por la nueva Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, es desconocer que existen otros factores de igual importancia y que las transacciones tienen una ponderación indispensable para el establecimiento de la rentabilidad, el uso, clases y calidad del inmueble también lo tienen, y que asimismo deben ser tenidos en cuenta y esta disposición los ignora, con lo cual el resultado final de un avalúo realizado con estos pocos datos no tendrá la seriedad técnica, la confiabilidad y certeza debidas. Avaluar viviendas con fines regulatorios del monto del alquiler con las pocas variables contenidas en el nuevo decreto ley, significa retroceder a valoraciones subjetivas sin anclaje técnico, con altos componentes discrecionales y de conveniencia momentánea, con la consecuente inseguridad para los ciudadanos afectados por ellas, tanto arrendadores como arrendatarios. La mayor incertidumbre se presenta si observamos que aparentemente los factores a tomarse en cuenta en el futuro para avaluar un inmueble con fines rentales, no podemos afirmar que sean solamente los señalados en la nueva Ley de Vivienda o además deben tomarse en cuenta los de la Ley de Arrendamientos que no está derogada explícita ni implícitamente.

g. El Decreto con rango de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda, en la parte final de este artículo 70 remite, en todo lo no previsto (se entiende que en lo relacionado con los arrendamientos de vivienda, aunque no queda claro si solamente en materia de avalúo de inmuebles habitacionales para la renta o en otros aspectos) a las “*disposiciones legales que regulen la materia de arrendamientos en general*”, lo cual es equívoco, ya que las normas generales sobre arrendamiento están contenidas en el Código Civil, y la normativa especial inquilinaria se encuentra en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios vigente desde 2000, por lo tanto no se sabe a cuál de ellas remite y en consecuencia no queda clara a cuál de esas legislaciones se refiere ni cual se aplicará preferentemente cuando se trate de arrendamientos de vivienda, puesto que si bien es cierto que la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios es ley especial, también lo es que este Decreto-Ley de Vivienda, también lo es pero solamente en cuanto al arrendamiento de las viviendas, pero como quedó dicho, hay nuevas normas que pueden complementarse con las ya existentes en la LAI y otras que en algunos casos podrían considerarse contradictorias.



### 1. *Estímulos al Arrendamiento de Viviendas*

El artículo 71 de esa misma ley o decreto ley, nos deja perplejos, ya que si por un lado la nueva ley pretende controlar estrictamente el arrendamiento de viviendas, fija factores para el establecimiento de los avalúos que darán base al cálculo de los alquileres, y anuncia prohibiciones, por el otro establece la posibilidad de incentivo “*tributario o de otra índole*” para promover el arrendamiento inmobiliario de viviendas. Pareciera que el alquiler es una contratación indeseable según los nuevos criterios que pretenden instaurarse con esta ley, es de su esencia la rentabilidad a cambio del uso de un bien y por tanto pareciera que es contrario al espíritu de los nuevos tiempos, y sin embargo, en un mudo reconocimiento a su necesidad como alternativa para suministrar vivienda a quienes no son propietarios, se prevé la posibilidad de brindar incentivos para motivar el arrendamiento de viviendas, pero no se precisan cuáles serán y esta decisión también se deja al arbitrio de futuras e inciertas resoluciones ministeriales.

Es bien sabido que la actividad económica fuertemente regulada y controlada, disminuye y hasta fenece en corto tiempo, y que no existe incentivo tributario ni de ningún otro tipo que sea capaz de estimularla. Esta es una situación ya conocida y vivida por largos años en nuestro país, y en particular en el ámbito inquilinario. Según investigaciones y cifras de la Cámara Inmobiliaria de Venezuela, la oferta de viviendas en alquiler se ha reducido en un 87% de finales del año 2002 hasta mediados del 2008, y ello sin que hubiera entrado en vigencia este nuevo Decreto Ley de Vivienda y Hábitat, sino por causas multifactoriales, entre las cuales se encuentran la congelación de los alquileres por mas de cinco años seguidos, durante los cuales la inflación ha afectado todos los bienes de consumo diario pauperizando a la población particularmente a la de menores recursos, la ineficiencia del Poder Judicial y su corrupción, las continuas amenazas y acciones oficiales contra la propiedad privada y en general un ambiente de falta de certeza jurídica sobre los derechos y deberes de todos, que ha generado desconfianza al punto que quienes han tenido inmuebles arrendados destinados a vivienda durante muchos años, han preferido venderlos.

Como se puede observar, estas dos disposiciones comentadas de la nueva Ley de Vivienda, modifican la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, al menos en lo que se refiere al alquiler de viviendas, no así en cuanto a los alquileres de locales comerciales, oficinas, y en general inmuebles destinados a otros fines.

### 2. *Solución de conflictos en sede administrativa*

Durante mas de cincuenta años, los arrendadores tuvieron que cumplir con el previo requisito de tramitar y obtener decisión administrativa, para los contratos de arrendamiento a plazo fijo, el de derecho de preferencia, y para los contratos a tiempo indeterminado, el de desalojo, para poder acceder a la justicia, para poder demandar ante los tribunales la desocupación del inmueble.

Tan indeseable, distorsionante e injusta situación que rigió durante toda la vigencia del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, fue felizmente superada con la promulgación de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, que puso a las partes en situación de igualdad, y de acceso expedito al procedimiento judicial. Ahora, resucita aquella situación con una nueva formulación.

El artículo 72 de la Ley de Vivienda confiere al Ministerio de Vivienda y Hábitat competencia para actuar como mediador o conciliador en los conflictos entre arrendadores e inquilinos de vivienda, en los términos siguientes:

“**Artículo 72.** El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat, a través de la dependencia creada a tal efecto, actuará como instancia mediadora o conciliadora, en los conflictos que se susciten entre arrendadores y arrendatarios de viviendas, sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes”.

En una primera aproximación, pareciera una previsión positiva, en la cual la máxima instancia del Ejecutivo en materia de vivienda se instaure como mediador en los conflictos que surjan entre partes, y seguidamente establece un procedimiento (Artículo 73) y unas sanciones a la inasistencia de las partes a las sesiones de conciliación, en el caso del solicitante, el desistimiento de la solicitud y en el caso de la parte requerida, como la aceptación de los hechos contenidos en la solicitud.

Se da el mismo valor a la inasistencia a la citación a una conciliación administrativa, o a una sola de las sesiones que se realicen de ella, que a los actos judiciales de la contestación de la demanda y de la reconvencción, con lo cual se impone a las partes una verdadera barrera insalvable para pasar a ejercer su derecho de petición ante el Poder Judicial. Así pues, mas adelante en el único aparte del artículo 74 dice textualmente:

“Agotado el procedimiento conciliatorio, las partes podrán acudir libremente ante los órganos jurisdiccionales competentes para hacer valer sus pretensiones.”

Queda así claramente fijado que el procedimiento administrativo conciliatorio, si bien podría considerarse una etapa previa y positiva en relación con el procedimiento judicial, también hay que tenerlo, al ser veladamente obligatorio, como un verdadero obstáculo para el acceso a la justicia.

La construcción del instituto conciliatorio administrativo, primero estipulado como voluntaria y beneficiosa, pero en la última parte del artículo 74, como un requisito indispensable para acudir a la instancia judicial, es un obstáculo mas para llegar a los tribunales y viene a constituirse en una verdadera obstrucción al ejercicio del derecho de acceso a la justicia. El éxito o fracaso de la conciliación dependerá de factores ajenos a las partes como por ejemplo: la celeridad con que el MINVIHAB cree las dependencias destinadas realizar esta función, la manera como sea tramitado, la celeridad e interés invertidos en el mecanismo, el entrenamiento que tengan los funcionarios encargados de realizar las conciliaciones, y después de ponderar estos y otros muchos factores podremos dar una valoración al preocupante reto que se nos plantea.

El déficit de vivienda en Venezuela crece cada año, sucesivos gobiernos han demostrado su incapacidad para solucionarlo y siquiera paliarlo, al arrendamiento siempre lo han visto como una explotación (aún en los gobiernos mas marcadamente neo liberales) del pobre que no tiene vivienda por parte del arrendador prepotente y poderoso; las legislaciones han protegido al arrendatario, aún cuando la mayor parte de los propietarios-arrendadores son personas tan indefensas y económicamente tan limitadas como sus inquilinos, se han trabado procesos judiciales de años para que una familia de pocos recursos rescate la vivienda que compró con esfuerzo de manos de otra familia que se aferra a esa vivienda porque no tiene otra alternativa decente para vivir. Hasta 1999 se han establecido toda clase de controles de precios, de renta, del avalúo, de la duración, de la terminación del contrato, de trámites administrativos, trabas, antejuicios, largos procedimientos judiciales de innumerables instancias, que por largas temporadas han dado vueltas en círculos sin ayudar en la resolución del problema de la vivienda, y nunca considerando que limitar el arriendo de vivienda es restar una valiosa alternativa de tener un techo para miles de familias, aun cuando ese techo se considere provisional, es uno que solventa la exigencia, necesidad y derecho de vivienda para muchos. El derecho a la vivienda ha sido visto como el derecho a ser dueño de la vivienda que se ocupa y esa es una forma limitada de abordar el problema que muy negativos resultados ha dado.

Ahora nuevamente, esta Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat impone una traba, un requisito, esta vez de carácter administrativo conciliatorio, a los arrendadores y arrendatarios, para acceder al procedimiento judicial y dilucidar con mediana objetividad e imparcialidad, sus derechos e intereses.

Puedo dar fe que en el anteproyecto de reforma de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios que se discute en la Mesa Técnica de la Sub comisión de vivienda de la Asamblea Nacional, en el procedimiento judicial se prevé una audiencia preliminar con un acto conciliatorio previo al enfrentamiento judicial de la partes, que es el ámbito adecuado para que este intento de conciliación de resultado; ahora, con la introducción de una instancia administrativa conciliatorio previa, carece de sentido que en el proceso judicial nuevamente se efectúe una audiencia de acercamiento entre las partes, que no haría otra cosa que retardar la solución sin ninguna posibilidad de éxito.

Haber modificado la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios a través de un Decreto Ley, sin comunicación ni conexión con el trabajo legislativo que se viene realizando, es altamente perjudicial y ha dado como resultado en todas las normas que afectan y modifican a la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, distorsiones importantes de su normativa, y ninguna de esas reformas tienen buen pronóstico, ya que están divorciadas de la discusión y el intercambio, fueron realizadas inconsultamente, modifican partes aisladas de una legislación como la inquilinaria que después de mas de cincuenta años de dispersión había logrado su unicidad, una jurisprudencia coherente, una interpretación bastante uniforme y un beneficio para todos los ciudadanos, arrendadores y arrendatarios que fundaba su confianza y estimuló la inversión en este ramo.

Ahora nuevamente, para conocer la legislación inquilinaria hay que consultar varios textos, la Ley de Arrendamientos, las Resoluciones de congelación de alquileres de vivienda, y la Ley Prestacional de Vivienda y Hábitat y las futuras resoluciones ministeriales que anuncia esta ley, sin ningún beneficio que pueda vislumbrarse de esa nueva separación normativa, además de las desventajas y deformaciones que en nuestra opinión se han introducido a esta legislación especial inquilinaria, mediante la inclusión de seis artículos sobre arrendamiento en una legislación cuyo objeto principal es otro, lo cual tendrá nefastas consecuencias en la materia inquilinaria en general y no solamente en la relativa a las viviendas, además de la evidente incertidumbre que crea el anuncio de la aplicación o concreción de una normativa vaga y genérica, mediante normas de rango sub legal como son las resoluciones ministeriales.



## *Nuevo Decreto Ley de Ley Orgánica del régimen prestacional de vivienda y hábitat*

Betty Andrade Rodríguez

*Abogado*

El pasado 31 de julio de 2008 se publicó en *Gaceta Oficial* el Decreto N° 6.072, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, por el cual se deroga el Decreto N° 5.770 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicado en *Gaceta Oficial* de la República N° 5.867 extraordinario, de fecha 28 de diciembre de 2007. Se introducen en el nuevo Decreto-Ley modificaciones al régimen prestacional de vivienda y hábitat.

En la misma fecha se publicó el Decreto N° 6.243, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en el cual se reiteró la naturaleza tributaria de todas las cotizaciones relacionadas con la seguridad social integral, salvo en el caso de los aportes al fondo de ahorro obligatorio del régimen prestacional de vivienda y hábitat, que se considera revisten la naturaleza de formas de ahorro especiales.

Según se dispone en el nuevo Decreto-Ley, la base de cálculo de las contribuciones al fondo de ahorro obligatorio para la vivienda estará constituida por el salario integral del trabajador.

Estas normas han sido utilizadas como base para negar la naturaleza tributaria de los aportes a la vivienda y hábitat y, asimismo, la aplicación del párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone que las contribuciones, tasas e impuestos a cargo de los patronos o trabajadores que tengan como base el salario, serán calculadas sobre el salario normal. Ésta en efecto ha sido la posición asumida por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat en las distintas fiscalizaciones que se han llevado a cabo incluso con anterioridad a la vigencia del Decreto-Ley de julio de 2008.

Ahora bien, en nuestra consideración existen razones jurídicas válidas para entender que, no obstante lo señalado en los Decretos-Leyes citados, la base de cálculo de los aportes a la vivienda y hábitat es el salario normal y no el salario integral, como se indica en estas normas.

En efecto, el primer término, cabe referirse a lo señalado en el artículo 86 de la Constitución, el cual prevé que las contribuciones a la vivienda forman parte de las contribuciones de seguridad social. También establece esta norma que el Estado tiene la obligación de asegurar el derecho a la seguridad social mediante *contribuciones* directas e indirectas, disponiendo expresamente que “*la ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección*”.

De esta disposición es posible destacar dos elementos:

i) Que las contribuciones de vivienda son parte de las cotizaciones o contribuciones de seguridad social –calificadas por el artículo 12 del Código Orgánico Tributario como tributos-, y

ii) Que la propia Constitución atribuye naturaleza tributaria a estas contribuciones ya que:

a) hace referencia al principio de capacidad contributiva como elemento esencial para exigir el pago de las contribuciones de los trabajadores, principio esencial, base y límite de la tributación, recogido en el artículo 317 de la Constitución,

b) califica expresamente a las cotizaciones de seguridad social como “contribuciones”, término que forma parte de la clasificación tripartita de los tributos, conforme a lo establecido en el Código Orgánico Tributario.

c) no condiciona la calificación de estas contribuciones al hecho de que las cotizaciones pasen a formar parte de los ingresos del Estado, sino que simplemente indica que los recursos financieros provenientes de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales por el Estado. Como puede apreciarse, la norma se refiere a la administración de los fondos y no a su titularidad.

Cabe destacar asimismo, que aun de entender que esta norma no atribuye naturaleza tributaria a estos aportes, expresamente dispone que están regidos por el principio de capacidad contributiva, en virtud de lo cual le serían aplicables a estas contribuciones los principios y delimitaciones de la capacidad contributiva establecidos por la Sala Constitucional en su decisión del pasado 27 de febrero de 2007.

En efecto, en la decisión indicada la Sala Constitucional interpretó el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, entrando a revisar la capacidad contributiva de los trabajadores. En este sentido, la Sala indica que la Ley de Impuesto sobre la Renta hasta la fecha tomaba como base de cálculo del tributo el salario integral, constituyendo un concepto amplísimo en los ingresos de trabajador *“gravando tan extensa base imponible que, en vez de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos”*.

Constata así la Sala la existencia de una elevada presión fiscal regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados, que contradice la protección especial que se reconoce al salario en el artículo 83 de la Constitución, *“en la medida que produce una merma en el valor del salario como instrumento de dignificación de la calidad de vida de la clase trabajadora”*.

De lo anterior, la Sala concluye que: *“es de la opinión que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte– sólo en el pago de impuestos”*. De esta forma –indica la Sala–, los tributos se adecuarían a las disposiciones constitucionales y a la letra del párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Como puede apreciarse, en la decisión comentada la Sala dispone expresamente que, en atención al principio de capacidad contributiva, la base de cálculo de las contribuciones a cargo de los trabajadores será el salario normal y no el salario integral. Esta decisión tendría carácter vinculante, en virtud de lo señalado en el artículo 335 de la Constitución.

Así, puede entenderse que la base de cálculo de los aportes a la vivienda estaría constituida por el salario normal, en virtud de que la propia Constitución los califica como tributo y, asimismo, los somete al principio de capacidad contributiva. En consecuencia, estos aportes quedarían regidos por el parágrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, tal y como lo establece la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional. Las disposiciones contenidas en los Decretos-Leyes en comentarios que niegan el carácter tributario de estas contribuciones y que establecen que su base de cálculo sería el salario integral serían inconsistentes, por contradecir lo expresamente señalado en el artículo 86 de la Constitución, así como en la decisión de la Sala Constitucional en comentarios.

Cabe señalar que el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario en decisión reciente del pasado 22 de mayo de 2008, caso *Clover Internacional, C.A.*, precisó que la base de cálculo de estas contribuciones sólo puede estar integrada por el salario normal, ello en aplicación tanto de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, como por lo señalado en el fallo de la Sala Constitucional del 27 de febrero de 2007.

Por último, queremos comentar en estas breves notas que la doctrina venezolana se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la calificación de las contribuciones a la vivienda como tributos, aun cuando reconoce la amplia discusión existente acerca de si estas contribuciones revisten o no naturaleza tributaria. *“Así, la mayoría las ubica en la categoría de las llamadas contribuciones especiales, dentro de la tríada tributaria clásica (impuestos, tasas y contribuciones especiales); otros no las consideran como tributos, sino como prestaciones patrimoniales obligatorias de carácter público; y otros señalan que, en numerosos casos, dichas exacciones podrían ser calificadas como tasas o directamente como impuestos, de acuerdo con sus características propias”*<sup>1</sup>.

Sin embargo, Ruan Santos destaca que la mayoría de la doctrina ha afirmado la naturaleza tributaria de este tipo de contribuciones, posición a la cual se adscribe: *“No es superfluo insistir en que las exacciones parafiscales, no obstante su atipicidad, deben ser encuadradas dentro de la categoría general de los tributos, a partir de la utilización de un concepto amplio de los mismos, referido a toda prestación real o detracción de riqueza, desprovista de carácter sancionatorio, establecida por el poder de imperio del Estado a cargo de los ciudadanos, con el objeto de satisfacer fines públicos, aunque el producto de la recaudación no ingrese al fisco o al patrimonio de algún organismo oficial, ni sea administrado por un ente público”*<sup>2</sup>.

Asimismo, la doctrina venezolana ha señalado que el hecho de que los aportes a la vivienda sean depositados en cuentas individuales de los trabajadores no desvirtúa el carácter tributario de estas contribuciones, dado que los trabajadores no tienen libre disponibilidad de dichas cuentas. En efecto, se indica al respecto: *“... el Estado exige a los patronos y sus trabajadores una prestación dineraria, para ser destinada a los fondos de desarrollo de vivienda. Ahora bien, aun cuando estos fondos son depositados en una cuenta a nombre de los trabajadores, éstos no tienen disponibilidad de los mismos sino en los casos previstos en la Ley, por lo cual, a nuestro entender los mismos constituyen recursos financieros destinados a coadyuvar a la obligación prestacional del Estado, prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de desarrollar la construcción y financiamiento de la*

---

1 Gabriel Ruan Santos. *El Impacto Institucional de las Exacciones Parafiscales*, Colección Jurídica Araque Reyna, Trabajo Monográfico 1, Ediciones Liber, Caracas 1998, p. 21.

2 Gabriel Ruan Santos. *Ob. Cit.* p. 24.

*vivienda, lo cual es claro que realiza en parte mediante la utilización de los aportes financieros que los empleadores y empleados realizan en virtud de la referida Ley*<sup>3</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia venezolana ha reconocido que estas contribuciones tienen naturaleza tributaria. Así, la Sala Político Administrativa en decisión del 26 de julio de 2006 en el caso *Inversiones Mukaren, C.A.* le atribuyó a estos aportes naturaleza tributaria, calificándolas como supuestos de “parafiscalidad social” que “*que es aquella que exige a los patronos y empleados el pago de ciertos aportes con el objeto de obtener un fin social, tales como asistencia médica, de previsión de riesgos de invalidez o vejez*”.

Más recientemente, la Sala Político Administrativa se pronunció en el caso *Festejos Mar, C.A.* el 18 de septiembre de 2008 a favor del carácter tributario de estas obligaciones, asemejándolas a aquellas debidas al Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE).

Asimismo, los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario han reconocido la naturaleza tributaria de estas contribuciones. Además del fallo antes citado de *Clover Internacional*, el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario, en decisión del 1° de agosto de 2006, caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, indicó que las contribuciones establecidas en la Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat califican como contribuciones especiales, resultándole aplicables las disposiciones del Código Orgánico Tributario.

De todo lo anterior podemos concluir que, tal y como lo establece la Constitución, las contribuciones de seguridad social, entre ellas las de vivienda, están regidas por el principio de capacidad contributiva. Ello implica, en consecuencia, que la Constitución estaría reconociendo la naturaleza tributaria de estas contribuciones y, a todo evento, la posibilidad de establecer limitaciones a su base de cálculo. En virtud del necesario respeto a la jerarquía de las normas constitucionales, cualquier disposición legal que contradiga aquéllas debe ser desaplicada a favor en estas últimas. En consecuencia, del análisis efectuado hasta aquí consideramos que las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y de la Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat que niegan naturaleza tributaria a los aportes a la vivienda y disponen que su base de cálculo es el salario integral podrían ser consideradas inconstitucionales, por atentar contra los artículos 86 y 317 de la Constitución e ir, asimismo, en contra de lo dispuesto expresamente por la Sala Constitucional.

## I. LA USUCAPIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA PROPIEDAD DE TERRENOS PÚBLICOS URBANOS, EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL DECRETO- LEY DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE 2008

### 1. *La realidad fáctica y jurídica en materia de viviendas en asentamientos urbanos populares*

Constituye un hecho evidente que buena parte de la población venezolana, en especial, la que ocupa centros urbanos, habita en lo que se conoce como “Barrios”<sup>4</sup>, caracterizados por

---

3 Jesús Sol Gil. “Naturaleza Jurídica de los Aportes al Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat, base de su cálculo y régimen sancionatorio”, en: *VIII Jornadas venezolanas de Derecho Tributario. Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales*, Obras Colectivas OC, Fondo Editorial AVDT, Caracas 2006, p. 515.

4 En Venezuela no se usa esta expresión en su acepción española que implica “las partes en que se dividen los pueblos grandes o sus distritos”, sino más bien con alguna de las acepciones de “Ba-



la construcción indiscriminada y desorganizada de obras o edificaciones que sirven de viviendas a sus ocupantes. Por lo general, estas barriadas han nacido de la ocupación fáctica o invasión de terrenos privados o públicos por parte de personas de escasos recursos, quienes construyen inicialmente edificaciones pequeñas, endebles y poco seguras, de rudimentaria ingeniería, con materiales inapropiados y carentes de servicios básicos, conocidas en nuestro país como “ranchos”<sup>5</sup>, pero que, con el transcurrir del tiempo y ante la inactividad opositora o excluyente del propietario del terreno y/o de las autoridades, van mejorando en su estructura arquitectónica, convirtiéndose en la mayoría de los casos, en construcciones sólidas que bien pueden recibir la denominación formal de “casas” e incluso de “edificios”, al tiempo que la zona en general se va dotando de servicios públicos básicos (agua, cloacas y servicio eléctrico) y de algún tipo de organización en cuanto a vialidad, aceras, caminerías, alumbrado, escaleras, comercios, centros educativos, etc., alcanzando la señalada denominación de barrio<sup>6</sup> o la contemporánea designación legal de “asentamiento urbano popular”<sup>7</sup>.

Estos habitantes, propietarios de las bienhechurías o edificaciones que constituyen sus viviendas, y por supuesto, detentadores materiales de los terrenos públicos o privados sobre los cuales se encuentran edificadas, además de sufrir las múltiples limitaciones y problemas propios de estos asentamientos populares, jurídicamente encuentran serias limitaciones e inconvenientes en relación a la titularidad de la propiedad de sus bienhechurías y respecto a la posibilidad de adquirir los terrenos respectivos, ello, a pesar de ser efectivamente los dueños de las edificaciones por haberlas construido o haberlas adquirido por negocios jurídicos válidos o *mortis causa*, y a pesar que, en la mayoría de los casos, han mantenido una evidente posesión legítima cuya data supera cualesquiera de los plazos legales necesarios y suficientes a los fines de la adquisición del derecho de propiedad por medio de la institución de la Usucapión o prescripción adquisitiva.

---

riada”, entendida como “Barrio marginal, generalmente de construcciones pobres y precarias”. Definiciones en: *Diccionario de la Real Academia Española* 1990.

- 5 El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (*G.O.* N° 36.845 de fecha 07 de diciembre de 1999), en su artículo 6° declara ilícito el arrendamiento de “ranchos” y los define como viviendas “construidas con materiales inadecuados o perecederos, tales como tablas, latas y cartones, que carecen de servicios de infraestructura primaria”.
- 6 “Los barrios, como ya hemos señalado, se caracterizan por la ilegalidad de su situación, pues no están construidos en terrenos urbanizados legalmente ni las viviendas tienen los permisos de construcción; los servicios se logran, cuando esto sucede, progresivamente y con posterioridad a la edificación y ocupación de las viviendas. Las viviendas en los barrios son generalmente de menor calidad en las construcción y muchas pueden clasificarse como ‘ranchos’, es decir, edificaciones con materiales precarios”. Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken, “Derecho y Propiedad de la Vivienda en los Barrios de Caracas”, Universidad Central de Venezuela, Fondo Cultura Económica. Caracas, 1979. p. 11.
- 7 Así se designan en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación de 2005 y en el Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación de 2008. Igualmente la Ley Especial de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares, los define en su artículo 2, como “un área geográfica determinada, habitada por la comunidad, conformada por viviendas que ocupan terrenos públicos o privados, identificado de forma integral e indivisible a partir de sus rasgos históricos, socioculturales, sus tradiciones y costumbres, aspectos económicos, físicos, geográficos, cuenten o no con servicios públicos básicos, así como el que no encontrándose en las condiciones antes descritas ameriten un tratamiento especial, siendo sus habitantes poseedores de la tierra y no se les ha reconocido su derecho a la propiedad”.

A modo de aclaratoria previa, debemos señalar que consideramos fundamental el respeto y la garantía del derecho a la Propiedad, previsto hoy en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En tal sentido, rechazamos y nos manifestamos completamente en desacuerdo con las invasiones y juzgamos como fundamental la necesaria actuación de la autoridad gubernamental a través de su función de policía y de resguardo del orden público para prevenir y rechazar efectivamente la toma violenta e injustificada de terrenos propiedad de los particulares o de los entes públicos, en especial, ante la obvia ineficacia que pueden tener las acciones jurisdiccionales –de pretensiones reivindicatorias, interdictales y hasta de amparo constitucional- que corresponden a los legítimos propietarios y/o poseedores para las defensas de sus derechos. Tales acciones y los trámites procedimentales respectivos, se constituyen en dificultosos, costosos y seguramente inejecutables, habida cuenta de la complejidad de accionar en sede judicial, en forma individual o colectiva contra decenas o cientos de invasores que, conforme a las reglas procesales deben ser individualizados, identificados, demandados y citados, para dar curso en derecho a una reclamación. Amén que, aún luego de un dilatado y costoso proceso judicial, que culmine con una sentencia favorable al propietario o poseedor legítimo del terreno, podría sobrevenir su inejecutabilidad, por no poder o querer el Juez o las autoridades llamadas a apoyarlo, proceder a la desocupación efectiva y material de los invasores a través del uso de la fuerza pública<sup>8</sup>.

Adicionalmente, juzgamos como insuficientes los intentos legislativos por prevenir las invasiones, pues a pesar de prohibirlas y declarar su ilicitud en la norma del artículo 155 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación de 2005, y aún cuando se han tipificado como delitos y sancionado con pena privativa de la libertad en la norma del artículo 471-A del Código Penal<sup>9</sup>, lo cierto es que no se ha creado ningún mecanismo procedimental eficaz para atacarlas de manera inmediata y que prevenga la consolidación de los invasores en arraigo con los terrenos invadidos, lo que adicionado a la evidente falta de voluntad política, ha contribuido en los últimos años a la proliferación de este tipo de actuaciones atentatorias contra el derecho de propiedad.

Abogamos pues, por la defensa y protección del natural y constitucional derecho de propiedad y con ello rechazamos frontalmente las invasiones. No obstante, en atención a los mismos principios que garantizan el derecho de propiedad, debemos atender a la circunstancia de que luego de cesada la violencia o clandestinidad que inicialmente pudieran rodear dichas invasiones, y con el transcurso del tiempo legalmente establecido, aquella posesión originalmente ilícita y de mala fe, puede devenir en legítima y con ello servir de instrumento para adquirir el mismo defendido derecho de propiedad, esta vez a favor de quien, por obra del instituto de la prescripción adquisitiva, alcanza de forma originaria el derecho de propiedad sobre el terreno, que con ánimo de dueño, ha venido inequívocamente poseyendo de manera continua, ininterrumpida, pacífica y pública.

---

8 Podemos citar como ejemplo extremo e inaceptable de esta situación de “inejecutabilidad”, decisión proferida en fecha 31 de mayo de 2007, por el Juzgado Superior Cuarto Agrario Regional del Estado Barinas (Exp. 2003-654), según la cual, se declaró “inejecutable” una sentencia definitiva de Amparo Constitucional dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, so pretexto de que en las oportunidades en que se intentó ejecutar el desalojo de los invasores, sucedieron circunstancias tales como: que el número de los invasores en calidad de manifestantes, superaba a la fuerza pública; que para al momento fijado por el Tribunal ejecutor no concurrieron funcionarios de la policía requeridos al efecto; y que, al no haberse podido ejecutar la decisión durante más de tres (3) años, la misma resulta ineluctable por haber cambiado la situación jurídica infringida. ([www.http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/801-31-2003-654-.html](http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/801-31-2003-654-.html))

9 Publicado en *G.O.* N° 5.768 Extraordinaria de fecha 13 de Abril del 2005.

Observamos también, que además de la invocada institución del derecho civil –usucapión- existen y deben existir iniciativas legislativas y ejecutivas, tendentes a la regularización de la tenencia y titularización de los terrenos urbanos en los cuales se han asentado enormes cantidades de personas, construyendo, ampliando y mejorando cada día esas viviendas y sedes de sus hogares. Todo, en acatamiento y consolidación del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que promueve nuestra carta fundamental, y sus valores de igualdad, solidaridad, responsabilidad social, preeminencia de los derechos humanos, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, y específicos derechos de propiedad y a una vivienda.

Según lo expuesto y conforme al ordenamiento jurídico vigente, los propietarios de construcciones y bienhechurías edificadas sobre suelo ajeno- público o privado- en los asentamientos urbanos populares, pueden acceder a la titularidad de la propiedad de la tierra sobre la cual están edificadas sus viviendas, a través de sendas fórmulas jurídicas: 1º) la usucapión o prescripción adquisitiva, manera originaria de adquirir la propiedad<sup>10</sup>, regulada principalmente por normas de derecho privado; y 2º) la adjudicación, modo de adquisición derivativo<sup>11</sup>, que se verifica a través de la cesión del derecho a título gratuito<sup>12</sup> por parte de los entes públicos, y consecuentemente regida por normas de derecho público.

Nos proponemos seguidamente, revisar esquemáticamente el marco jurídico que actualmente regula estas situaciones, con especial referencia al régimen de los terrenos públicos, en atención a los cambios instituidos por la Constitución de 1999<sup>13</sup> en materia de tierras baldías urbanas, las regulaciones contempladas en la Ley de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares<sup>14</sup>, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat del año 2005<sup>15</sup> y los cambios producidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2008<sup>16</sup>.

## II. LA USUCAPIÓN DE LOS TERRENOS OCUPADOS POR VIVIENDAS EN LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES

### 1. *Las normas y principios generales*

La prescripción adquisitiva se encuentra regulada por el Código Civil<sup>17</sup>, que la define como un modo de adquirir la propiedad u otros derechos, “*por el tiempo y bajo las demás*

10 “El modo originario se da cuando el titular adquiere el derecho independientemente de cualquier titularidad anterior” Luis Eduardo Aveledo Morasso. *Las cosas y el derecho de las cosas. Derecho Civil II*, Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2006, p. 168.

11 “El modo derivativo es cuando el derecho se establece a través de otra persona que los transfiere”. *Ibidem*, p. 168.

12 A pesar de la ambigüedad de algunas normas legales aplicables, consideramos que el espíritu imperante en la ley especial que rige la materia, conlleva a entender que la adjudicación de tierras públicas, debe realizarse de manera gratuita, según se desarrolla más adelante.

13 Reimpreso por error material del ente emisor en *G.O.* N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

14 Publicada en *G.O.* N° 38.480 del 17 de julio de 2006.

15 Publicada en *G.O.* N° 38.204 del 8 de junio de 2005.

16 Publicado en *G.O.* N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

17 Publicada su reforma en *G.O.* N° 2.990 de fecha 26 de julio de 1982.

*condiciones determinadas por la Ley*"<sup>18</sup>. Para la adquisición del derecho real de propiedad, el derecho común exige la posesión legítima del bien respectivo por el plazo de veinte (20) años<sup>19</sup>, en lo que se conoce como "prescripción ordinaria o ventenal". Igualmente, el legislador civil, reconoce la posibilidad de usucapión por un plazo más corto -10 años- a favor de los adquirentes de buena fe de un inmueble, a pesar de que su título pudiese o fuere declarado nulo por defectos de fondos<sup>20</sup>, siempre que hayan poseído por el señalado plazo, y cuenten con un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma, en lo que se conoce como "prescripción decenal o de buena fe". La nota común de ambos tipos de prescripción adquisitiva, viene representada por el mantenimiento de la posesión en el transcurso del tiempo respectivo y el ánimo de dueño – *animus rem sibi habendi*- con el cual se ejerce dicha posesión, requisito fundamental y constitutivo de la exigida posesión legítima, y que inequívocamente debe mantenerse, reforzándose y conformándose a través de la verificación de los elementos de publicidad, pacificidad, continuidad y no interrupción, exigidos por la definitoria norma legal del artículo 772 del Código Civil.

Consecuentemente, resulta jurídicamente factible que los otrora "invasores" de terrenos públicos o privados, constructores y/o ocupantes de viviendas en sectores urbanos populares, una vez cesada la violencia o clandestinidad –si hubieren existido inicialmente- con el transcurrir del tiempo legalmente necesario, y el ejercicio permanente de la referida posesión legítima<sup>21</sup>, pudieran obtener la titularidad del derecho de propiedad del suelo sobre el cual se encuentran edificadas sus bienhechurías e incluso sobre suelos no edificados, siempre que los mismos resulten delimitables y exista prueba de la efectiva posesión en exclusión de terceros (por ejemplo, terrazas, patios, jardines, etc.).

## 2. La Usucapión de terrenos privados

La usucapión de terrenos propiedad de terceras personas naturales o jurídicas, distintas de los entes públicos territoriales, se rige fundamentalmente por las señaladas normas del derecho común, y permiten a los constructores y/o habitantes de viviendas, adquirir originariamente el derecho de propiedad del suelo por vía de esta institución, pudiendo oponer dicha prescripción una vez consumada, como excepción o defensa en caso de ser atacados en sede judicial a través de pretensiones reivindicatorias incoadas por los titulares del derecho de propiedad sobre el terreno, ó exigir su reconocimiento por vía judicial, a los fines de obtener un título registrable y oponible *erga omnes*, por medio de la interposición y seguimiento de la pretensión declarativa de prescripción conforme al procedimiento especial –Juicio Declarativo de Prescripción- incluido legislativamente en nuestro ordenamiento jurídico en el Código de Procedimiento Civil de 1986<sup>22</sup>.

---

18 Art. 1.952 Código Civil.

19 Art. 1.977 Código Civil.

20 Se trata de un título que formalmente puede ser capaz de transmitir el dominio, pero que, sustancialmente no resulta suficiente para ello, siendo susceptible de anulación. Por ejemplo, por no tener el vendedor o transmisor a título particular la cualidad de propietario.

21 Cuya calificación, además goza de presunción legal *-iuris tantum-* conforme a la norma del artículo 773 del Código Civil que dispone "Se presume siempre que una persona posee por sí misma y a título de propiedad, cuando no se prueba que ha empezado a poseer en nombre de otra".

22 Publicada su última reforma en *G.O.* N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

Escapa de los objetivos del presente trabajo, la revisión pormenorizada de la institución en su aplicación entre particulares, bastando con remitirnos a los textos de derecho civil, pero advirtiendo sobre dos importantes y fundamentales cambios instituidos por la Ley Especial de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares:

En primer lugar, en el orden sustantivo, la ley en su artículo 50, en lo concerniente a la usucapión para la adquisición de la propiedad de tierras privadas en asentamientos urbanos populares, exige un lapso de posesión de diez (10) años, reduciendo el término ordinario de conformidad con el espíritu de la referida ley. Vale decir, aún cuando el ocupante no posea justo título, e incluso haya comenzado a poseer de mala fe (en conciencia de que el terreno no le pertenece), el tiempo necesario y suficiente para adquirir la propiedad se disminuye a diez (10) años. Destacamos que a pesar que dicha norma no lo exige expresamente, consideramos que a la posesión a que se refiere, debe ser “legítima”, en cuanto, conforme a las normas de derecho civil, ésta es la única capaz de conllevar a la prescripción.

Esta disposición, claramente colide con la del artículo 1.977 del Código Civil, en cuanto reduce ostensiblemente el lapso de prescripción ordinaria, sin embargo, tratándose de una norma sustantiva, contenida en ley posterior y “especial” en cuanto a la materia que regula<sup>23</sup>, consideramos que no existe duda sobre la vigencia y preferente aplicación del lapso de prescripción de 10 años en ella previsto, debiendo aclararse que dicha norma aplica exclusivamente para la usucapión de “tierras” que se encuentren dentro de las poligonales determinadas por las autoridades competentes como correspondientes a asentamientos urbanos populares en los términos de la ley especial, y en ningún caso para la prescripción de “edificaciones” o “construcciones”, por no estar éstas comprendidas dentro del supuesto de hecho de la norma<sup>24</sup>.

En segundo lugar, en materia procesal, la misma norma del artículo 50<sup>25</sup>, invocando la previsión del artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, la especialidad de la propia ley y su interés social, prevé que los juicios de usucapión que se verifiquen en razón de dicha ley, es decir, los que versen sobre la propiedad de terrenos en asentamientos urbanos populares, se harán de acuerdo con el procedimiento breve que se señala en el Título XII del Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

---

23 Conforme al postulado de la propia ley, en su artículo 1º, la misma tiene por objeto “ordenar y regularizar el proceso de la tenencia de la tierra, ocupada por la población en los asentamientos urbanos populares, y contribuir a la satisfacción progresiva del derecho a la vivienda y el hábitat, dando prioridad a la familia, especialmente a aquéllas en condición de vulnerabilidad social, y así consolidar los asentamientos urbanos populares ya existentes, de manera digna, equitativa y sostenible, mediante un proceso de cogestión integral con el Estado”

24 Así se ha declarado jurisdiccionalmente en sentencia de fecha 17 de septiembre de 2007 dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en la cual se negó la admisión de la demanda, declarando *in limine litis* la improponibilidad de la pretensión, con base en la improcedencia de la prescripción prevista en la ley especial, en relación a edificaciones o construcciones. (<http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/721-17-53.715.html>).

25 Artículo 50: “En lo concerniente a la usucapión para la adquisición de la propiedad de tierras privadas se fija un lapso de diez años de posesión, de conformidad con el espíritu de esta Ley. Por lo que respecta al procedimiento, se acoge a lo dispuesto en el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, dada la especialidad y el interés social de la misma”. En tal sentido, los juicios de usucapión que estén amparados por esta Ley se harán de acuerdo con el procedimiento breve que se señala en el Título XII del Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

La norma en comentario, resulta cuestionable por la implementación del trámite del juicio breve para el tratamiento de un tema tan complejo<sup>26</sup>, ello, a pesar de la existencia de un procedimiento especial previsto en el Código de Procedimiento Civil, que en nuestro criterio resulta más garantista de los derechos del propietario titular (demandado) y especialmente de los terceros que puedan ostentar derechos sobre el mismo terreno, quienes -conforme al procedimiento especial del código adjetivo- deberán ser llamados a la causa a través de “edictos publicados en dos periódicos de los de mayor circulación por lo menos durante sesenta días, dos veces por semana”<sup>27</sup>. Asimismo, debe tomarse en cuenta que la limitación de los lapsos y recursos en el juicio o procedimiento breve, pueden resultar insuficientes, ante las excesivas cargas probatorias y procesales que obrarían en contra del propietario de la tierra (demandado) o de los terceros interesados, habida cuenta de las noveles disposiciones de los artículos 21 y 22 de la misma ley especial, que respectivamente, establecen la presunción *–iuris tantum–* de posesión “*desde el inicio del asentamiento*”, y la **no interrupción de la prescripción** “*por el hecho de intentarse una acción administrativa o judicial contra la misma*”<sup>28</sup>.

Extrañamente, la ley especial nada indica sobre la prescripción de tierras públicas, por lo que cabría preguntarse, si se desconoce legalmente la posibilidad de tal prescripción, o si por el contrario, es decir, de aceptarse aunque no esté expresamente regulado en esta ley, podría aplicarse a dicha prescripción de tierras públicas, las normas legales sustantivas y procesales antes mencionadas. Sobre lo cual nos pronunciaremos seguidamente

### 3. *La Usucapión de bienes del dominio público*

Tanto las normas del derecho común –fuente directa del tema que abordamos- como las de derecho público, reconocen la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes pertenecientes a los entes públicos territoriales. En tal sentido, el artículo 1.960 del Código Civil dispone: “*El Estado por sus bienes patrimoniales, y todas las personas jurídicas, están sujetos a la prescripción, como los particulares*”. De su parte, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional<sup>29</sup>, prevé en su artículo 28 que “*La propiedad y derechos reales sobre los bienes nacionales pueden ser adquiridos por prescripción, salvo, por lo que respecta a los extranjeros, los situados en la zona de cincuenta kilómetros de ancho paralela a las costas fronterizas*”. La misma norma amplía o extiende, respecto de dichos bienes nacionales (pertenecientes a la República), el plazo para su prescripción, a veinte (20) años “*cuando existen justo título y buena fe*” y a cincuenta (50) años cuando sólo exista posesión legítima.

26 En la actualidad cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, demanda contentiva de acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la referida norma del artículo 50, incoada por los abogados Edgar Núñez Alcántara y Jorge Carlos Rodríguez en octubre de 2006, y admitida en fecha 13 de febrero de 2007 (Expediente N° 06-1584). En dicha demanda se denuncia que el artículo 50, referente al lapso y al procedimiento para declarar que un terreno privado ha dejado de serlo y que por lo tanto puede ser entregado a quienes lo venían ocupando ilegalmente, viola el debido proceso, los derechos a la defensa y a la propiedad.

27 Ex artículo 692 del Código de Procedimiento Civil en concordancia al artículo 231 *eiusdem*.

28 Consideramos que a pesar de la claridad de la disposición legal, la misma puede constituir letra muerta, pues aún cuando el legislador puede modificar la institución, eliminando las causales de interrupción, la naturaleza misma de la prescripción adquisitiva, implica la pérdida del derecho por la presentación formal y notificación o citación de acciones judiciales o administrativas contra el poseedor, toda vez que la existencia o pendencia de tales procedimientos, en si mismos, podrían implicar la eliminación del elemento de “*pacificidad*” que conforma uno de los requisitos de la posesión legítima, siendo que, pérdida ésta, por vía de consecuencia, también desaparecería el principal supuesto de hecho para que se consume la usucapión.

29 Publicada en *G.O.* N° 1.160 de fecha 21 de junio de 1974.

De la exégesis de la primera norma citada y su concordancia con la de los artículos 778 y 1.959 del mismo Código Civil, que disponen la ineficacia de la posesión sobre las cosas cuya propiedad no puede adquirirse y la imprescriptibilidad respecto de las cosas que no están en el comercio, la doctrina<sup>30</sup> ha concluido la posibilidad de prescripción de los bienes públicos “patrimoniales” o de “dominio privado”, y por su interpretación a *contrario sensu*, se ha negado tal posibilidad respecto de los bienes del “dominio público”, también llamados dominiales o demaniales, a los que se atribuye los caracteres de inalienables e imprescriptibles. Partiendo de la referida diferenciación, generalmente las discusiones se circunscriben a la determinación del carácter patrimonial o dominial del bien público de que se trate.

De esta tesis aparentemente mayoritaria, disiente Turuhpial Cariello<sup>31</sup>, quien concluye en la posibilidad de usucapión sobre los bienes del dominio público, para lo cual destaca que la norma del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional hace referencia a los bienes nacionales, sin excluir ni limitar a los demaniales, al tiempo que invoca la ya establecida y aceptada diferenciación entre inalienabilidad e imprescriptibilidad<sup>32</sup>, con lo cual rechaza que el carácter extra-comercio de los bienes demaniales prevista en el 543 del Código Civil, sirva como causa o fuente legal que justifique su supuesta imprescriptibilidad. Sin embargo nada expresa en relación a la antes aludida interpretación en contrario del artículo 1.960 del Código Civil, que exclusiva y expresamente declara la prescriptibilidad de los bienes públicos “patrimoniales”, sin incluir en su previsión a los del “dominio público”, expresamente distinguidos de aquellos por el artículo 539 del mismo código<sup>33</sup>.

También en la doctrina patria, el Profesor Lagrange<sup>34</sup>, citando a García De Enterría, destaca, “*la posibilidad de usucapir la propiedad de un bien de dominio público mediante una posesión que conduzca a la ‘desafectación tácita’ del mismo, al ser apartado el bien de su destino a un fin público por la actuación misma del particular que los destine a sus propios fines, a despecho del interés público*”.

- 
- 30 En tal sentido, entre otros: Gert, Kummerow, *Bienes y Derechos Reales*, Quinta Edición, Mc Graw Hill, Caracas, 2002; Luis Eduardo Avelledo Moraso, *Ob. Cit.*; José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo*, Parte General, 1ª Reimpresión, Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2008; Eloy Larres Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Décima Segunda Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, Caracas 2001; Édgar Darío Núñez Alcantara, *La Prescripción Adquisitiva de la Propiedad*, 2ª Edición, Vadel Hermanos Editores, Valencia 2006.
- 31 Hector Turuhpial Cariello, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2008, p. 395.
- 32 Para esta diferencia, excepcional trabajo: Enrique Lagrange, *Notas sobre Enajenación y Usucapción de Tierras Baldías*, Ediciones y Distribuciones Magon, Caracas.
- 33 Este mismo autor propone -erradamente en nuestro criterio- que conforme a dicha norma (1.960 CC) a los bienes del dominio privado de la República podría aplicarse el plazo ordinario de prescripción previsto en el Código Civil (10 y 20 años, según el tipo de prescripción de que se trate), “mientras que para los bienes demaniales se aplicarían los plazos especiales más largos previstos en el artículo 28” de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Conclusión que nos parece equívoca pues, si como lo señala el mismo autor, la norma del artículo 28 no distingue entre bienes demaniales y patrimoniales para establece el lapso de prescripción especial y más extenso aplicable a los bienes de la Nación, tampoco puede distinguirse entre estas dos categorías para aplicar el plazo allí previsto. En relación a la propuesta posibilidad de prescripción de los bienes demaniales, coincidimos en mucho con este autor, en los términos que se exponen seguidamente.
- 34 Enrique Lagrange, *Ob. Cit.* p. 247.

De su parte, Brewer Carías<sup>35</sup>, si bien coincide en la imprescriptibilidad de los bienes del dominio público, concluye que éstos:

“se califican como tales como por su afectación a un uso público o a un uso privado de un ente público o persona estatal (Art. 540 CC), y esa afectación es la que provoca la consecuencia fundamental de su calificación como tales bienes del dominio público, que es su inalienabilidad (Art.543 CC). Por su afectación al uso público o al uso privado de personas estatales, los bienes del dominio público pueden considerarse que están fuera del comercio, por lo que puede enajenarse y además, por ello, también serían imprescriptibles (Art. 1.959 CC), mientras dura tal afectación” (Subrayado nuestro).

En nuestro criterio, la prescriptibilidad o no de los bienes del dominio público, viene determinada por su naturaleza jurídica, que más allá de su consagración legal e incluso constitucional, resulta indesligable de su naturaleza material y teleológica. Veamos.

La norma del artículo 539 del Código Civil dispone: “Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado. Son bienes del dominio público: los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes (...)”. Así, el derecho común obsequia al derecho público (administrativo) la separación y delimitación original y positiva entre ambas categorías de bienes, enunciando algunos bienes como conformadores del referido dominio público a título de ejemplo, para la determinación por vía legal o incluso administrativa o judicial de otros bienes “semejantes” que conformen la misma categoría, resaltando del texto legal, por intermedio de dichos prototipos, el elemento de uso o utilidad pública que precisamente le diferencian de aquellos bienes que aunque propiedad del ente público, se consideran de su dominio privado.

Indiscutiblemente el estudio del dominio público corresponde al Derecho Administrativo<sup>36</sup>, quien ha desarrollado las teorías pertinentes, resultando relevante destacar que todas ellas coinciden y circundan en torno a la inicialmente mencionada naturaleza material y teleológica del bien, identificada con su utilización común o pública y/o su utilidad pública. Se entiende entonces, por dominio público, “*la categoría de bienes no pertenecientes individualmente a los administrados o particulares, destinada al uso público, directo o indirecto, y sometida a un régimen jurídico especial*”<sup>37</sup>

Para la teoría clásica, según la cual el Estado no ejerce sobre los bienes dominiales un derecho de propiedad por no estar presentes sus atributos de uso, goce y disposición, “*el carácter que convierte los bienes insusceptibles de propiedad privada puede tener dos orígenes: los que por su naturaleza física no son susceptibles de propiedad privada (ríos); y también aquellos que por destinación particular que les desnaturaliza y excluye de la apropiación (carreteras)*”<sup>38</sup>. Para la doctrina moderna, lo fundamental en la calificación del bien como de dominio público, está en el destino dado al bien, “Se consagra así la concepción objetiva de la institución; poder de regir y administrar los bienes que están destinados por las leyes al uso de todos y cuya propiedad no es de nadie”, con lo cual además no sólo compren-

35 Allan Brewer-Carías. *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 332.

36 Pero sustentado en el Derecho Común, en tanto, en materia de propiedad y prescripción las normas y principios de derecho administrativo, se constituyen en especiales pero no, en normas de excepción, según se verá infra.

37 José Araujo-Juárez, *Ob. Cit.* p. 726.

38 *Ibidem.* p. 728. Paréntesis de la cita.



de los bienes de uso directo del público o inmediato *–uti singuéis–* o uso general o directo de la población, sino que incluye, el uso indirecto o mediato *–uti universis–*, o utilización indirecta o mediata, *“a través de la afectación directa que se hace del bien –bien final o bien de uso– para la prestación de un servicio público, cuando dicho servicio es prestado directamente por el Estado”*<sup>39</sup>.

No nos corresponde aquí el estudio pormenorizado de la concepción de dominio público, ni mucho menos extendernos a la revisión de las teorías sobre servicios públicos que bien podrían incidir sobre la calificación dominial de los bienes asignados o utilizados en la prestación de dichos servicios. Empero, si dejamos establecido, que desde cualquier punto de vista, la dominialidad de los bienes, no se limita ni deriva de su sola calificación legal -elemento formal o normativo-, el cual podría ni siquiera existir<sup>40</sup>, sino que resulta inmanente a su verdadera afectación material al uso público directo o indirecto, sin lo cual el bien, no adquirirá sus exorbitantes atributos de inalienabilidad e imprescriptibilidad<sup>41</sup>. Cobra entonces fundamental relevancia, para el tema de la posibilidad de usucapión de los bienes demaniales, atender a los conceptos correlativos de afectación y desafectación, y en especial este último, en cuanto representa la posibilidad efectiva de que por ley, acto administrativo o por hecho de los particulares (ante la actuación omisiva, negligente o permisiva de la administración y del colectivo), el bien pierda su uso o utilidad pública, y en consecuencia se desprenda de las referidas características exorbitantes.

Se entiende por afectación *“el acto jurídico emanado del Estado o de las personas jurídico- públicas titulares del demanio, o de un hecho jurídico material, que le reconoce o le da a un bien o categoría de ellos un destino de uso público o de utilidad pública”*<sup>42</sup>, en correlación, *“la desafectación es la consecuencia fundamental de un acto jurídico o de un hecho jurídico en virtud del cual un bien o conjunto de ellos dejan de estar destinados a un uso público a la utilidad pública, e ingresan a la categoría de los bienes privados, sea de los bienes patrimoniales de la propia administración titular del dominio sobre el bien, sea de los particulares”*<sup>43</sup>. Asimismo, la doctrina administrativa, ya para mediados del siglo XX<sup>44</sup>, reconocía la posibilidad de desafectación tácita, es decir, sin mandato expreso legal o administrativo, producida precisamente por la pérdida de la aptitud o idoneidad para la utilidad pública<sup>45</sup>.

---

39 *Ibidem.* p. 734.

40 En la actualidad se concibe las posibilidades de afectación sin existencia de norma legal u acto expreso de la administración, en lo que se conoce como afectación tácita o implícita y afectación presunta. Entre otros: Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tercera Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2002, p. 527.

41 Miguel Marienhoff, citado por Araujo-Juares (*Ob. Cit.* p.738), enseña que: “no debe confundirse la asignación del carácter público a un bien, que sólo designa establecer que dicho bien tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público, de la afectación del mismo al dominio público, que significa que un bien declarado dominial queda efectivamente incorporado al uso o servicio público”.

42 Hector Turuhpial Cariello, *Ob. Cit.* p. 299.

43 *Ibidem.* p. 311.

44 Eduardo García De Enterría, *Dos Estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp. 124-125.

45 “Nunca un Derecho ha podido exigir el empleo de fórmulas sacramentales para entender cumplidos los presupuestos esenciales de la afectación o la desafectación, en consecuencia de lo cual ha

En nuestro ordenamiento y a despecho de quienes consideran que el régimen del dominio público es exclusivo del derecho público y más concretamente del Derecho administrativo, llegando incluso radicalmente a sostener que “*es totalmente de Derecho Público, y el Código Civil no se aplica ni siquiera a título supletorio*”<sup>46</sup>, la institución de la desafectación pertenece, cuando menos en su fuente formal, al derecho común y se encuentra positivizada en el artículo 541 del Código Civil, según el cual: “*Los terrenos de las fortificaciones o de las murallas de las plazas de guerra que no tengan ya ese destino, y todos los demás bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del dominio público al dominio privado*” (Subrayado y negritas nuestras). En palabras del maestro García De Enterría, “Una cosa en cuanto pierde la *publicatio* o afectación ingresa automáticamente en el patrimonio privado de la Administración y es susceptible, en consecuencia, de una comerciabilidad ordinaria, y por ende, de ser objeto de una prescripción en los términos comunes”.

Así, en nuestro criterio, el derecho común, regulador por antonomasia del instituto de la prescripción y de la separación de las categorías patrimoniales y demaniales de bienes públicos, cierra en impecable lógica jurídica y en perfecta hermenéutica el tema de la prescriptibilidad de los bienes del dominio público, con lo cual a pesar de que la correcta interpretación del artículo 1.960 del Código Civil, efectivamente implica su imprescriptibilidad, la norma del 541 *eiusdem*, prevé el cambio de su naturaleza jurídica, cuando los bienes han perdido su destino público, es decir cuando se ha producido su desafectación.

Insistimos con el maestro Lagrange:

No es cierto –según creemos haber demostrado–, ni siquiera respecto de los bienes del dominio público, que la inalienabilidad determine su inusucapibilidad, que ésta se derive de aquélla. En el caso de aquellos bienes, tanto la imposibilidad jurídica de enajenarlos como la de usucapirlos son consecuencias de la destinación de las cosas al cumplimiento de un fin público: duran tanto cuanto dura la correspondiente afectación y no más; no es que los bienes del dominio público sean inusucapibles por ser inalienables<sup>47</sup>.

Simplificando, podríamos resumirlo así:

Afectación = Dominio Público = Imprescriptibilidad;

Desafectación = Dominio Privado = Prescriptibilidad.

No obstante, debe advertirse que la complejidad deviene del establecimiento o determinación de la forma y el momento en la cual se verifica la desafectación y en consecuencia, desde cuándo se puede comenzar a ejercer posesión legítima con vocación prescriptiva. La problemática no resulta nada sencilla, y ya fue abordada por el maestro García De Enterría<sup>48</sup>, en trabajo sobre el tema, en el cual precisamente se plantea “*el supuesto de una posesión abusiva que comience por apartar la cosa del uso común, haciéndola apta, por consiguiente,*

---

debido remitir en mayor o menor medida su cumplimiento a la interpretación de los *facta concludentia*” *Ibidem*, p. 116.

46 Ana María Ruggeri; citada por Araujo-Suárez, *Ob. Cit.* p. 727. En similar posición el propio Araujo-Suárez, aunque posteriormente reconoce la génesis del tema en el Derecho civil (*Ob. Cit.* p. 730); y Allan Brewer-Carías, citado por Hector Turuhpial Cariello, (*Ob. Cit.* p. 295).

47 Enrique Lagrange, *Ob. Cit.* p. 245.

48 Eduardo García De Enterría, *Ob. Cit.*

para el ejercicio de un señorío individual”, preguntándose entonces: “¿Equivale esto sin más a una desafectación y juega por tanto, a continuación la regla general de prescriptibilidad de las cosas patrimoniales?”<sup>49</sup>.

Es en esta parte del problema, en donde existen pocas explicaciones de la doctrina, por lo que consideramos que lo atinado es atender a la posibilidad o no de desafectación tácita, general pero tímidamente aceptada, incluso por quienes propugnan por la posibilidad de prescripción de los bienes demaniales, y al obtener una respuesta afirmativa, concluir que tan pronto como se individualice la posesión del bien en cabeza de un particular, de manera que se excluya inequívocamente la posesión o utilización pública, o del ente público administrador o prestador del servicio, se está verificando –como ocurre en el derecho privado– un acto capaz de dar inicio al plazo de prescripción, generándose paralelamente lo que podríamos denominar el “inicio” de la desafectación. En palabras de García De Enterría: “*Quiere decir que el efecto ‘desafectación tácita’ no podría producirse de suyo aisladamente, sino que su calificación procederá sólo una vez que el efecto ‘usucapión’ haya sido a su vez consumado*”<sup>50</sup>. Así el autor concluye en la posibilidad de prescripción-desafectación de los bienes del dominio público, y de *lege ferenda*, considera la necesidad de un lapso de prescripción más largo que el derecho civil, proponiendo el de sesenta (60) años, el cual por cierto, resultaría bastante similar a la *prescriptio longissime temporis* -50 años- adoptada por nuestro ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

De su parte Santamaria Pastor, conforme al derecho español, en atención a una norma reglamentaria que establece un plazo de 25 años para la afectación “presunta” de los bienes de los particulares adscritos a un servicio público, concluye, aunque dejando claro la falta de regulación legal, que también podría aplicarse la “desafectación presunta”, cuando “*un bien demanial hubiera dejado de estar utilizado, de hecho, durante más de veinticinco años, al fin de uso o servicio público que justificó su afectación*”<sup>51</sup>. Ahora bien, no existiendo un lapso expreso que determine el tiempo que debe transcurrir para concluir que la desincorporación del bien a su uso o finalidad pública se constituya en desafectación, nuevamente debemos coincidir con García De Enterría, en que la única fórmula jurídica aceptable, es que paralelamente corren, la desafectación y la prescripción, circunscribiéndose en cuanto a plazos, al que ésta última tenga legalmente establecido, que como se ha dicho por tratarse de bienes dominiales, deberían ser más amplios, precisamente en protección de la naturaleza e importancia pública inicialmente atribuida al bien, y en especial protección del patrimonio público.

Dentro de este contexto de concurrencia de eventos fácticos, por supuesto debe tenerse en consideración la posibilidad y exigencia –legal– de actuación de la administración, pues la situación de terminación de la utilidad pública o la exclusión del uso colectivo, conjuntamente a la detentación por el particular, darán lugar desde luego a los mecanismos legales para su protección, los cuales no se limitan a los que corresponderían a los particulares (acciones interdictales y reivindicatorias), sino que –por tratarse de un bien del dominio público, aún no desafectado– puede dar lugar a actos de policía que la administración puede y debe ejercer para defender dichos bienes, como manifestación típica del régimen jurídico exorbitante por el cual se rigen esta categoría de bienes, respondiendo al principio de la recuperabilidad de oficio de los bienes del dominio público.

---

49 *Ibidem.* p. 121.

50 *Ibidem.* p. 128.

51 Juan Alfonso Santamaria Pastor, *Ob. Cit.* p. 529.

Al igual que ocurre en el derecho civil, no toda desposesión da lugar a posesión legítima, por lo que deben atenderse a la existencia o no de los requisitos que la conforman y su permanencia en el tiempo exigido por la ley, por lo cual vale aquí recordar algunas normas o cuando menos algunos principios del derecho común que rigen la materia de prescripción, y que entendemos perfectamente aplicables al tema que nos ocupa:

1° El “hecho” de que las cosas que están efectivamente en el uso público no son susceptibles de posesión individual, lo que las convierte en imprescriptibles<sup>52</sup>, no por disposición de la ley, ni por estar fuera del comercio, sino por la circunstancia que la posesión individual y excluyente es requisito para la existencia de la posesión legítima, sin la cual no puede alcanzarse la prescripción;

2° La sola circunstancia de que cese la utilidad o el uso público del bien, puede implicar su desafectación y traslado al dominio privado, pero no implica *per se*, la pérdida o extinción del derecho de propiedad sobre el bien por parte del ente público titular, lo cual sólo ocurriría cuando paralelamente se consume la prescripción a favor de un particular.

3° Conforme a las normas de los artículos 1.961 y 1.963 del Código Civil, se ha negado la posibilidad de prescripción entre comuneros, por considerarse que puede existir equívocidad en el ánimo con que se posee, salvo que se produzca la interversión del título, por medio de actos que claramente demuestren que el comunero posee sólo para sí, en exclusión de los otros comuneros. *Mutatis mutandi*, mientras una persona usa de los bienes destinados al dominio público, en igualdad de condiciones que los demás particulares, o aún cuando la utilice privativamente pero por medio de una concesión o autorización, no podría alegar y probar el *animus domini* necesario para prescribir, empero, si se alza inequívocamente en desconocimiento de la autoridad y/o en exclusión de los otros particulares con derecho al uso del bien o al disfrute de la utilidad pública de que se trate, entonces comenzaría la desafectación del bien, que posteriormente podría transformarse en prescripción.

4° El abandono de la posesión por parte del “invasor” por cualquier causa, o la retoma de posesión del mismo bien por parte de la autoridad o de otros particulares, implica la pérdida de los requisitos de continuidad y no interrupción, afectando la posesión legítima.

5° Mientras exista oposición, controversia, conflictos, quejas, manifestaciones, etc., por parte de la comunidad afectada, de otros particulares usuarios del bien o beneficiarios de los servicios, y/o actuaciones de las autoridades competentes, la posesión no alcanzará la calificación de “pacífica”, exigida para ser determinada como legítima. Al tiempo que la norma del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional dispone. “*La prescripción se interrumpe con el requerimiento de cualquier autoridad*”.

6° La posesión útil para prescribir debe ejercerse públicamente –notoriamente-, es decir frente a las autoridades y frente a los demás particulares, sin que puedan servir de sustento para la posesión legítima, “*los actos violentos ni los clandestinos; sin embargo, ella puede comenzar cuando ha cesado la violencia o la clandestinidad*”<sup>53</sup>. Tampoco sirven de fundamento para la adquisición de posesión legítima, los actos meramente facultativos ni los de simple tolerancia. Como ocurría con los actos autorizatorios o la simple negligencia de la autoridad en permitir que indigentes o buhoneros<sup>54</sup> ocupen temporalmente las calles.

---

52 Eduardo García De Enterría, *Ob. Cit.* p. 120.

53 Art. 777 Código Civil.

54 Denominación popular que se asigna a los también llamados “trabajadores de la economía informal”, aunque este término es más amplio, constituyen el género y aquél la especie.

En conclusión, atendiendo a las previsiones del derecho común y las citadas teorías administrativas que estudian los bienes demaniales, consideramos que resulta factible tanto la prescripción de los bienes del dominio público como la de los bienes patrimoniales, pertenecientes a los entes públicos territoriales.

#### 4. *La usucapión de tierras públicas urbanas en la Constitución de 1999*

Antes de la vigencia de la Constitución de 1999, el tratamiento del tema de la usucapión de las tierras públicas urbanas sobre las cuales están asentados los barrios, podía resultar relativamente sencillo, en especial si se atiende a la circunstancia de que la mayoría de las construcciones se verifican en terrenos que no aparecen inscritos en los registros subalternos –hoy inmobiliarios- y en consecuencia su titularidad no puede atribuirse a ninguna persona, por lo que se ajustarían a la categoría de “tierras baldías”, consideradas como de dominio privado o patrimonial de la República, y en consecuencia usucapibles, conforme a las normas y principios antes expuestos<sup>55</sup>.

Por mandato del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, se consideraban bienes nacionales “*Los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio de la República y que no tengan dueño*”. De su parte el artículo 542 del Código Civil, establece, “*Todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la Nación, si su ubicación fuere en el Distrito Federal o en Territorios o Dependencias Federales, y al dominio privado de los Estados si fuere en éstos*”. Mientras que conforme al artículo 1° de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936<sup>56</sup>, se consideran “*...baldíos todos los terrenos que, estando dentro de los límites de la República, no sean ejidos ni propiedad particular ni pertenezcan legítimamente a corporaciones o personas jurídicas*”. De manera que, tratándose de la ocupación o invasión de tierras generalmente ociosas y cuya propiedad registralmente no estaba atribuida a otra persona, resulta obvio que se trata de bienes nacionales patrimoniales y no de bienes demaniales, que incluso son atribuidos al patrimonio o titularidad pública nacional –si se quiere- por residualidad<sup>57</sup>. En consecuencia se puede reafirmar que dichos terrenos resultan susceptibles de usucapión por los particulares, por supuesto, conforme a los plazos - *longissime temporis*- previstos en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, instituyó un importantísimo cambio en esta materia, toda vez que en su artículo 181, dispone: “*Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana.*” (Subrayado nuestro). Con esta disposición el constituyente, transformó los otrora terrenos baldíos ubicados en áreas urbanas, en terrenos “ejidos”, bienes que por mandato de la misma norma constitucional tienen atribuida las características demaniales de “inalienables e

55 Aún cuando en algún momento se consideró a los Baldíos como imprescriptibles, luego del trabajo del profesor Lagrange, tantas veces citado y de sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del año 1986, se ha aceptado pacíficamente su prescriptibilidad. En tal sentido Brewer-Carías señala: “... las tierras baldías siempre fueron consideradas como bienes patrimoniales o del dominio privado de los Estados, susceptibles por tanto de enajenación y, en general, también susceptibles de ser adquiridos por prescripción con diversas excepciones”. Allan Brewer-Carías, *Ob. Cit.* p. 328.

56 Publicada en *G.O.* del 03 de septiembre de 1936.

57 Aunque las razones históricas y de soberanía nacional justifiquen tal atribución.

imprescriptibles”<sup>58</sup>. Nos enfrentamos así una previsión constitucional de obvia trascendencia jurídica, pues ahora, han sido calificadas constitucionalmente como “ejidos” las tierras urbanas cuya titularidad no esté registralmente atribuida a favor de un particular o de un ente público. Siendo objeto de una declaratoria general como bienes del dominio público, adquiriendo a partir del 30 de diciembre de 1999, la categoría de bienes inalienables e imprescriptibles. Entonces, para determinar la prescriptibilidad de los terrenos –ahora ejidos– que desde hace muchos años se encuentra ocupados por habitantes de los barrios, consideramos que debe atenderse a los distintos momentos y circunstancias jurídicas que de seguidas se analizan.

A. *Prescripciones consumadas antes del 30 de diciembre de 1999*

No guardamos ninguna duda respecto de la validez y posibilidad de declaración judicial de las prescripciones adquisitivas consumadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución, pues hasta ese entonces, los bienes en referencia debían considerarse como baldíos, y en consecuencia, quienes los hubieren poseído a título de dueño y con los demás elementos característicos de la posesión legítima, por el plazo de 50 años o de 20 años si se trata de posesión de buena fe amparada en justo título, ya habrían “consumado” la adquisición de la propiedad, indistintamente que dicha usucapación no se hubiere declarado judicialmente. La usucapación se verifica por el transcurso del plazo establecido, y por ello, el juicio de prescripción contiene una pretensión “declarativa” y no constitutiva, limitándose al reconocimiento jurisdiccionales de la prescripción previamente consumada por haberse cumplido el plazo previsto en la ley, contado desde el momento en que el poseedor comenzó a poseer con *animus domini*, en forma pública y pacífica. La sentencia de prescripción declara y reconoce la propiedad ya adquirida por el otrora poseedor legítimo, ahora dueño.

Por otra parte, la misma norma constitucional, deja a salvo los “*legítimos derechos de terceros*”, con lo cual se entiende que deben respetarse los derechos legalmente adquiridos, entre ellos por supuesto el derecho de propiedad previamente constituido *ope lege* a causa de la usucapación, aunque ésta no se hubiere declarado previamente<sup>59</sup>.

---

58 Artículo 181. Los ejidos son inalienables e imprescriptibles. Sólo podrán enajenarse previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen, conforme a esta Constitución y la legislación que se dicte para desarrollar sus principios. Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana. Quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas. La ley establecerá la conversión en ejidos de otras tierras públicas.

59 “las prescripciones consumadas a favor de poseedores legítimos de baldíos urbanos en un período de tiempo que no exceda del 30 de diciembre de 1999, son plenamente válidas”. Héctor turuhpial carriello, *Ob. cit.* p. 231. En igual sentido, pero refiriéndose a la imprescriptibilidad de los baldíos rurales prevista en la Ley de Tierras y desarrollo Agrario, se ha dicho: “Esta nueva condición de imprescriptibles de los terrenos baldíos rurales no tiene efecto retroactivo, y en consecuencia quien haya adquirido terrenos baldíos rurales por prescripción adquisitiva, en lapsos efectivos hasta el día 9 de diciembre de 2001, puede intentar –en tiempos actuales– la acción de prescripción adquisitiva con fundamento a que el derecho prescriptivo ingresó a su patrimonio jurídico en una fecha donde (*sic*) en la cual era posible prescribir tales terrenos baldío”. Edgar Dario Núñez Alcantra, *Ob. Cit.* p. 107. “Tal regulación, como es obvio, no se puede aplicar respecto de las tierras que habiendo podido haber sido en el pasado tierras baldías, hubieran dejado de serlo antes de la entrada en vigencia de la Ley por haber sido adquirido por personas jurídicas mediante cualquiera de

B. *Situaciones creadas a partir de la entrada en vigencia de la Constitución*

Respecto de la posesión y ocupación de terrenos urbanos, ahora convertidos en ejidos, cuyos poseedores para el 30 de diciembre de 1999 no hubieren alcanzado el tiempo suficiente para prescribir, y/o aquellos ocupados o que se ocupen luego de la referida puesta en vigencia de la Constitución, pueden adoptarse dos distintas posiciones y soluciones jurídicas; la primera representada por la simple y literal interpretación del texto constitucional, que culminaría con la contundente negativa de posibilidad de prescripción, y otra, que recogiendo los análisis precedentemente expuestos, concluya en la revisión fáctica de cada caso concreto, para verificar si efectivamente se está o no en presencia de un bien demanial, que goza del referido carácter exorbitante.

Obviamente nos asimos a la segunda postura, no sin prevenir la férrea oposición que seguramente se sustentará en la primacía constitucional, que en nuestro criterio para nada se ve afectada por esta posición, en tanto que las normas constitucionales también están hechas para ser interpretadas conforme a los principios generales de las instituciones que regulan y más aún, conforme a la naturaleza real o material de las situaciones sobre las cuales deben aplicarse.

La Constitución como cualquier texto legal, puede declarar la imprescriptibilidad de alguna categoría de bienes por considerarlos del dominio público, tal como es el caso de los terrenos ejidos, que por su naturaleza de bienes “comunales”, históricamente han revestido la característica de imprescriptibles, incluso desde antes del nacimiento de la República.<sup>60</sup> Sin embargo, como hemos expuesto precedentemente, la naturaleza demanial del bien no proviene de su designación legal, sino de su efectiva afectación al dominio público a través del uso público o de utilidad pública que se le asigne, en lo cual coinciden los autores antes citados, por lo que a nuestro entender, tal designación legal lo que da al bien es “vocación dominial”, alcanzando tal carácter de dominio público cuando se verifiquen los otros requisitos de la afectación, en especial el referido a su elemento objetivo o teleológico, según hemos analizado *supra*. “No debe confundirse la asignación del carácter público a un bien, que sólo designa establecer que dicho bien tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público, de la afectación del mismo al dominio público, que significa que un bien declarado dominial queda efectivamente incorporado al uso o servicio público”.<sup>61</sup> Premisas lógicas, que en nada pueden ni deben cambiar, por el hecho de que la calificación jurídica la realice el constituyente o el legislador.

Consideramos relevante destacar que precisamente García De Enterría, comienza la obra tantas veces citada sobre la usucapción de bienes demaniales, partiendo de la observación crítica de la tendencia administrativista de imponer por vía legislativa la configuración de propiedades como pertenecientes al dominio público y disponer expresamente su imprescriptibilidad, formulando el maestro *ab initio*, serias dudas sobre la posibilidad de imponer prácticamente, e incluso instrumentar técnicamente, la imprescriptibilidad como una cualidad propia de una cosa. Como se ha expuesto, dicho autor concluye atendiendo a la afectación y desafectación del bien, como presupuestos para determinar su usucapibilidad.

---

los modos de adquirir la propiedad regulados en el Código Civil o en la Ley, incluso prescripción”. Allan Brewer-Carías, *Ob. Cit.* p. 328.

60 Para el tema: Hector, Turuhpial Cariello, *Ob. Cit.*

61 Miguel, Marienhoff, citado por Araujo-Juares (*Ob. Cit.* p. 738).

La Constitución aunque suprema, es ley al fin, y como tal, no es suficiente para modificar la realidad material, constituida en nuestro caso por la circunstancia que los terrenos urbanos ahora calificados como ejidos, en su mayoría se encuentran ocupados por legítimos poseedores, en evidente exclusión de cualquier otra posesión particular y aún más, en oposición e impedimento de cualquier forma de uso o utilidad pública, por lo que más allá de la vocación o calidad dominial, aquellos bienes en posesión efectiva de terceros no alcanzan -ni han tenido nunca- la categoría de bienes demaniales, siendo susceptibles de posesión legítima por los particulares como en efecto ocurre en la realidad. Más aún, en tales supuestos ni siquiera puede hablarse de desafectación, pues mal podría desafectarse lo que nunca ha sido afectado a la utilidad o uso público. No se trata de desatender el texto constitucional, se trata de establecer el alcance exacto de la norma que se analiza, que en este caso, sólo puede circunscribirse -como se ha dicho- ha establecer la vocación o la calidad dominial del bien, pero sin que puedan extenderse sus efectos de imprescriptibilidad, por no encontrarse dicho bien objetiva y materialmente afectado a un uso o destino público.

Por último, sin pretender oponer un texto legal a la norma constitucional, debemos referir que la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitat de 2005, expresamente reconocía a los propietarios de bienhechurías en asentamientos urbanos populares, el derecho de adquirir sin costo alguno el derecho de propiedad de los terrenos ocupados, incluido los ejidos, siempre que concurren los requisitos de posesión legítima por el plazo de 20 años. Con lo cual, la propia ley -hoy modificada- reconocía la realidad material y jurídica delatada.

### III. LA ADJUDICACIÓN DE TIERRAS URBANAS

Otro mecanismo legal para la adquisición de los terrenos urbanos por parte de los constructores u ocupantes de viviendas edificadas en los barrios urbanos, lo constituye la Adjudicación de dicho derecho de propiedad a través de cesión gratuita por parte del ente público territorial correspondiente. Con antecedentes inmediatos en la citada Ley de Tierras Baldías y Ejidos, la adjudicación se constituye en un mecanismo legal de eminente carácter social, a través del cual el estado cumple con el reconocimiento de la realidad de los asentamientos urbanos populares y regulariza la titularidad de la tenencia de la tierra en reconocimiento precisamente de la posesión *animus domini* ejercida y atendiendo a las garantías constitucionales de seguridad jurídica, derecho de propiedad y derecho de vivienda. Por tal carácter social, la adjudicación debe ser un mecanismo más económico y ágil que los procesos judiciales de prescripción, que en esencia resultan más costosos y hasta inaccesibles para personas de escasos recursos. Observemos las tres (3) etapas en que se ha desenvuelto este derecho, durante la vigencia de la Constitución de 1999.

#### 1. *Primera Etapa. Consagración absoluta del derecho.*

Precedida de un decreto presidencial del año 2002<sup>62</sup>, en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2005, se incluyeron dos normas sustantivas que reconocían como “derecho” la adjudicación de la propiedad de los terrenos urbanos. Tales normas disponían:

“*Artículo 153.* De la accesibilidad a créditos y préstamos nacionales e internacionales. El Estado establecerá un sistema para garantizar a los habitantes de asentamientos humanos populares la accesibilidad a los beneficios de los créditos y préstamos nacionales e internacionales para financiar políticas, programas, planes, proyectos y acciones en el área de vivienda y hábitat, al cual se integrarán los siguientes elementos:

---

62 Publicado en G.O. N° 37.378 de fecha 4 de febrero de 2002.



1. El derecho real de propiedad o enfiteusis a perpetuidad que dispongan los particulares sobre terrenos aptos para el desarrollo de la vivienda y el hábitat; que conforme a lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento, se otorgue a los particulares sobre terrenos en los cuales habiten y cuya propiedad sea de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, de los municipios o de cualquiera de sus entes descentralizados funcionalmente, o que fueren tierras baldías, ejidos u otros bienes del dominio público, excepto sobre aquellos terrenos de afectación ambiental, inestabilidad geomorfológica o que fueren de carácter estratégico para la Nación.
2. El derecho real de propiedad que tengan los particulares sobre las bienhechurías construidas, previo avalúo realizado por el ente con competencia, sobre tierras de su propiedad o de las cuales sean poseedores de buena fe, sean públicas o privadas, el cual deberá formalizarse mediante la inscripción del correspondiente Título Supletorio ante el Registro Subalterno correspondiente a la ubicación del inmueble de conformidad con la ley.
3. El derecho de las personas que se encuentren en el supuesto señalado en el numeral anterior a adquirir sin costo alguno la propiedad de los terrenos, aún aquellos de origen privado, sobre los cuales tengan bienhechurías, siempre y cuando, sean poseedores legítimos del derecho correspondiente unido al transcurso del tiempo de veinte años habitando el mismo, a menos que este lapso de prescripción haya sido interrumpido conforme a las disposiciones establecidas en el Código Civil. (...)” (Negritas y subrayado nuestro).

“**Artículo 154.** Concesión en propiedad real o enfiteusis a perpetuidad de terrenos, bienes inmuebles, ejidos, tierras baldías o bienes de dominio público. Con el objeto de facilitar el financiamiento necesario para la adquisición, construcción, liberación de hipoteca, sustitución, restitución, reparación, remodelación, servicios básicos esenciales, urbanismo y habitabilidad de sus viviendas, la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios y sus entes descentralizados funcionalmente, concederán en propiedad o enfiteusis a perpetuidad, mediante contrato inscrito en el Registro Subalterno correspondiente, sus terrenos, bienes inmuebles, ejidos, tierras baldías o bienes del dominio público, sobre los cuales los particulares habiten a la entrada en vigencia de la presente Ley, en los términos y condiciones que señale el Reglamento de esta Ley, siempre y cuando se demuestre la posesión legítima y que no exista proceso de litigio”. (Negritas y subrayado nuestro).

Como se observa, la normativa legal creó efectivos derechos exigibles a los entes públicos territoriales, quienes en su condición de sujetos pasivos de la relación jurídica dimanada de las referidas normas, estarían “obligados” al reconocimiento del derecho de propiedad o traslación gratuita de los terrenos públicos, incluidos los del dominio público, a favor de los habitantes y poseedores de bienhechurías, exigiendo fundamentalmente el requisito de la posesión legítima. Aún cuando la norma del artículo 154, remite para su ejecución a “*los términos y condiciones que señale el Reglamento*”, la falta de éste, no desdice de la existencia efectiva del derecho legalmente consagrado y reconocido, máxime que por mandato constitucional no podría el reglamento imponer condiciones que desvirtúen el espíritu, propósito y razón de la ley, que no es otro que el reconocimiento del derecho de propiedad, sobre las tierras urbanas en cuestión.

No obstante la contundencia del mandato legal citado, entendemos que no se dictó el respectivo reglamento, sino que, se produjo una nueva ley, que por su contenido resulta especial en la materia que regula, específicamente la Ley de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares, en vigencia desde 17 de julio de 2006, en la cual se pretende precisamente la regularización, establecimiento y reglamentación del proceso de adjudicaciones<sup>63</sup>.

---

63 Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto ordenar y regularizar el proceso de la tenencia de la tierra, ocupada por la población en los asentamientos urbanos populares, y contribuir a la sa-

## 2. Segunda Etapa. Enrevesamiento del derecho de adjudicación

No corresponde aquí el análisis pormenorizado de la mencionada ley especial, pero si juzgamos pertinente resaltar que en general contiene un subyacente contenido político enmarcado dentro de la tendencia a desconocer las iniciativas y derechos individuales, sustituyéndolas por asociaciones colectivas obligatorias, en este caso, los “Comités de Tierra Urbana”. La ley si bien reconoce el derecho de adjudicación, para su satisfacción no prevé un proceso individual a través del cual una persona por si sola y en ejercicio del derecho reconocido pueda exigir la adjudicación, sino que crea un enrevesado proceso colectivo o comunal, que además de inoperante en la mayoría de los casos, seguramente propende a la manipulación u obligatoria identificación de cada individuo con los “comités” de carácter políticos que efectiva y eficazmente podrían tener acceso a la venía de los entes públicos nacionales o municipales de que se trate. Asimismo, en este extraño marco regulatorio, se insiste en la propiedad colectiva e incluso se crea la figura de comisiones de conciliación o arbitraje, a las cuales deben someterse “irrevocablemente” quienes pretendan adquirir la condición de beneficiarios<sup>64</sup>, en claro desconocimiento del constitucional derecho a la jurisdicción.

No encontramos en el texto de la ley un derecho individual subjetivo de propiedad, ni siquiera un derecho de petición individual, pues se circunscribe el procedimiento administrativo a la actividad comunal de la población interesada, que pasa por la creación de la “carta del barrio”, cuya formulación es colectiva y progresiva<sup>65</sup>, y debe incluir entre otras múltiples informaciones, la “*Descripción socio-cultural, económica y política de la comunidad*”.

Una vez formulada esta “carta del barrio”, de iniciativa popular o colectiva y de muy dudosa calidad democrática<sup>66</sup>, debe seguirse el procedimiento de adjudicación, el cual puede “*iniciarse de oficio o a instancia de la comunidad organizada*”, por ante la Oficina Técnica Nacional o Municipal para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, silenciando y censurando nuevamente la ley la posibilidad de iniciativa individual. En definitiva el carácter comunal que predomina en la ley, a nuestro entender, minimiza la efectiva posibilidad de acceder a la propiedad, quedando reducida e injustificadamente limitada a la potestad y voluntad política de los entes públicos nacionales o municipales involucrados.

La adjudicación en cuestión, aunque compleja en su procedimiento, cuando menos cumple con la característica social de gratuidad, a pesar que el artículo 18 *eiusdem*, dispone un precio de adjudicación de un bolívar por metro cuadrado, el cual consideramos simplemente instrumental, posiblemente a los efectos registrales o fiscales, aún cuando la propia ley exonera de aranceles las operaciones de adjudicación.

---

tisfacción progresiva del derecho a la vivienda y el hábitat, dando prioridad a la familia, especialmente a aquéllas en condición de vulnerabilidad social, y así consolidar los asentamientos urbanos populares ya existentes, de manera digna, equitativa y sostenible, mediante un proceso de cogestión integral con el Estado.

64 Artículo 33.

65 Artículo 58.

66 El mismo artículo 58, dispone: “La toma de decisiones que comprometan el destino, transformación físico-espacial y la estabilidad del asentamiento urbano popular exigirá la presencia de al menos el cincuenta y uno por ciento de los o las representantes de las familias de la comunidad y la aprobación se hará mínimo por mayoría simple de los presentes en asamblea de ciudadanos y ciudadanas”.

En definitiva, esta ley vigente, regula pero de manera poco efectiva y si se quiere retorcida, el derecho que ella misma dispone, que no es otro que el de propiedad sobre los terrenos públicos poseídos legítimamente por los constructores o propietarios de viviendas (bienhechurías) en los referidos sectores urbanos populares.

### 3. *Tercera Etapa. La práctica desaparición del derecho de adjudicación*

Dentro del marco de la más resiente y polémica Ley Habilitante concedida por la Asamblea Nacional al Presidente de la República, y dentro de las también polémicos, 26 Decretos Leyes aprobados en el último día del plazo habilitante, se incluyó en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, sendas disposiciones que irrumpen solapada pero contundentemente sobre el tema que nos ocupa.

Este decreto-ley, además de atribuir al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (Banavih), competencias para la inspección y establecimientos de sanciones, antes atribuidas a la Superintendencia de Seguridad Social y ejercidas hasta ahora ilegítimamente por Banavih, y además de la publicitada posibilidad legal –y exclusivamente teórica– de financiamiento del cien por ciento (100%) del valor de las viviendas, también contiene normas, que si bien no derogan expresamente el contenido de la ley especial anteriormente revisada, podrían conllevar prácticamente a la desaparición de la Adjudicación como derecho subjetivo, convirtiéndolo en una mera discrecionalidad del Ejecutivo Nacional.

Las normas en referencia disponen:

**Artículo 76.** El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat procurará la regularización de la tenencia de la tierra en los asentamientos humanos populares, bajo criterios de justicia y equidad, con la participación activa y protagónica de la comunidad organizada, de acuerdo con la ley especial que rija la materia, con la finalidad de facilitar el acceso a los beneficios del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat. En tal sentido, tendrá la competencia correspondiente para el otorgamiento de los títulos de adjudicación de tierras públicas nacionales.

**Artículo 79.** Con el objeto de facilitar el acceso a los beneficios del Sistema, los entes públicos, previa coordinación y aprobación por parte del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat, podrán dictar los actos o celebrar los acuerdos que sean necesarios, de conformidad con las normas aplicables, para transmitir la propiedad a otros derechos reales sobre sus terrenos o edificaciones, en el caso de que hayan venido siendo ocupados de manera pacífica, en condición de posesión legítima.

Si ya resultan cuestionables las disposiciones de la ley especial que pretende la regulación de la tenencia de las tierras urbanas a través de complejos mecanismos comunales, las normas transcritas vienen a acabar con toda expectativa seria de adjudicación. Obsérvese que ya no existe un derecho al reconocimiento del derecho de propiedad, como lo consagraba la ley original en el año 2005, ni un derecho de adjudicación como se infiere de la ley especial del año 2006. Ahora, sólo se prevé la instrucción al Ministro competente para que “procure” la regulación de la tenencia, lo cual además, queda al discrecional criterio de “justicia y equidad”. Así, de un auténtico derecho consagrado en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2005, se pasó a un complejo proceso de tipo colectivo, pero en el cual de alguna forma se continúa reconociendo el derecho de adjudicación, para culminar ahora con normas que no contienen un mandato expreso de asignar la propiedad de las tierras a sus ocupantes, ni mucho menos reconocen un derecho subjetivo, limitándose a crear una potestad discrecional.

La misma norma del artículo 78 arrebata la competencia de adjudicación de bienes públicos nacionales, originalmente concedida a la Oficina Técnica Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, y la centraliza en cabeza del Ministro, lo que

implica que al trámite ya complejo de adjudicación previsto en la ley especial, debe agregarse la circunstancia de que ya no es la oficina técnica creada al efecto quien detenta la competencia para otorgar el respectivo título de adjudicación de tierras, sino que las nuevas normas, sin mayor explicación, se la atribuyen al Ministro con competencia en materia de vivienda y hábitat. En este aspecto, podría pensarse que por tratarse de un Decreto-ley y no de una Ley dictada por la Asamblea Nacional, la situación quizás obedezca a una inadvertencia del seudolegisador, sin embargo, la lectura íntegra de las dos normas transcritas, develan una clara vocación centralista, que no deja dudas respecto de la intención expresa de modificar el régimen de adjudicación.

Por otra parte, e igualmente grave, la norma del artículo 79, en violación de los principios constitucionales de descentralización y de autonomía municipal, somete –ahora- a la aprobación del Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat (Ejecutivo Nacional), los actos o acuerdos necesarios para que los otros entes públicos territoriales, puedan transmitir la propiedad de los terrenos bajo su control. Lo cual reforma y deforma las competencias atribuidas por la ley especial a las Oficinas Técnicas Municipales para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, y en forma indebida somete a la aprobación de un órgano del Ejecutivo Nacional, la gestión y disposición de sus bienes por parte del Municipio, en flagrante violación de las normas de los artículos 168 y 178 Constitucionales. Recuérdese que por mandato constitucional, las tierras carentes de dueño ubicadas en áreas urbanas, pertenecen a los Municipios en carácter de ejidos, por lo que, son los Municipios quienes tendrían su titularidad y la potestad y obligación de adjudicarlas, para lo cual bastaría con el mandato legal contenido en la dos leyes anteriores, sin que en ningún caso, se requiera la aprobación del Ejecutivo Nacional.

Obviamente, una interpretación sistemática de estas normas, adaptándolas a los principios que deben regir la institución de la adjudicación propuestos en la ley especial, deberían llevar a la conclusión de que las mismas no resultan aplicables y que debe propenderse a la descentralización, individualización y agilización de los procedimientos. Sin embargo, proviniendo la norma del Presidente de la República, y siendo los ejecutantes órganos subordinados, dudamos que se dé una interpretación más allá de la exegética, que sólo podría ser corregida por vía jurisdiccional, trámite que para los administrados beneficiarios –por lo general de escasos recursos- podría resultar más engorroso que el propio juicio de declarativo de prescripción.

Si se considera que la Adjudicación es un mecanismo de eminente carácter social que debería permitir de una forma sencilla y directa la regularización de la tenencia de la tierra, resulta claro que las disposiciones en comentario han desnaturalizado el fin perseguido, imponiendo la práctica aniquilación del derecho de adjudicación, reducido a una mera potestad del Ejecutivo Nacional.

#### IV. CONCLUSIONES

La realidad actual es que los habitantes de los asentamientos urbanos populares continúan sin contar con mecanismos idóneos para la regulación de su situación jurídico-patrimonial respecto de las tierras públicas que ocupan y sobre las cuales están edificadas sus viviendas. Sólo cuentan, por una parte, con el mecanismo de la prescripción, institución que en la mayoría de los casos probablemente ya se ha consumado convirtiéndoles en propietarios, pero cuya declaración es necesaria a través de un proceso judicial al cual por razones de índole económico, generalmente no recurren las personas de escasos recursos. Poca accesibilidad, a la cual deben sumarse las dudas que pudieran surgir respecto de la posibilidad o no de usucapión de los terrenos urbanos ahora convertidos en ejidos y declarados imprescriptibles por la Constitución Nacional.

Por otra parte, la Adjudicación como mecanismo idóneo, por su carácter administrativo, gratuito y social, no ha recibido de parte de la ley un tratamiento que haga honor a los fines que persigue o debería perseguir, pues por el contrario, cada vez se constituye menos en un derecho y más en una dádiva sujeta al exclusivo criterio del Ejecutivo Nacional, que bien podría servir como instrumento de clientelismo.



# *La Usucapión y Adjudicación de la propiedad de terrenos públicos urbanos, en el marco de la Constitución de 1999 y el Decreto- Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitat de 2008*

Ramón Aguilar

*Abogado*

## I. LA REALIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA EN MATERIA DE VIVIENDAS EN ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES

Constituye un hecho evidente que buena parte de la población venezolana, en especial, la que ocupa centros urbanos, habita en lo que se conoce como “Barrios”<sup>1</sup>, caracterizados por la construcción indiscriminada y desorganizada de obras o edificaciones que sirven de viviendas a sus ocupantes. Por lo general, estas barriadas han nacido de la ocupación fáctica o invasión de terrenos privados o públicos por parte de personas de escasos recursos, quienes construyen inicialmente edificaciones pequeñas, endebles y poco seguras, de rudimentaria ingeniería, con materiales inapropiados y carentes de servicios básicos, conocidas en nuestro país como “ranchos”<sup>2</sup>, pero que, con el transcurrir del tiempo y ante la inactividad opositora o excluyente del propietario del terreno y/o de las autoridades, van mejorando en su estructura arquitectónica, convirtiéndose en la mayoría de los casos, en construcciones sólidas que bien pueden recibir la denominación formal de “casas” e incluso de “edificios”, al tiempo que la zona en general se va dotando de servicios públicos básicos (agua, cloacas y servicio eléctrico) y de algún tipo de organización en cuanto a vialidad, aceras, caminerías, alumbrado, escaleras, comercios, centros educativos, etc., alcanzando la señalada denominación de barrio<sup>3</sup> o la contemporánea designación legal de “asentamiento urbano popular”<sup>4</sup>.

---

1 En Venezuela no se usa esta expresión en su acepción española que implica “*las partes en que se dividen los pueblos grandes o sus distritos*”, sino más bien con alguna de las acepciones de “Barriada”, entendida como “*Barrio marginal, generalmente de construcciones pobres y precarias*”. Definiciones en: *Diccionario de la Real Academia Española* 1990.

2 El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (*G.O. N° 36.845* de fecha 07 de diciembre de 1999), en su artículo 6° declara ilícito el arrendamiento de “ranchos” y los define como viviendas “*construidas con materiales inadecuados o perecederos, tales como tablas, latas y cartones, que carecen de servicios de infraestructura primaria*”.

3 “Los barrios, como ya hemos señalado, se caracterizan por la ilegalidad de su situación, pues no están contruidos en terrenos urbanizados legalmente ni las viviendas tienen los permisos de construcción; los servicios se logran, cuando esto sucede, progresivamente y con posterioridad a la edificación y ocupación de las viviendas. Las viviendas en los barrios son generalmente de menor calidad en las construcción y muchas pueden clasificarse como ‘ranchos’, es decir, edificaciones con materiales precarios”. Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken, *Derecho y Propiedad de la Vivienda en los Barrios de Caracas*, Universidad Central de Venezuela, Fondo Cultura Económica, Caracas, 1979, p. 11.

4 Así se designan en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitat de 2005 y en el Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitat de 2008.

Estos habitantes, propietarios de las bienhechurías o edificaciones que constituyen sus viviendas, y por supuesto, detentadores materiales de los terrenos públicos o privados sobre los cuales se encuentran edificadas, además de sufrir las múltiples limitaciones y problemas propios de estos asentamientos populares, jurídicamente encuentran serias limitaciones e inconvenientes en relación a la titularidad de la propiedad de sus bienhechurías y respecto a la posibilidad de adquirir los terrenos respectivos, ello, a pesar de ser efectivamente los dueños de las edificaciones por haberlas construido o haberlas adquirido por negocios jurídicos válidos o *mortis causa*, y a pesar que, en la mayoría de los casos, han mantenido una evidente posesión legítima cuya data supera cualesquiera de los plazos legales necesarios y suficientes a los fines de la adquisición del derecho de propiedad por medio de la institución de la Usucapión o prescripción adquisitiva.

A modo de aclaratoria previa, debemos señalar que consideramos fundamental el respeto y la garantía del derecho a la Propiedad, previsto hoy en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, rechazamos y nos manifestamos completamente en desacuerdo con las invasiones y juzgamos como fundamental la necesaria actuación de la autoridad gubernamental a través de su función de policía y de reguardo del orden público para prevenir y rechazar efectivamente la toma violenta e injustificada de terrenos propiedad de los particulares o de los entes públicos, en especial, ante la obvia ineficacia que pueden tener las acciones jurisdiccionales –de pretensiones reivindicatorias, interdictales y hasta de amparo constitucional– que corresponden a los legítimos propietarios y/o poseedores para las defensas de sus derechos. Tales acciones y los trámites procedimentales respectivos, se constituyen en dificultosos, costosos y seguramente inejecutables, habida cuenta de la complejidad de accionar en sede judicial, en forma individual o colectiva contra decenas o cientos de invasores que, conforme a las reglas procesales deben ser individualizados, identificados, demandados y citados, para dar curso en derecho a una reclamación. Amén que, aún luego de un dilatado y costoso proceso judicial, que culmine con una sentencia favorable al propietario o poseedor legítimo del terreno, podría sobrevenir su inejecutabilidad, por no poder o querer el Juez o las autoridades llamadas a apoyarlo, proceder a la desocupación efectiva y material de los invasores a través del uso de la fuerza pública<sup>5</sup>.

---

Igualmente la Ley Especial de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares, los define en su artículo 2, como *“un área geográfica determinada, habitada por la comunidad, conformada por viviendas que ocupan terrenos públicos o privados, identificado de forma integral e indivisible a partir de sus rasgos históricos, socioculturales, sus tradiciones y costumbres, aspectos económicos, físicos, geográficos, cuenten o no con servicios públicos básicos, así como el que no encontrándose en las condiciones antes descritas ameriten un tratamiento especial, siendo sus habitantes poseedores de la tierra y no se les ha reconocido su derecho a la propiedad”*.

- 5 Podemos citar como ejemplo extremo e inaceptable de esta situación de “inejecutabilidad”, decisión proferida en fecha 31 de mayo de 2007, por el Juzgado Superior Cuarto Agrario Regional del Estado Barinas (Exp. 2003-654), según la cual, se declaró “inejecutable” una sentencia definitiva de Amparo Constitucional dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, so pretexto de que en las oportunidades en que se intentó ejecutar el desalojo de los invasores, sucedieron circunstancias tales como: que el número de los invasores en calidad de manifestantes, superaba a la fuerza pública; que para al momento fijado por el Tribunal ejecutor no concurrieron funcionarios de la policía requeridos al efecto; y que, al no haberse podido ejecutar la decisión durante más de tres (3) años, la misma resulta ineluctable por haber cambiado la situación jurídica infringida. ([www.http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/801-31-2003-654-.html](http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/801-31-2003-654-.html))



Adicionalmente, juzgamos como insuficientes los intentos legislativos por prevenir las invasiones, pues a pesar de prohibirlas y declarar su ilicitud en la norma del artículo 155 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación de 2005, y aún cuando se han tipificado como delitos y sancionado con pena privativa de la libertad en la norma del artículo 471-A del Código Penal<sup>6</sup>, lo cierto es que no se ha creado ningún mecanismo procedimental eficaz para atacarlas de manera inmediata y que prevenga la consolidación de los invasores en arraigo con los terrenos invadidos, lo que adicionado a la evidente falta de voluntad política, ha contribuido en los últimos años a la proliferación de este tipo de actuaciones atentatorias contra el derecho de propiedad.

Abogamos pues, por la defensa y protección del natural y constitucional derecho de propiedad y con ello rechazamos frontalmente las invasiones. No obstante, en atención a los mismos principios que garantizan el derecho de propiedad, debemos atender a la circunstancia de que luego de cesada la violencia o clandestinidad que inicialmente pudieran rodear dichas invasiones, y con el transcurso del tiempo legalmente establecido, aquella posesión originalmente ilícita y de mala fe, puede devenir en legítima y con ello servir de instrumento para adquirir el mismo defendido derecho de propiedad, esta vez a favor de quien, por obra del instituto de la prescripción adquisitiva, alcanza de forma originaria el derecho de propiedad sobre el terreno, que con ánimo de dueño, ha venido inequívocamente poseyendo de manera continua, ininterrumpida, pacífica y pública..

Observamos también, que además de la invocada institución del derecho civil – usucapión- existen y deben existir iniciativas legislativas y ejecutivas, tendentes a la regularización de la tenencia y titularización de los terrenos urbanos en los cuales se han asentado enormes cantidades de personas, construyendo, ampliando y mejorando cada día esas viviendas y sedes de sus hogares. Todo, en acatamiento y consolidación del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que promueve nuestra carta fundamental, y sus valores de igualdad, solidaridad, responsabilidad social, preeminencia de los derechos humanos, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, y específicos derechos de propiedad y a una vivienda.

Según lo expuesto y conforme al ordenamiento jurídico vigente, los propietarios de construcciones y bienhechurías edificadas sobre suelo ajeno- público o privado- en los asentamientos urbanos populares, pueden acceder a la titularidad de la propiedad de la tierra sobre la cual están edificadas sus viviendas, a través de sendas fórmulas jurídicas: 1º) la usucapión o prescripción adquisitiva, manera originaria de adquirir la propiedad<sup>7</sup>, regulada principalmente por normas de derecho privado; y 2º) la adjudicación, modo de adquisición derivativo<sup>8</sup>, que se verifica a través de la cesión del derecho a título gratuito<sup>9</sup> por parte de los entes públicos, y consecuentemente regida por normas de derecho público.

---

6 Publicado en *G.O.* N° 5.768 Extraordinaria de fecha 13 de Abril del 2005.

7 “El modo originario se da cuando el titular adquiere el derecho independientemente de cualquier titularidad anterior”, Luis Eduardo Avelledo Morasso, *Las cosas y el derecho de las cosas. Derecho Civil II*, Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2006, p. 168.

8 “El modo derivativo es cuando el derecho se establece a través de otra persona que los transfiere”. *Ibidem.* p. 168.

9 A pesar de la ambigüedad de algunas normas legales aplicables, consideramos que el espíritu imperante en la ley especial que rige la materia, conlleva a entender que la adjudicación de tierras públicas, debe realizarse de manera gratuita, según se desarrolla más adelante.

Nos proponemos seguidamente, revisar esquemáticamente el marco jurídico que actualmente regula estas situaciones, con especial referencia al régimen de los terrenos públicos, en atención a los cambios instituidos por la Constitución de 1999<sup>10</sup> en materia de tierras baldías urbanas, las regulaciones contempladas en la Ley de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares<sup>11</sup>, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat del año 2005<sup>12</sup> y los cambios producidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2008<sup>13</sup>.

## II. LA USUCAPIÓN DE LOS TERRENOS OCUPADOS POR VIVIENDAS EN LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES

### 1. *Las normas y principios generales*

La prescripción adquisitiva se encuentra regulada por el Código Civil<sup>14</sup>, que la define como un modo de adquirir la propiedad u otros derechos, “*por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la Ley*”<sup>15</sup>. Para la adquisición del derecho real de propiedad, el derecho común exige la posesión legítima del bien respectivo por el plazo de veinte (20) años<sup>16</sup>, en lo que se conoce como “prescripción ordinaria o ventenal”. Igualmente, el legislador civil, reconoce la posibilidad de usucapión por un plazo más corto -10 años- a favor de los adquirentes de buena fe de un inmueble, a pesar de que su título pudiere o fuere declarado nulo por defectos de fondos<sup>17</sup>, siempre que hayan poseído por el señalado plazo, y cuenten con un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma, en lo que se conoce como “prescripción decenal o de buena fe”. La nota común de ambos tipos de prescripción adquisitiva, viene representada por el mantenimiento de la posesión en el transcurso del tiempo respectivo y el ánimo de dueño –*animus rem sibi habendi*– con el cual se ejerce dicha posesión, requisito fundamental y constitutivo de la exigida posesión legítima, y que inequívocamente debe mantenerse, reforzándose y conformándose a través de la verificación de los elementos de publicidad, pacificidad, continuidad y no interrupción, exigidos por la definitoria norma legal del artículo 772 del Código Civil.

Consecuentemente, resulta jurídicamente factible que los otrora “invasores” de terrenos públicos o privados, constructores y/o ocupantes de viviendas en sectores urbanos populares, una vez cesada la violencia o clandestinidad –si hubieren existido inicialmente– con el transcurrir del tiempo legalmente necesario, y el ejercicio permanente de la referida posesión

---

10 Reimpresión por error material del ente emisor en *G.O.* N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

11 Publicada en *G.O.* N° 38.480 del 17 de julio de 2006.

12 Publicada en *G.O.* N° 38.204 del 8 de junio de 2005.

13 Publicado en *G.O.* N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

14 Publicada su reforma en *G.O.* N° 2.990 de fecha 26 de julio de 1982.

15 Art. 1.952 Código Civil.

16 Art. 1.977 Código Civil.

17 Se trata de un título que formalmente puede ser capaz de transmitir el dominio, pero que, sustancialmente no resulta suficiente para ello, siendo susceptible de anulación. Por ejemplo, por no tener el vendedor o transmisor a título particular la cualidad de propietario.

legítima<sup>18</sup>, pudieran obtener la titularidad del derecho de propiedad del suelo sobre el cual se encuentran edificadas sus bienhechurías e incluso sobre suelos no edificados, siempre que los mismos resulten delimitables y exista prueba de la efectiva posesión en exclusión de terceros (por ejemplo, terrazas, patios, jardines, etc.).

## 2. *La Usucapión de terrenos privados*

La usucapión de terrenos propiedad de terceras personas naturales o jurídicas, distintas de los entes públicos territoriales, se rige fundamentalmente por las señaladas normas del derecho común, y permiten a los constructores y/o habitantes de viviendas, adquirir originariamente el derecho de propiedad del suelo por vía de esta institución, pudiendo oponer dicha prescripción una vez consumada, como excepción o defensa en caso de ser atacados en sede judicial a través de pretensiones reivindicatorias incoadas por los titulares del derecho de propiedad sobre el terreno, ó exigir su reconocimiento por vía judicial, a los fines de obtener un título registrable y oponible *erga omnes*, por medio de la interposición y seguimiento de la pretensión declarativa de prescripción conforme al procedimiento especial –Juicio Declarativo de Prescripción- incluido legislativamente en nuestro ordenamiento jurídico en el Código de Procedimiento Civil de 1986<sup>19</sup>.

Escapa de los objetivos del presente trabajo, la revisión pormenorizada de la institución en su aplicación entre particulares, bastando con remitirnos a los textos de derecho civil, pero advirtiendo sobre dos importantes y fundamentales cambios instituidos por la Ley Especial de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares:

En primer lugar, en el orden sustantivo, la ley en su artículo 50, en lo concerniente a la usucapión para la adquisición de la propiedad de tierras privadas en asentamientos urbanos populares, exige un lapso de posesión de diez (10) años, reduciendo el término ordinario de conformidad con el espíritu de la referida ley. Vale decir, aún cuando el ocupante no posea justo título, e incluso haya comenzado a poseer de mala fe (en conciencia de que el terreno no le pertenece), el tiempo necesario y suficiente para adquirir la propiedad se disminuye a diez (10) años. Destacamos que a pesar que dicha norma no lo exige expresamente, consideramos que a la posesión a que se refiere, debe ser “legítima”, en cuanto, conforme a las normas de derecho civil, ésta es la única capaz de conllevar a la prescripción.

Esta disposición, claramente colide con la del artículo 1.977 del Código Civil, en cuanto reduce ostensiblemente el lapso de prescripción ordinaria, sin embargo, tratándose de una norma sustantiva, contenida en ley posterior y “especial” en cuanto a la materia que regula<sup>20</sup>, consideramos que no existe duda sobre la vigencia y preferente aplicación del lapso de prescripción de 10 años en ella previsto, debiendo aclararse que dicha norma aplica exclusivamente para la usucapión de “tierras” que se encuentren dentro de las poligonales determina-

18 Cuya calificación, además goza de presunción legal *-iuris tantum-* conforme a la norma del artículo 773 del Código Civil que dispone “Se presume siempre que una persona posee por sí misma y a título de propiedad, cuando no se prueba que ha empezado a poseer en nombre de otra”.

19 Publicada su última reforma en *G.O.* N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

20 Conforme al postulado de la propia ley, en su artículo 1º, la misma tiene por objeto “ordenar y regularizar el proceso de la tenencia de la tierra, ocupada por la población en los asentamientos urbanos populares, y contribuir a la satisfacción progresiva del derecho a la vivienda y el hábitat, dando prioridad a la familia, especialmente a aquellas en condición de vulnerabilidad social, y así consolidar los asentamientos urbanos populares ya existentes, de manera digna, equitativa y sostenible, mediante un proceso de cogestión integral con el Estado”.

das por las autoridades competentes como correspondientes a asentamientos urbanos populares en los términos de la ley especial, y en ningún caso para la prescripción de “edificaciones” o “construcciones”, por no estar éstas comprendidas dentro del supuesto de hecho de la norma<sup>21</sup>.

En segundo lugar, en materia procesal, la misma norma del artículo 50<sup>22</sup>, invocando la previsión del artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, la especialidad de la propia ley y su interés social, prevé que los juicios de usucapión que se verifiquen en razón de dicha ley, es decir, los que versen sobre la propiedad de terrenos en asentamientos urbanos populares, se harán de acuerdo con el procedimiento breve que se señala en el Título XII del Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

La norma en comentario, resulta cuestionable por la implementación del trámite del juicio breve para el tratamiento de un tema tan complejo<sup>23</sup>, ello, a pesar de la existencia de un procedimiento especial previsto en el Código de Procedimiento Civil, que en nuestro criterio resulta más garantista de los derechos del propietario titular (demandado) y especialmente de los terceros que puedan ostentar derechos sobre el mismo terreno, quienes -conforme al procedimiento especial del código adjetivo- deberán ser llamados a la causa a través de “edictos publicados en dos periódicos de los de mayor circulación por lo menos durante sesenta días, dos veces por semana”<sup>24</sup>. Asimismo, debe tomarse en cuenta que la limitación de los lapsos y recursos en el juicio o procedimiento breve, pueden resultar insuficientes, ante las excesivas cargas probatorias y procesales que obrarían en contra del propietario de la tierra (demandado) o de los terceros interesados, habida cuenta de las noveles disposiciones de los artículos 21 y 22 de la misma ley especial, que respectivamente, establecen la presunción *–iuris tantum–* de posesión “desde el inicio del asentamiento”, y la **no interrupción de la prescripción** “por el hecho de intentarse una acción administrativa o judicial contra la misma”<sup>25</sup>.

- 
- 21 Así se ha declarado jurisdiccionalmente en sentencia de fecha 17 de septiembre de 2007 dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en la cual se negó la admisión de la demanda, declarando *in limine litis* la improponibilidad de la pretensión, con base en la improcedencia de la prescripción prevista en la ley especial, en relación a edificaciones o construcciones. (<http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/721-17-53.715-.html>).
- 22 Artículo 50: “En lo concerniente a la usucapión para la adquisición de la propiedad de tierras privadas se fija un lapso de diez años de posesión, de conformidad con el espíritu de esta Ley. Por lo que respecta al procedimiento, se acoge a lo dispuesto en el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, dada la especialidad y el interés social de la misma”. En tal sentido, los juicios de usucapión que estén amparados por esta Ley se harán de acuerdo con el procedimiento breve que se señala en el Título XII del Libro IV del Código de Procedimiento Civil.
- 23 En la actualidad cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, demanda contentiva de acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la referida norma del artículo 50, incoada por los abogados Edgar Núñez Alcántara y Jorge Carlos Rodríguez en octubre de 2006, y admitida en fecha 13 de febrero de 2007 (Expediente N° 06-1584). En dicha demanda se denuncia que el artículo 50, referente al lapso y al procedimiento para declarar que un terreno privado ha dejado de serlo y que por lo tanto puede ser entregado a quienes lo venían ocupando ilegalmente, viola el debido proceso, los derechos a la defensa y a la propiedad.
- 24 Ex artículo 692 del Código de Procedimiento Civil en concordancia al artículo 231 *eiusdem*.
- 25 Consideramos que a pesar de la claridad de la disposición legal, la misma puede constituir letra muerta, pues aún cuando el legislador puede modificar la institución, eliminando las causales de interrupción, la naturaleza misma de la prescripción adquisitiva, implica la pérdida del derecho por la presentación formal y notificación o citación de acciones judiciales o administrativas contra el

Extrañamente, la ley especial nada indica sobre la prescripción de tierras públicas, por lo que cabría preguntarse, si se desconoce legalmente la posibilidad de tal prescripción, o si por el contrario, es decir, de aceptarse aunque no esté expresamente regulado en esta ley, podría aplicarse a dicha prescripción de tierras públicas, las normas legales sustantivas y procesales antes mencionadas. Sobre lo cual nos pronunciaremos seguidamente.

### 3. *La Usucapión de bienes del dominio público*

Tanto las normas del derecho común –fuente directa del tema que abordamos– como las de derecho público, reconocen la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes pertenecientes a los entes públicos territoriales. En tal sentido, el artículo 1.960 del Código Civil dispone: “*El Estado por sus bienes patrimoniales, y todas las personas jurídicas, están sujetos a la prescripción, como los particulares*”. De su parte, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional<sup>26</sup>, prevé en su artículo 28 que “*La propiedad y derechos reales sobre los bienes nacionales pueden ser adquiridos por prescripción, salvo, por lo que respecta a los extranjeros, los situados en la zona de cincuenta kilómetros de ancho paralela a las costas fronterizas*”. La misma norma amplía o extiende, respecto de dichos bienes nacionales (pertenecientes a la República), el plazo para su prescripción, a veinte (20) años “*cuando existen justo título y buena fe*” y a cincuenta (50) años cuando sólo exista posesión legítima.

De la exégesis de la primera norma citada y su concordancia con la de los artículos 778 y 1.959 del mismo Código Civil, que disponen la ineficacia de la posesión sobre las cosas cuya propiedad no puede adquirirse y la imprescriptibilidad respecto de las cosas que no están en el comercio, la doctrina<sup>27</sup> ha concluido la posibilidad de prescripción de los bienes públicos “patrimoniales” o de “dominio privado”, y por su interpretación a *contrario sensu*, se ha negado tal posibilidad respecto de los bienes del “dominio público”, también llamados dominiales o demaniales, a los que se atribuye los caracteres de inalienables e imprescriptibles. Partiendo de la referida diferenciación, generalmente las discusiones se circunscriben a la determinación del carácter patrimonial o dominial del bien público de que se trate.

De esta tesis aparentemente mayoritaria, disiente TURUHPIAL CARIELLO<sup>28</sup>, quien concluye en la posibilidad de usucapión sobre los bienes del dominio público, para lo cual destaca que la norma del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional hace referencia a los bienes nacionales, sin excluir ni limitar a los demaniales, al tiempo que invoca la ya establecida y aceptada diferenciación entre inalienabilidad e imprescriptibili-

---

poseedor, toda vez que la existencia o pendencia de tales procedimientos, en si mismos, podrían implicar la eliminación del elemento de “pacificidad” que conforma uno de los requisitos de la posesión legítima, siendo que, pérdida ésta, por vía de consecuencia, también desaparecería el principal supuesto de hecho para que se consuma la usucapión.

26 Publicada en *G.O.* N° 1.160 de fecha 21 de junio de 1974.

27 En tal sentido, entre otros: Gert Kummerow, *Bienes y Derechos Reales*. Quinta Edición. Mc Graw Hill, Caracas, 2002; Luis Eduardo Avelado Moraso, *Ob. Cit.*; José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo*, Parte General, 1ª Reimpresión, Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2008; Eloy. Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Décima Segunda Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, Caracas 2001; Édgar Darío Núñez Alcantra, *La Prescripción Adquisitiva de la Propiedad*. 2ª Edición. Vadel Hermanos Editores. Valencia 2006

28 Héctor Turuhpial Cariello, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2008, p. 395.

dad<sup>29</sup>, con lo cual rechaza que el carácter extra-comercio de los bienes demaniales prevista en el 543 del Código Civil, sirva como causa o fuente legal que justifique su supuesta imprescriptibilidad. Sin embargo nada expresa en relación a la antes aludida interpretación en contrario del artículo 1.960 del Código Civil, que exclusiva y expresamente declara la prescriptibilidad de los bienes públicos “patrimoniales”, sin incluir en su previsión a los del “dominio público”, expresamente distinguidos de aquellos por el artículo 539 del mismo código<sup>30</sup>.

También en la doctrina patria, el Profesor LAGRANGE<sup>31</sup>, citando a GARCÍA DE ENTERRÍA, destaca, “*la posibilidad de usucapir la propiedad de un bien de dominio público mediante una posesión que conduzca a la ‘desafectación tácita’ del mismo, al ser apartado el bien de su destino a un fin público por la actuación misma del particular que los destine a sus propios fines, a despecho del interés público*”.

De su parte, Brewer Carías<sup>32</sup>, si bien coincide en la imprescriptibilidad de los bienes del dominio público, concluye que éstos:

“se califican como tales como por su afectación a un uso público o a un uso privado de un ente público o persona estatal (Art. 540 CC), y esa afectación es la que provoca la consecuencia fundamental de su calificación como tales bienes del dominio público, que es su inalienabilidad (Art.543 CC). Por su afectación al uso público o al uso privado de personas estatales, los bienes del dominio público pueden considerarse que están fuera del comercio, por lo que puede enajenarse y además, por ello, también serían imprescriptibles (Art. 1.959 CC), mientras dura tal afectación” (Subrayado nuestro).

En nuestro criterio, la prescriptibilidad o no de los bienes del dominio público, viene determinada por su naturaleza jurídica, que más allá de su consagración legal e incluso constitucional, resulta indesligable de su naturaleza material y teleológica. Veamos.

La norma del artículo 539 del Código Civil dispone: “*Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado. Son bienes del dominio público: los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes (...)*”. Así, el derecho común obsequia al derecho público (administrativo) la separación y delimitación original y positiva entre ambas categorías de bienes, enunciando algunos bienes como conformadores del referido dominio público a título de ejemplo, para la determinación por vía legal o incluso administrativa o judicial de otros bienes “semejantes” que conformen la misma categoría, resaltando del texto

29 Para esta diferencia, excepcional trabajo: Enrique Lagrange, *Notas sobre Enajenación y Usucapción de Tierras Baldías*, Ediciones y Distribuciones Magon, Caracas.

30 Este mismo autor propone -erradamente en nuestro criterio- que conforme a dicha norma (1.960 CC) a los bienes del dominio privado de la República podría aplicarse el plazo ordinario de prescripción previsto en el Código Civil (10 y 20 años, según el tipo de prescripción de que se trate), “*mientras que para los bienes demaniales se aplicarían los plazos especiales más largos previstos en el artículo 28*” de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Conclusión que nos parece equívoca pues, si como lo señala el mismo autor, la norma del artículo 28 no distingue entre bienes demaniales y patrimoniales para establece el lapso de prescripción especial y más extenso aplicable a los bienes de la Nación, tampoco puede distinguirse entre estas dos categoría para aplicar el plazo allí previsto. En relación a la propuesta posibilidad de prescripción de los bienes demaniales, coincidimos en mucho con este autor, en los términos que se exponen seguidamente.

31 Enrique Lagrange, *Ob. Cit.* p. 247.

32 Allan Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 332.

legal, por intermedio de dichos prototipos, el elemento de uso o utilidad pública que precisamente le diferencian de aquellos bienes que aunque propiedad del ente público, se consideran de su dominio privado.

Indiscutiblemente el estudio del dominio público corresponde al Derecho Administrativo<sup>33</sup>, quien ha desarrollado las teorías pertinentes, resultando relevante destacar que todas ellas coinciden y circundan en torno a la inicialmente mencionada naturaleza material y teleológica del bien, identificada con su utilización común o pública y/o su utilidad pública. Se entiende entonces, por dominio público, “*la categoría de bienes no pertenecientes individualmente a los administrados o particulares, destinada al uso público, directo o indirecto, y sometida a un régimen jurídico especial*”.<sup>34</sup>

Para la teoría clásica, según la cual el Estado no ejerce sobre los bienes dominiales un derecho de propiedad por no estar presentes sus atributos de uso, goce y disposición, “*el carácter que convierte los bienes insusceptibles de propiedad privada puede tener dos orígenes: los que por su naturaleza física no son susceptibles de propiedad privada (ríos); y también aquellos que por destinación particular que les desnaturaliza y excluye de la apropiación (carreteras)*”<sup>35</sup>. Para la doctrina moderna, lo fundamental en la calificación del bien como de dominio público, está en el destino dado al bien, “Se consagra así la concepción objetiva de la institución; poder de regir y administrar los bienes que están destinados por las leyes al uso de todos y cuya propiedad no es de nadie”, con lo cual además no sólo comprende los bienes de uso directo del público o inmediato –*uti singuéis*– o uso general o directo de la población, sino que incluye, el uso indirecto o mediato –*uti universis*–, o utilización indirecta o mediata, “*a través de la afectación directa que se hace del bien –bien final o bien de uso– para la prestación de un servicio público, cuando dicho servicio es prestado directamente por el Estado*”<sup>36</sup>.

No nos corresponde aquí el estudio pormenorizado de la concepción de dominio público, ni mucho menos extendernos a la revisión de las teorías sobre servicios públicos que bien podrían incidir sobre la calificación dominial de los bienes asignados o utilizados en la prestación de dichos servicios. Empero, si dejamos establecido, que desde cualquier punto de vista, la dominialidad de los bienes, no se limita ni deriva de su sola calificación legal –elemento formal o normativo–, el cual podría ni siquiera existir<sup>37</sup>, sino que resulta inmanente a su verdadera afectación material al uso público directo o indirecto, sin lo cual el bien, no adquirirá sus exorbitantes atributos de inalienabilidad e imprescriptibilidad<sup>38</sup>.

---

33 Pero sustentado en el Derecho Común, en tanto, en materia de propiedad y prescripción las normas y principios de derecho administrativo, se constituyen en especiales pero no, en normas de excepción, según se verá *infra*.

34 José Araujo-Juárez, *Ob. Cit.*, p. 726.

35 *Ibidem*. p. 728. Paréntesis de la cita.

36 *Ibidem*. p. 734.

37 En la actualidad se concibe las posibilidades de afectación sin existencia de norma legal u acto expreso de la administración, en lo que se conoce como afectación tácita o implícita y afectación presunta. Entre otros: Juan Alfonso Santamaria Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tercera Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2002, p. 527.

38 Miguel, Marienhoff, citado por Araujo-Juárez (*Ob. Cit.* P.738), enseña que: “no debe confundirse la asignación del carácter público a un bien, que sólo designa establecer que dicho bien tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público, de la afectación del mismo al

Cobra entonces fundamental relevancia, para el tema de la posibilidad de usucapión de los bienes demaniales, atender a los conceptos correlativos de afectación y desafectación, y en especial este último, en cuanto representa la posibilidad efectiva de que por ley, acto administrativo o por hecho de los particulares (ante la actuación omisiva, negligente o permisiva de la administración y del colectivo), el bien pierda su uso o utilidad pública, y en consecuencia se desprenda de las referidas características exorbitantes.

Se entiende por afectación “*el acto jurídico emanado del Estado o de las personas jurídico-públicas titulares del demanio, o de un hecho jurídico material, que le reconoce o le da a un bien o categoría de ellos un destino de uso público o de utilidad pública*”<sup>39</sup>, en correlación, “*la desafectación es la consecuencia fundamental de un acto jurídico o de un hecho jurídico en virtud del cual un bien o conjunto de ellos dejan de estar destinados a un uso público a la utilidad pública, e ingresan a la categoría de los bienes privados, sea de los bienes patrimoniales de la propia administración titular del dominio sobre el bien, sea de los particulares*”<sup>40</sup>. Asimismo, la doctrina administrativa, ya para mediados del siglo XX<sup>41</sup>, reconocía la posibilidad de desafectación tácita, es decir, sin mandato expreso legal o administrativo, producida precisamente por la pérdida de la aptitud o idoneidad para la utilidad pública<sup>42</sup>.

En nuestro ordenamiento y a despecho de quienes consideran que el régimen del dominio público es exclusivo del derecho público y más concretamente del Derecho administrativo, llegando incluso radicalmente a sostener que “*es totalmente de Derecho Público, y el Código Civil no se aplica ni siquiera a título supletorio*”<sup>43</sup>, la institución de la desafectación pertenece, cuando menos en su fuente formal, al derecho común y se encuentra positivizada en el artículo 541 del Código Civil, según el cual: “*Los terrenos de las fortificaciones o de las murallas de las plazas de guerra que no tengan ya ese destino, y todos los demás bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del dominio público al dominio privado*” (Subrayado y negritas nuestras). En palabras del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, “Una cosa en cuanto pierde la *publicatio* o afectación ingresa automáticamente en el patrimonio privado de la Administración y es susceptible, en consecuencia, de una comerciabilidad ordinaria, y por ende, de ser objeto de una prescripción en los términos comunes”.

Así, en nuestro criterio, el derecho común, regulador por antonomasia del instituto de la prescripción y de la separación de las categorías patrimoniales y demaniales de bienes públicos, cierra en impecable lógica jurídica y en perfecta hermenéutica el tema de la prescriptibi-

---

dominio público, que significa que un bien declarado dominial queda efectivamente incorporado al uso o servicio público”.

39 Héctor Turuhpial Cariello, *Ob. Cit.* p. 299.

40 *Ibidem.* p. 311.

41 Eduardo García De Enterría, *Dos Estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 124-125.

42 “Nunca un Derecho ha podido exigir el empleo de fórmulas sacramentales para entender cumplidos los presupuestos esenciales de la afectación o la desafectación, en consecuencia de lo cual ha debido remitir en mayor o menor medida su cumplimiento a la interpretación de los *facta concludentia*” *Ibidem*, p.116.

43 Ana María Ruggeri; citada por Araujo-Suárez, *Ob. Cit.* p. 727. En similar posición el propio Araujo-Suarez, aunque posteriormente reconoce la génesis del tema en el Derecho civil (*Ob. Cit.* p. 730); y Allan Brewer-Carias, citado por, Hector Turuhpial Cariello (*Ob. Cit.* p. 295).



lidad de los bienes del dominio público, con lo cual a pesar de que la correcta interpretación del artículo 1.960 del Código Civil, efectivamente implica su imprescriptibilidad, la norma del 541 *eiusdem*, prevé el cambio de su naturaleza jurídica, cuando los bienes han perdido su destino público, es decir cuando se ha producido su desafectación.

Insistimos con el maestro LAGRANGE:

No es cierto –según creemos haber demostrado-, ni siquiera respecto de los bienes del dominio público, que la inalienabilidad determine su inusucapibilidad, que ésta se derive de aquélla. En el caso de aquellos bienes, tanto la imposibilidad jurídica de enajenarlos como la de usucapirlos son consecuencias de la destinación de las cosas al cumplimiento de un fin público: duran tanto cuanto dura la correspondiente afectación y no más; no es que los bienes del dominio público sean inusucapibles por ser inalienables<sup>44</sup>.

Simplificando, podríamos resumirlo así:

Afectación = Dominio Público = Imprescriptibilidad;

Desafectación = Dominio Privado = Prescriptibilidad.

No obstante, debe advertirse que la complejidad deviene del establecimiento o determinación de la forma y el momento en la cual se verifica la desafectación y en consecuencia, desde cuándo se puede comenzar a ejercer posesión legítima con vocación prescriptiva. La problemática no resulta nada sencilla, y ya fue abordada por el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>45</sup>, en trabajo sobre el tema, en el cual precisamente se plantea “*el supuesto de una posesión abusiva que comience por apartar la cosa del uso común, haciéndola apta, por consiguiente, para el ejercicio de un señorío individual*”, preguntándose entonces: “*¿Equivalen esto sin más a una desafectación y juega por tanto, a continuación la regla general de prescriptibilidad de las cosas patrimoniales?*”<sup>46</sup>.

Es en esta parte del problema, en donde existen pocas explicaciones de la doctrina, por lo que consideramos que lo atinado es atender a la posibilidad o no de desafectación tácita, general pero tímidamente aceptada, incluso por quienes propugnan por la posibilidad de prescripción de los bienes demaniales, y al obtener una respuesta afirmativa, concluir que tan pronto como se individualice la posesión del bien en cabeza de un particular, de manera que se excluya inequívocamente la posesión o utilización pública, o del ente público administrador o prestador del servicio, se está verificando –como ocurre en el derecho privado- un acto capaz de dar inicio al plazo de prescripción, generándose paralelamente lo que podríamos denominar el “inicio” de la desafectación. En palabras de García De Enterría: “*Quiere decir que el efecto ‘desafectación tácita’ no podría producirse de suyo aisladamente, sino que su calificación procederá sólo una vez que el efecto ‘usucapición’ haya sido a su vez consumado*”<sup>47</sup>.

Así el autor concluye en la posibilidad de prescripción-desafectación de los bienes del dominio público, y de *lege ferenda*, considera la necesidad de un lapso de prescripción más largo que el derecho civil, proponiendo el de sesenta (60) años, el cual por cierto, resultaría bastante similar a la *prescriptio longissime temporis* -50 años- adoptada por nuestro ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

44 Enrique Lagrange, *Ob. Cit.* p. 245.

45 Eduardo García De Enterría, *Ob. Cit.*

46 *Ibidem.* p. 121.

47 *Ibidem.* p. 128.

De su parte Santamaria Pastor, conforme al derecho español, en atención a una norma reglamentaria que establece un plazo de 25 años para la afectación “presunta” de los bienes de los particulares adscritos a un servicio público, concluye, aunque dejando claro la falta de regulación legal, que también podría aplicarse la “desafectación presunta”, cuando “*un bien demanial hubiera dejado de estar utilizado, de hecho, durante más de veinticinco años, al fin de uso o servicio público que justificó su afectación*”<sup>48</sup>. Ahora bien, no existiendo un lapso expreso que determine el tiempo que debe transcurrir para concluir que la desincorporación del bien a su uso o finalidad pública se constituya en desafectación, nuevamente debemos coincidir con García De Enterría, en que la única fórmula jurídica aceptable, es que paralelamente corren, la desafectación y la prescripción, circunscribiéndose en cuanto a plazos, al que ésta última tenga legalmente establecido, que como se ha dicho por tratarse de bienes dominiales, deberían ser más amplios, precisamente en protección de la naturaleza e importancia pública inicialmente atribuida al bien, y en especial protección del patrimonio público.

Dentro de este contexto de concurrencia de eventos fácticos, por supuesto debe tenerse en consideración la posibilidad y exigencia –legal- de actuación de la administración, pues la situación de terminación de la utilidad pública o la exclusión del uso colectivo, conjuntamente a la detentación por el particular, darán lugar desde luego a los mecanismos legales para su protección, los cuales no se limitan a los que corresponderían a los particulares (acciones interdictales y reivindicatorias), sino que –por tratarse de un bien del dominio público, aún no desafectado- puede dar lugar a actos de policía que la administración puede y debe ejercer para defender dichos bienes, como manifestación típica del régimen jurídico exorbitante por el cual se rigen esta categoría de bienes, respondiendo al principio de la recuperabilidad de oficio de los bienes del dominio público.

Al igual que ocurre en el derecho civil, no toda desposesión da lugar a posesión legítima, por lo que deben atenderse a la existencia o no de los requisitos que la conforman y su permanencia en el tiempo exigido por la ley, por lo cual vale aquí recordar algunas normas o cuando menos algunos principios del derecho común que rigen la materia de prescripción, y que entendemos perfectamente aplicables al tema que nos ocupa:

1° El “hecho” de que las cosas que están efectivamente en el uso público no son susceptibles de posesión individual, lo que las convierte en imprescriptibles<sup>49</sup>, no por disposición de la ley, ni por estar fuera del comercio, sino por la circunstancia que la posesión individual y excluyente es requisito para la existencia de la posesión legítima, sin la cual no puede alcanzarse la prescripción;

2° La sola circunstancia de que cese la utilidad o el uso público del bien, puede implicar su desafectación y traslado al dominio privado, pero no implica *per se*, la pérdida o extinción del derecho de propiedad sobre el bien por parte del ente público titular, lo cual sólo ocurriría cuando paralelamente se consume la prescripción a favor de un particular.

3° Conforme a las normas de los artículos 1.961 y 1.963 del Código Civil, se ha negado la posibilidad de prescripción entre comuneros, por considerarse que puede existir equivocidad en el ánimo con que se posee, salvo que se produzca la interversión del título, por medio de actos que claramente demuestren que el comunero posee sólo para sí, en exclusión de los otros comuneros. *Mutatis mutandi*, mientras una persona usa de los bienes destinados al dominio público, en igualdad de condiciones que los demás particulares, o aún cuando la

---

48 Juan Alfonso Santamaria Pastor, *Ob. Cit.* p. 529.

49 Eduardo García De Enterría, *Ob. Cit.* p. 120.

utilice privativamente pero por medio de una concesión o autorización, no podría alegar y probar el *animus domini* necesario para prescribir, empero, si se alza inequívocamente en desconocimiento de la autoridad y/o en exclusión de los otros particulares con derecho al uso del bien o al disfrute de la utilidad pública de que se trate, entonces comenzaría la desafectación del bien, que posteriormente podría transformarse en prescripción.

4° El abandono de la posesión por parte del “invasor” por cualquier causa, o la retoma de posesión del mismo bien por parte de la autoridad o de otros particulares, implica la pérdida de los requisitos de continuidad y no interrupción, afectando la posesión legítima.

5° Mientras exista oposición, controversia, conflictos, quejas, manifestaciones, etc., por parte de la comunidad afectada, de otros particulares usuarios del bien o beneficiarios de los servicios, y/o actuaciones de las autoridades competentes, la posesión no alcanzará la calificación de “pacífica”, exigida para ser determinada como legítima. Al tiempo que la norma del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional dispone. “*La prescripción se interrumpe con el requerimiento de cualquier autoridad*”.

6° La posesión útil para prescribir debe ejercerse públicamente –notoriamente-, es decir frente a las autoridades y frente a los demás particulares, sin que puedan servir de sustento para la posesión legítima, “*los actos violentos ni los clandestinos; sin embargo, ella puede comenzar cuando ha cesado la violencia o la clandestinidad*”<sup>50</sup>. Tampoco sirven de fundamento para la adquisición de posesión legítima, los actos meramente facultativos ni los de simple tolerancia. Como ocurría con los actos autorizatorios o la simple negligencia de la autoridad en permitir que indigentes o buhoneros<sup>51</sup> ocupen temporalmente las calles.

En conclusión, atendiendo a las previsiones del derecho común y las citadas teorías administrativas que estudian los bienes demaniales, consideramos que resulta factible tanto la prescripción de los bienes del dominio público como la de los bienes patrimoniales, pertenecientes a los entes públicos territoriales.

#### 4. *La usucapión de tierras públicas urbanas en la Constitución de 1999*

Antes de la vigencia de la Constitución de 1999, el tratamiento del tema de la usucapión de las tierras públicas urbanas sobre las cuales están asentados los barrios, podía resultar relativamente sencillo, en especial si se atiende a la circunstancia de que la mayoría de las construcciones se verifican en terrenos que no aparecen inscritos en los registros subalternos –hoy inmobiliarios- y en consecuencia su titularidad no puede atribuirse a ninguna persona, por lo que se ajustarían a la categoría de “tierras baldías”, consideradas como de dominio privado o patrimonial de la República, y en consecuencia usucapibles, conforme a las normas y principios antes expuestos<sup>52</sup>.

50 Artículo 777 Código Civil.

51 Denominación popular que se asigna a los también llamados “trabajadores de la economía informal”, aunque este término es más amplio, constituyen el género y aquél la especie.

52 Aún cuando en algún momento se consideró a los Baldíos como imprescriptibles, luego del trabajo del profesor Lagrange, tantas veces citado y de sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del año 1986, se ha aceptado pacíficamente su prescriptibilidad. En tal sentido Brewer Carías señala: “... las tierras baldías siempre fueron consideradas como bienes patrimoniales o del dominio privado de los Estados, susceptibles por tanto de enajenación y, en general, también susceptibles de ser adquiridos por prescripción con diversas excepciones”. Allan Brewer Carías, *Ob. Cit.* p. 328.

Por mandato del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, se consideraban bienes nacionales “*Los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio de la República y que no tengan dueño*”. De su parte el artículo 542 del Código Civil, establece, “*Todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la Nación, si su ubicación fuere en el Distrito Federal o en Territorios o Dependencias Federales, y al dominio privado de los Estados si fuere en éstos*”. Mientras que conforme al artículo 1° de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936<sup>53</sup>, se consideran “*...baldíos todos los terrenos que, estando dentro de los límites de la República, no sean ejidos ni propiedad particular ni pertenezcan legítimamente a corporaciones o personas jurídicas*”. De manera que, tratándose de la ocupación o invasión de tierras generalmente ociosas y cuya propiedad registralmente no estaba atribuida a otra persona, resulta obvio que se trata de bienes nacionales patrimoniales y no de bienes demaniales, que incluso son atribuidos al patrimonio o titularidad pública nacional –si se quiere –por residualidad<sup>54</sup>. En consecuencia se puede reafirmar que dichos terrenos resultan susceptibles de usucapión por los particulares, por supuesto, conforme a los plazos –*longissime temporis*– previstos en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, instituyó un importantísimo cambio en esta materia, toda vez que en su artículo 181, dispone: “*Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana.*” (Subrayado nuestro). Con esta disposición el constituyente, transformó los otrora terrenos baldíos ubicados en áreas urbanas, en terrenos “ejidos”, bienes que por mandato de la misma norma constitucional tienen atribuida las características demaniales de “inalienables e imprescriptibles”<sup>55</sup>. Nos enfrentamos así una previsión constitucional de obvia trascendencia jurídica, pues ahora, han sido calificadas constitucionalmente como “ejidos” las tierras urbanas cuya titularidad no esté registralmente atribuida a favor de un particular o de un ente público. Siendo objeto de una declaratoria general como bienes del dominio público, adquiriendo a partir del 30 de diciembre de 1999, la categoría de bienes inalienables e imprescriptibles. Entonces, para determinar la prescriptibilidad de los terrenos –ahora ejidos– que desde hace muchos años se encuentra ocupados por habitantes de los barrios, consideramos que debe atenderse a los distintos momentos y circunstancias jurídicas que de seguidas se analizan:

---

53 Publicada en *G.O.* del 03 de septiembre de 1936.

54 Aunque las razones históricas y de soberanía nacional justifiquen tal atribución.

55 Artículo 181. Los ejidos son inalienables e imprescriptibles. Sólo podrán enajenarse previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen, conforme a esta Constitución y la legislación que se dicte para desarrollar sus principios.

Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana. Quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas. La ley establecerá la conversión en ejidos de otras tierras públicas.

A. *Prescripciones consumadas antes del 30 de diciembre de 1999*

No guardamos ninguna duda respecto de la validez y posibilidad de declaración judicial de las prescripciones adquisitivas consumadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución, pues hasta ese entonces, los bienes en referencia debían considerarse como baldíos, y en consecuencia, quienes los hubieren poseído a título de dueño y con los demás elementos característicos de la posesión legítima, por el plazo de 50 años o de 20 años si se trata de posesión de buena fe amparada en justo título, ya habrían “consumado” la adquisición de la propiedad, indistintamente que dicha usucapición no se hubiere declarado judicialmente. La usucapición se verifica por el transcurso del plazo establecido, y por ello, el juicio de prescripción contiene una pretensión “declarativa” y no constitutiva, limitándose al reconocimiento jurisdiccionales de la prescripción previamente consumada por haberse cumplido el plazo previsto en la ley, contado desde el momento en que el poseedor comenzó a poseer con *animus domini*, en forma pública y pacífica. La sentencia de prescripción declara y reconoce la propiedad ya adquirida por el otrora poseedor legítimo, ahora dueño.

Por otra parte, la misma norma constitucional, deja a salvo los “*legítimos derechos de terceros*”, con lo cual se entiende que deben respetarse los derechos legalmente adquiridos, entre ellos por supuesto el derecho de propiedad previamente constituido *ope lege* a causa de la usucapición, aunque ésta no se hubiere declarado previamente<sup>56</sup>.

B. *Situaciones creadas a partir de la entrada en vigencia de la Constitución*

Respecto de la posesión y ocupación de terrenos urbanos, ahora convertidos en ejidos, cuyos poseedores para el 30 de diciembre de 1999 no hubieren alcanzado el tiempo suficiente para prescribir, y/o aquellos ocupados o que se ocupen luego de la referida puesta en vigencia de la Constitución, pueden adoptarse dos distintas posiciones y soluciones jurídicas; la primera representada por la simple y literal interpretación del texto constitucional, que culminaría con la contundente negativa de posibilidad de prescripción, y otra, que recogiendo los análisis precedentemente expuestos, concluya en la revisión fáctica de cada caso concreto, para verificar si efectivamente se está o no en presencia de un bien demanial, que goza del referido carácter exorbitante. Obviamente nos asimos a la segunda postura, no sin prevenir la férrea oposición que seguramente se sustentará en la primacía constitucional, que en nuestro criterio para nada se ve afectada por esta posición, en tanto que las normas constitucionales también están hechas para ser interpretadas conforme a los principios generales de las instituciones que regulan y más aún, conforme a la naturaleza real o material de las situaciones sobre las cuales deben aplicarse.

---

56 “Las prescripciones consumadas a favor de poseedores legítimos de baldíos urbanos en un período de tiempo que no exceda del 30 de diciembre de 1999, son plenamente válidas”. Hector Turuhpial Cariello, *Ob. Cit.* p. 231. En igual sentido, pero refiriéndose a la imprescriptibilidad de los baldíos rurales prevista en la Ley de Tierras y desarrollo Agrario, se ha dicho: “Esta nueva condición de imprescriptibles de los terrenos baldíos rurales no tiene efecto retroactivo, y en consecuencia quien haya adquirido terrenos baldíos rurales por prescripción adquisitiva, en lapsos efectivos hasta el día 9 de diciembre de 2001, puede intentar –en tiempos actuales- la acción de prescripción adquisitiva con fundamento a que el derecho prescriptivo ingresó a su patrimonio jurídico en una fecha donde (*sic*) en la cual era posible prescribir tales terrenos baldío”. Édgar Dario Núñez Alcantra, *Ob. Cit.* p. 107. “Tal regulación, como es obvio, no se puede aplicar respecto de las tierras que habiendo podido haber sido en el pasado tierras baldías, hubieran dejado de serlo antes de la entrada en vigencia de la Ley por haber sido adquirido por personas jurídicas mediante cualquiera de los modos de adquirir la propiedad regulados en el Código Civil o en la Ley, incluso prescripción”. Allan Brewer-Carías, *Ob. Cit.* p. 328.

La Constitución como cualquier texto legal, puede declarar la imprescriptibilidad de alguna categoría de bienes por considerarlos del dominio público, tal como es el caso de los terrenos ejidos, que por su naturaleza de bienes “comunales”, históricamente han revestido la característica de imprescriptibles, incluso desde antes del nacimiento de la República.<sup>57</sup> Sin embargo, como hemos expuesto precedentemente, la naturaleza demanial del bien no proviene de su designación legal, sino de su efectiva afectación al dominio público a través del uso público o de utilidad pública que se le asigne, en lo cual coinciden los autores antes citados, por lo que a nuestro entender, tal designación legal lo que da al bien es “vocación dominial”, alcanzando tal carácter de dominio público cuando se verifiquen los otros requisitos de la afectación, en especial el referido a su elemento objetivo o teleológico, según hemos analizado *supra*. “No debe confundirse la asignación del carácter público a un bien, que sólo designa establecer que dicho bien tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público, de la afectación del mismo al dominio público, que significa que un bien declarado dominial queda efectivamente incorporado al uso o servicio público”.<sup>58</sup> Premisas lógicas, que en nada pueden ni deben cambiar, por el hecho de que la calificación jurídica la realice el constituyente o el legislador.

Consideramos relevante destacar que precisamente García De Enterría, comienza la obra tantas veces citada sobre la usucapción de bienes demaniales, partiendo de la observación crítica de la tendencia administrativista de imponer por vía legislativa la configuración de propiedades como pertenecientes al dominio público y disponer expresamente su imprescriptibilidad, formulando el maestro *ab initio*, serias dudas sobre la posibilidad de imponer prácticamente, e incluso instrumentar técnicamente, la imprescriptibilidad como una cualidad propia de una cosa. Como se ha expuesto, dicho autor concluye atendiendo a la afectación y desafectación del bien, como presupuestos para determinar su usucapibilidad.

La Constitución aunque suprema, es ley al fin, y como tal, no es suficiente para modificar la realidad material, constituida en nuestro caso por la circunstancia que los terrenos urbanos ahora calificados como ejidos, en su mayoría se encuentran ocupados por legítimos poseedores, en evidente exclusión de cualquier otra posesión particular y aún más, en oposición e impedimento de cualquier forma de uso o utilidad pública, por lo que más allá de la vocación o calidad dominial, aquellos bienes en posesión efectiva de terceros no alcanzan -ni han tenido nunca- la categoría de bienes demaniales, siendo susceptibles de posesión legítima por los particulares como en efecto ocurre en la realidad. Más aún, en tales supuestos ni siquiera puede hablarse de desafectación, pues mal podría desafectarse lo que nunca ha sido afectado a la utilidad o uso público. No se trata de desatender el texto constitucional, se trata de establecer el alcance exacto de la norma que se analiza, que en este caso, sólo puede circunscribirse -como se ha dicho- ha establecer la vocación o la calidad dominial del bien, pero sin que puedan extenderse sus efectos de imprescriptibilidad, por no encontrarse dicho bien objetiva y materialmente afectado a un uso o destino público.

Por último, sin pretender oponer un texto legal a la norma constitucional, debemos referir que la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2005, expresamente reconocía a los propietarios de bienhechurías en asentamientos urbanos populares, el derecho de adquirir sin costo alguno el derecho de propiedad de los terrenos ocupados, incluido los ejidos, siempre que concurren los requisitos de posesión legítima por el plazo de 20 años. Con lo cual, la propia ley -hoy modificada- reconocía la realidad material y jurídica delatada.

---

57 Para el tema: Héctor Turuhpial Cariello, *Ob. Cit.*

58 Miguel Marienhoff, citado por Araujo-Juarez (*Ob. Cit.* p. 738).

### III. LA ADJUDICACIÓN DE TIERRAS URBANAS

Otro mecanismo legal para la adquisición de los terrenos urbanos por parte de los constructores u ocupantes de viviendas edificadas en los barrios urbanos, lo constituye la Adjudicación de dicho derecho de propiedad a través de cesión gratuita por parte del ente público territorial correspondiente. Con antecedentes inmediatos en la citada Ley de Tierras Baldías y Ejidos, la adjudicación se constituye en un mecanismo legal de eminente carácter social, a través del cual el estado cumple con el reconocimiento de la realidad de los asentamientos urbanos populares y regulariza la titularidad de la tenencia de la tierra en reconocimiento precisamente de la posesión *animus domini* ejercida y atendiendo a las garantías constitucionales de seguridad jurídica, derecho de propiedad y derecho de vivienda. Por tal carácter social, la adjudicación debe ser un mecanismo más económico y ágil que los procesos judiciales de prescripción, que en esencia resultan más costosos y hasta inaccesibles para personas de escasos recursos. Observemos las tres (3) etapas en que se ha desenvuelto este derecho, durante la vigencia de la Constitución de 1999.

#### 1. *Primera Etapa. Consagración absoluta del derecho*

Precedida de un decreto presidencial del año 2002<sup>59</sup>, en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2005, se incluyeron dos normas sustantivas que reconocían como “derecho” la adjudicación de la propiedad de los terrenos urbanos. Tales normas disponían:

**“Artículo 153. De la accesibilidad a créditos y préstamos nacionales e internacionales.** El Estado establecerá un sistema para garantizar a los habitantes de asentamientos humanos populares la accesibilidad a los beneficios de los créditos y préstamos nacionales e internacionales para financiar políticas, programas, planes, proyectos y acciones en el área de vivienda y hábitat, al cual se integrarán los siguientes elementos:

1. El derecho real de propiedad o enfiteusis a perpetuidad que dispongan los particulares sobre terrenos aptos para el desarrollo de la vivienda y el hábitat; que conforme a lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento, se otorgue a los particulares sobre terrenos en los cuales habitan y cuya propiedad sea de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, de los municipios o de cualquiera de sus entes descentralizados funcionalmente, o que fueren tierras baldías, ejidos u otros bienes del dominio público, excepto sobre aquellos terrenos de afectación ambiental, inestabilidad geomorfológica o que fueren de carácter estratégico para la Nación.

2. El derecho real de propiedad que tengan los particulares sobre las bienhechurías construidas, previo avalúo realizado por el ente con competencia, sobre tierras de su propiedad o de las cuales sean poseedores de buena fe, sean públicas o privadas, el cual deberá formalizarse mediante la inscripción del correspondiente Título Supletorio ante el Registro Subalterno correspondiente a la ubicación del inmueble de conformidad con la ley.

3. **El derecho** de las personas que se encuentren en el supuesto señalado en el numeral anterior **a adquirir sin costo alguno la propiedad de los terrenos, aún aquellos de origen privado, sobre los cuales tengan bienhechurías, siempre y cuando, sean poseedores legítimos del derecho correspondiente unido al transcurso del tiempo de veinte años habitando el mismo**, a menos que este lapso de prescripción haya sido interrumpido conforme a las disposiciones establecidas en el Código Civil. (...)” (Negritas y subrayado nuestro).

---

59 Publicado en *G.O.* N° 37.378 fecha 4 de febrero de 2002.

**“Artículo 154. Concesión en propiedad real o enfiteusis a perpetuidad de terrenos, bienes inmuebles, ejidos, tierras baldías o bienes de dominio público.** Con el objeto de facilitar el financiamiento necesario para la adquisición, construcción, liberación de hipoteca, sustitución, restitución, reparación, remodelación, servicios básicos esenciales, urbanismo y habitabilidad de sus viviendas, la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios y sus entes descentralizados funcionalmente, concederán en propiedad o enfiteusis a perpetuidad, mediante contrato inscrito en el Registro Subalterno correspondiente, sus terrenos, bienes inmuebles, ejidos, tierras baldías o bienes del dominio público, sobre los cuales los particulares habiten a la entrada en vigencia de la presente Ley, en los términos y condiciones que señale el Reglamento de esta Ley, siempre y cuando se demuestre la posesión legítima y que no exista proceso de litigio”. (Negritas y subrayado nuestro).

Como se observa, la normativa legal creó efectivos derechos exigibles a los entes públicos territoriales, quienes en su condición de sujetos pasivos de la relación jurídica dimanada de las referidas normas, estarían “obligados” al reconocimiento del derecho de propiedad o traslación gratuita de los terrenos públicos, incluidos los del dominio público, a favor de los habitantes y poseedores de bienhechurías, exigiendo fundamentalmente el requisito de la posesión legítima. Aún cuando la norma del artículo 154, remite para su ejecución a “*los términos y condiciones que señale el Reglamento*”, la falta de éste, no desdice de la existencia efectiva del derecho legalmente consagrado y reconocido, máxime que por mandato constitucional no podría el reglamento imponer condiciones que desvirtúen el espíritu, propósito y razón de la ley, que no es otro que el reconocimiento del derecho de propiedad, sobre las tierras urbanas en cuestión.

No obstante la contundencia del mandato legal citado, entendemos que no se dictó el respectivo reglamento, sino que, se produjo una nueva ley, que por su contenido resulta especial en la materia que regula, específicamente la Ley de Regulación Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares, en vigencia desde 17 de julio de 2006, en la cual se pretende precisamente la regularización, establecimiento y reglamentación del proceso de adjudicaciones<sup>60</sup>.

## 2. Segunda Etapa. Enrevesamiento del derecho de adjudicación

No corresponde aquí el análisis pormenorizado de la mencionada ley especial, pero si juzgamos pertinente resaltar que en general contiene un subyacente contenido político enmarcado dentro de la tendencia a desconocer las iniciativas y derechos individuales, sustituyéndolas por asociaciones colectivas obligatorias, en este caso, los “Comités de Tierra Urbana”. La ley si bien reconoce el derecho de adjudicación, para su satisfacción no prevé un proceso individual a través del cual una persona por si sola y en ejercicio del derecho reconocido pueda exigir la adjudicación, sino que crea un enrevesado proceso colectivo o comunal, que además de inoperante en la mayoría de los casos, seguramente propende a la manipulación u obligatoria identificación de cada individuo con los “comités” de carácter políticos que efectiva y eficazmente podrían tener acceso a la venía de los entes públicos nacionales o municipales de que se trate. Asimismo, en este extraño marco regulatorio, se insiste en la

---

60 Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto ordenar y regularizar el proceso de la tenencia de la tierra, ocupada por la población en los asentamientos urbanos populares, y contribuir a la satisfacción progresiva del derecho a la vivienda y el hábitat, dando prioridad a la familia, especialmente a aquéllas en condición de vulnerabilidad social, y así consolidar los asentamientos urbanos populares ya existentes, de manera digna, equitativa y sostenible, mediante un proceso de cogestión integral con el Estado.



propiedad colectiva e incluso se crea la figura de comisiones de conciliación o arbitraje, a las cuales deben someterse “irrevocablemente” quienes pretendan adquirir la condición de beneficiarios<sup>61</sup>, en claro desconocimiento del constitucional derecho a la jurisdicción.

No encontramos en el texto de la ley un derecho individual subjetivo de propiedad, ni siquiera un derecho de petición individual, pues se circunscribe el procedimiento administrativo a la actividad comunal de la población interesada, que pasa por la creación de la “carta del barrio”, cuya formulación es colectiva y progresiva<sup>62</sup>, y debe incluir entre otras múltiples informaciones, la “*Descripción socio-cultural, económica y política de la comunidad*”. Una vez formulada esta “carta del barrio”, de iniciativa popular o colectiva y de muy dudosa calidad democrática<sup>63</sup>, debe seguirse el procedimiento de adjudicación, el cual puede “*iniciarse de oficio o a instancia de la comunidad organizada*”, por ante la Oficina Técnica Nacional o Municipal para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, silenciando y censurando nuevamente la ley la posibilidad de iniciativa individual. En definitiva el carácter comunal que predomina en la ley, a nuestro entender, minimiza la efectiva posibilidad de acceder a la propiedad, quedando reducida e injustificadamente limitada a la potestad y voluntad política de los entes públicos nacionales o municipales involucrados.

La adjudicación en cuestión, aunque compleja en su procedimiento, cuando menos cumple con la característica social de gratuidad, a pesar que el artículo 18 *eiusdem*, dispone un precio de adjudicación de un bolívar por metro cuadrado, el cual consideramos simplemente instrumental, posiblemente a los efectos registrales o fiscales, aún cuando la propia ley exonera de aranceles las operaciones de adjudicación.

En definitiva, esta ley vigente, regula pero de manera poco efectiva y si se quiere retorcida, el derecho que ella misma dispone, que no es otro que el de propiedad sobre los terrenos públicos poseídos legítimamente por los constructores o propietarios de viviendas (bienhechurías) en los referidos sectores urbanos populares.

### 3. Tercera Etapa. La práctica desaparición del derecho de adjudicación

Dentro del marco de la más resiente y polémica Ley Habilitante concedida por la Asamblea Nacional al Presidente de la República, y dentro de las también polémicas, 26 Decretos Leyes aprobados en el último día del plazo habilitante, se incluyó en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, sendas disposiciones que irrumpen solapada pero contundentemente sobre el tema que nos ocupa.

Este decreto-ley, además de atribuir al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (Banavih), competencias para la inspección y establecimientos de sanciones, antes atribuidas a la Superintendencia de Seguridad Social y ejercidas hasta ahora ilegítimamente por Banavih, y además de la publicitada posibilidad legal –y exclusivamente teórica– de financiamiento del cien por ciento (100%) del valor de las viviendas, también contiene normas, que si bien no derogan expresamente el contenido de la ley especial anteriormente revisada, podrían conllevar prácticamente a la desaparición de la Adjudicación como derecho subjetivo, convirtiéndolo en una mera discrecionalidad del Ejecutivo Nacional.

---

61 Artículo 33.

62 Artículo 58.

63 El mismo artículo 58, dispone: “La toma de decisiones que comprometan el destino, transformación físico-espacial y la estabilidad del asentamiento urbano popular exigirá la presencia de al menos el cincuenta y uno por ciento de los o las representantes de las familias de la comunidad y la aprobación se hará mínimo por mayoría simple de los presentes en asamblea de ciudadanos y ciudadanas”.

Las normas en referencia disponen:

**Artículo 76.** El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat procurará la regularización de la tenencia de la tierra en los asentamientos humanos populares, bajo criterios de justicia y equidad, con la participación activa y protagónica de la comunidad organizada, de acuerdo con la ley especial que rijan la materia, con la finalidad de facilitar el acceso a los beneficios del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat. En tal sentido, tendrá la competencia correspondiente para el otorgamiento de los títulos de adjudicación de tierras públicas nacionales.

**Artículo 79.** Con el objeto de facilitar el acceso a los beneficios del Sistema, los entes públicos, previa coordinación y aprobación por parte del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat, podrán dictar los actos o celebrar los acuerdos que sean necesarios, de conformidad con las normas aplicables, para transmitir la propiedad u otros derechos reales sobre sus terrenos o edificaciones, en el caso de que hayan venido siendo ocupados de manera pacífica, en condición de posesión legítima.

Si ya resultan cuestionables las disposiciones de la ley especial que pretende la regulación de la tenencia de las tierras urbanas a través de complejos mecanismos comunales, las normas transcritas vienen a acabar con toda expectativa seria de adjudicación. Obsérvese que ya no existe un derecho al reconocimiento del derecho de propiedad, como lo consagraba la ley original en el año 2005, ni un derecho de adjudicación como se infiere de la ley especial del año 2006. Ahora, sólo se prevé la instrucción al Ministro competente para que “procure” la regulación de la tenencia, lo cual además, queda al discrecional criterio de “justicia y equidad”.

Así, de un auténtico derecho consagrado en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2005, se pasó a un complejo proceso de tipo colectivo, pero en el cual de alguna forma se continúa reconociendo el derecho de adjudicación, para culminar ahora con normas que no contienen un mandato expreso de asignar la propiedad de las tierras a sus ocupantes, ni mucho menos reconocen un derecho subjetivo, limitándose a crear una potestad discrecional.

La misma norma del artículo 78 arrebata la competencia de adjudicación de bienes públicos nacionales, originalmente concedida a la Oficina Técnica Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, y la centraliza en cabeza del Ministro, lo que implica que al trámite ya complejo de adjudicación previsto en la ley especial, debe agregarse la circunstancia de que ya no es la oficina técnica creada al efecto quien detenta la competencia para otorgar el respectivo título de adjudicación de tierras, sino que las nuevas normas, sin mayor explicación, se la atribuyen al Ministro con competencia en materia de vivienda y hábitat. En este aspecto, podría pensarse que por tratarse de un Decreto-ley y no de una Ley dictada por la Asamblea Nacional, la situación quizás obedezca a una inadvertencia del seudolegislador, sin embargo, la lectura íntegra de las dos normas transcritas, develan una clara vocación centralista, que no deja dudas respecto de la intención expresa de modificar el régimen de adjudicación.

Por otra parte, e igualmente grave, la norma del artículo 79, en violación de los principios constitucionales de descentralización y de autonomía municipal, somete –ahora- a la aprobación del Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat (Ejecutivo Nacional), los actos o acuerdos necesarios para que los otros entes públicos territoriales, puedan transmitir la propiedad de los terrenos bajo su control. Lo cual reforma y deforma las competencias atribuidas por la ley especial a las Oficinas Técnicas Municipales para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, y en forma indebida somete a la aprobación de un órgano del Ejecutivo Nacional, la gestión y disposición de sus bienes por parte del Municipio, en flagrante violación de las normas de los artículos 168 y 178 Constitucionales.

Recuérdese que por mandato constitucional, las tierras carentes de dueño ubicadas en áreas urbanas, pertenecen a los Municipios en carácter de ejidos, por lo que, son los Municipios quienes tendrían su titularidad y la potestad y obligación de adjudicarlas, para lo cual bastaría con el mandato legal contenido en la dos leyes anteriores, sin que en ningún caso, se requiera la aprobación del Ejecutivo Nacional.

Obviamente, una interpretación sistemática de estas normas, adaptándolas a los principios que deben regir la institución de la adjudicación propuestos en la ley especial, deberían llevar a la conclusión de que las mismas no resultan aplicables y que debe propenderse a la descentralización, individualización y agilización de los procedimientos. Sin embargo, proviniendo la norma del Presidente de la República, y siendo los ejecutantes órganos subordinados, dudamos que se dé una interpretación más allá de la exegética, que sólo podría ser corregida por vía jurisdiccional, trámite que para los administrados beneficiarios –por lo general de escasos recursos- podría resultar más engorroso que el propio juicio de declarativo de prescripción.

Si se considera que la Adjudicación es un mecanismo de eminente carácter social que debería permitir de una forma sencilla y directa la regularización de la tenencia de la tierra, resulta claro que las disposiciones en comentario han desnaturalizado el fin perseguido, imponiendo la práctica aniquilación del derecho de adjudicación, reducido a una mera potestad del Ejecutivo Nacional.

#### IV. CONCLUSIONES

La realidad actual es que los habitantes de los asentamientos urbanos populares continúan sin contar con mecanismos idóneos para la regulación de su situación jurídico-patrimonial respecto de las tierras públicas que ocupan y sobre las cuales están edificadas sus viviendas. Sólo cuentan, por una parte, con el mecanismo de la prescripción, institución que en la mayoría de los casos probablemente ya se ha consumado convirtiéndoles en propietarios, pero cuya declaración es necesaria a través de un proceso judicial al cual por razones de índole económico, generalmente no recurren las personas de escasos recursos. Poca accesibilidad, a la cual deben sumarse las dudas que pudieran surgir respecto de la posibilidad o no de usucapación de los terrenos urbanos ahora convertidos en ejidos y declarados imprescriptibles por la Constitución Nacional.

Por otra parte, la Adjudicación como mecanismo idóneo, por su carácter administrativo, gratuito y social, no ha recibido de parte de la ley un tratamiento que haga honor a los fines que persigue o debería perseguir, pues por el contrario, cada vez se constituye menos en un derecho y más en una dádiva sujeta al exclusivo criterio del Ejecutivo Nacional, que bien podría servir como instrumento de clientelismo.



## Sección II: Régimen de la seguridad y soberanía agroalimentaria

### *Planificación y soberanía alimentaria*

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela  
y de la Universidad Católica Andrés Bello  
Director del Centro de Estudios de Derecho Público  
de la Universidad Monteávila*

#### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 305 de la Constitución encomienda al Estado la tutela de la seguridad alimentaria de la población, entendida como la “disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor”. Como toda política económica, el conjunto de acciones emprendidas por el Estado para cumplir ese cometido debe coherenciarse con el sistema de economía social de mercado recogido en el Texto de 1999, de acuerdo con los perfiles que, de manera insistente, ha venido desarrollando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>1</sup>. Es decir, que tal cometido debe alcanzarse a través de la actuación de prestación y limitación del Estado, garantizando y promoviendo la libertad de empresa y la propiedad privada, así como el derecho de selección de los consumidores y usuarios.

Desde la perspectiva constitucional, la seguridad alimentaria atiende a dos parámetros; uno, cuantitativo, orientado a asegurar el acceso a los alimentos; otro, cualitativo, que emerge del artículo 117: tal garantía de acceso ha de referirse a alimentos de calidad. Garantía de acceso a alimentos de calidad y, también, garantía de selección, que es el corolario que incorpora el citado artículo 117, como complemento al reconocimiento constitucional de la libertad económica y, con ella, de la libre competencia (artículo 112 y 113)<sup>2</sup>. Lo anterior no se opone a la regulación de las actividades económicas encaminadas a satisfacer la seguridad alimentaria: antes por el contrario, la propia tutela de ese bien jurídico justifica tal regulación y, por ende, la libertad de empresa y la libertad económica, siempre de conformidad con las garantías jurídicas de ambos derechos. No es ésta, por lo demás, la arista que quiere destacarse. Más bien nos interesa ahondar en la compatibilidad entre el diseño institucional de la seguridad alimentaria en la Constitución de 1999 y la planificación vinculante, todo ello, en el marco del Decreto N° 6.071, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.889 extraordinario de 31 de julio de 2008, referida de ahora en adelante como LOSSA.

---

1 Véase un resumen de tales perfiles en José Ignacio Hernández G., *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 13 y ss.

2 En este sentido, puede verse a Marta Franch Sager, “La seguridad alimentaria: las agencias de seguridad alimentaria”, en *Revista de Administración Pública* N°159, Madrid, 2002, pp. 315 y ss.

## II. BREVE APROXIMACIÓN A LA PLANIFICACIÓN ECONÓMICA Y SU DIMENSIÓN ACTUAL

La planificación es técnica común de intervención de la Administración en la economía. Tiempo ha que ella dejó de ser instrumento exclusivo del modelo socialista de publicación de los medios de producción, para pasar a concebirse como útil herramienta de ordenación de la economía<sup>3</sup>. Y así ha sucedido entre nosotros, dada la relevancia tradicional de la planificación como técnica de ordenación de la economía<sup>4</sup>. Sin embargo, en su aproximación jurídica, es conveniente repasar algunas nociones preliminares:

- El plan es, ante todo, una norma jurídica, y de allí su natural vocación ordenadora, en especial, de la acción social del Estado, mediante los planes de desarrollo. Ello, se acota, al margen de su forma jurídica, aun cuando, como propia, encontramos el plan expresado mediante actos administrativos, de rango sub-legal.

- Pero no se trata, en segundo lugar, de cualquier norma jurídica. O dicho en otros términos, no toda norma jurídica es un plan. Este se incardina con la estructuración de objetivos –cometidos estatales- cuya consecución constituye el giro o tráfico propio de la Administración Pública. De allí que la función ordenadora del plan pasa por afirmar su carácter vinculante para el propio sector público, promoviendo la cohesión allí donde reina la heterogeneidad de órganos y entes.

- Frente a los particulares, el carácter vinculante del plan implica el reconocimiento de su función ordenadora, de tipo positivo, sobre la conducta de la empresa privada. El plan tiene así el mismo efecto que las órdenes o mandatos positivos de hacer, aun cuando él opera en un grado de mayor generalidad y abstracción.

Como se aprecia, que el plan tenga carácter normativo y por ende ordenador, es una conclusión que, en la práctica, admite diversos grados<sup>5</sup>. Sin embargo, de cara al sistema económico recogido en el Texto de 1999, pueden arbitrarse dos límites al carácter normativo del plan, en especial, frente a los particulares. Por un lado, (i) el sistema de planificación vinculante para los particulares, al ser incompatible con la autonomía en la explotación de la empresa y, por ende, con el contenido esencial de la libertad económica, resulta contrario al artículo 112 constitucional, salvo en sectores reservados al Estado. Además (ii), aun en este contexto, la planificación no puede imponerse como principio general, en tanto vaciaría uno de los presupuestos del sistema de economía social de mercado, cual es la existencia de la empresa privada.

Claro está, que la planificación sólo vincule a la Administración no empecé a considerar su efecto reflejo sobre la empresa privada, pues la acción de limitación de aquélla quedará condicionada por el alcance del plan. Empero, la afección a la autonomía privada no se verá condicionada por el plan, sino por la extensión de las potestades de ordenación y limitación sobre la empresa privada, potestades que, como tales, deben ser títulos tasados y limitados.

---

3 Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, cit., pp. 347 y ss.

4 Por todos, Nelson Rodríguez García, “Aspectos jurídicos de planificación en Venezuela”, *Revista de Derecho Público* N° 6, Caracas, 1981, pp. 35 y ss. y Allan Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 271 y ss.

5 Cfr.: César Ciriano Vela, *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 184 y ss.

A estas conclusiones se contraponen el *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley orgánica de creación de la comisión central de planificación*<sup>6</sup>. En esta Ley la planificación es ordenada como una técnica de intervención de la Administración en la economía puesta al servicio de la transformación del modelo económico, calificado expresamente como “modelo socialista”<sup>7</sup>. Siguiendo la experiencia pasada, la técnica de planificación se acompaña de la creación de una organización administrativa especial: la *Comisión Central de Planificación*, órgano principalmente consultivo en cuanto a la elaboración de proyectos de planes, pero al cual se le ha reconocido la potestad de inspección, de cara a la obtención de la información necesaria para la elaboración de estos planes.

El aspecto medular de la nueva regulación, como hemos observado ya, es determinar su carácter vinculante para los particulares. Así, la Ley comentada admite sin resquemor que los planes serán de obligatorio cumplimiento (artículo 13) aun cuando ello sólo se desarrolla respecto de los órganos y entes del Poder Público (artículos 4.3 y 14). Incluso –e innecesariamente, creemos– se predica que de cara a la Ley, los entes descentralizados funcionalmente no tendrán autonomía de ningún tipo. A ese carácter vinculante coadyuva, además, que la Ley pretenda imponer el “modelo integrado de planificación centralizada” (artículo 2) o “planificación centralizada de la actividad económica” (artículo 5). Nos hemos inclinado, sin embargo, por interpretar esta Ley en el sentido que el carácter vinculante de la planificación sólo cabe predicarlo frente al sector público, como lo corrobora la regulación que de la Comisión Central de Planificación realiza la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>8</sup>.

Carácter indicativo que cabe predicar al plan de desarrollo, dictado por el Presidente de la República conforme al artículo 236.18 de la Constitución, y que constituye la ordenación básica de la actuación del Estado, de acuerdo con los cometidos diseñados por el gobierno democrático de turno. Pero, sin afectar esta conclusión formal, es innegable el efecto *práctico* que dicho plan genera sobre el sector privado. Muy en especial, en el contexto del plan de desarrollo económico y social de la Nación 2007-2013, en el cual podemos encontrar, resumidos, los principales postulados económicos que insuflaron la reforma rechazada el 2 de diciembre de 2007<sup>9</sup>. Plan que, como veremos de inmediato, acomete la ordenación de la seguridad alimentaria.

### III. LA SEGURIDAD ALIMENTARIA DESDE LA PLANIFICACIÓN

El plan de desarrollo 2007-2013, reitera la relevancia de la seguridad alimentaria, pero desde el modelo económico allí dibujado, que era el mismo modelo contenido en el proyecto de reforma de la Constitución. Por ello, en el plan, la seguridad alimentaria se asocia al modelo productivo socialista<sup>10</sup>. Es decir, que la seguridad alimentaria, para el plan de desarrollo,

6 G.O. de N° 5.841 Extraordinario de 22 de junio de 2007.

7 Según el artículo 2.3 de la Ley, la planificación se orientará al “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”.

8 Publicada en la G.O. número 5.890 extraordinario del 31 de julio de 2008. Su artículo 57 reduce el rol de la Comisión al control de la planificación centralizada de la Administración Nacional.

9 Sobre estas similitudes, *vid.* José Ignacio Hernández G., *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela*, pp. 354 y ss.

10 Nos remitimos a lo tratado en José Ignacio Hernández G., *Comentarios a la Ley contra el Acaparamiento*, segunda edición, Caracas, 2008, p. 18.

se concibe en el marco del modelo económico caracterizado por la dirección central del Poder Nacional, y la preeminencia de la iniciativa pública sobre la privada, bajo la funcionalización social de ésta<sup>11</sup>.

La LOSSA se inserta dentro de estos postulados, aun cuando –debe reconocerse– en menor medida, por la generalidad de sus disposiciones, que impide que muchas de sus normas alcancen un grado mínimo de eficacia. En cualquier caso, la regulación de la seguridad alimentaria –bajo la expresión “soberanía y seguridad agroalimentaria”– es abordada, con particular énfasis, a través de la técnica de la planificación. Ello, a pesar de esta conclusión, fundamental, contenida en su exposición de motivos:

“La fundamental contradicción del modelo económico capitalista neoliberal en materia agroalimentaria ha sido la incapacidad manifiesta de lograr una justa y equitativa distribución de todos los bienes alimentarios e ingresos social y económicamente necesarios para llevar a la práctica las políticas de desarrollo rural, siendo preciso someter las condiciones de abastecimiento, distribución, intercambio y comercialización a la regulación social, es decir, la vinculación social eficiente y eficaz entre la planificación y el mercado, no dejando sólo al mercado como agente regulador de la economía, pero tampoco al Estado que centralice toda la planificación o el monopolio en la producción o distribución”.

Por un lado, salta a la vista la dicotomía –muy común en el contexto de las discusiones del proyecto de reforma constitucional– entre el “modelo económico capitalista neoliberal” y el “nuevo” modelo que se pretende adoptar, que no es calificado expresamente en la exposición de motivos, pero que no es otro que el modelo socialista de transición –como le hemos llamado– que quedó muy bien perfilado en el plan de desarrollo, y luego, en el mencionado proyecto. Debe reiterarse entonces que tal dicotomía carece de base sólida, sencillamente, pues nunca a imperado en Venezuela un modelo “capitalista neoliberal”, si por tal entendemos el modelo en el cual el Estado reduce al mínimo sus funciones reguladoras. Basta un somero estudio del Siglo XX, para comprobar cómo, desde la década de los treinta, nuestra historia fue la historia de la regulación –intensa por demás– de la libertad económica, en especial, en materia de seguridad alimentaria, a través del control de precio<sup>12</sup>.

Sin embargo, partiendo de esta dicotomía, la LOSSA sienta las bases para un modelo de planificación, incardinado en principios que, sin denominación exacta, calzan con el citado modelo de socialismo de transición. Veámos los principales indicios de esta planificación:

.- Su artículo 5.1, inaugurando el listado de objetivos de la seguridad agroalimentaria, señala que ésta persigue “garantizar el balance alimentario de la población”, a través de, entre otras técnicas, la “la planificación, el desarrollo sistémico y articulado de la producción, así como la promoción de la actividad agropecuaria”. El numeral 3 del artículo 18 reitera este postulado, al señalar como responsabilidad del Estado “planificar el intercambio y distribución de insumos, tecnologías, conocimientos, productos, servicios agrícolas y agroindustriales, conjuntamente con las organizaciones sociales”. Notar que la planificación, que ha de ser

---

11 Sobre estos principios, en el proyecto de reforma, *vid.* Allan Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, *Anuario de Derecho Público*, Año 1, Centro de Estudios de Derecho Público Universidad Monteávila, Caracas, 2008, pp. 17 y ss. Véase también entre otros, a Alfredo Morles Hernández, “El nuevo modelo económico para el socialismo del siglo XXI”, en *Revista de Derecho Público* N° 112, Caracas, 2007, pp. 233 y ss.

12 Esta explicación la desarrollamos en nuestro trabajo, ya citado, *Reflexiones sobre la constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela*, en especial, pp.321 y ss.



una actividad abierta a la participación ciudadana, sólo se vincula con las “organizaciones sociales”, término afín al de empresas de la economía social que emplea el plan de desarrollo 2007-2013; los consejos comunales y las denominadas asambleas agrarias.

- Esta referencia genérica a la planificación es concretada en otras normas de la LOSSA. En especial, su artículo 13 dispone:

“La Administración Agraria propenderá al establecimiento de una estructura agrícola territorializada, según los rubros a producir y aquellos factibles de ser producidos en cada región del país, con el propósito de facilitar la planificación, evitando los excesos y posibles déficit en la producción nacional agrícola, que dificultan su comercialización, intercambio y distribución”.

Esta norma pretende sentar las bases para la planificación de rubros por territorio, siempre, de acuerdo con la perspectiva asumida por el Estado en conjunto con las organizaciones sociales. En una posición extrema, esta norma enervaría la autonomía de los particulares para decidir qué rubro cosechar, en tanto la planificación se encargaría de adoptar estas decisiones.

- Otras disposiciones relacionadas con la planificación, pero de difícil encuadre, son los artículos 35 y 36 de la LOSSA<sup>13</sup>:

“Artículo 35: En los instrumentos mediante los cuales se regule el sector agrícola, así como en los respectivos Planes Nacionales y Sectoriales, el Ejecutivo Nacional podrá establecer sujetos beneficiarios a los cuales se les otorgará prioridad para la colocación de productos agrícolas, suministro de insumos y uso de servicios requeridos en la producción, con el objetivo de transformar las relaciones de intercambio y el proceso de distribución.

A tal efecto, el Ejecutivo Nacional, en conjunto con los Consejos Comunales de cada región, definirá los requerimientos mínimos para el suministro de insumos y servicios que garanticen las condiciones de producción por rubro y por región, e identificarán a los sujetos beneficiarios. Prioridad de consumo de productos agrícolas

Artículo 36. En los instrumentos mediante los cuales se regule el sector agrícola, así como en los respectivos Planes Nacionales y Sectoriales, el Ejecutivo Nacional podrá establecer sujetos beneficiarios a los cuales se les otorgará prioridad en el consumo de determinados productos agrícolas, a fin de garantizar la soberanía y seguridad agroalimentaria y agroproductiva de la Nación.

A tal efecto, el Ejecutivo Nacional, en conjunto con los Consejos Comunales de cada región, determinará los niveles de consumo comunal por rubro e identificarán a los sujetos beneficiarios con base en parámetros objetivos que permitan el acceso prioritario de personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica o exclusión, productoras y productores locales y organismos públicos, garantizándose un límite mínimo o necesario, manteniendo valores ideales que no se traduzca en un consumo exagerado.

En todo caso, la regulación que se dicte en ejecución del presente artículo deberá garantizar el abastecimiento de productos locales a la población asentada en la zona de producción, antes de la extracción o traslado de tales productos locales a los mercados o la agroindustria”.

La amplitud de los artículos dificulta, muy mucho, precisar su alcance, lo que resulta en sí mismo reprochable. Pareciera en todo caso que, tras estos artículos, subyace la competencia de la Administración para planificar la colocación de productos agrícolas, suministro de insumos y uso de servicios requeridos en la producción, así como para el consumo de determinados productos agrícolas.

---

13 Ver las sanciones en los artículos 116 y 117.

Planificación de la oferta y la demanda que, nuevamente, se contraponen con la autonomía de los proveedores –como derivación de la libertad económica– y de los consumidores y usuarios –en los términos del artículo 117 constitucional.

- Este principio se reitera en el artículo 52 de la LOSSA, al sostener que la “producción agrícola nacional debe estar orientada a satisfacer primordialmente los requerimientos de alimentos de consumo directo, así como también las necesidades de insumos de materia prima para su transformación agroindustrial en la producción de alimentos e insumos para la producción y operación de otras industrias nacionales”. Tal condicionante modula internamente el ejercicio de la actividad de producción agrícola, todo lo cual sienta las bases para una gestión planificada de estas actividades, a fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos allí delineados.

No es diáfana la LOSSA, como se ve, al regular la planificación. Sin embargo, el contexto de la Ley dentro del plan de la nación 2007-2013, junto a la impronta que sobre el modelo económico marca la Comisión Central de Planificación, permiten sostener que las normas citadas de esa Ley acometen la regulación de la seguridad alimentaria desde la planificación central, correspondiendo por ello al Estado la adopción de decisiones que, bajo el sistema de economía social de mercado, corresponden a los particulares y a los consumidores y usuarios. No quiere decirse con ello que las actividades anejas a la seguridad alimentaria deban quedar al margen de la regulación del Estado: tal conducta omisiva es difícilmente compatible con la cláusula del Estado social de Derecho, y con los mandatos positivos que éste impone a los Poderes públicos. Recuérdese así que el sistema reconocido en el Texto de 1999 es el de economía social de mercado. La regulación sobre las actividades comprendidas por la LOSSA, en tanto afines al bien jurídico tutelado por el artículo 305 constitucional, no puede ponerse en duda.

Lo que se cuestiona aquí, en todo caso, es la *intensidad* de esa regulación. Parece que la LOSSA pretende acometer la protección jurídica de la seguridad alimentaria desde la planificación vinculante tanto para la oferta y la demanda. Planificación por rubros y, también, planificación territorializada. No hay, se reconoce, un desarrollo claro de tal planificación: la nueva Ley, sin embargo, no contiene disposiciones muy enfáticas, limitándose, muchas veces, a abordar la regulación de principios generales, a veces, un tanto vagos. Pero los pilares para un sistema de planificación vinculante, condicionado además al modelo que plantea el plan de desarrollo 2007-2013 (y por ende, el mismo modelo del proyecto de reforma constitucional), se encuentran medianamente planteados en la Ley.

Preciso es, por ende, insistir en la afirmación con la cual iniciamos nuestras breves consideraciones: la seguridad alimentaria, de acuerdo con el artículo 305 de la Constitución, sólo puede ser abordada desde el sistema de economía social de mercado que la Constitución de 1999 garantiza. A partir de aquí, se impone la interpretación constitucional de la LOSSA.

# *La Constitución económica establecida en la Constitución de 1999, el sistema de economía social de mercado y el Decreto 6.071 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de seguridad y soberanía agroalimentaria*

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

*Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y de Prácticas de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*

## I. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La Constitución Económica se refiere al conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no estando destinada a garantizar la existencia de un determinado orden económico, salvo en el caso de las constituciones socialistas de modelo soviético. En este sentido la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en pleno, en fallo de fecha de 15-12-1998, en el caso *Pedro Antonio Pérez Alzurutt*, sentó:

*“Las Constituciones modernas de los distintos países, si bien establecen de manera general la forma de actuación de los Poderes Públicos y de los individuos en la actividad económica, dicha consagración se hace en términos principistas; de esta forma, la Constitución Económica, entendida como el conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada –salvo el caso de las constituciones socialistas de modelo soviético- a garantizar la existencia de un determinado orden económico, sino que actúan como garantes de una economía social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una “base neutral” que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual sólo se pretende que observe los límites constitucionales”.* (Resaltado de esta Sala. Subrayado nuestro)

De allí pues, la Constitución Económica se refiere a un conjunto de normas que establecen la estructura o el marco jurídico fundamental para la actividad económica y dicha Constitución no garantiza la existencia de un determinado orden económico, garantizando así una economía social de mercado, inspirada en principios básicos de justicia social y con una base neutral, que deja abierta distintas posibilidades al legislador el cual debe observar los límites constitucionales.

Así pues, al decidir en el analizado caso el fondo del asunto, como lo constituyó decidir en cuanto a la supuesta nulidad de la Ley de Privatización por una presunta violación de la Constitución, la referida sentencia no declaró la nulidad de dicha Ley como contraria a la Constitución, destacando que no hay indicios de que una norma que pretenda transferir activos del sector público al sector privado sea contraria a los principios constitucionales en materia económica.

En efecto, la Constitución Económica constituye un conjunto de normas con carácter de directrices generales o principios esenciales que garantizan una economía **social de mercado**. En este sentido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de la Sala Constitucional ha señalado:

“(...) la Constitución Económica se constituye de un conjunto de normas con carácter de directrices generales o principios esenciales que garantizan una economía social de mercado, que se inspiran en el fin de la justicia social, pero tales normas constitucionales poseen una indiscutible naturaleza “neutral”, lo cual implica la posibilidad del legislador de desarrollar esas directrices generales o principios básicos constitucionales atendiendo a las necesidades reales de la Nación y respetando los límites que la propia Constitución impone.

A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto 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”).

Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, 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.” (Sentencia: Tribunal Supremos de Justicia, Sala Constitucional, Caso: *Pedro Antonio Pérez Alzurutt*, 6 de febrero de 2001).

El Profesor Brewer Carías<sup>1</sup> con relación a un análisis sobre las Cláusulas Económicas de la Constitución del 61, señaló:

“Tal como puede deducirse claramente de los cinco artículos transcritos de la Constitución (arts. 95 al 98 y 107 Constitución de Venezuela, 1961), el sistema venezolano no se encuentra ubicado totalmente ni dentro de las llamadas “economías de mercado”, donde la libre competencia es la regla y las intervenciones (reguladoras o activas) del Estado son la excepción; ni dentro de las denominadas “economías socialistas”, donde la propiedad de los medios de producción se ha estatizado o socializado totalmente.

El sistema económico venezolano, constitucional y realmente, es un sistema de economía mixta que si bien protege “la iniciativa privada” permite al Estado una gran e ilimitada intervención, no sólo de carácter regulador sino activa de Carácter Empresario.” (Subrayado nuestro)<sup>2</sup>

Así pues, la Constitución de 1999 establece, sin decirlo, un sistema económico de economía social de mercado, que se desarrolla sobre la libertad económica, pero que debe des-

1 Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho de Propiedad y Libertad Económica, Evolución y Situación Actual en Venezuela Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, p. 1139 y ss.

2 Frente a la posición de Brewer-Carías sobre un sistema de economía mixta, se han levantado críticas por ciertos sectores de la doctrina. Gustavo Linares Benzo señaló que la imprecisión de ese sistema mixto debilitaba la protección jurídica de la libertad económica. Asimismo Ignacio de León Indicó que sostener que el sistema venezolano consagra dicho régimen resulta “sumamente ambiguo, porque este adjetivo de naturaleza económica y no jurídica impide delinear en absoluto las esferas de actuación naturales del Estado y de los individuos, con el consiguiente riesgo de interferencia indebida en la esfera de actuación individual. Véase Ignacio De León: “Análisis positivo del Sistema Económico Venezolano” en *Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1998, p. 303. y Gustavo Linares Benzo, *Leer la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 117.

envolverse conforme a principios de justicia social que requieren de la intervención del Estado<sup>3</sup> En efecto, el modelo constitucional ha establecido una economía basada en la libertad económica y la iniciativa privada pero con una intervención importante y necesaria del Estado para asegurar los principios de justicia social que constitucionalmente deben orientar el régimen económico.

Lo anteriormente dicho encuentra su fundamento, entre otros, en la norma contenida en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)<sup>4</sup>.

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

Así las cosas, la Constitución de 1999 prevé la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la consecución de los valores supremos consagrados en la Constitución. En relación a esta norma del art. 299 de la C RBV, la jurista Hildegard Rondón de Sansó ha destacado el equilibrio recogido en dicho artículo entre las dos grandes corrientes existentes en el mundo actual:

“En el artículo 299 se establece la opción político-económica escogida por el constituyente que en nuestro criterio está representada por una búsqueda de equilibrios entre las grandes corrientes económicas existentes en el mundo actual. En efecto, si se analiza el enunciado de la fundamentación socioeconómica basado en el artículo 299, y se coloca a cada uno de los postulados que al efecto enuncia en alguno de los renglones básicos que se manejan en el texto, nos encontraremos con resultados sorprendentes. Los dos renglones donde hemos de ubicar a los conceptos empleados por el constituyente son: A. Economía dirigida y, B. Economía de Mercado.”<sup>5</sup>

La propuesta de Reforma Constitucional sometida a referéndum el pasado 2 de Diciembre de 2007 contenía un proyecto de Constitución y economía socialista, que vaciaba de contenido el derecho a la libertad económica, entre otros, mediante la modificación del artículo 112 de la Constitución vigente, así como de la pretendida aprobación de la disposición transitoria 9ª de la Reforma, que implicaba que el Ejecutivo Nacional podía regular la transición mediante decretos al modelo de economía socialista, incurriéndose en una deslegalización prohibida por la Constitución del 99 y vulnerándose de manera permanente el principio de división de poderes característico de un sistema democrático y de derecho.

---

3 Allan R. Brewer-Carías: *La Constitución de 1999*, Comentada, Caracas, 2000, p. 203 y ss.

4 A partir de aquí se utilizará esta sigla. C RBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

5 Hildegard Rondón de Sansó, *Ad Imis Fundamentis, Análisis de la Constitución de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, p. 237.

El haberse improbadado o rechazado por el soberano, mediante referéndum popular, la pretendida reforma constitucional implicó un rechazo al establecimiento de una Constitución Económica Socialista<sup>6</sup>, lo cual es relevante para rechazar todas aquellas normas legales o sublegales que pretendan con posterioridad –mediante decretos leyes- la imposición de un sistema económico que fue improbadado por el pueblo venezolano mediante referéndum popular y que colide o viola la Constitución vigente de 1999 aprobada de igual manera por la vía de referéndum popular.

Ahora bien los decretos recientemente dictados, entre ellos, el decreto bajo análisis de seguridad y soberanía agroalimentaria colide con la Constitución vigente al reducir el derecho de libertad económica establecido en el artículo 112 y 117 de la Constitución vigente tanto para los productores del campo, como para los distribuidores, la agroindustria y el consumidor de los alimentos al establecer un sistema que choca con el de mercado y establece una economía central planificada donde se puede determinar de parte del Estado que se va a producir en cada región o localidad y que va a consumir el ciudadano.

## II. OBJETO DEL DECRETO

El Decreto Ley en comentario tiene por objeto garantizar la seguridad y soberanía agroalimentaria en concordancia con los principios y fines constitucionales establecidos en el artículo 305 de la Constitución vigente (art. 1).

---

6 En el voto salvado en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, de fecha 2 de noviembre de 2007, el magistrado Jesús Eduardo Cabrera expuso que: un cambio como el aspirado en la pretendida Reforma Constitucional conduciría no a una reforma sino a una nueva Constitución la cual debería ser votada por el poder Constituyente Originario. En efecto, el magistrado Cabrera expuso: “En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo. No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002.” En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>. En este sentido, ya el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 2042 de fecha 24 de enero de 2002 “había sostenido” no es que el Estado Social de Derecho propenda 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 practicas 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 monopólico, 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)”.

No obstante, desde nuestra perspectiva, este decreto dificulta el alcance efectivo de la seguridad alimentaria pretendida constitucionalmente al establecer, por una parte -como se desarrollará *infra*- una serie de limitaciones, así como posibles sanciones, indeterminadas, a diversos sujetos que participan en la cadena agroalimentaria, y por otra parte, al no crear las condiciones necesarias para estimular a la agroindustria, comerciantes, transportistas y personas que se dedican a estas actividades para alcanzar dicha seguridad alimentaria.

### III. SOBERANÍA AGROALIMENTARIA

Según el artículo 4 del Decreto Ley la soberanía Agroalimentaria es el derecho inalienable de una nación a definir y desarrollar políticas, agrarias y alimentarias apropiadas a sus circunstancias específicas, a partir de la producción local y nacional, respetando la conservación de la biodiversidad productiva y cultural, así como la capacidad de autoabastecimiento priorizado, garantizando el acceso oportuno y suficiente de alimentos a toda la población. En este sentido el artículo 305 de la CRBV establece:

“...La soberanía alimentaria comprendida en la idea de desarrollo y privilegio de la producción agropecuaria interna de interés para el desarrollo para la nación”.

Se establecen que son acciones para garantizarla Soberanía agroalimentaria, entre otras:

1.- El privilegio de la producción agrícola interna, a través de la promoción y ejecución de la agricultura sustentable con base estratégica en el desarrollo rural integral.

2.- La Transformación de las relaciones de intercambio y distribución a partir de la co-gestión en la planificación con la participación de todos los actores y actoras que intervienen en las actividades agrícolas

3.- La identificación y reconocimiento de las relaciones sociales de producción y consumo, dentro de las necesidades y posibilidades concretas de cada uno de los actores de las distintas cadenas agrícolas.

4.- El establecimiento y cumplimiento de medidas que garanticen la protección, supervisión, prosperidad y bienestar de las productoras y productores nacionales, en el marco del desarrollo endógeno de la Nación.

5.- La vigilancia, supervisión y control de las operaciones en las fases del ciclo productivo, estimulando a aquellos que ejecuten actividades en el territorio nacional y en especial a los que provengan de personas de carácter social o colectivo, quienes serán protegidos y priorizados en la participación y beneficios derivados de concesiones, financiamientos, actividades, medidas e inversiones de carácter público.

6.- Las previstas en la Ley que regule la materia de tierras y desarrollo agrario.

### IV. SEGURIDAD AGROALIMENTARIA

En este sentido la exposición de motivos de la Constitución señaló:

“La actividad de producción de alimentos queda establecida como esencial para el país, consagrándose el principio de la seguridad alimentaria en función del acceso oportuno y permanente de alimentos por parte de los consumidores”.

El art. 305 de la CRBV establece como seguridad alimentaria:

“La disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso y oportuno permanente a estos por parte del público consumidor”.

El Decreto Ley en comentario establece en su artículo 5 la seguridad agroalimentaria es la capacidad efectiva que tiene el Estado en corresponsabilidad con el sector agroalimentario nacional, para garantizar a toda la población, la disponibilidad, acceso, intercambio, y distribución equitativa de los alimentos de manera estable. De allí pues, un concepto importante de acuerdo al propio articulado del decreto es que la seguridad alimentaria no constituye un tema única y exclusivamente del Estado o mas en concreto de la administración o del Ejecutivo Nacional sino que el concepto abarca a todo el sector agroalimentario: la agroindustria los distribuidores, comercializadores, por ello es indispensable crear los estímulos e incentivos necesarios para darle contenido y cumplimiento al artículo 305 de la Constitución en el entendido de lograr la disponibilidad suficiente y estable de alimentos, así como el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor.

Esto último, esto es *-los estímulos y condiciones necesarias para que todo el sector agroalimentario contribuya a lograr la seguridad alimentaria-* no lo establece el Decreto Ley sino que prevé un sin número de limitaciones y restricciones a todo el sector de la cadena agroalimentaria y prevé igualmente un gran número de sanciones así como potestades de inspección, fiscalización y control sobre los sujetos que integran el sector que entorpecen dicha actividad económica.

Son objetivos de la seguridad agroalimentaria:

1. Garantizar el balance alimentario de la población, a través de:

a. La planificación, el desarrollo sistémico y articulado de la producción, así como la promoción de la actividad agropecuaria.

b. El establecimiento de medidas en el orden financiero, de intercambio y distribución, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, formación y capacitación, y otras que fueren necesarias, con el fin de alcanzar los niveles de autoabastecimiento requeridos por la población y evaluar el rendimiento de las inversiones, su impacto, la verificación precisa del correcto uso de los recursos públicos invertidos y su efecto económico-social.

c. La protección de los asentamientos y comunidades de pescadores o pescadoras artesanales, así como sus caladeros de pesca en aguas continentales y los próximos a la línea de costa definidos en la ley.

d. Cualquier otra actividad que determine el reglamento del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica

2. Asegurar la distribución de la producción nacional agroalimentaria con el propósito de atender la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

#### V. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DECRETO LEY

El presente Decreto Ley, bajo análisis, rige todas las actividades relacionadas con la garantía de seguridad y soberanía Agroalimentaria tales como:

- Producción
- Intercambio
- Distribución
- Comercialización



- Almacenamiento
- Importación
- Exportación
- Regulación y control de alimentos productos y servicios agrícolas, así como de los insumos necesarios para su producción.

## VI. ORDEN PÚBLICO, UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL

Se declaran de utilidad pública e interés social los bienes que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos, así como las infraestructuras necesarias.

Cuando existan motivos de seguridad alimentaria podrá decretarse la adquisición forzosa *mediante justa indemnización y pago oportuno*, de la totalidad de un bien o bienes necesarios, para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de producción, intercambio, distribución y almacenamiento de alimentos. En nuestra opinión este artículo 3 del Decreto Ley 6.071 presenta vicios de inconstitucionalidad ya que establece una especie de “*expropiación administrativa*” no prevista en nuestro texto constitucional y que contraria lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución vigente. En efecto, de acuerdo con nuestra constitución se establece en el artículo 115 la “*garantía legislativa*” con la participación del Poder Legislativo a través de la Asamblea Nacional, con la declaratoria de utilidad pública o social mediante ley; la participación del Poder Ejecutivo mediante la precisión mediante decreto ejecutivo del bien o inmueble a expropiar y con la participación del Poder Judicial “*Garantía Judicial*”, con el dictado de sentencia firme y el pago oportuno de justa indemnización.

Ahora bien, es el caso que en el Decreto Ley en comentario no se establece la intervención del Poder Judicial (*garantía Judicial*), mediante sentencia firme violándose lo establecido en el artículo 115 de la Constitución y se establece una especie de “expropiación administrativa” no prevista en nuestro texto constitucional, a diferencia de otras constituciones en Derecho Comparado que si la establecen como por ejemplo, la Constitución Española de 1978- previéndose así una adquisición forzosa mediante justa indemnización y pago oportuno ,en sede administrativa, de la totalidad de un bien o bienes necesarios, para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de producción, intercambio, distribución y almacenamiento de alimentos

## VII. PRINCIPIOS INHERENTES AL PRESENTE DECRETO

En primer lugar se establece el derecho de los ciudadanos a la disponibilidad y acceso oportuno y suficiente de alimentos de calidad (art. 8). El Estado reconoce el derecho de los productores nacionales como protagonistas de la producción para la satisfacción de las necesidades agroalimentarias, así como el derecho de los ciudadanos a alimentarse de manera preferente con los productos nacionales como ejercicio pleno de la soberanía agroalimentaria.

Se declara en el artículo 14 contrario a los principios de este decreto: “las políticas económicas que atenten contra la capacidad productiva nacional, así como aquellas que fomenten un comportamiento indiscriminado en el intercambio y distribución agrícola, priorizando el comercio y las grandes ganancias por encima del derecho fundamental de la alimentación”.

Se establece que es competencia del Ejecutivo Nacional según el artículo 20 numeral 1. El formular, dictar, ejecutar y supervisar las políticas agroalimentarias conforme a los principios del Decreto Ley.

Es competencia del Ejecutivo Nacional igualmente realizar el balance nacional de alimentos e insumos agroalimentarios con el objeto de determinar oportunamente su disponibilidad. El balance nacional de alimentos e insumos está integrado por los elementos relacionados con el consumo y necesidades alimentarias e insumos agroalimentarios: Existencia de inventario, producción interna, importaciones y exportaciones.

Asímismo, es competencia del Ejecutivo nacional priorizar la producción de determinados rubros agrícolas, o de su consumo, a nivel nacional, regional o local, tomando en cuenta la estructura agrícola territorializada que al efecto establezca. En efecto, según el artículo 13 del Decreto Ley la Administración Agraria propenderá al establecimiento de una estructura agrícola territorializada, según los rubros a producir y aquellos factibles de ser producidos en cada región del país, con el propósito de facilitar la planificación, evitando los excesos y posibles déficit en la producción nacional que dificulten su comercialización, intercambio y distribución.

Es competencia del Ejecutivo Nacional planificar, regular y mantener las reservas estratégicas agroalimentarias (art. 20.10). Las reservas estratégicas están constituidas por el conjunto de bienes y recursos financieros en cantidad suficiente, disponibilidad estable y de plena cobertura nacional acumulados y controlados por el Estado a fin de garantizar la seguridad y soberanía agroalimentaria.

El Ejecutivo debe crear y mantener reservas estratégicas por tres meses a fin de garantizar la mayor cantidad de rubros de alimentos en caso de contingencia pudiera afectar el normal funcionamiento del proceso de intercambio y distribución de alimentos (art. 26).

La Milicia Nacional Bolivariana es el órgano corresponsable de la custodia permanente de las instalaciones y del contenido de las reservas agroalimentarias (art.29).

Los planes sobre reservas estratégicas en caso de contingencia podrán prever medidas de emergencia tales como expropiación, confiscación, comiso, requisición y otras aplicables dentro del marco legal, lo cual desde nuestra perspectiva es inconstitucional salvo en casos de estado de Excepción que no constituye lo previsto. En efecto los planes son meros actos administrativos de efectos generales y no pueden desnaturalizar los derechos constitucionales previstos en la constitución vigente.

De allí pues, se establece en el Decreto Ley un gran intervencionismo público, con una marcada planificación central de la producción y consumo agrícola, lo cual afecta el sistema económico previsto en la constitución vigente (sistema económico social de mercado), lo cual implica una reducción del ámbito de los derechos constitucionales de los agentes económicos que participan en este sector en virtud de dicho intervencionismo económico del Ejecutivo Nacional a través de la priorización de la producción de rubros mediante planes nacionales, regionales y locales (art. 20, numeral 14) y que además se incide sobre el consumo, priorizando el consumo de productos agrícolas (artículo 36), afectando de esa manera el derecho de los ciudadanos a elegir libremente los alimentos que desea consumir (afectación del artículo 117 de la Constitución vigente).

Esta política de pretender alcanzar la seguridad alimentaria es plausible (art. 305 CRTV), así como procurar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y el auto abastecimiento de alimentos e insumos; lo que es criticable, desde nuestra perspectiva, es el excesivo intervencionismo, el pretender sustituir la iniciativa privada y no estimularla, y sobre todo, el imponer al sector agroindustrial qué se debe producir y a los ciudadanos lo que deben consumir a través de una planificación que sustituye o reduce al mínimo la iniciativa privada.

VIII. EL DECRETO 6.071 CONTRARÍA LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y COLIDE CON EL SISTEMA DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO PREVISTO EN LA MISMA

**(a) Especial comentario a la exposición de motivos del Decreto Ley 6.071 que se contrapone con el sistema de economía social de mercado previsto en la Constitución Vigente.**

En la exposición de motivos del Decreto Ley de Seguridad y Soberanía agroalimentaria se señala:

“Para la Construcción de Estado Social de justicia y bienestar que enuncia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es indispensable garantizar a las ciudadana y ciudadanos venezolanos el acceso oportuno a los alimentos de calidad, en cantidad suficiente con preferencia de los producidos en el país...

Para un verdadero desarrollo rural revolucionario es necesario superar la concepción de mercado de alimentos y productos agrícolas con visión productivista y rentista en detrimento del derecho de los venezolanos a alimentarse. ...

La justicia agraria es incompleta con la sola democratización de la tenencia o el uso de la tierra hay que acompañarla de instrumentos jurídicos que enmarquen las relaciones de producción, distribución, intercambio y consumo. ...

Así como, superar la concepción reductista de contemplar en el campo unidades de producción y no en unidades sociales para superar el hambre como electo estructural capitalista.

El presente decreto, no tiene por objeto la simple supresión del libre mercado como mecanismo de generación de riqueza sino también, tiene por objeto brindar una herramienta jurídica que permita la planificación de la producción agrícola, para la producción de bienes y servicios cónsono con el proyecto de sociedad plasmado en la Constitución”. (Subrayado son nuestros)

En efecto, mediante la presente exposición de motivos se expresa con un lenguaje marxista que se pretende suprimir el mercado como mecanismo de generación de riqueza y de asignación de recursos lo cual viola el sistema económico social de mercado previsto en La Constitución vigente y reconocido por diversas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (CSJ-Sala Plena, Caso: *Pérez Alzurutt* de fecha 15-12-1998; TSJ-Sala Constitucional, caso *Pérez Alzurutt II*, de fecha 6-02-2001; TSJ-SC caso *Inversiones Consorcio Ayari* de fecha 14-05-2000, entre otras).

De tal manera que luego de improbada una reforma constitucional por el soberano se pretende ahora mediante la vía de decretos con rango, valor y fuerza de ley, basados en una ley habilitante, alterar o cambiar el sistema de economía social de mercado establecido por la Constitución vigente.

De igual manera, el hecho que el presente decreto sirva de fundamento jurídico para permitir la planificación de la producción agrícola, para la producción de bienes y servicios atenta contra la Constitución que no establece un sistema de economía estatal y centralmente planificada como los sistemas o Estados comunistas y que por el contrario establece como se ha dicho un régimen un sistema de economía mixta o de economía social de mercado donde se establece los derechos de propiedad y de libertad económica así como de libre elección de bienes y servicios en los artículos 299, 112, 115 y 117 respectivamente.

Se destaca en la Exposición de motivos diversas justificaciones:

- Justificación Social
- Justificación Económica
- Justificación Jurídica
- Justificación Político territorial

▪ *Justificación Social:*

“El aislamiento social y económico entre la productora o el productor y la ciudadana o el ciudadano que, en fin es destinatario de esa producción, opera en otros particulares circunstancias de desencuentro entre los procesos de producción y su disposición final para el consumo, generando condiciones para que se gesten conductas irregulares como el acaparamiento, la especulación y la presión inflacionaria con motivos políticos.

Se hace entonces imperativo impulsar nuevos sujetos organizativos de la economía agrícola, en cuyo seno se establezca la asociación entre quien produce, distribuye y consume los alimentos, acortando los canales de comercialización y distribución, orquestando la producción primordialmente en base a la satisfacción de las necesidades nutricionales alimentarias y no a la satisfacción de intereses particulares.”...

▪ *Justificación Económica:*

Según la exposición de motivos la incapacidad de lograr una justa distribución de los bienes alimentarios es una contradicción del modelo capitalista:

“La fundamental contradicción del modelo económico capitalista neoliberal en materia agroalimentaria ha sido la incapacidad manifiesta de lograr una justa y equitativa distribución de todos los bienes alimentarios e ingresos social y económicamente necesarios para llevar a la práctica las políticas de desarrollo rural.”

De allí se toma una posición jurídico económica en la exposición de motivos del Decreto Ley que choca con el sistema económico previsto en la CRBV y que además, pareciera tomarse un modelo que no prevé la Constitución venezolana vigente como es el sistema de economía central planificada. Mas aun la Constitución venezolana como se ha dicho establece artículos que fundamentan una economía social de mercado como por ejemplo: los principios de libre competencia (art. 299), la libertad de elección de bienes y servicios (art. 117), la libertad económica (112) y el derecho de propiedad (art. 115).

Señala igualmente la exposición de motivos:

“La vinculación social eficiente y eficaz entre la planificación y el mercado, no dejando sólo al mercado como agente regulador de la economía pero tampoco al Estado que centralice toda la planificación o el Monopolio en la producción o distribución. Deben coexistir ambos sistemas, sometidos a una regulación de la producción y del consumo...”

Ahora bien, si bien constituye un elemento o aspecto importante el reconocimiento que “no solo se puede dejar al mercado como agente regulador de la economía pero tampoco al Estado que centralice toda la planificación o el Monopolio en la producción o distribución” que contradice, por cierto, la parte anterior de la misma exposición de motivos, sin embargo, el texto del Decreto Ley no promueve la iniciativa privada, no estimula, ni incentiva al sector privado a los efectos de alcanzar la seguridad alimentaria, por el contrario lo que se prevé son cortapisas, alcabalas administrativas, control, excesiva fiscalización y severas sanciones al sector agroindustrial y sobre todo aumenta la intervención del Estado a todo lo largo de la cadena productiva y de comercialización reduciendo asimismo la libertad de elección de cada uno de los sujetos de la misma como se verá *infra*.

▪ *Justificación Jurídica:*

Preeminencia del principio del libre competencia del derecho de alimentación. Constituye de acuerdo a la exposición de motivos una interpretación parcial de la Constitución.

“La preeminencia del principio de libre competencia establecido en el artículo 299 de la Constitución Bolivariana, por encima del derecho fundamental a la alimentación y a la vida digna de nuestras productoras y productores, ha sido el resultado de una interpretación parcial de la Constitución, descontextualizada del espíritu y letra constitucional.” ...

“Así, el Estado Venezolano no puede dejar a la arbitrariedad del libre mercado el desarrollo de la producción de los bienes materiales y espirituales, asumiendo la responsabilidad rectora social, la distribución socialmente justa de bienes, especialmente de alimentos, conforme lo establecido en los artículos 305 al 308 constitucionales.”...

“Dictar normas que adapten la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social...”

Como ha sido destacado tanto en el capítulo I como en la primera parte de éste, la Constitución establece un sistema económico, sistema económico éste que no puede ser desconocido ni echado por tierra mediante decreto leyes y que la exposición de pareceres desconocer. El 2 de Diciembre de 2007 fue improbadada una reforma constitucional que pretendía el establecimiento de una economía socialista (véase por ejemplo disposición transitoria novena del texto de la reforma constitucional propuesta, artículo vigésimo quinto pretendía la reforma del artículo 112, artículo vigésimo séptimo pretendía la reforma del art. 115, sexagésimo octavo reformaba el art. 318 todos del texto de proyecto reforma Constitucional sancionado por la Asamblea Nacional). Ahora bien, tales artículos que pretendían una *economía socialista* fueron improbadados por el soberano y mal puede ahora como lo señala la exposición de motivos pretenderse cambiar la legislación para adaptarla a un nuevo modelo económico y social, modelo económico éste, el socialista, no acogido por la Constitución vigente y que fue rechazado por el soberano mediante referendo popular el 2 de Diciembre de 2007.

De allí constituye una circunstancia fuera del orden constitucional “dictar normas que adapten la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social”, habiéndose rechazado dicho nuevo modelo por el pueblo mediante referendo popular.

Este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria se dicta además de acuerdo al artículo 203 de la Constitución Vigente para “servir de marco normativo a otras leyes” como por ejemplo: i) El Decreto Ley 6.129 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Salud Agrícola Integral, ii) el Decreto 6.219 con rango, Valor y Fuerza de Ley de Decreto para el Sector Agrario, iii) el Decreto 6.240 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de beneficios y facilidades de pago para las deudas agrícolas y rubros estratégicos para la Seguridad y Soberanía Alimentaria. iv) Decreto 6.241 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Agrícola de Venezuela.

▪ *Justificación Político Territorial:*

La exposición de motivos señala una Estrategia territorializada para la producción agrícola en función del desarrollo social y económico del sector rural y periurbano; y el

Desarrollo local sostenible y defensa de soberanía agroalimentaria local y nacional en este sentido indica que:

“...se hace necesario diseñar una estrategia territorializada para la producción agrícola, en función del desarrollo social, económico y político del sector rural y periurbano, también sus relaciones e integración con lo urbano, en un abastecimiento bidireccional de alimentos, bienes, servicios y saberes agrícolas, bajo relaciones justas de producción y distribución de ingresos para el desarrollo local sustentable y sostenible, como elemento estratégico en el planeamiento de la defensa integral y soberanía agroalimentaria local y nacional.” (Subrayad nuestro)

Esta estrategia territorializada se plantea que tenga efecto sobre un mapa de producción a nivel nacional y establecer así la priorización de producción de rubros agrícolas o de su consumo tanto a nivel nacional, regional como local como lo establece en diversos artículos el Decreto Ley (por ejemplo véase artículos: 20 numeral 14, 35 y 36).

**(b) El Decreto Ley 6.071 establece una serie de reducciones y limitaciones a los derecho de libertad económica y de libre elección de bienes y servicios de calidad a todos los integrantes de la cadena agroalimentaria, que no se compadecen con el sistema de economía de libre mercado, lo cual constituye además un desincentivo para lograr la seguridad alimentaria de la población establecida en el artículo 305 de la Constitución vigente.**

En vez de estimular o incentivar la producción agrícola del sector privado en colaboración con el sector público para alcanzar la seguridad alimentaria de la población el Decreto Ley en comentario establece una serie de limitaciones relativas a la libertad de producción y libertad económica en general, que chocan con el sistema de economía social mercado previsto en la Constitución y que mas bien conllevan el efecto de crear un desincentivo a la actividad de producción e intercambio contrario a lo previsto en los artículos 299 y 112 de la Constitución, según los cuales el Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional, así como que el Estado promoverá la iniciativa privada y la producción de bienes y servicios.

En efecto, tales limitaciones operan en los siguientes eslabones o sujetos de la cadena productores agrícolas, agroindustria, comercio y consumidores de alimentos.

A. Productores agrícolas:

La producción agrícola será determinada por Planes del Ejecutivo Nacional. En efecto, constituye una competencia del Ejecutivo Nacional a través de sus órganos competentes según el art. 20 lo siguiente:

10. Planificar y establecer las reservas estratégicas agroalimentarias.

14. Priorizar la producción de determinados rubros agrícolas, a nivel nacional, regional o local, tomando en cuenta la estructura agrícola territorializada.

De allí pues, corresponderá al Ejecutivo Nacional de acuerdo a la planificación territorializada (concreción de la exposición de motivos) la determinación de la producción Nacional, Regional o Local de la producción de los rubros agrícolas.

Por consiguiente, se limita el derecho de libertad económica así como el derecho de propiedad de los particulares y agentes económicos a decidir de manera libre lo que van a producir. Asimismo, esta limitación encuentra un desarrollo específico y relevante en el art. 35 del Decreto Ley al establecer que:

“el Ejecutivo Nacional podrá establecer sujetos beneficiarios a los cuales se otorgará prioridad para la colocación de productos agrícolas, suministros e insumos y usos requeridos en la producción. A tal efecto, el Ejecutivo Nacional, en conjunto con los Consejos Comunales de cada región definirá los requerimientos mínimos para el suministro de insumos y servicios que garanticen las condiciones de producción por rubros y por región e identificarán a los sujetos beneficiarios.”

En este sentido, formando parte de los principios inherentes al Decreto Ley, el artículo 13 establece que la Administración agraria propenderá al establecimiento de una estructura agrícola territorializada, según los rubros a producir y aquellos factibles de ser producidos en cada región del país.

Otra disposición muy relevante dentro de estos principios inherentes al decreto, la constituye el artículo 11, según la cual: *“El tiempo socialmente invertido para la producción eficiente de los bienes provenientes de la labor agrícola es el elemento fundamental para la determinación de la retribución del trabajo de los productores”*.

De allí pues, no se toma en cuenta para la retribución de los productores del campo la productividad de la tierra -que constituye un elemento fundamental- ni el riesgo asumido por los productores como empresarios, las inversiones realizadas, sus costos y gastos, entre otros, sino únicamente se toma en cuenta el tiempo socialmente invertido, lo cual lesiona el espíritu empresarial previsto en el artículo 112 de la Constitución y desconoce que el valor viene dado fundamentalmente por la productividad de las tierras.

Los productores agrícolas verán afectados sus derechos de libertad, de libertad de producción, de libertad económica mediante la planificación centralizada de la producción. En efecto, de conformidad con el artículo 43 del presente Decreto Ley las Asambleas Agrarias constituyen los espacios para la concertación y planificación social de la producción. Son funciones de las Asambleas Agrarias, entre otras artículo 45:

1.- Coordinar y concertar con los órganos competentes del Ejecutivo Nacional la planificación de los ciclos productivos de los rubros o grupos de rubros alimentarios.

De allí pues, que la decisión de qué producir y dónde se podrá producir, vendrá determinada por los planes dictados por los órganos competentes del Ejecutivo Nacional concertados con las Asambleas Agrarias, por rubros, en sus tres niveles Asamblea Nacional, Asamblea Regional y Consejos de campesinos o de productores. Asambleas agrarias constituidas de acuerdo con la normativa que dicte el Ministerio con competencia en Agricultura y Tierras, pero que deberá observar la participación de representantes del Ejecutivo Nacional, de los Consejos Comunales, fundos estructurados, productores independientes consumidores, agroindustria, transportistas, importadores, mayoristas minoristas entre otros, conforme a lo previsto por el artículo 47 del Decreto Ley. Así la decisión en cuanto a la producción y su ubicación no vendrá determinada por el mercado, ni por la demanda y la oferta, sino por el Ejecutivo Nacional coordinadamente con las Asambleas Agrarias supliendo o limitando en gran medida el núcleo de decisión de negocios: producción e inversión de los productores (lesión del art. 112 de la Constitución).

De acuerdo con el artículo 60 del Decreto Ley la importación solo podrá ser autorizada cuando no haya producción nacional, la producción nacional de estos sea insuficiente o medien causas de interés general que justifique la importación. Asimismo, el artículo prevé que la exportación solo podrá ser autorizada cuando la producción nacional de los mismos sea suficiente, la demanda interna sea considere satisfecha y exista un excedente en la producción nacional.

La protección del sector productor mediante la imposibilidad de los demandantes de sus productos de acceder a los mercados internacionales sin otras medidas de incentivos al sector y de eficiencia se traducen en el desarrollo de un sector primario ineficiente e ineficaz, que inclusive no tiene incentivos de actualización y desarrollo, en virtud de que su producción está garantizada en el mercado sin mayor competencia, dada la regulación de precios de venta de estos rubros y en muchos casos de los insumos principales a ser utilizados. Esto a su vez implica la incapacidad de estos productos de enfrentarse a la competencia en los mercados internacionales en aquellos casos en los cuales resultasen existentes excedentes dispuestos a ser exportados.

B. Agroindustria:

De igual manera al establecerse -como ha sido indicado anteriormente, por ejemplo, conforme al art. 35 del Decreto Ley que puede determinarse por el Ejecutivo Nacional la prioridad para la colocación de productos agrícolas, suministros e insumos y uso de servicios requeridos para la producción, ello incide sobre que alimentos- *de acuerdo a dicha planificación*- puede producir la agroindustria.

Lo cual contradice el sistema económico de economía social de mercado e igualmente viola el contenido esencial del derecho de libertad económica (art. 112) previsto en nuestra Constitución según el cual los agentes económicos gozan de la libertad de decidir que actividad desean realizar (actividad industrial: derecho al ejercicio de una empresa) y a decidir que alimentos desean producir.

En efecto, los operadores económicos gozan de autonomía privada empresarial y por ello de libertad de adoptar libremente las operaciones empresariales que rigen su actividad económica. Esto no obsta para que la administración puede establecer ciertas limitaciones para limitar las facultades de ejercicio de la actividad en un determinado mercado respondiendo a diversas técnicas<sup>7</sup> pero ello sin desnaturalizar el derecho.

Asímismo, el Decreto Ley prevé otras limitaciones para el sector agroindustrial relevantes como, por ejemplo, las limitaciones en cuanto a la importación de alimentos o rubros agroalimentarios e insumos para la producción agroalimentaria. Esto constituye una regulación excesiva del comercio exterior de rubros agroalimentarios e insumos para la producción agroalimentaria que coarta el derecho a la libertad económica y que limita la libertad de contratación, de comercio ya que sólo se podrá importar cuando no haya producción nacional o esta sea insuficiente. En efecto, según el artículo 60 del Decreto Ley la importación solo podrá ser autorizada cuando no haya producción nacional, la producción nacional de estos sea insuficiente o medien causas de interés general que justifique la importación.

Limitaciones en cuanto a la exportación de alimentos o rubros agroalimentarios e insumos para la producción agroalimentaria. En este sentido el art. 60 prevé que la exportación solo podrá ser autorizada cuando la producción nacional de los mismos sea suficiente, la demanda interna sea considerada satisfecha y exista un excedente en la producción nacional. Así, se limita el acceso a rubros agroalimentarios e insumos al sector agroindustrial y se limita o dificulta su crecimiento al someterlo a estas condiciones para operaciones de importación o exportación.

---

7 José Ignacio Hernández, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, p. 183.



La obligación de adquirir la producción local antes de acceder a la oferta internacional de insumos agrícolas pone a la agroindustria en desventaja con respecto a sus competidores en los mercados globales, toda vez que no necesariamente estos productos locales cumplen con los estándares de calidad y los precios requeridos por el demandante o agroindustria ni por sus consumidores siendo entonces el producto terminado un producto de categoría distinta. Adicionalmente, el hecho de que exista esta imposibilidad de acceder a los mercados internacionales por parte de la agroindustria intensifica una competencia predatoria entre los demandantes de insumos agrícolas, en aquellos casos en que la producción local es insuficiente o deficitaria con la finalidad de garantizar la producción en especial en aquellos casos en los cuales no existen productos sustitutos; lo cual se traduce en un aumento del precio de dichos rubros, distorsionando el mercado pues estos rubros se encuentran bajo una rígida regulación de precios que se ve saboteada por el mismo mercado local, dejando en desventaja a la agroindustria de menor envergadura o tamaño y fortaleciendo la posición de los más fuertes.

En este sentido se establece en el Decreto Ley como ilícito grave, y se impone una multa entre quinientas (500) y un mil unidades (1.000) tributarias en el art. 114 numeral 2 a quienes incumplan las normas de importación o exportación de alimentos, productos o insumos agroalimentarios establecidos por el Ejecutivo Nacional mediante regulación de carácter general. Cabe advertir que en esta sanción el tipo es indefinido y por ende vulnera el principio de tipicidad administrativa y de reserva legal, ya que están prohibidas las remisiones legislativas en materia de sanciones administrativas cuando no se prevean los parámetros por la norma legal<sup>8</sup>. Con fundamento en esta norma sancionatoria abierta e indefinida podrían

---

8 Véase en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional caso *Henry Pereira Gorrin* (I) de fecha. 21-11-01 mediante la cual se anularon los artículos 2, 26 26 7 27 de la Ley sobre Régimen Cambiario la cual sentó:

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

“Así, el principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que, sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones “genéricas” que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos “delegados”.

*Omisis...*

“Así, los reglamentos “delegados” -figura normativa no prevista en el ordenamiento jurídico venezolano, que implica una ruptura al principio de la jerarquía de las normas- son el producto de un proceso denominado en el derecho comparado como “deslegalización”, que en palabras de los autores E. García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández, consiste en “(...) la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por la Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración (...) de modo que pueda ser modificada en adelante por simples reglamentos”, por tanto, requiere de una previsión normativa preferiblemente constitucional que expresamente la contemple, dado las modificaciones que implica en la jerarquía normativa. (Vid. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, p. 269).

establecerse sanciones administrativas por el incumplimiento de normas sublegales relativas por ejemplo a certificados de no producción cuyo tipo administrativo (ilícito administrativo), no ha sido definido de manera exhaustiva y suficiente por la ley, sino que ha existido una remisión legislativa a normas sublegales que degrada la reserva legal y no cumple con los extremos establecidos por la jurisprudencia<sup>9</sup>. Asimismo, el Estado podrá, conforme con el

---

De manera que, las normas legales que prevén la posibilidad de ser desarrolladas mediante reglamentos “delegados”, son calificadas como normas en blanco, toda vez que en algunos casos, se encuentran vacías de todo contenido material y sólo establecen remisiones vagas, al no tener conocimiento sus destinatarios de los hechos que se pretenden sancionar, y en otros, sólo establecen las sanciones y los delitos, pero la incursión en éstos dependerá de que se configure el supuesto previsto no en la disposición legal, sino en el instrumento reglamentario.”...

“...observa esta Sala Constitucional, que al disponer en sus artículos 2 y 6, la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional establezca restricciones al régimen cambiario con fundamento única y exclusivamente en dicho instrumento normativo violentaba el principio de la reserva legal y separación de poderes contenidos en los artículos 117 y 118 de la Constitución derogada (136 y 137 del Texto Constitucional vigente), pues tal y como se indicó anteriormente, la legislación en materia de régimen cambiario constituye una competencia asignada al Poder Legislativo Nacional, que éste no puede delegar en el Ejecutivo Nacional, salvo en los casos previstos en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución de 1961 y que hoy consagra el artículo 236 numeral 8 del Texto Constitucional vigente.”...

“Por ello debe esta Sala concluir lo siguiente: Primero, de conformidad con las normas antes citadas, efectivamente, la regulación o el establecimiento de restricciones o controles al sistema monetario y cambiario, no se encuentra dentro de las potestades asignadas al Ejecutivo Nacional ni en la Constitución de 1961, ni tampoco en el Texto Fundamental vigente, para ello, éste deberá, en todo caso, ser facultado expresamente por la Asamblea Nacional mediante ley habilitante, cuando así lo requiera el interés público; por tal motivo, la delegación que hiciera el Poder Legislativo a objeto de que el Ejecutivo determine la organización o cualquier otra previsión de rango sublegal con relación a esa materia, teniendo como único fundamento una simple disposición legal -como las impugnadas en autos-, constituye una extralimitación de las funciones que de manera expresa confiere la Constitución al Poder Legislativo Nacional, a tenor de lo previsto en los artículos 156 numeral 11 y 187, numeral 1 de la vigente Carta Fundamental, toda vez que éste no podría delegar al Ejecutivo sino en virtud de una ley habilitante o autorizatoria, de lo contrario, se estaría permitiendo que el Ejecutivo invada el ámbito de competencias de las cuales sólo puede hacer uso el Poder Legislativo.

Segundo, las remisiones que las normas de la Ley sobre Régimen Cambiario impugnadas hace al Ejecutivo Nacional, para que éste establezca “(...) restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda, cuando su necesidad y urgencia surja de la realidad económica y financiera del país (...)”, no son exhaustivas en cuanto a la configuración de los delitos e infracciones cambiarios, sino que, constituyen sin duda alguna, “normas en blanco”, cuya finalidad primordial es otorgar al Ejecutivo una discrecionalidad ilimitada para que determine los parámetros conforme al cual, un hecho futuro constituirá o no un tipo delictual de naturaleza cambiaria, toda vez que son las restricciones o los controles que éste establezca, los que van a determinar si se cumplen o no los supuestos de hechos previstos en las normas de la Ley sobre Régimen Cambiario”. (Subrayado nuestro).

- 9 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Sala Constitucional de fecha 17 de agosto de 2004 Caso *Henri Pereira Gorrin*, solicitud de Nulidad de artículo 112 de la Ley Del Banco Central de Venezuela, la cual sentó: “En este sentido, la reserva legal adquiere hoy un significado distinto respecto de la posibilidad de que el legislativo disponga libremente de las materias que la Constitución le reserva. Así, la reserva no impide al legislador a apelar a la colaboración de normas sublegales para regular la materia reservada y esta colaboración no deja de ser una técnica de normación legítima, siempre que se mantenga dentro de los límites que ésta impone a la propia

numeral 2 del artículo 114 del Decreto Ley revocar el permiso, autorización o licencia que les hubiere sido expedido y se les impondrá el comiso de las mercancías, acompañado de la destrucción de las mismas cuando sea procedente.

Adicionalmente se establece que El Ejecutivo Nacional dictará las medidas necesarias para que las importaciones de productos, servicios, tecnologías e insumos agroalimentarios sea sustituida gradualmente por la producción nacional, disminuyendo de forma definitiva la dependencia externa para la provisión de estos (art. 61 del Decreto Ley).

Limitaciones en cuanto a la movilización de productos, se establece por el art. 36 en su última parte que: *“la regulación que se dicte en ejecución o desarrollo de dicho artículo deberá garantizar el abastecimiento de productos locales a la población asentada en la zona de producción antes de la extracción o traslado de tales productos locales a los mercados o a la agroindustria”*. Por tanto, la movilización de productos agrícolas no se realizará solamente de acuerdo a las demandas o de las necesidades de la industria y del mercado y consumidores sino que dependerá además de la satisfacción de la demanda de la población en la zona de producción. Así dentro de las decisiones de venta de producto tanto de parte de los productores como de compra de la agroindustria habrá que tener presente las necesidades asentadas en la zona de producción en tanto así se establezca, condicionando dicha regulación el abanico de decisiones tanto de los productores como de la agroindustria.

#### C. Comerciantes, distribución e intercambio:

El Ejecutivo Nacional como se ha destacado determinará la priorización de la producción y esto sin duda afectará por vía de consecuencia las condiciones de comercialización e intercambio de los bienes (véase por ejemplo la limitación comentada del art. 35 del Decreto Ley). En efecto, el Ejecutivo podrá establecer: *“sujetos beneficiarios para la colocación de productos agrícolas, suministro de insumos y uso de servicios requeridos para la producción, con el objetivo de transformar las relaciones de intercambio y el proceso de producción”*.

- Se considera actividades de intercambio distribución y comercialización las acciones de productos agroalimentarios las acciones y funciones facilitadoras de flujo de bienes, servicios incluyendo el trueque, la compra, venta, pignoración, determinación de precios de productos e insumos para la alimentación y producción agrícola.

- Se consideran servicios de intercambio y distribución de productos agrícolas: La recepción, acondicionamiento, empaque, despacho, transporte, clasificación y etiquetado. Así como, la información relativa a todas las fases de distribución.

---

ley, pues sería absurdo pensar que la reserva de ley implica la obligación del legislador de establecer hasta sus últimos detalles la disciplina de una materia.

De este modo, la reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado. El significado esencial de la reserva legal es, entonces, obligar al legislador a disciplinar las concretas materias que la Constitución le ha reservado. Sin embargo, dicha reserva no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas sublegales, siempre que tales remisiones no hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, por lo que no son admisibles las llamadas “deslegalizaciones” que se traducen en cláusulas generales que dejen en manos de otros órganos del Poder Público, sin directrices ni objetivos, la responsabilidad de regular materias reservadas a la ley.” (subrayado nuestro)

A los fines de garantizar la distribución eficiente y el acceso oportuno de alimentos, el Ejecutivo Nacional creará los centros de almacenamiento necesarios para asegurar la disponibilidad de alimentos en el menor tiempo posible, en todo el territorio nacional y *podrá asumir directamente actividades de distribución e intercambio cuando lo considere necesario*. Por tanto, se establece una especie de “*intervención administrativa*”, (no permitida por la Constitución), de actividades realizadas por los particulares sin establecimiento de parámetros y con una gran discrecionalidad administrativa o la posibilidad vaciando de contenido los derechos de los particulares que ejerzan dichas actividades.

Asímismo, se prevé que El Ejecutivo Nacional regulará y ejercerá la vigilancia y control de la movilización de alimentos y productos agrícolas en estado natural a los fines de materializar la garantía de distribución nacional a los fines de materializar una distribución eficiente (art. 37).

Se establece en el artículo 40 del Decreto Ley que el diseño, definición y ejecución de políticas en materia agroalimentaria deberá evitar la competencia desleal, la formación de monopolios, monopsonios, el abuso de la posición de dominio, prácticas de acaparamiento de productos insumos y servicios agrícolas u otras formas de acuerdos privados que que distorsionen, limiten o afecten la producción, circulación, distribución e intercambio de productos agroalimentarios. Esta disposición se prevé igualmente como una de las atribuciones del Estado para garantizar la seguridad y soberanía (art. 18 numeral 5 del Decreto Ley).

#### D. Consumidores:

Se establece en el artículo 20 numeral 14 del Decreto Ley que corresponde la Ejecutivo Nacional priorizar el consumo de determinados rubros agrícolas a nivel nacional, regional o local.

En relación a los consumidores como se ha señalado, el Decreto Ley establece limitaciones, en virtud de que el Ejecutivo *Nacional puede conjuntamente con los Consejos Comunales de cada región, determinar los niveles de consumo comunal por rubro*, ello implica que se reduce el ámbito de libertad, o de elección de los ciudadanos en cuanto al consumo de alimentos vulnerándose así el derecho a la libre elección de bienes de calidad establecido en el art. 117 de la Constitución vigente.

Se establece asímismo, el derecho de los ciudadanos a alimentarse de manera preferente con *productos nacionales* (art. 9 del Decreto Ley). Esta preferencia establecida en dicho artículo del Decreto Ley reduce el ámbito de libertad previsto en el artículo 117 de la Constitución en cuanto a la libertad de elección de bienes y servicios de calidad.

El Ejecutivo Nacional dictará ,las medidas necesarias para que las importaciones de productos, servicios, tecnologías e insumos agroalimentarios sea sustituida gradualmente por la producción nacional, disminuyendo de forma definitiva la dependencia externa para la provisión de estos reduciendo así el abanico de opciones o alternativas que tienen los consumidores (art.61 del Decreto Ley)

De allí pues, al establecer el Decreto de Ley limitaciones en cuanto a la libertad de elección o exigencia para producir rubros agrícolas así como, para su distribución o movilización, así como para su consumo por los ciudadanos, se establecen severas limitaciones a los derechos constitucionales de libertad económica (112), de libre elección de bienes y servicios de calidad (117), el derecho de propiedad que comprende la libertad de disposición de los bienes (art. 115) y amenazan muchas de sus disposiciones uno de los artículos fundamentales de la Constitución económica como lo constituye el artículo 299 de la CRBV.

## IX. INFRACCIONES AL PRESENTE DECRETO LEY

El Decreto Ley prevé en su título VI un contenido sancionatorio severo aplicable a los diversos sujetos que participan en la cadena agroalimentaria. En efecto, el artículo 105 establece sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil, o administrativa, las sanciones aplicables por el órgano o ente competente a los sujetos que comentan infracciones al presente decreto son:

1. Multa
2. Comiso
3. Cierre temporal del establecimiento
4. Prisión

### ***Sanciones específicas:***

#### **Ilícitos Leves:**

Serán sancionados con multas de diez hasta cien unidades tributarias (de 10 UT a 100 UT) quienes incurran en las siguientes infracciones:

1. No inscribirse en los registros
2. Presentación con retardo de las declaraciones exigidas
3. No comparecer ante el organismo competente
4. Negarse a prestar el apoyo requerido para las inspecciones que deban realizarse en los términos del presente decreto.

#### **Ilícitos Graves:**

Serán sancionados con multa entre quinientas y mil unidades tributarias (500 UT a 1.000 UT) quienes incurran en las siguientes infracciones:

1. No acordar las órdenes del órgano competente
2. Incumplir las normas de exportación o importación de alimentos, productos o insumos agroalimentarios (Principio de legalidad administrativa)
3. No permitir las funciones de fiscalización
4. No presentar las declaraciones exigidas

### **Extracción de productos destinados al abastecimiento local**

Quienes de manera fraudulenta realicen el traslado de la producción agrícola destinada al abastecimiento local serán sancionados con el comiso de la mercancía y multa de 10 a 50 UT. (art. 115)

### **Incumplimiento del Orden Priorizado**

Aquellos sujetos de la cadena agroalimentaria que violen lo establecido en el artículo 35 se establece la sanción siguiente: “Quienes incumplan el orden priorizado de colocación de alimentos o productos agrícolas serán sancionados con el comiso del producto y multa de 10 a 100 UT.” (art. 116). Asimismo se establece que “Quienes incumplieren el orden para la colocación de servicios, insumos u otros medios necesarios para la producción e intercambio de distribución adecuado de rubros agrícolas serán sancionados de 100 a 1.000 UT.” (art. 117).

### **El daño premeditado a la producción**

- Asimismo pudiese ser aplicable esta sanción para los productores u otros sujetos de la cadena que: “Quienes de manera intencional ocasionaren pérdidas en su producción agrícola o en la de terceros, con el fin de influir en los niveles de abastecimiento o en las políticas de fijación de precios de determinado rubro serán sancionados de prisión 6 meses a tres años y multa de 1.000 a 10.000 U.T.” (art. 118).

### **Obstrucción, destrucción o deterioro de reservas estratégicas**

Se establece esta sanción para la agroindustria o aquellos que realicen servicios de intercambio tales como almacenamiento en silos, depósitos o agroindustrias. En efecto en el artículo 119 se prevé: “Quienes intencionalmente destruyan o permitan el deterioro de reservas estratégicas de alimentos, almacenadas en los silos, depósitos o agroindustrias estatales, serán sancionados con multa de un mil hasta diez mil unidades tributarias (1.000 U.T. a 10.000 U.T.) y prisión de seis (6) meses a tres (3) años.”

### **Sustracción de reservas estratégicas**

**Art. 120.** Quienes efectúen la sustracción de los productos almacenados con fines de reservas estratégicas en los silos, depósitos o agroindustrias estatales, serán sancionados con pena privativa de libertad de seis (6) meses a tres (3) años, y multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor de los productos sustraídos.

Serán sancionados con la misma pena quienes impidan mediante acciones violentas el tránsito de los vehículos, naves o aeronaves en los cuales se trasladen productos con fines agroalimentarios

### **Incumplimiento restricciones de movilización**

“Quienes incumplan con las restricciones o prohibiciones a la movilización de alimentos impuestas por el órgano competente a objeto de asegurar el abastecimiento interno multa de 30 UT a 3.000 UT y el comiso de la mercancía” (art. 121). Véase por ejemplo la regulación que pudiera ser dictada para garantizar el abastecimiento de productos locales a la población asentada en la zona de producción, antes del traslado de los productos locales a los mercados o agroindustrias.

### **Incumplimiento restricciones a la matanza de animales**

**Artículo 122.** Quienes incumplan con las restricciones o prohibiciones al beneficio, sacrificio o matanza de determinadas especies animales, o categorías de éstos, impuestas por el órgano o ente competente a objeto de asegurar el abastecimiento interno con fines agroalimentarios, serán sancionados con multa de trescientas hasta tres mil unidades tributarias (300 U.T. a 3.000 U.T.) y el comiso de las mercancías.

Omisión a la obligación de informar a los trabajadores sobre prácticas de higiene para el manejo de alimentos (art. 123)

**Artículo 123.** Las patronas o patronos que omitan o se nieguen a proveer a los trabajadores y trabajadoras a su cargo la formación necesaria para la aplicación de prácticas de higiene para el manejo de los alimentos, en cualquiera de las fases de la cadena agroalimentaria, de conformidad con el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, sus reglamentos y los actos del Ejecutivo Nacional que se dicten en ejecución del mismo, serán sancionados con multa de un mil hasta veinte mil unidades tributarias (1.000 U.T. a 20.000 U.T.).

## X. INSPECCIÓN, FISCALIZACIÓN Y CONTROL

Se establece además en el Decreto Ley en comentario, un capítulo (el VII) en el cual se prevén amplias facultades de inspección, fiscalización y control para comprobar y exigir el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y soberanía agroalimentaria (art. 127 y siguientes).

De tal manera que los sujetos que participan en la cadena agroalimentaria están sometidos a severos procedimientos de inspección y fiscalización. En este aspecto se establece un procedimiento administrativo de inspección y fiscalización (art. 139 y siguientes del Decreto Ley), en el cual se pueden incluso tomar medidas administrativas preventivas (art. 147).

En efecto, a fin de evitar la continuidad de los incumplimientos que pudieran derivarse del procedimiento los funcionarios podrán adoptar las siguientes medidas preventivas:

1. Suspensión del intercambio, distribución o venta de los productos.
2. Comiso
3. Destrucción de mercancía
4. Requisición temporal del establecimiento o bienes indispensables para el desarrollo de las actividades agroalimentarias o, para el transporte o almacenamiento de los bienes comisados.
5. Cierre temporal del establecimiento.
6. Suspensión temporal de las licencias, permisos o autorizaciones.
7. Todas aquellas que sean necesarias para garantizar el abastecimiento de los alimentos o productos regulados en el presente decreto.

Cuando se dicten preventivamente la requisición o la ocupación temporal, tal medida se materializará mediante la posesión inmediata, la puesta en operatividad y el aprovechamiento del establecimiento, local, vehículo, nave o aeronave, por parte del órgano o ente competente o, el uso inmediato de los bienes necesarios para la continuidad de las actividades de la cadena agroalimentaria, a objeto de garantizar la seguridad agroalimentaria.

Cuando el comiso preventivo se ordene sobre alimentos o productos perecederos, podrá ordenarse su disposición inmediata con fines sociales, lo cual deberá asentarse en acta separada firmada por el representante del organismo público o privado destinatario de las mercancías comisadas.

Tales medidas preventivas son autónomas, definitivas y participan de la “naturaleza sancionatoria” y pudiesen afectar en gran medida los derechos de los sujetos de la cadena - antes incluso de abrir el procedimiento administrativo de imposición de sanciones previsto en el artículo 153<sup>10</sup> y siguientes del Decreto Ley- ya que de acuerdo con dicha normativa se podrá imponer con base en presunciones medidas preventivas antes de efectuarse el procedimiento sancionatorio y sin ningún juicio previo, pudiéndose afectar el derecho a la defensa, el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia establecidos en el artículo 49 de la Constitución vigente.

---

10 Se prevé, asimismo, en el decreto ley en comentario un procedimiento para la imposición de sanciones constituidos por las siguientes fases (Art. 153): Inicio (Art. 154), Audiencia de Descargo (Art. 155), Acta de conformidad (Art. 156), Aceptación de los hechos (Art. 157), Descargo parcial (Art. 158), Acto conclusivo (Art. 164), Recurso Jerárquico o Recurso Contencioso Administrativo (Art. 169), Comiso declarado con lugar (Art., 170), Comiso declarado sin lugar (Art. 171).





*La participación del sector privado en la  
producción de alimentos, como elemento esencial  
para poder alcanzar la seguridad alimentaria  
(Aproximación al tratamiento de la cuestión,  
tanto en la Constitución de 1999 como en la  
novísima Ley Orgánica de soberanía y  
seguridad alimentaria)*

Gustavo A. Grau Fortoul

*Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello  
y de la Universidad Central de Venezuela*

I. PRELIMINARES

Es un hecho cierto e indiscutible que a lo largo de la historia económica venezolana, al igual que en su tradición jurídica institucional, la producción, distribución y comercialización de alimentos son actividades que han venido y siguen siendo desarrollada fundamentalmente por particulares y empresas privadas, sólo que a diferencia de otras actividades comerciales o industriales, las mencionadas han venido siendo reguladas constantemente por el Estado, pues constituyen tareas de vital importancia para la viabilidad y hasta para la existencia misma de toda la colectividad.

El haber tomado conciencia de esta realidad, ha dado lugar a una constante preocupación a nivel mundial por alcanzar y mantener lo que se ha denominado con carácter general como la ***seguridad alimentaria***: un término que en 1996 fue definido por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), con el objetivo de proveer un marco conceptual de referencia apropiado para el diseño y evaluación de políticas públicas en esta materia, señalando concretamente lo siguiente:

“La seguridad alimentaria se alcanza cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades nutricionales y sus preferencias alimentarias a fin de llevar una vida activa y saludable”.

Pues bien, sucede que esta preocupación por el tema de la seguridad alimentaria no resulta ajena en modo alguno a nuestro ámbito jurídico, al punto de habersele brindado incluso un reconocimiento expreso al más alto nivel normativo, pues por primera vez en nuestra evolución constitucional el artículo 305 del Texto Fundamental de 1999, al declarar que el Estado asume el compromiso de promover la agricultura sustentable como base del desarrollo rural integral, señala expresamente que el fin de tal compromiso no es otro que garantizar precisamente la ***seguridad alimentaria***, “...entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor ...”, la cual se propone alcanzar “...desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola ...”.

Y a renglón seguido, esa misma disposición constitucional declara expresamente que la actividad de **producción de alimentos** “... es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación...”, ante lo cual se habilita al Estado para dictar “... las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento...”, así como a promover “...las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola...”.

Más recientemente, como parte de los 26 decretos Leyes dictados por el Presidente de la República el pasado 31 de julio de 2008, fue promulgado el signado con el N° 6.071, contenido de la nueva Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria (LOSSA),<sup>1</sup> en cuyo texto no sólo se invoca como fundamento precisamente al artículo 305 de la Constitución, sino que en su artículo 1° se declara expresamente que dicho texto tiene por objeto garantizar tanto la “*seguridad*” como la “*soberanía agroalimentaria*”, escindiendo así el concepto constitucional en dos variante o vertientes, que luego se definen por separado en sus artículos 4 y 5.

Ahora bien, aunque la producción de alimentos ha estado sometida desde hace muchísimo tiempo al comprensible cumplimiento de deberes, cargas y requisitos impuestos por distintos textos legales y reglamentarios (por razones sanitarias, nutricionales, aduaneras, de producción, de protección al consumidor, de normalización y calidad, de regulación del transporte, entre otras), lo cierto es que no ha existido -ni existe aún- en el Derecho positivo interno venezolano, una disposición que haya reservado expresamente el ejercicio de estas actividades al Estado, sustrayéndolas del elenco de actividades que pueden ser desarrolladas por los particulares como actividad económica de su preferencia.

En efecto, a pesar que el artículo 302 de la propia Constitución contempla que el Estado podrá reservarse, mediante la Ley Orgánica respectiva, determinadas industrias, explotaciones, bienes y servicios de interés público y de carácter estratégico, y aunque el artículo 305 del mismo texto Fundamental declara expresamente que la producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la nación, lo cierto es que la LOSSA, no obstante contar con rango de orgánica, lejos de plantear la asunción de la producción de alimentos por parte del Estado, con carácter exclusivo y excluyente, declara expresamente en su Exposición de Motivos lo siguiente:

“La fundamental contradicción del modelo económico capitalista neoliberal en materia agroalimentaria ha sido la incapacidad manifiesta de lograr una justa y equitativa distribución de todos los bienes alimentarios e ingresos social y económicamente necesarios para llevar a la práctica las políticas de desarrollo rural, siendo preciso someter las condiciones de abastecimiento, distribución, intercambio y comercialización a la regulación social, es decir, la vinculación social eficiente y eficaz entre la planificación y el mercado, no dejando sólo al mercado como agente regulador de la economía, pero tampoco al Estado que centralice toda la planificación o el monopolio en la producción o distribución.

Deben coexistir ambos sistemas, sometidos a una regulación de la producción y del consumo, predeterminados y dinámicamente cuantificados, concebidos entre los miembros de la sociedad a través del intercambio de actividades, motivando a las productoras y los productores individual y colectivamente, mediante un sistema de incentivos materiales y morales, autodeterminado.” (El subrayado, las cursivas y el resaltado que aparecen en la transcripción, han sido incluidas por el autor del presente estudio).

---

1 Publicada en la G.O. N° 5.889, Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

A través de estas breves páginas, simplemente se buscar hacer una primera aproximación a las razones jurídicas que podrían determinar por qué la asunción por el Estado de la actividad de producción de alimentos, con carácter exclusivo y excluyente, mediante su reserva al sector público y su constitución como un auténtico monopolio estatal, resultaría incompatible con el esquema asumido en esta materia por la propia Constitución, según el cual la producción de alimentos, como factor fundamental para alcanzar la seguridad alimentaria y el desarrollo económico y social de la Nación, debe ser llevada a cabo bajo un esquema de cooperación entre el sector privado y el sector público, regido por los principios de eficiencia, productividad y libre competencia, como única forma de asegurar no sólo la misma seguridad alimentaria, sino el derecho de los consumidores a elegir libremente los alimentos de calidad que quieren consumir.

## II. LOS TÉRMINOS EN QUE EL ESTADO ASUME, EN EL ARTÍCULO 305, EL COMPROMISO DE GARANTIZAR LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y LA REFERENCIA A LA PRODUCCIÓN DE ALIMENTOS, COMO ACTIVIDAD “FUNDAMENTAL” PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA NACIÓN

A tal efecto, cabe comenzar acudiendo al contenido del precepto dedicado a dar recepción, por primera vez en nuestra evolución constitucional, a la noción de seguridad alimentaria. Se trata del artículo 305 del Texto Constitucional, según el cual:

“Artículo 305. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola.

Son varios los elementos y declaraciones que cabe extraer de esta disposición:

Ante todo y en *primer* lugar, el Estado asume el compromiso de garantizar la seguridad alimentaria, la cual es definida en términos similares a como se ha definido la noción a nivel global; a saber, como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor;

Por otra parte y en *segundo* lugar, se declara que la seguridad alimentaria se alcanzará, entre otras formas, desarrollando y privilegiando la realización en el país de actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras y acuícolas, asumiendo el Estado el compromiso de promover el ejercicio sustentable de estas actividades, como base estratégica del desarrollo rural integral;

Finalmente y en *tercer* lugar, la producción de alimentos, como presupuesto indispensable para la consecución y sostenimiento de la seguridad alimentaria, es declarada como interés nacional y “fundamental” para el desarrollo económico del país, en virtud de lo cual se habilita expresamente al Estado, no para desarrollar él directamente la actividad de producción de alimentos, sino para que adopte medidas (de carácter financiero, comercial, de transferencia tecnológica, de tenencia de la tierra, de infraestructura, de capacitación de mano

de obra y otras), destinadas a alcanzar un objetivo muy preciso: la obtención de niveles estratégicos de autoabastecimiento, así como para que promueva acciones que permitan compensar las desventajas propias de la actividad agrícola.

Luego, no cabe duda que a partir del Texto Constitucional de 1999, la producción de alimentos ha sido elevada a la categoría de una actividad vital y de superlativa importancia para la consecución de la seguridad alimentaria, como desiderátum crucial para la existencia y la viabilidad misma de toda la colectividad.

Ahora bien, estás contundentes e incuestionables declaraciones constitucionales plasmadas en el artículo 305, no pueden ser vistas aisladamente y con total desconexión de otras disposiciones que, formando parte del mismo sistema normativo integral diseñado en dicho Texto, las complementan y contribuyen a su adecuada y razonable comprensión.

III. EL COMPROMISO QUE ASUME EL ESTADO, EN EL ARTÍCULO 299 DE LA CONSTITUCIÓN, DE PROMOVER, “CONJUNTAMENTE CON LA INICIATIVA PRIVADA” Y CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE “EFICIENCIA, LIBRE COMPETENCIA Y PRODUCTIVIDAD”, EL DESARROLLO ARMÓNICO DE LA ECONOMÍA NACIONAL, PARA LO CUAL LA PRODUCCIÓN DE ALIMENTOS HA SIDO DECLARADA COMO UNA ACTIVIDAD “FUNDAMENTAL”

En tal sentido y como complemento ineludible para una adecuada comprensión de los compromisos asumidos por el Estado en materia de seguridad alimentaria, cabe comenzar haciendo alusión al contenido del artículo 299 del mismo Texto Fundamental, según el cual:

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

De cara al texto de esta disposición, queda claro que así como el Estado asume en el artículo 305 el compromiso de garantizar la seguridad alimentaria, en este artículo 299 también ha asumido el compromiso de promover, conjuntamente con la iniciativa privada, “...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...”, todo ello con arreglo a los principios de eficiencia, libre competencia y productividad, para lo cual esa misma disposición le impone al Estado la obligación de garantizar “...la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta...”.

Sobra decir que esta portentosa declaración constitucional guarda perfecta consonancia con el compromiso que el mismo Estado asume en el artículo 112 del mismo Texto Constitucional, cuando al contemplar el derecho que tienen todos los particulares a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, declara expresamente que es un deber del propio Estado promover la iniciativa privada.

Pero adicionalmente, hay factores de conexión entre los artículos 299 y 305 de la Constitución que merecen ser puestos de relieve y que guardan relación precisamente con el tema que nos ocupa.

Por una parte y en *primer* lugar, nótese que en el artículo 299 del Texto Fundamental, el Estado ha asumido expresamente el compromiso ineludible de promover, **conjuntamente con la iniciativa privada, el desarrollo armónico de la economía nacional**. Pero al mismo tiempo, el artículo 305 declara expresamente que la **producción de alimentos** no sólo es de interés nacional, sino que además es **fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación**. Luego, no cabe duda que en lo atinente a la actividad de producción de alimentos, como actividad **fundamental** para el desarrollo económico y social de la nación, resulta totalmente predicable y exigible el compromiso asumido por el Estado de **promover, conjuntamente con la iniciativa privada, el desarrollo armónico de la economía nacional**, lo cual constituye un indicativo claro del reconocimiento, directamente a nivel constitucional, de la necesidad ineludible de contar con la participación del sector privado en la actividad reproducción alimentos.

Por otra parte y en *segundo* lugar, como complemento de lo señalado en el párrafo precedente, cabe llamar la atención en torno al fin al cual, según el artículo 299, debe estar orientada la acción promotora estatal del desarrollo armónico de la economía nacional, en conjunción con el sector privado. Nótese que se habla expresamente de **generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país**, cometidos todos estos que mantienen perfecta consonancia con lo que se ha señalado a nivel internacional en torno a las verdaderas causas o factores determinantes de la inseguridad alimentaria; a saber: que la cuestión clave está en la capacidad de acceso al alimento y no sólo en la existencia del mismo, ante lo cual la generación de fuentes de trabajo y la elevación del nivel de vida de la población, resultan cruciales.

Finalmente y en *tercer* lugar, no puede pasar por desapercibido que ese compromiso que asume el Estado en el artículo 299 de promover, **conjuntamente con la iniciativa privada**, el desarrollo armónico de la economía nacional (para lo cual la **producción de alimentos** ha sido declarada como **fundamental** por el artículo 305 del mismo Texto Constitucional), debe ser cumplido con arreglo a unos principios muy precisos, enunciados en el propio texto del artículo 299, entre los cuales destacan especialmente los principios de **eficiencia, libre competencia y productividad**, indisolublemente vinculados al derecho a la libertad económica previsto en el artículo 112 de la propia Constitución, principios estos cuya adecuada satisfacción implica necesariamente dar cabida al ejercicio del citado derecho por parte de operadores económicos privados.

Luego, queda claro entonces que ese compromiso de garantizar la **seguridad alimentaria**, asumido por el Estado en el artículo 305 de la Constitución, así como la declaratoria de la actividad de producción de alimentos como **de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación**, contenida en esa misma norma, deben ser analizados obligatoriamente teniendo en cuenta tanto el compromiso que el propio Estado también ha asumido en el artículo 112 de la Constitución, de **promover la iniciativa privada**, como el compromiso que igualmente ha hecho suyo el mismo Estado en el artículo 299 del Texto Fundamental, de **promover, conjuntamente con la iniciativa privada, "...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..."**, todo ello con arreglo a los principios de **eficiencia, libre competencia y productividad**, para lo cual esa misma disposición le impone al Estado la obligación de ga-

rantizar “...la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta...”.

IV. LA NECESIDAD DE GARANTIZAR LA SEGURIDAD ALIMENTARIA RESPECTANDO EL DERECHO QUE CONFORME AL ARTÍCULO 117 DE LA CONSTITUCIÓN, TIENEN TODOS LOS CONSUMIDORES A “ELEGIR SOBERANA Y LIBREMENTE” LOS BIENES DE CALIDAD QUE DESEAN Y REQUIEREN CONSUMIR

Por último, resulta indispensable tener en cuenta que la consecución y sostenimiento de la seguridad alimentaria implica necesariamente dejar a buen resguardo la necesidad de contar con variedades alimenticias, atendiendo a las variadas necesidades y hasta sensibilidades nutricionales de los distintos y heterogéneos consumidores que forman parte de una misma masa poblacional.

Pues bien, se trata de un requerimiento que también encuentra reflejo expreso en el Texto Constitucional venezolano de 1999, concretamente en el artículo 117, según el cual:

“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”.

De esta forma, ese compromiso que asume el Estado en el artículo 305 de la Constitución de garantizar la seguridad alimentaria, “...entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor...”, debe ser visto ineludiblemente a la luz del derecho reconocido por el artículo 117 del mismo Texto Constitucional a favor de todos los consumidores y usuarios en general, no sólo “... 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...”, sino sobre todo y muy especialmente “...a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno...”

Y casi resulta ocioso señalar que la única manera de dar satisfacción a este derecho de elección de los consumidores, es dando cabida a la existencia de una libre competencia, que permita una oferta variada de productos y servicios que se ajuste a las heterogéneas necesidades de los consumidores, con lo cual, evidentemente no cabe la posibilidad de que las actividades de producción, almacenamiento, distribución y comercialización de alimentos se reserven al Estado, por cuanto desaparecería la competitividad y no habría la capacidad suficiente para la innovación requerida para ofrecer a los consumidores de alimentos variedades suficientes para su elección.

Obviamente, también debe tenerse en cuenta que ese compromiso asumido por el Estado en el artículo 305 de la Constitución, de garantizar la seguridad alimentaria, no excluye en modo alguno la obligación que de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de la Constitución y “...en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, corresponde a los o a las particulares según su capacidad...”, siendo en tal virtud que se habilita al propio Estado para que, mediante ley, “...provea lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario...”, dentro de lo cual se enmarca precisamente la habilitación contenida en el propio artículo 305 de la Consti-

tución, para que el Estado pueda dictar “...las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento...”, así como promover “...las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola...”.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

De cuanto se ha dicho a través de estas breves reflexiones, queda claro que el diseño asumido a nivel constitucional en esta materia, implica que el reconocimiento expreso de la trascendencia con que cuenta la producción de alimentos para la existencia misma de la colectividad, si bien justifica su declaración como actividad de interés nacional, vital para la seguridad alimentaria (artículo 305), no excluye -ni puede excluir en modo alguno- la indispensable intervención del sector privado en su desarrollo. Todo lo contrario: es la propia Constitución la que asume que el Estado se compromete, no sólo a promover esa iniciativa particular (artículo 112), sino a trabajar conjuntamente con el sector privado en el desarrollo armónico de la economía nacional, con arreglo a los principios de eficiencia, productividad y libre competencia (artículo 299), sin que pueda olvidarse que la producción de alimentos ha sido declarada expresamente como una actividad fundamental para alcanzar dicho desarrollo (artículo 305).

Pero adicionalmente, la actuación del sector privado en este ámbito, lejos de poder ser considerada como sustituible total o parcialmente por la acción del Estado, constituye un imperativo constitucional derivado no sólo de los compromisos asumidos por el propio Estado a la luz de los artículos 112 y 299 del Texto Fundamental, sino también de la obligación general de solidaridad y responsabilidad social prevista en su artículo 135. Más aún, esa intervención del sector privado en la producción de alimentos, constituye un elemento vital para poder asegurar que la seguridad alimentaria asumida en el artículo 305, se alcance con plena adecuación al derecho reconocido por el artículo 117 del mismo Texto Constitucional a favor de todos los consumidores y usuarios en general, no sólo “... a disponer de bienes y servicios de calidad...”, sino sobre todo y muy especialmente “...a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno...”

De esta forma y en franca consonancia con el diseño asumido a nivel constitucional, sucede que aunque la producción de alimentos ha estado sometida desde hace muchísimo tiempo al comprensible cumplimiento de deberes, cargas y requisitos impuestos por distintos textos legales y reglamentarios, lo cierto es que no ha existido -ni existe aún- en el Derecho positivo interno venezolano, una disposición que haya reservado expresamente el ejercicio de estas actividades al Estado, sustrayéndolas del elenco de actividades que pueden ser desarrolladas por los particulares como actividad económica de su preferencia.

Y no podría ser de otra forma, pues -se insiste- es la propia Constitución la que asume que el Estado debe comprometerse no sólo a promover la iniciativa privada (artículo 112), sino a trabajar conjuntamente con ella en la producción de alimentos, la cual ha sido declarada como factor fundamental del desarrollo económico y social de la Nación (artículos 299 y 305), pues precisamente la participación del sector privado en este ámbito, con arreglo a los principios de eficiencia, productividad y libre competencia (artículo 299), constituye un elemento vital para poder asegurar que la consecución de la seguridad alimentaria (artículo 305) se lleve a cabo con plena adecuación al derecho de todos los consumidores y usuarios en general, no sólo “... a disponer de bienes y servicios de calidad...”, sino sobre todo y muy especialmente “...a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno...” (artículo 117).

No cabe duda que un análisis detenido de las disposiciones de la recién sancionada LOSSA, pone de manifiesto que muchas de ellas, lejos de propender a la adecuada consecución y sustentabilidad de la seguridad alimentaria, contemplan la posibilidad de adoptar medidas que, en su concepción y ejecutoria, atentan claramente contra posibilidad de alcanzar tal objetivo. Muchas de ellas ponen también en evidencia la abierta contradicción que encierran con una adecuada concepción del ejercicio de la libertad económica y del derecho de propiedad en el sector, y lo que es más grave aún: algunas muestran una radical contradicción con el principio y derecho fundamental de la soberanía del consumidor, previsto en el artículo 117 del Texto Fundamental, como un elemento de ineludible observancia y respeto en la consecución de la seguridad alimentaria.

Obviamente, excede con creces los razonables límites impuestos a este estudio entrar a analizar esas disposiciones a las cuales se ha hecho una mera referencia en el párrafo anterior. Pero lo que si no cabe duda alguna es que, dejando a salvo esa contradicción que encierran tales disposiciones con los postulados constitucionales con arreglo a los cuales ha sido asumido al más alto nivel normativo el compromiso de alcanzar y preservar la seguridad alimentaria, no se puede dejar de señalar que, al menos en su exposición de motivos y a través de otras disposiciones aisladas del texto, la nueva LOSSA ha asumido este postulado básico conforme al cual, la acción del sector privado en el desarrollo de actividades dentro del ámbito de la producción de alimentos, de acuerdo con el texto constitucional, constituye un presupuesto indispensable para la adecuada consecución y sostenibilidad de la seguridad alimentaria.

Por tanto, cabe sostener que a lo largo de la historia jurídica venezolana, y aún en la actualidad, esta es una actividad que ha venido y sigue siendo desarrollada por sujetos privados (particulares y empresas), con fundamento en el ejercicio del derecho a la libertad económica previsto hoy en el artículo 112 de la Constitución, y si bien puede ser -como lo ha venido siendo- sometida a restricciones o limitaciones, debe tenerse siempre presente que estas limitaciones sólo pueden ser impuestas mediante ley, y que en todo caso, deben respetar el contenido esencial del derecho a la libertad económica que sirve de fundamento para su ejercicio, así como ser razonables y proporcionadas, pues estas son las garantías reconocidas constitucional y jurisprudencialmente para asegurar el adecuado ejercicio de éste y de todos los derechos fundamentales.



## QUINTA PARTE: RÉGIMEN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

### *Una visita a las leyes referidas a la geografía, territorio y turismo. Las nuevas leyes de Espacios Acuáticos y Canalizaciones*

Juan Carlos Sainz Borgo

*Profesor Agregado en el Instituto de Derecho Público y  
Universidad Central de Venezuela*

#### I. INTRODUCCIÓN

El Ejecutivo Venezolano, en desarrollo de la tercera habilitación aprobada por parte de la Asamblea Nacional, promulgó un conjunto de 65 leyes, de las cuales 26 fueron publicados en la *Gaceta Oficial* del 31 de julio de 2008. El Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información (MPPPCI) clasificó las leyes en siete grupos, de los cuales uno de ellos se refiere a las leyes en el área: “Geografía, territorio y turismo”, serán el foco del presente artículo<sup>1</sup>.

---

1 Gobierno Bolivariano de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información. Decálogo de las Leyes Habilitantes. Septiembre 2008. Boletín de Noticias Nacionales. 18 de septiembre de 2008, entre otros. El documento clasifica las leyes aprobadas en el marco de la habilitación parlamentaria de la siguiente forma: “Militar; Geografía, territorio y turismo; Agricultura, ganadería, alimentación y servicios; Vivienda; Seguridad Social; Administración pública y ente gubernamentales; Economía y Bancos. Otras leyes aprobadas por el Ejecutivo y 16 de proyectos de leyes discutidos pero que fueron enviados a la Asamblea Nacional para que sea es-

Las leyes con contenidos geográficos, serán analizadas en relación con su impacto en la gestión de los espacios acuáticos y en particular desde la perspectiva de Derecho Internacional.

El artículo seguirá una metodología exegética, comparando las normas aprobadas en el periodo habilitante que feneció el 31 de julio de 2008, con las leyes derogadas, así como los proyectos y normativa constitucional que les dieron origen.

## II. LEYES CON CONTENIDO GEOGRÁFICO

Según el MPPPCI las Leyes de carácter geográfico aprobadas en la habilitación son las Leyes Orgánica de Turismo, Orgánica de los Espacios Acuáticos, Ley de Transporte Ferroviario Nacional y Ley de Canalizaciones y Mantenimiento de las Vías Navegación. Sin embargo, la Asamblea Nacional clasificó las leyes aprobadas durante la habilitación de forma totalmente distinta. En un interesante documento titulado: “Beneficios de la Ley Habilitante”<sup>2</sup> la Ley de Espacios Acuáticos se clasificada dentro del área Geopolítica; Las Leyes de Canalizaciones y de Ferrocarriles en el área Institucional y la Ley de Turismo en el área Social.

La clasificación de las leyes que seguiremos será la expresada por el Ejecutivo, como ente habilitado para legislar por el Ejecutivo. Aunque llama la atención la diferencia de criterios utilizados entre dos de los poderes que administran la República, en particular que el Poder Legislativo es quien tiene el mandato constitucional de dictar las Leyes. (Art. 187 CRBV) La clasificación de leyes con contenido geográfico presentada por el ejecutivo es muy amplia cuando incluye cuatro instrumentos legales de muy distinta entidad como la ley que regula el turismo, los ferrocarriles y los espacios acuáticos y su canalización, dentro de las leyes de carácter geográfico.

La Ley Orgánica de Turismo aprobada tiene como objetivo “promover, organizar y regular la actividad turística, la organización y funcionamiento del Sistema Turístico Nacional, como factor estratégico de diversificación socioeconómica y desarrollo sustentable y sostenible del país”<sup>3</sup>. Los objetivos y la forma como se obtendrán se alejan de manera considerable del ámbito geográfico, en especial de la agenda marítima y fluvial a que hicimos mención como el elemento fundamental del presente análisis.

Por otro lado, la nueva Ley de Transporte Ferroviario Nacional, tiene por objetivo “garantizar el transporte ferroviario nacional”<sup>4</sup>. Dentro de las disposiciones de la Ley hace referencia a la intermodalidad<sup>5</sup> del servicio ferroviario en Venezuela. La Ley en cuestión no hace ninguna referencia a dicho concepto.

---

te cuerpo legislativo el que tome decisión”. Fuente: [http://www.minci.gob.ve/noticias/1/182059/consulte\\_el\\_contenido.html](http://www.minci.gob.ve/noticias/1/182059/consulte_el_contenido.html). Consulta, 30 de Septiembre de 2008

2 Asamblea Nacional. Dirección General de Investigación y Desarrollo Legislativo. Beneficios de la Ley Habilitante. Sin fecha. Fuente: [http://www.asambleanacional.gov.ve/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=86&&Itemid=124](http://www.asambleanacional.gov.ve/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=86&&Itemid=124). Recuperado Octubre 2008.

3 Decreto con rango, valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo. *G.O.* del 31 de julio de 2008. Artículo 1.

4 Decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Transporte Ferroviario Nacional *G.O.* del 31 de julio de 2008. Artículo 1.

5 *Ibidem*. Artículo 2. Numeral 3. “Facilitar el desarrollo de las políticas de transporte ferroviario, favoreciendo la interconexión y la interoperabilidad de los sistemas ferroviarios y la intermodalidad de los servicios, con la participación de las comunidades organizadas.”

El concepto de la Intermodalidad ha sido definido por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías<sup>6</sup> y la Decisión 331 de la Comunidad Andina<sup>7</sup> en el cuales se define como aquel que se desarrolla por mas de un medio de transporte, sin especificar la forma en que se realiza. Esta intermodalidad es un elemento de gran importancia al referirse al transporte marítimo o fluvial. Sin embargo, la Ley no entra a diferenciar ningún aspecto de ellos, así como tampoco el ámbito que esta multimodalidad podría tener en los aspectos geográficos o acuáticos.

Asimismo, en la clasificación de “leyes con contenidos geográficos”, deberían haberse incluido dentro del paquete legislativo, los siguientes instrumentos legales remitidos a la consideración de la Asamblea Nacional: Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, Ley General de Puertos y Ley de Marina y Actividades Conexas. Pero estas no fueron aprobadas en el desarrollo de la habilitación legislativa y sólo la Ley para la Ordenación del Territorio fue aprobada en primera discusión por la Asamblea Nacional, sesenta días después de finalizada la mencionada habilitación.

Dentro del espíritu de esta obra, enfocaremos exclusivamente el estudio de las presentes disposiciones en los dos instrumentos directamente relacionados con el ámbito geográfico acuático, a saber la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares (LOEA) y la Ley de Canalizaciones y Mantenimiento de las Vías Navegación (LDC).

### III. LEY ORGÁNICA DE ESPACIOS ACUÁTICOS

El concepto de espacios acuáticos y las leyes que lo han regulado, esta directamente relacionado con el constitucionalismo que se origina con el texto aprobado el 20 de diciembre de 1999. El texto constitucional hace referencia a los Espacios Geográficos, como un concepto mas allá de la tradicional referencia al territorio que era una mención natural en el constitucionalismo venezolano desde 1830<sup>8</sup>.

El artículo 11 de la Constitución de 1999 formula los elementos que comprenden este espacio geográfico: “...continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; (...) Sobre los espacios acuáticos constituidos por la zona marítima contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción en los términos, extensión y condiciones que determinen el derecho internacional público y la ley”<sup>9</sup>.

- 
- 6 La Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías 1980. Firmada por Venezuela, el 31 de Agosto de 1981.
  - 7 Comunidad Andina. DECISIÓN 331. Transporte Multimodal. Artículo 1. Transporte Multimodal. El porte de mercancías por dos modos diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un único Contrato de Transporte Multimodal, desde un lugar en que el Operador de Transporte Multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.
  - 8 Para una visión completa del tema, ver: Juan Carlos Sainz Borgo. *El Derecho Internacional y la Constitución de 1999*, Universidad Central de Venezuela, Especialmente el Capítulo 7. “El Régimen Territorial”, Caracas 2006; también, Larys Hernández, *Espacios geográficos en la Constitución de 1999*, Cuestiones Políticas N° 30, IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, Maracaibo 2003.
  - 9 Destacado nuestro.

La promulgación de una ley espacios acuáticos está contenida en el mandato constitucional expresado en la Disposición Transitoria Sexta, con el objeto de desarrollar su nueva descripción. En ese sentido el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Infraestructura, creó una Comisión Ministerial que presentó un anteproyecto de Ley, en el cual participaron el Consejo Nacional de la Marina Mercante, integrado por el Jefe del Estado Mayor de la Armada, la Cámara Venezolana de Armadores, PDVSA y el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante, además de un número de 700 personas que colaboraron en la redacción del anteproyecto de ley.<sup>10</sup>

Este proyecto fue la base para que en la segunda habilitación otorgada al Presidente Hugo Chávez en el año 2002, promulgara la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares<sup>11</sup>. Según la Exposición de Motivos de esa Ley, en ella se recopilaban “experiencias, vivencias y recomendaciones vitales para originar la presente estructura de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos”.

Transcurrido menos de seis años de la promulgación de la Ley y con todavía disposiciones de la misma sin desarrollo normativo o práctico, el Ejecutivo Nacional decidió modificarla, como consecuencia de la “obsolescencia de normas y la falta de corresponsabilidad y coordinación entre las ya existentes.”

La Exposición de Motivos de la nueva LOEA, explica la reforma de la siguiente forma: “...ante la evolución de la actividad marítima internacional y las transformaciones en el ámbito económico, político y social que atraviesan los Estados, requiere de la actualización de los ordenamientos jurídicos, permitiendo a su vez la evolución y desarrollo de los pueblos en sociedad.”

Agrega más adelante: “...los proyectos de exploración y explotación de combustibles fósiles en el mar Caribe, el océano Atlántico y en la faja petrolífera del río Orinoco y algunos de sus afluentes y la ampliación de la flota mercante y petrolera nacional son indicadores, no sólo de la dependencia presente, sino también de la dependencia futura de la Nación en relación con los espacios acuáticos, motivado a que el aumento de las actividades de producción y reproducción de la vida material de los venezolanos implicando un mayor y mejor uso de los espacios” (*sic*).

La exposición se refiere al “aumento de la producción y reproducción de la vida material de los venezolanos”. El mencionado aumento de la producción de no se refleja en estadísticas confiables; además la idea de la “reproducción de la vida material de los venezolanos” que pudiera implicar un mayor uso de los espacios acuáticos, podría relacionarse con una mayor importación de bienes extranjeros por vía marítima, que según las cifras oficiales, se ha producido en los últimos años.

Agrega la Exposición de Motivos: “Esta realidad ha incidido, en que el ciudadano Presidente de la República haya estrechado en el marco del proceso revolucionario, aspectos como la complementariedad internacional en la cuenca del mar Caribe, dentro del Alternativa Bolivariana de las Américas, centralizando la integración en un contexto determinado. Estos actos indican el reconocimiento de la importancia geopolítica que reviste el mar para los venezolanos en el presente y en el futuro próximo.” (*sic*)

---

10 La cifra y la descripción del proceso legislativo se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares.

11 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.596 de fecha 20 de Diciembre de 2002.

La idea del “proceso revolucionario” para la búsqueda de la complementación en el mar caribe y el ALBA, no encuentra sus reflejos en normas directas a lo largo del nuevo texto de la Ley, más allá de una relativización de las obligaciones convencionales y consuetudinarias que la República mantiene desde tiempo inveterado.

Finalmente el Ejecutivo explica las razones de la reforma de la Ley, en los siguientes términos: “...actualiza la participación del Estado y la sociedad, dejando atrás la obsolescencia de normas y la falta de corresponsabilidad y coordinación entre las ya existentes, para armonizar aquellas que han estado esparcidas en diferentes instrumentos legales, que a su vez coexisten y forman parte en el proceso de cambios del país en los últimos años, los cuales inciden tanto en la evolución normativa como en el aprovechamiento de esos espacios en interés del colectivo”.

La Exposición de Motivos focaliza su explicación en la necesidad de crear un marco específico para la participación de las organizaciones comunitarias, cooperativas y la posibilidad del trabajo voluntario establecido en el Título XII. Estas disposiciones se encuentran igualmente en la reforma de la Ley de Canalizaciones y en un grupo importante de las leyes aprobadas en el paquete legislativo que surge de la habilitación que venció en julio de 2008.

La Exposición de Motivos sólo permite apreciar el cambio en el paradigma político en la organización del estado, con elementos que superan el estricto ámbito de competencia de las leyes en particular. Sin embargo, estas referencias generales podremos verlas de forma más clara a lo largo del análisis del texto de la Ley.

El artículo 2 de la LOEA, explica su objeto de la siguiente forma: “...preservar y garantizar el mejor uso de los espacios acuáticos, insulares y portuarios, de acuerdo a sus potencialidades y a las líneas generales definidas por la planificación centralizada.”

En el artículo similar de la Ley derogada, se definen los objetivos de la siguiente forma: “...regular el ejercicio de la soberanía, jurisdicción y control sobre los espacios acuáticos e insulares de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al Derecho Interno e Internacional.”

Al comparar ambas normas, la nueva Ley remite la gestión de los espacios acuáticos, a un ente de planificación, creado dentro de la habilitación a que hacemos referencia en este análisis y que se denomina la Ley de Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación<sup>12</sup> y que tiene por función “...la elaboración de 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.”

Esta Comisión, tendrá como finalidad según lo establece el artículo 2.2. “Impulsar la transición hacia un modelo integrado de planificación centralizada, asegurando la gestión social y planificada de la función pública administrativa y orientada hacia “...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.”(2.3)<sup>13</sup>

---

12 Decreto Ley N° 5481. Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación. *Gaceta Oficial* N° 5.481 Extraordinaria del 22 de Junio de 2007.

13 Para mayor información sobre la Ley, ver la Sentencia de Constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de junio de 2007 o Allan Brewer-Carías, “Comentario sobre la Inconstitucionalidad del Decreto Ley de la Creación de la Comisión Central

Esta remisión de las políticas y desarrollos de la Comisión de Planificación, reafirma el carácter centralizador de las disposiciones de la habilitación legislativa del año 2008 y podría explicarse en dos sentidos: 1) reafirmación del carácter estatista y centralizador y 2) relativización de la importancia de los compromisos abordados en el marco del Derecho Internacional, frente aquellos provenientes de las alianzas regionales o globales de la Administración del Presidente Chávez.

En primer lugar, la LOEA en su artículo 6° “declara de interés y utilidad pública, todo lo relacionado con el espacio acuático, insular y portuario, especialmente el transporte marítimo nacional e internacional de bienes y personas, puertos, industria naval y en general, todas las actividades conexas, relacionadas con la actividad marítima y naviera nacional, las labores hidrográficas, oceanográficas, meteorológicas, de dragado, de señalización acuática y otras ayudas a la navegación y cartografía náutica”.

Esta regulación ha sido ampliamente criticada, porque según Aurelio Fernández, “abre un espacio para una medida de expropiación más rápida”<sup>14</sup> en todos los temas relacionadas con la actividad acuática, haciendo difícil la inversión privada en el área o los proyectos relacionados con la descentralización en los puertos.

En segundo lugar, la LOEA, elimina la mención expresa al Derecho Internacional y enumera a lo largo del texto, las diversas obligaciones de la República en la materia: 1. Cuencas hidrográficas transfronterizas y aprovechamiento de sus recursos (Art. 7); 2. Protección de ecosistemas (Art. 7); 3. Conservación de especies migratorias (Art. 5.15); Exploración de los recursos naturales en el Gran Caribe y océanos Atlántico y Pacífico (Art. 5.16); Participación en el aprovechamiento y beneficios de la Zona Internacional de Fondos Marinos (Art. 5.17); Cooperación en el mantenimiento de la paz (Art. 5.27); Promoción de la investigación (Art. 5.30) y la Promoción de la no-proliferación nuclear en el Caribe (Art. 5.31).

En relación con este último referido a la no-proliferación nuclear, se mantiene la regulación especial para los buques de propulsión nuclear (Art. 19), en relación con su paso inocente o ingreso a los puertos venezolanos.

Se eliminan las menciones a los procesos de delimitación de áreas marinas y submarinas, presentes en el artículo 72 de la Ley derogada, que expresaba que “dará publicidad adecuada a las delimitaciones que ya se encuentran vigentes o que se efectúen de conformidad con lo estipulado en el párrafo anterior en particular mediante la publicación de cartas geográficas y náuticas”. Este desarrollo legal estaba basado en el Artículo 73 de la Constitución de 1999, que establece la consulta popular para las negociaciones en materia territorial.

Este cambio en la técnica legislativa representa un lamentable retroceso en la evolución de la relación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional en Venezuela. En la Segunda Habilitación otorgada al Presidente Chávez, en los textos aprobados, se incluyó un

---

de Planificación, Centralizada y Obligatoria”, propia de un estado socialista, por violación de las normas relativas al sistema de economía mixta y a la reforma del estado descentralizado que establece la Constitución. En <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20503.%20Sobre%20la%20Comisi%C3%B3n%20Central%20de%20Planificaci%C3%B3n%20y%20su%20inconstitucionalidad.%20Junio%202007.pdf>

14 Andrés Rojas Jiménez, “La nueva Ley de Espacios Acuáticos emitió declaratoria de utilidad pública para el sector”, *El Nacional*, 18 de agosto de 2008. En, <http://www.gda.com/consultanoticias.php?idArticulo=615169>. Consulta, Octubre 2008.

artículo que explica el orden de prelación de las normas objeto de regulación, dejando en claro el carácter supralegal que las obligaciones internacionales tienen en el ordenamiento jurídico venezolano. Por ejemplo, en la Ley de Aviación Civil<sup>15</sup>, Ley Comercio Marítimo<sup>16</sup>, Ley de Pesca y Acuicultura (*sic*)<sup>17 18</sup>, por nombrar algunas de las aprobada en la última habilitante.

En relación con la navegación y el patrullaje la nueva ley introduce algunas modificaciones. La navegación de cabotaje, regulada en el Título IX separa la forma en que fue establecido en el Título XVI de la ley derogada. El artículo 108 define el cabotaje como “la navegación que se efectúa entre puntos y puertos situados en los que la República ejerce soberanía y jurisdicción.” (*sic*)

En la norma derogada se infería que esta navegación era exclusivamente para el transporte de mercancías; ahora se aclara la norma y se ratifican los compromisos internacionales en la materia, así como la protección de la navegación domestica. Para la navegación de cabotaje por parte de embarcaciones extranjeras, se instituye la obligación de “enrolar dentro de su tripulación como pasantes a estudiantes venezolanos de educación superior náutica, durante el tiempo que realice la navegación de cabotaje en aguas venezolanas (Art. 113)”.

Es importante destacar, que la navegación de cabotaje por los cursos fluviales venezolanos representa uno de los puntos mas sensibles de las relaciones entre nuestro país y Colombia, en relación con la utilización de los ríos comunes y contiguos.

Al referirse al patrullaje de los espacios soberanos venezolanos, la reforma pretender ampliar las posibilidades del mismo, al modificar en el artículo Art. 41 los extremos de la persecución continúa que se encontraba en la Ley derogada. La nueva norma elimina la obligación de cesar la persecución “una vez que el buque perseguido, haya penetrado a las aguas de su pabellón o a las aguas de un tercer Estado” (Art. 47), que se encontraba en la Ley derogada.

Esta institución del derecho del mar, se encuentra en la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar de 1958 y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. El artículo 23.2 de la Convención de 1958, establece que “El derecho de persecución cesará en el momento en que el buque perseguido entre el mar territorial del país a que pertenece o en el de una tercera Potencia.”

El texto de la Ley induce a la confusión, ya que el artículo 41 hace una remisión directa al Derecho Internacional en la materia para poder efectuar la persecución continua, lo cual esta en contradicción con su propio texto. Esta disposición creará en los miembros de la Armada Venezolana una duda al momento de engancharse en una persecución desde el espacio acuático venezolano. La disposición rectora es la norma internacional, aunque la norma interna este en violación del tratado; incluso en el caso de que la zona o el buque pertenezcan

---

15 Decreto con Fuerza de Ley de Aviación Civil. *G.O.* N° 37.293 de 29 de septiembre de 2001. Artículo 2.

16 Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo. *G.O.* N° 5.551 09 de noviembre de 2001. Artículo 3.

17 Decreto con Fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura. *G.O.* N° 37.323 Ordinaria 13 de noviembre de 2001. Artículo 22.

18 El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (Edición 22°) no contiene la mención “Acuicultura”, solo se refiere a la “Acuicultura”.

a un estado que no sea parte de las Convenciones de 1958 o 1982, esta norma forma parte del Derecho Consuetudinario en la materia. De tal forma que alegar el cumplimiento de la norma interna en contra de la obligación internacional podría acarrear responsabilidad internacional para el estado venezolano.

El Decreto establece la obligatoriedad por parte del Presidente de la República en dictar las “Reglas de Enganche para las unidades de la Fuerza Armada Nacional” (Art. 42). Estas reglas “regulan el uso de la fuerza, bien sea a través del otorgamiento del permiso para abrir fuego, o a través de la utilización de las capacidades del armamento disponible”<sup>19</sup> para enfrentar al enemigo.

La publicidad de estas normas de actuación de las fuerzas armadas en situaciones de conflicto, podría representar una ventaja para aquellas fuerzas en conflicto, es por ello que algunos países deciden mantener esta regulación como confidencial (Reino Unido, Canadá o Australia). Venezuela, se coloca al lado de los países que consideran importante su publicación como el caso de los Estados Unidos de América.<sup>20</sup> Sin embargo, en nuestro criterio, la decisión del Ejecutivo de incluir la obligación de publicar estas reglas es positiva, ya que estas decisiones aseguran una mayor transparencia en la actuación del poder militar en Venezuela.

Por último, la Ley introduce algunos cambios de carácter institucional, especialmente aquellos referidos a la nomenclatura y competencias del Consejo Nacional de Espacios Acuáticos e Insulares, al cual se le elimina la palabra “insulares”. Finalmente y de forma curiosa, el Ejecutivo incluye la derogatoria de normas ya dejadas sin efecto en la Ley del año 2001, como las disposiciones de la Ley sobre el Mar Territorial, Plataforma Continental de 1956.

#### IV. LEY DE CANALIZACIONES Y MANTENIMIENTO DE LAS VÍAS DE NAVEGACIÓN

Esta Ley tiene por objeto regular los canales de navegación en el país, con un carácter complementario a la Ley de Espacios Acuáticos, ya que establece la utilización económica de las vías fluviales. El Ejecutivo reformó la antigua Ley de Canalizaciones aprobada por el Congreso de la República de 1979<sup>21</sup>, “con el fin de adaptar el marco de actuación de este Instituto a la nueva realidad jurídica del país”.

En la exposición de motivos, se menciona la importancia de la navegación fluvial en Venezuela y se refiere a la circulación de “...3000 buques anuales, no obstante, la reactivación de proyectos como del Canal del Río San Juan en el Estado Monagas y el impulso del proyecto “Orinoco Socialista” incrementaran las capacidades productivas del país y por ende el movimiento de mercancías por los canales de navegación de la República”. (*sic*)

Esta referencia que incluye el canal del Río San Juan, no aparece en la normativa aprobada, así como tampoco al Proyecto Orinoco Socialista, que según la información disponible está constituido por “...5 programas estrechamente vinculados: agro productivo socialista,

---

19 Guy R. Phillips, *Rules of Engagement: A Premier. The Army Lawyer. Department of the Army. Charlottesville*, N° 4, July 1993, p. 4 y siguientes.

20 Peter Rowe, “The Rules of engagement in occupied territory: Should they be published?” *Melburn Journal of International Law*, N° 8, Año 2007, p. 327.

21 República de Venezuela. Ley del Instituto Nacional de Canalizaciones. 31 de Diciembre de 1979. *G.O.* N° 2529 Extraordinario.



infraestructura de servicios, cien pueblos libres de miseria, ambiente y Distrito Social Amacuro.”<sup>22</sup> Este proyecto tendría una inversión de Bs. 878 millones e implicaría “la designación de una autoridad única de un gran proyecto de vastas dimensiones, de forma tal que abarque la zona sur del Orinoco<sup>23</sup>”. Sin embargo, ni en la Ley, ni en la información disponible se explica la forma en que ayudará al cumplimiento de los objetivos de la Ley.

La LDC plantea como objetivos, “regular las acciones relacionadas con transformación y conservación de espacios en vías adecuadas a la navegación acuática para garantizar la accesibilidad permanente y segura de buques y accesorios de navegación” (Art. 3).

Para facilitar su cumplimiento, la Ley plantea un conjunto de definiciones: “**Canalización:** Las actividades relacionadas con el diagnóstico, estudio, análisis, diseño y ejecución de obras que permitan la transformación de espacios acuáticos restringidos, en vías de navegación seguras. **Mantenimiento:** Aquellas acciones de dragado, hidrografía y de preservación de sistemas de señalización, que tienen como finalidad garantizar permanentemente el acceso y navegación segura de dichas vías. **Dragado:** La operación de limpieza de los sedimentos en cursos de agua, lagos, bahías, accesos a puertos para aumentar la profundidad de un canal navegable o de un río para aumentar la capacidad de transporte de agua, evitando así las inundaciones aguas arriba. Con ello se pretende aumentar el calado de estas zonas para facilitar el tráfico marítimo por ellas sin perjuicio para los buques, evitando el riesgo de encallamiento. **Hidrografía:** Consisten en el levantamiento del lecho del canal, vía de navegación y áreas cercanas con la finalidad de analizar la condición de profundidad que presentan estos. **Infraestructura hidráulica:** Toda intervención que conlleve al dragado, señalización e hidrografía de los espacios acuáticos y **Accesorios de navegación:** Los equipos flotantes que no tienen propulsión propia.” (Art. 6)

Sin embargo, la Ley no explica el alcance del objetivo referido a la **transformación** de espacios en vías acuáticas, contenida en el artículo 3. La Ley prevé un capítulo dirigido al Mantenimiento y Administración de Canales y Vías de Navegación y la forma como se organizará y trabajará el nuevo Instituto de Canalizaciones, pero en ninguna parte del texto aprobado se menciona el alcance del desarrollo de la transformación de espacios acuáticos en vías acuáticas. Tampoco se incluyen en el texto de la Ley, la forma en que estos espacios podrán ser desarrollados, más allá de los principios de la Ley, que se refieren al “uso sostenible de los recursos”.

El desarrollo sostenible toma forma jurídica en la Declaración de Río de 1982, en el principio 2: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.”

---

22 Petróleos de Venezuela. PDVSA: Proyecto Socialita Orinoco: Cien pueblos libres de miseria. Avances, publicación de la nueva PDVSA. 05 de marzo de 2007. Disponible en <http://www.pdv.com/interface.sp/database/fichero/publicacion/2210/121.PDF>. Consulta, Octubre 2008

23 Ministerio del Poder Popular para la Información y Comunicaciones. Proyecto Socialista Orinoco iniciará con inversión de BsF. 878,75 millones. [http://www.minci.gob.ve/noticias-prensa /28/182513/proyecto\\_socialista\\_orinoco.html](http://www.minci.gob.ve/noticias-prensa /28/182513/proyecto_socialista_orinoco.html) Consulta Octubre 2008.

Esta idea del desarrollo sostenible está presente en la Constitución de 1999, en el Título III, capítulo IX, de los Derechos Ambientales, donde se plasma la responsabilidad intergeneracional (Art. 127) y el mandato de que “Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural.” (Art. 129).

La idea de transformar cursos de aguas en vías fluviales aprovechables para el desarrollo humano, representa un gran desafío de ingeniería, pero también de cuidado con el ambiente, ya que cualquier intervención en los cursos fluviales genera consecuencias de tipo hidráulico, de calidad de agua y sobre todo en el manejo del ambiente, que puede tener consecuencias irreparables en la esfera nacional e internacional<sup>24</sup>. La Ley no desarrolla ninguna norma al respecto, aunque tome previsiones relacionadas con la seguridad y defensa (Art. 7.3); el régimen exclusivo de canales para empresas privadas (Art. 9.4) o las disposiciones comunes al resto del paquete legislativo referidas a la participación comunal (Art. 24), el trabajo voluntario (Art. 25) y la contraloría social (Art. 26).

Al comparar el texto de la LDC con la Ley de Espacios Acuáticos, llama la atención la no adscripción del Instituto de Canalizaciones a la Comisión Central de Planificación, como si lo es el Instituto de Espacios Acuáticos. El Instituto solo deberá presentar al Ministerio de adscripción, el Plan Nacional de Desarrollo de Mantenimiento de los Canales de Navegación (Art. 8) y el Plan Nacional de Desarrollo de los Canales y Vías de Navegación (Art. 12.1.) y será el propio Instituto de Canalizaciones que estará encargado de su cumplimiento.

La Ley hace referencia a dos canales de navegación principales para el país: el canal del Lago de Maracaibo y el eje fluvial Orinoco-Apure (Art. 16.1. y 17). Estas dos vías deben mantener la navegabilidad para barcos de gran calado y para lo cual se establece un sistema de pago de tasas expresado en la Ley. La navegación de cabotaje con buques de bandera venezolana tiene un tratamiento preferencial en materia de tasas.

## V. CONCLUSIONES

El examen de las normas aprobadas en el marco de la habilitación al ejecutivo del año 2007, puede aportar las siguientes conclusiones generales:

1. Se percibe una visión distinta en el examen de las realidades político-legales del país entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, al referirse a la valoración de los objetivos generales de las normas aprobadas en el marco de la Ley Habilitante, en razón de la diversa calificación que tienen las leyes como geopolíticas, institucionales, sociales, geográficas, etc.

2. Las Leyes aprobadas en el área geográfica tienen como elemento común fundamental adaptar sus regulaciones a las nuevas realidades políticas de un mayor centralismo del Ejecutivo Nacional. Esto se puede evidenciar en el fortalecimiento de control por parte de la administración central de todos los quehaceres nacionales y su sometimiento a entidades creadas para tal fin, como la Comisión Central de Planificación o a la labor rectora de los ministerios en sus diversas áreas de competencia.

3. En relación con la Ley de Espacios Acuáticos, la reforma introduce cambios importantes en la gestión de los mismos, en particular desde la perspectiva internacional al dismi-

---

24 Ariel Dinar, Stephen McCaffrey et al. *Bridges over water*, “Understanding transboundary water conflict, negotiation and cooperation”, World Scientific Series on Energy and Resource Economic, Vol 3, Singapore 2007.

nir la transparencia en el cumplimiento de las obligaciones y compromisos internacionales en diversas áreas como la delimitación de espacios soberanos, persecución continua y diversos compromisos derivados de obligaciones convencionales o consuetudinarias. Esto se expresa también en el cambio de orientación en la organización de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, que hasta la fecha venía desarrollando el Ejecutivo Nacional en anteriores habilitaciones.

4. La reforma en el régimen de la persecución continua puede presentar problemas operaciones en el cumplimiento de las funciones de la Armada Venezolana en sus labores en el resguardo de la soberanía nacional, al tener que decidir si aplican la norma internacional en referencia o la norma nacional recientemente aprobada.

5. La obligatoriedad de dar publicidad a las reglas de enganche en los espacios acuáticos representa un paso en la publicidad de las operaciones militares en nuestro país.

6. Los ajustes en las definiciones y gestión de la navegación de cabotaje, representan un avance importante en el manejo de un tema de gran sensibilidad para el Estado Venezolano.



## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL TERCER TRIMESTRE DE 2008

Recopilación y selección  
por Marianella Villegas Salazar  
*Abogado*

### SUMARIO

#### I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo Nacional. a. Organismos de la Presidencia de la República: Comisiones Presidenciales. b. Procuraduría General de la República. c. Ejecución de programas y proyectos de inversión social: Creación de Fondos Sociales. d. Transferencia de establecimientos de salud del Distrito Metropolitano de Caracas. e. Régimen de la Administración Pública. a'. Ley Orgánica de la Administración Pública. b'. Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos.

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

1. *Derechos y Garantías Constitucionales*. A. Derechos de los pueblos indígenas. B. Derechos Económicos: Derecho a la calidad de bienes y servicios. 2. *Sistema Financiero: Administración Financiera*. 3. *Sistema de Contrataciones Públicas*. 4. *Sistema Impositivo*. A. Impuesto sobre la Renta. B. Emisión de facturas. C. Especies Fiscales: Desincorporación. D. Régimen Aduanero.

#### III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenios. a. Leyes aprobatorias. 2. *Política de Relaciones Interiores: Administración de Justicia (Código Orgánico Procesal Penal)*. 3. *Seguridad y Defensa: Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*.

#### IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela*. 2. *Régimen Cambiario: Adquisición de Divisas*. 3. *Régimen de las Instituciones Financieras*. A. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras. a. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. b. Reestructuración de deudas. c. Créditos al sector agrario. d. Tratamiento especial para personas. e. Tasas de interés. 4. *Régimen de Comercio Interno*. A. Economía Popular. B. Precio Máximo de Venta al Público. C. Seguridad y Soberanía Agroalimentaria. a. Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria. b. Emisión de Guías de movilización. c. Flexibilización de trámites para producción, importación y mercadeo. d. Alimentos excluidos del control de precios. e. Avicultura comunal. D. Régimen de Desarrollo Agropecuario. a. Ley de Salud Agrícola Integral. b. Banco Agrícola. c. Beneficios. E. Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social. 5. *Régimen del Turismo*. A. Ley Orgánica del Turismo. B. Prestadores de Servicios Turísticos.

#### V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*. A. Educación socialista. B. Sueldos. 2. *Salud*. A. Escala de sueldos. B. Ejercicio de la Fisioterapia. 3. *Sistema de Seguridad Social*. 4. *Régimen de la vivienda*. A. Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. B. Instituto Nacional de la Vivienda.

## VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Organización del Estado. Territorio Nacional: Espacios Acuáticos. 2. Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables. 3. Régimen del Transporte y Tránsito. A. Ley de Transporte Terrestre. B. Transporte público de pasajeros. C. Uso del Gas natural vehicular. D. Transporte Ferroviario Nacional. 4. Transporte y Tráfico Aéreo: Actividad aeronáutica. 5. Transporte y Tráfico marítimo. A. Vías de navegación. B. Tasas.*

## I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Público Nacional*A. *Poder Ejecutivo Nacional*a. *Organismos de la Presidencia de la República: Comisiones Presidenciales*

Decreto N° 6.208, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto que Crea la Comisión Presidencial de Planes y Proyectos Especiales para la Gran Caracas. *G.O.* N° 38.969 de 9-7-2008.

Decreto N° 6.285 de la Presidencia de la República, mediante el cual se constituye la Comisión Presidencial Misión Sucre, con carácter permanente. *G.O.* N° 38.985 de 1-8-2008.

b. *Procuraduría General de la República*

Decreto N° 6.286, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.892 Extraordinario de esta misma fecha).

c. *Ejecución de programas y proyectos de inversión social: Creación de Fondos Sociales*

Decreto N° 6.128 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Creación del Fondo Social, para la Captación y Disposición de los Recursos Excedentarios de los Entes de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

d. *Transferencia de establecimientos de salud del Distrito Metropolitano de Caracas*

Decreto N° 6.201 de la Presidencia de la República, mediante el cual se transfiere al Ministerio del Poder Popular para la Salud los establecimientos de atención medica adscritos a la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas. *G.O.* N° 38.976 de 18-7-2008.

e. *Régimen de la Administración Pública*a'. *Ley Orgánica de la Administración Pública*

Decreto N° 6.217 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).



b'. *Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos*

Decreto N° 6.265, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. Véase *G.O.* N° 5.891 Extraordinario de esta misma fecha).

## II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

### 1. *Derechos y Garantías Constitucionales*

#### A. *Derechos de los pueblos indígenas*

Ley de Idiomas Indígenas. *G.O.* N° 38.981 de 28-7-2008.

#### B. *Derechos Económicos: Derecho a la calidad de bienes y servicios*

Decreto N° 6.092 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.889 Extraordinario de esta misma fecha).

### 2. *Sistema Financiero: Administración Financiera*

Decreto N° 6.233 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.891 Extraordinario de esta misma fecha).

### 3. *Sistema de Contrataciones Públicas*

Resolución N° 002 de la Vicepresidencia de la República (Comisión Central de Planificación), por la cual se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2008, la vigencia de los certificados de actualización de datos emitidos por el Servicio Nacional de Contrataciones. *G.O.* N° 38.970 de 10-7-2008.

### 4. *Sistema Impositivo*

#### A. *Impuesto sobre la Renta*

Providencia N° SNAT 2008 0249 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), mediante la cual se establece un Régimen sobre el Cumplimiento Voluntario para el pago de Impuesto Sobre la Renta de Personas Naturales que Trabajan bajo relación de Dependencia, para el Ejercicio Fiscal 2007. *G.O.* 38.984 de 31-7-2008.

Providencia N° SNAT INTI GR RCC 0251 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria sobre la Modificación del Calendario de Sujetos Pasivos Especiales y Agentes de Retención para aquellas obligaciones que deben cumplirse a partir del mes de agosto del año 2008. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008.

#### B. *Emisión de facturas*

Providencia N° SNAT 2008 0257 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), por la cual se establecen las Normas Generales de Emisión de Facturas y Otros Documentos. *G.O.* N° 38.997 de 19-8-2008.

C. *Especies Fiscales: Desincorporación*

Providencia N° SNAT 2008 0252 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), mediante la cual se desincorpora de la cuenta de Especies Fiscales de la Gerencia de la Región Capital, los Timbres Fiscales, Papel Sellado y Formularios que en ella se señalan. *G.O.* N° 38.996 de 18-8-2008.

D. *Régimen Aduanero*

Resolución N° 2093 del Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas, mediante la cual se establece el Listado de Códigos Arancelarios que sí y no requieren Certificado de no Producción, a incorporar en Importaciones Productivas, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 38.985 de 1-8-2008.

Resolución Conjunta N° DM 113 2008, DM 154 y DM 0050 Ministerios del Poder Popular para Economía y Finanzas, para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la salud y para la Alimentación, por la cual se establece el Régimen de Administración de Contingentes Arancelarios para los productos que en ella se detallan. *G.O.* N° 38.988 de 6-8-2008.

### III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios*

a. *Leyes aprobatorias*

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Portuguesa, en Materia de Cooperación Económica y Energética entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Portuguesa. *G.O.* N° 38.988 de 6-8-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación en Materia Turística, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Portuguesa. *G.O.* N° 38.988 de 6-8-2008.

2. *Política de Relaciones Interiores: Administración de Justicia (Código Orgánico Procesal Penal)*

Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal. *G.O.* N° 39.002 de 26 de agosto de 2008. Véase *G.O.* N° 5.894 Extraordinario de esta misma fecha.

3. *Seguridad y Defensa: Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*

Decreto N° 6.239 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.891 Extraordinario de esta misma fecha).

### IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela*

Decreto N° 6.214, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (Bandes). *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

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

Providencia de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), mediante la cual se regula los requisitos y el trámite para la autorización de adquisición de divisas, destinadas a las importaciones productivas. Se reimprime por error material del ente emisor. *G.O.* N° 38.987 de 5-8-2008.

## 3. *Régimen de las Instituciones Financieras*

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

#### a. *Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*

Decreto N° 6.287 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.892 Extraordinario de esta misma fecha).

#### b. *Reestructuración de deudas*

Resolución Conjunta N° 2.101 y DM 130 2008 de los Ministerios del Poder Popular para Economía y Finanzas y para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se establecen los términos y condiciones especiales, que aplicarán los bancos comerciales y universales, para la reestructuración de deudas y el procedimiento, y requisitos para la presentación, y notificación de respuesta de la solicitud de reestructuración. *G.O.* N° 38.989 de 7-8-2008.

#### c. *Créditos al sector agrario*

Decreto N° 6.219 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Crédito para el Sector Agrario. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

#### d. *Tratamiento especial para personas*

Resolución N° 209.08 de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, por la cual se presenta el tratamiento especial que deben brindar las instituciones financieras a las personas discapacitadas, de tercera edad y mujeres embarazadas, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 39.002 de 26-8-2008.

#### e. *Tasas de interés*

Providencia N° SNAT 2008 0247 del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), por la cual se informa que la tasa de interés activa promedio ponderada de los seis principales bancos comerciales y universales con mayor volumen de depósitos, excluidas las carteras con intereses preferenciales, fijad... *G.O.* N° 38.978 de 22-7-2008.

Providencia N° SNAT 2008 0258 del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), por la cual se informa que la tasa de interés activa promedio, fijada por el Banco Central de Venezuela para el mes de julio de 2008, ha sido de 25,84%. *G.O.* N° 38.998 de 20-8-2008.

## 4. *Régimen de Comercio Interno*

### A. *Economía Popular*

Decreto N° 6.130, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

B. *Precio Máximo de Venta al Público*

Resolución Conjunta N° DM 134 2008 y DM 057 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público PMVP, y el Precio Máximo de Venta PMV, pagado al productor, de los productos alimenticios y rubros indicados. Se reimprime por error material del ente emisor. *G.O.* N° 38.994 de 14-8-2008.

C. *Seguridad y Soberanía Agroalimentaria*

a. *Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria*

Decreto N° 6.071 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.889 Extraordinario de esta misma fecha).

b. *Emisión de Guías de movilización*

Providencia N° 001-08 de la Superintendencia Nacional de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas, por la cual se dictan las normas, lineamientos y criterios para la emisión de la Guía de Movilización de Cosecha Almacenada y Acondicionada en Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas, todo ello orientado hacia la consecución de los fines del Estado en materia de seguridad alimentaria nacional. *G.O.* N° 38.967 de 7-7-2008.

c. *Flexibilización de trámites para producción, importación y mercadeo*

Resolución Conjunta N° DM 2115, DM 0052, DM 131-2008, DM 432 y DM 179 de los Ministerios del Poder Popular para Economía y Finanzas, para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Salud y para la Alimentación, por la cual se determinan los productos, subproductos e insumos requeridos para la producción de los alimentos a los cuales se les aplicarán las medidas temporales para la flexibilización de los trámites para su producción, importación y mercadeo. *G.O.* N° 38.991 de 11-8-2008.

Decreto N° 6.237 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2008, la vigencia del Decreto N° 5.813, de fecha 14 de enero de 2008 publicado en la *G.O.* N° 38.853 de fecha 18 de enero de 2008, mediante el cual se establecen las medidas temporales para la flexibilización de los trámites para la producción, importación y mercadeo de productos, subproductos e insumos requeridos para la producción de alimentos. *G.O.* N° 38.974 de 16-7-2008.

d. *Alimentos excluidos del control de precios*

Resolución Conjunta N° DM 431, DM 128-2008 y DM 0054 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se excluye del control de precios, los rubros alimenticios: avena, atún enlatado al natural, atún fresco, sal, pernil de cerdo, chuleta ahumada y mortadela. *G.O.* N° 38.991 de 11-8-2008.

e. *Avicultura comunal*

Resolución N° DM 138 2008 de los Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, por la cual se establecen las Normas para el Funcionamiento de la Avicultura Comunal. *G.O.* N° 39.001 de 25-8-2008.

D. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*

a. *Ley de Salud Agrícola Integral*

Decreto N° 6.129, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Salud Agrícola Integral. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

b. *Banco Agrícola*

Decreto N° 6.241, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Agrícola de Venezuela. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.891 Extraordinario de esta misma fecha).

c. *Beneficios*

Decreto N° 6.240, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Beneficios y Facilidades de Pago par las Deudas Agrícolas y Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Alimentaria. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.891 Extraordinario de esta misma fecha).

E. *Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social*

Decreto N° 6.215, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Demás Unidades de Producción Social *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

Decreto N° 6.215 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social. Este sumario corrige al anunciado en la *Gaceta Oficial* N° 38.984, de fecha 31 de julio de 2008, y al publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.890, de fecha 31 de julio de 2008.- Se reimprime por error de imprenta. *G.O.* N° 38.986 de 4-8-2008.

Aviso Oficial de la Presidencia de la República, mediante el cual se corrige por error material el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social N° 6.215, de fecha 15 de julio de 2008, publicado en la *G.O.* Extraordinario N° 5.890, de fecha 31 de julio de 2008, en los términos que en él se indican. *G.O.* N° 38.999 21-8-2008.

Decreto N° 6.216, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI). *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

5. *Régimen del Turismo*

A. *Ley Orgánica del Turismo*

Decreto N° 5.999 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.889 Extraordinario de esta misma fecha).

B. *Prestadores de servicios turísticos*

Resolución N° DM 075 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se establecen los requisitos para la obtención del Registro Turístico Nacional RTN de los Prestadores de Servicios Turísticos previstos en el artículo que en ella se menciona, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 39.003 de 27-8-2008.

Resolución N° DM 076 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se establecen los requisitos para la obtención de la Licencia de Turismo de los prestadores de Servicios Turísticos, en los términos que en ella se mencionan. *G.O.* N° 39.003 de 27-8-2008.

## V. DESARROLLO SOCIAL

### 1. Educación

#### A. Educación socialista

Decreto N° 6.068 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista INCES. Se reimprime por error material del ente emisor. *G.O.* N° 38.968 de 8-7-2008.

#### B. Sueldos

Resolución N° DM 108, por la cual se reconoce como sueldo base para los profesionales universitarios, que se desempeñen en el Subsistema de Educación Secundaria Bolivariana, como docente no graduados, que poseen título de cuarto nivel o título de técnico superior universitario, con dedicación a tiempo convencional, en las áreas que en ella se señalan, el sueldo equivalente a la categoría de Docente I de Aula, de acuerdo a su nivel académico. *G.O.* N° 39.009 de 4-9-2008.

### 2. Salud

#### A. Escala de sueldos

Decreto N° 6.295, mediante el cual se regula la escala de sueldos para los médicos, que presten sus servicios en cargos médicos en los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, incluido el personal civil que preste servicios en cargos médicos en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.- Se reimprime por fallas de originales. *G.O.* N° 38.988 de 6-8-2008.

#### B. Ejercicio de la Fisioterapia

Ley del Ejercicio de la Fisioterapia. *G.O.* N° 38.985 de 1-8-2008.

### 3. Sistema de Seguridad Social

Decreto N° 6.243, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.891 Extraordinario de esta misma fecha).

Decreto N° 6.266, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.891 Extraordinario de esta misma fecha).

### 4. Régimen de la vivienda

#### A. Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat

Decreto N° 6.072 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.889 Extraordinario de esta misma fecha).

B. *Instituto Nacional de la Vivienda*

Decreto N° 6.218 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reestructuración del Instituto Nacional de la Vivienda. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

Decreto N° 6.267 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI). *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.892 Extraordinario de esta misma fecha).

## VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Organización del Estado. Territorio Nacional: Espacios Acuáticos*

Decreto N° 6.126 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.890 Extraordinario de esta misma fecha).

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

Resolución N° 00052 del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, por la cual se prohíbe en todo el territorio nacional por un lapso de cinco 5 años, la extracción, transporte, comercialización, aprovechamiento y cualquier otro tipo de intervención de las plantas que en ella se detallan. *G.O.* N° 38.963 de 1° de julio de 2008.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Ley de Transporte Terrestre*

Ley de Transporte Terrestre. *G.O.* N° 38.985 de 1-8-2008.

B. *Transporte público de pasajeros*

Resolución Conjunta N° 084 y 429 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Infraestructura, por la cual se establece la tipología y características técnicas, que deben reunir los vehículos, automóviles por puesto, para ser utilizados por las organizaciones registradas y certificadas por el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, a los fines de prestar el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en rutas interurbanas y suburbanas. *G.O.* N° 38.989 de 7-8-2008.

C. *Uso del Gas natural vehicular*

Resolución Conjunta N° DM 191, DM 2083, DM 423 y DM 060 de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas, para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Infraestructura y para la Energía y Petróleo, mediante la cual se establecen las normas conforme a las cuales las empresas importadoras, fabricantes, ensambladoras y concesionarias de vehículos automotores a ser comercializados en el territorio nacional, cumplirán con su participación en el Programa de Incentivos para el Uso del Gas Natural Vehicular GNV. *G.O.* N° 38.967 de 7 de julio de 2008.

D. *Transporte Ferroviario Nacional*

Decreto N° 5.069 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Transporte Ferroviario Nacional. (*G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008. (Véase *G.O.* N° 5.889 Extraordinario de esta misma fecha).

4. *Transporte y Tráfico Aéreo: Actividad aeronáutica*

Providencia N° PRE-CJU-073-08 de la Vicepresidencia de la República (Instituto Nacional de Aeronáutica Civil), mediante la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana 11 RAV 11, Procedimientos para la Elaboración de las Regulaciones Aeronáuticas Venezolanas. *G.O.* N° 39.002 de 26-8-2008.

5. *Transporte y Tráfico marítimo*

A. *Vías de navegación*

Decreto N° 6.220, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación. *G.O.* N° 38.984 de 31-7-2008 (Véase *G.O.* N° 5.891 Extraordinario de esta misma fecha).

B. *Tasas*

Resolución N° 007096 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, por la cual se ajusta la tasa por la utilización del Sistema Nacional de Ayudas a la Navegación Acuática SINSEMA. *G.O.* N° 38.974 de 16-7-2008.



# DOCTRINA ADMINISTRATIVA



# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Tercer Trimestre Año 2008\**

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. *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. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno. C. La simulación de productos como práctica desleal. a. Concepto y características de la simulación de productos. b. La imitación por obstrucción y la realización de actos denigratorios.

---

\* 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. *El mercado relevante*

#### A. *Concepto de mercado relevante*

Caso: Todoticket 2004, C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0014-2008 16-09-08

#### **Concepto de mercado relevante**

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

## II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

Caso: Todoticket 2004, C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0014-2008 16-09-08

#### **Definición de prácticas exclusionarias**

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 prevaleciente 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.

#### B. *Condiciones de procedencia de la prohibición de prácticas exclusionarias*

Caso: Todoticket 2004, C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0014-2008 16-09-08

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

En tal sentido, se plantean las características requeridas para que una actividad empresarial se enmarque dentro de la transgresión del artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y específicamente en el caso en estudio, es decir, se identificara si se cumplen los tres supuestos necesarios para la realización de una práctica anticompetitiva a la luz del mencionado artículo, estos son:

1- La capacidad de la empresa de afectar actual o potencialmente el mercado.

2- Que adicionalmente se realicen conductas que dificulten la permanencia y el desarrollo de las actividades económicas de un agente o impidan la entrada de nuevos competidores, en todo o parte del mercado.

---

<sup>1</sup> Al respecto, no se ha presentado variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el 2008. *Cfr.*: DA/RDP 113.

3- Que la exclusión de agentes económicos en cuanto al desarrollo de las actividades económicas obedezcan a la aplicación de políticas comerciales que no sean justificables por razones de eficiencia económica.

## 2. *Competencia desleal*

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

Caso: Todoticket 2004, C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0014-2008 16-09-08

#### **Sobre la competencia desleal y la configuración de actos desleales**

En efecto, el artículo requiere que, además del carácter desleal de la conducta, ésta haya tenido o pueda tener por efecto el desplazamiento de uno o más competidores. “En tal sentido, debe señalarse que en muchas ocasiones el mero carácter desleal lleva implícita la posibilidad de causar daño, pues en mayor o menor medida pone en peligro las ventas o reputación de un vendedor, por ejemplo, creando confusión entre los consumidores que dañe la imagen del producto simulado. La demostración de la capacidad de causar daños en el mercado pudiera interpretarse como una forma de establecer la gravedad de una conducta desleal, más que como un requisito de tipicidad en su sentido estricto, pero sin embargo se ha incluido con la intención de evitar sanciones en aquellos casos en los que simplemente la empresa presuntamente imitadora no tiene ninguna posibilidad de causar un daño en el mercado, los consumidores o alguno de sus competidores. (Resolución N° SPPLC/0049-99 de fecha 10 de agosto de 1999 - Caso: *Caterpillar*)”.

Caso: Todoticket 2004, C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0014-2008 16-09-08

#### **La suficiencia del daño potencial para configurar la práctica desleal**

En cuanto al término daño, la doctrina extranjera (*Cf. DE CUPIS, MESSINEO, ROUBIER*) y la doctrina pacífica y reiterada de esta Superintendencia (*Ver Resoluciones N° SPPLC/0049-99 de fecha 10 de Agosto de 1999 - Caso *Caterpillar*, N° SPPLC/007-2001 de fecha 7 de febrero de 2001 - Caso *Plastilina*, N° SPPLC/008- 2002 de fecha 15 de marzo, de 2002 – Caso: *Kellogg’s vs. Palo, Alviri e Inlain*, N° SPPLC/0074-05 de fecha 28 de diciembre de 2005 – Caso *Digital vs. Movistar*) se ha dicho que no se precisa su efectiva concurrencia para que pueda hablarse de competencia desleal, sino, que es suficiente que exista un daño potencial, un peligro de daño que pueda considerarse posible debido a la modalidad o naturaleza de determinados actos.*

### B. *El aprovechamiento del esfuerzo ajeno*

Caso: Todoticket 2004, C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0014-2008 16-09-08

#### **Aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno**

Cabe destacar que la práctica de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno consiste en la utilización de una prestación o utilidad conseguida por un tercero sin su consentimiento, que no se encuentra protegido por un derecho de propiedad industrial.

### C. *La simulación de productos como práctica desleal*

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

Caso: Todoticket, 2004 C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0014-2008 16-09-08

#### **La simulación y concepto de los signos distintivos**

En el caso de la simulación, se presenta cuando una empresa introduce en el mercado un bien cuyos signos distintivos se asemejan a los de un producto de la competencia.

El signo distintivo de una marca se define como aquel nombre, término, símbolo o diseño, o una combinación de ellos, que permiten identificar los productos o servicios de un vendedor o grupo de vendedores y diferenciarlos de la competencia". (Ortega Martínez, E. *El Nuevo Diccionario de Marketing y Disciplinas Afines*, 1990).

Caso: Todoticket, 2004 C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución Nº SPPLC/0014-2008 16-09-08

#### **La simulación o imitación desleal**

Igualmente, cuando una persona o empresa imita o simula los productos de otra, pero no para ofrecer nuevas alternativas a los clientes, sino para hacerles creer que son un mismo producto o que existe una relación entre ellos, estaríamos en presencia de una práctica de simulación que no es más que aquella conducta propia de empresas pequeñas o nuevas en el mercado, que simulan algún atributo que distingue a los productos de otra empresa que ya tiene una reputación entre los clientes.

Este tipo de simulación genera confusión y engaño a los clientes y compradores, debido a que los productos del imitador son relacionados con una reputación que no le corresponde, pues no son el resultado de un esfuerzo sostenido para dar a conocer el producto o de una estrategia para ofrecer productos de alta calidad, sino que provienen del aprovechamiento de los esfuerzos de otra empresa.

La imitación o simulación desleal, por lo tanto, tiene dos efectos simultáneos: confundir a los consumidores y perjudicar las ventas o reputación de la empresa cuyo producto es simulado.

#### *b. La imitación por obstrucción y la realización de actos denigratorios*

Caso: Todoticket 2004, C.A. vs. Vale Canjeable Ticketven, C.A.  
Resolución Nº SPPLC/0014-2008 16-09-08

#### **La imitación por obstrucción y realización de actos denigratorios**

Por otro lado, las presuntas prácticas desleales de imitación por obstrucción y realización de actos denigratorios, son abarcados por la doctrina de Massaguer como actos de obstaculización, definidos de la siguiente manera: "Constituyen actos de competencia desleal por ser contrarios a la cláusula general de actos de obstaculización, entendidos como prácticas que, sin contar con una justificación objetiva, afectan negativamente la posición concurrencial de un tercero, bien porque vacían o pueden vaciar el valor y mérito de aquellos elementos a que está ligada dicha posición, o bien porque, de cualquier forma, interfieren el normal desarrollo de la actividad de un tercero en el mercado impidiéndole entrar o afianzar en él alguna de sus prestaciones y, en su caso y de forma adicional, procuran o son adecuados para procurar a quien los realiza un provecho propio"(AAVV: Competencia Desleal y Defensa de la Competencia. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002, p.127).

# JURISPRUDENCIA





# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre de 2008*

Selección, recopilación y notas  
por Mary Ramos Fernández  
*Abogado*

*Secretaria de Redacción de la Revista*

Marianella Villegas Salazar  
*Abogado Asistente*

### SUMARIO

#### I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado*. A. Estado Social de Derecho. 2. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Clases: Leyes orgánicas (objeto de regulación). B. Interpretación de la Ley. C. Derogación. 3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*.

#### II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen General de los Derechos Humanos: Tratados que establezcan normas más favorables*. 2. *Garantías Constitucionales*. A. Regulación por una ley ordinaria. B. Tutela Judicial Efectiva. C. Las garantías del debido proceso: Derecho a la defensa. 3. *Derechos Sociales*. A. Derechos Laborales: Derecho a la estabilidad laboral.

#### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Régimen de la Administración Pública: Potestad sancionatoria. a. Principio de proporcionalidad. B. Administración Descentralizada. a. Fundaciones del Estado: Régimen jurídico. b. Corporaciones de Derecho Público no Estatales: Corporativos. Colegios Profesionales. C. Poder Judicial: Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial. Constitución. D. Poder Ciudadano. a. Contraloría General de la República: Naturaleza jurídica. b. Competencia. E. Poder Municipal. a. Alcaldes: Requisitos de postulación. b. Concejos Municipales. Funciones del Secretario Municipal (*Gaceta Municipal*).

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *El Régimen de los Derechos Económicos: Derecho a la calidad de bienes y servicios*.

#### V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Principios generales del Régimen Tributario*. A. *Principio de legalidad tributaria*. B. Sanciones administrativas tributarias. 2. *Impuestos Municipales: Impuesto a las Actividades Económicas*.

#### VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Poder discrecional*. 2. *Procedimiento Administrativo*. A. Principio de la Legalidad. 3. *Actos Administrativos*. A. Requisitos de forma: Motivación. B. Vicios de fondo. a. Incompetencia. b. Usurpación de funciones. 4. *Contratos Administrativos*. A. Modificación. B. Consentimiento. C. Cláusulas exorbitantes. D. Caducidad.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Contencioso Administrativo. Concepción.* 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación.* A. Regulación del procedimiento: Reducción de lapsos. B. Suspensión de efectos del acto administrativo. C. Sentencia. Vicio de Incongruencia. D. Perención. 3. *El Contencioso Administrativo Especial: El Contencioso Administrativo Electoral. Intervención de terceros.*

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad.* A. Admisibilidad: Requisitos del libelo. B. Medidas Cautelares. 2. *Acción de Colisión de Leyes.* 3. *Revisión de sentencias en materia constitucional.* 4. *Acción de Amparo Constitucional.* A. Diferencia con la acción de *habeas data.* B. Objeto. a. Omisiones administrativas. b. Vías de hecho: Inadmisibilidad. D. Admisibilidad. a. Corrección y omisiones del libelo. b. Legitimación: Carácter personalísimo. E. Sentencia. a. Apelación: Escrito de fundamentos.

## IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Ingreso a la Administración Pública: Estabilidad provisional de los funcionarios que hayan ingresado sin concurso público.* 2. *Derechos: Jubilación.* 3. *Responsabilidad administrativa: Sanciones accesorias dictadas por la Contraloría General de la República.*

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado*A. *Estado Social de Derecho*

CSCA

14-8-200

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas.

**La cláusula de Estado Social influye o repercute tanto en el plano de la creación normativa (a través del reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos constitucionalmente que han de informar a la legislación positiva, excluyendo normas que contradigan esos principios) como en el de la interpretación y aplicación del Derecho (a través de la búsqueda de la interpretación más favorable para la consecución efectiva de aquellos principios).**

... Del Estado Social de Derecho:

La acepción generalizada de Estado de Derecho designa la forma política que sustituye al Estado policia por el “gobierno de las normas [...] donde sin distinciones de ninguna naturaleza se respeten los derechos subjetivos del hombre y el Derecho objetivo vigente” (*Enciclopedia Jurídica OPUS*, 1994). La expresión Estado de Derecho significa también que la comunidad humana se encuentra sometida, toda ella, sin excepción, a normas fundamentales, cuya vigencia y aplicación ha de excluir la arbitrariedad. La sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el “Estado de Derecho creado por ella excluye todo el derecho que no nazca de ella explícita o implícitamente” (*Enciclopedia Jurídica OMEBA*, 1966).

En este sentido, se puede afirmar que la preponderancia de la Carta Magna involucra que ésta se encuentra en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un país y ésta es precisamente el atributo principal de la configuración de todo Estado de Derecho.

**La noción de Estado de Derecho (concepto propio de la ideología o bagaje cultural político alemán: Sozialstaat) consiste primordialmente en que el poder se ejerce exclusivamente por medio de normas jurídicas, por lo tanto, la ley ha de regular absolutamente toda la actividad Estatal y, específicamente, la de toda la Administración Pública.**

En atención a lo expuesto, la Constitución tiene un significado propio: es el documento indispensable para la organización política y jurídica de la sociedad, es decir, para la existencia del Estado de Derecho. Sobre la definición de Estado de Derecho existen profundas divergencias. Para algunos autores, entre los que destaca Hans Kelsen, todo Estado lo es de Derecho, puesto que se rige por normas jurídicas, cualquiera sea su procedencia o la autoridad de que dimanen. Es lo que se llama la teoría monista del Derecho, pues “el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera” (KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina, 1981).

Pero no sólo introdujo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 esta noción de Estado de Derecho, sino que lo adminiculó estrechamente con el concepto de Estado Social, lo cual se deduce de la lectura del artículo 2 Constitucional, que, aunque no lo define como tal, sí permite perfilar su alcance.

Sobre el marco de todo lo anteriormente expuesto, tenemos que los orígenes del Estado Social se remontan al cambio profundísimo que se produjo en la sociedad y el Estado a partir, aproximadamente, de la Primera Guerra Mundial (ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial Comares. Granada-España, 2001, pp. 88)

La idea del Estado Social fue constitucionalizada por primera vez en 1949 por la Constitución de la República Federal de Alemania, al definir a ésta en su artículo 20 como un Estado federal, democrático y social, y en su artículo 28 como un Estado democrático y social de Derecho. Por su parte, la Constitución española de 1978 establece en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho. Así, tanto el esclarecimiento de su concepto como la problemática que comporta esta modalidad de Estado han sido ampliamente desarrollados, aunque no únicamente, por los juristas y tratadistas políticos alemanes.

En este punto, resulta oportuno destacar que el Estado Social pretende garantizar los denominados derechos sociales mediante su reconocimiento en la legislación (trabajo y vivienda dignos, salud, educación o medio ambiente) y mediante políticas activas de protección social, de protección a la infancia, a la vejez, frente a la enfermedad y al desempleo, de integración de las clases sociales menos favorecidas, evitando la exclusión y la marginación, de compensación de las desigualdades, de redistribución de la renta a través de los impuestos y el gasto público.

Así pues, Estado y sociedad ya no van a ser realidades separadas ni opuestas. Por el contrario, el Estado social parte de que la sociedad, dejada a sus mecanismos autorreguladores, conduce a la pura irracionalidad y de que sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado.

Como ya se ha expuesto, el Estado Social es un Estado que se responsabiliza de que los ciudadanos cuenten con mínimos vitales a partir de los cuales poder ejercer su libertad. Si el Estado Liberal quiso ser un Estado mínimo, el Estado Social quiere establecer las bases económicas y sociales para que el individuo, desde unos mínimos garantizados, pueda desenvolverse. De ahí, que los alemanes hayan definido al Estado Social como Estado que se responsabiliza de la procura existencial (Daseinvorsorge) concepto formulado originariamente por Forsthoff y que puede resumirse en que el hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en pocas palabras, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoff designa como espacio vital.

Dentro de esta perspectiva, este Órgano Jurisdiccional precisó en reciente sentencia del 6 de junio de 2008, caso *Carmen Nina Sequera de Callejas vs. Compañía Anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL)*, que el Estado Social tiene por finalidad satisfacer las necesidades que tengan un interés general y colectivo, cuyo cumplimiento incide en el incremento de la calidad de vida del pueblo. De manera que, tal como lo señala el autor Manuel García Pelayo, en su obra *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*:

“Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. El estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizar el uno sin el otro (...). De este modo, mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquel era fundamentalmente un Estado Legislador, éste es, fundamentalmente, un Estado gestor a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos leyes, leyes medidas, etc.), mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal; el otro se extiende a la justicia legal material.

Mientras que el adversario de los valores burgueses clásicos era la expansión de la acción estatal, para limitar la cual se instituyeron los adecuados mecanismos -derechos individuales, principio de legalidad, división de poderes, etc-, en cambio lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado, para lo cual han de desarrollarse también los adecuados mecanismos institucionales. Allí se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por la inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional”. (GARCÍA PELAYO, Manuel: *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza Universidad. Madrid-España 1989. p. 26) (Negrillas de esta Corte).

En razón de ello, señaló el citado autor expresa que:

“[bajo] estos supuestos, el Estado social ha sido designado por los alemanes como el Estado que se responsabiliza por la ‘procura existencial’ (Deseinvorsorge), concepto formulado originalmente por Forsthoff y que puede resumirse del siguiente modo. El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoff designa como espacio vital. Dentro de este espacio, es decir, de este ámbito o condición de existencia, hay que distinguir, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo o, lo que es igual, espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con el derecho de propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo constituido por aquel ámbito en que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por un conjunto de cosas y posibilidades de que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío.

Así por ejemplo (...) el servicio de agua, los sistemas de tráfico o telecomunicación, la ordenación urbanística etc. (...). Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que carece de poder de ordenación y disposición directa, produce la ‘menesterosidad social’, es decir, la inestabilidad de la existencia. Ante ello, le corresponde al Estado como una de sus principales misiones la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tarea que, según Forsthoff, rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como la política social” (*Op. Cit.* pp. 26, 27 y 28) (Negrillas y corchetes del fallo citado).

Dentro de este modelo de Estado Social de Derecho, se da impulso a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (propiedad, salud, trabajo, vivienda, familia, entre otros); mediante estos derechos se busca garantizar progresivamente niveles de vida dignos que permitan el acceso real y efectivo a los demás derechos y libertades, además se busca establecer niveles de igualdad entre los grupos que generalmente no ostentan el poder y los que históricamente sí lo han detentado.

Un elemento más del Estado Social de Derecho es el goce efectivo de los derechos en lugar de la mera enunciación de los mismos, en este sentido se establece un régimen de garantías concebidos como el medio o camino para su real eficacia. Las garantías cumplen varias funciones: Una preventiva ante la inminente afectación de un derecho; una protectora ante la afectación presente y real que busca el cese de la afectación de los derechos; y, una conservadora o preservadora de derechos que está encaminada al resarcimiento de los daños causados. Tal como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en opiniones consultivas como en sus fallos, la existencia de los recursos o garantías debe trascender el aspecto meramente formal, es decir no basta con su mera enunciación normativa, sino en su incidencia como medio idóneo para la real protección de derechos.

Podemos afirmar sobre la base de sus elementos que el Estado Social de Derecho es un régimen eminentemente garantista de los derechos humanos tanto por las medidas que adopta el gobierno como por el grado de intervención que tiene la sociedad dentro del proyecto político.

La cláusula de Estado Social influye o repercute tanto en el plano de la creación normativa (a través del reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos constitucionalmente que han de informar a la legislación positiva, excluyendo normas que contradigan esos principios) como en el de la interpretación y aplicación del Derecho (a través de la búsqueda de la interpretación más favorable para la consecución efectiva de aquellos principios) (ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial Comares. Granada-España, 2001, pp. 94).

Para Delgado Ocando el Estado social de Derecho se caracteriza básicamente por dos aspectos: primero, el desarrollo de la administración prestacional, en búsqueda de la “procura existencia” o “espacio mínimo vital cónsono con un bien común que permita el desarrollo y el enriquecimiento de la persona humana”; y luego, el establecimiento de los derechos exigencias, es decir, de los derechos sociales, económicos y culturales (frente a los derechos resistencias o libertades civiles y políticas). El Estado social de Derecho, democrático por naturaleza, debe generar las garantías indispensables para que los derechos exigencias sean respetados, por ello se habla de un Estado manager o de un Estado administrador, “cuya legitimidad es por performance, es decir, por resultados, no la que deriva del origen y del ejercicio del poder conforme a las normas preestablecidas” (DELGADO OCANDO, José Manuel: “El Estado Social de Derecho”. *Revista Lex Nova del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, N° 240, Maracaibo, Venezuela, 2000).

En otras palabras, esta forma de Estado se sostiene entonces sobre una Administración que se orienta mayormente a dar cumplimiento a las necesidades sociales, impulsando los instrumentos más idóneos para este fin democrático.

Esta concepción de equidad social fue perfectamente recogida en nuestra Carta Magna, cuando consagra en el artículo 2, lo que se transcribe a continuación:

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

Precisamente, ese concepto de Estado Social fue desarrollado de manera muy prolija por el Máximo Tribunal en una decisión de capital importancia en la materia, en la cual definió las bases fundamentales de esta importante noción, dada su relevancia a partir de la vigencia de nuestra Carta Magna.

Es así como, en decisión N° 85 del 24 de enero de 2002, recaída en el caso *ASODEVI-PRILARA vs. SUDEBAN e INDECU*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia precisó que el Estado Social de Derecho “persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolos a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación”, agregando la Sala que “el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales”. (Subrayado de esta Corte)

A mayor abundancia tenemos, que el Estado Social viene a robustecer la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, disminuyendo la salvaguarda de los más fuertes, ya que, como bien lo afirmó la Sala en dicha decisión, un Estado Social tiene en sus hombros la ineludible obligación de prevenir los posibles daños a los débiles, patrocinando sus intereses amparados en la Norma Fundamental, en especial, por medio de los distintos Órganos Jurisdiccionales; y frente a los que tienen más poder, tiene el deber de tutelar que su libertad no sea una carga para todos.

Por sobretodo, el Estado Social trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, y mucho menos existiendo un marco normativo que impida esta situación, ya que ello conduciría inevitablemente, no sólo a que se desvirtúe la noción en referencia, con lo cual se infringiría una norma constitucional, sino que de alguna forma se permitiría que “los económicos y socialmente más fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social”, como bien lo afirmó la Sala en la decisión *in commento*.

En el marco de las consideraciones anteriores, el Estado Social y de Derecho bien puede entenderse como habilitación y mandato constitucional, no sólo al legislador para que se interese en los asuntos sociales, adoptando un orden social justo, sino también a los mismos jueces para que interpreten las normas constitucionales, con apego a todo lo desarrollado previamente en este fallo.

Entonces, no es posible hablar de estado de derecho mientras no exista justicia social y a su vez no podemos ufanarnos de ella, mientras un pequeño grupo goza de privilegios que no le han sido dados como un don divino sino que ha sido la misma sociedad quien les ha cedido dichos privilegios; lo que en palabras de J.J. Rouseau “es simplemente contrario a la ley de la naturaleza... mientras la multitud hambrienta no puede satisfacer las necesidades básicas de la vida”.

El fundamento legal del estado de derecho en Venezuela lo encontramos en el artículo 2 de la Carta Magna, el cual contiene en sí mismo, el verdadero espíritu, razón y propósito del legislador frente al estado social de derecho, a tono con el espíritu del pueblo Venezolano. Son muchos los motivos por los que se incluye el artículo 2 en nuestra Constitución, entre ellos la inspiración política que mueve a las mayorías, y que intenta plasmar el deseo del pueblo de obtener garantías personales y políticas, en la tradición del respeto a los terceros y sin divinizar al Estado.

La búsqueda de un estado social de derecho implica no sólo alcanzar el mínimo de desigualdades, sino fortalecer las condiciones económicas de los más desposeídos en aras de las cuales se establecen leyes de carácter social.

Así, la doctrina ha reconocido que el estado social de derecho persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales; impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolos a la pobreza, a la ignorancia, a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

Luego, es de observar que si bien el artículo 2 consagra el estado social de derecho, lo hace como desarrollo lógico y consecuente del preámbulo de la Constitución, que sienta las bases de esos derechos intrínsecos de los pueblos como son: el derecho a la libertad, la soberanía la democracia participativa; y que además soporta los valores de la libertad, independencia, paz, solidaridad, bien común, integridad territorial, convivencia y el imperio de la ley en el tiempo; así como el derecho a la vida, el trabajo, la cultura, educación, justicia social, igualdad, insubordinación, y autodeterminación de los pueblos, que en conjunto conforman las tan nombrada garantía universal de los derechos humanos.

El ordenamiento no se agota y continúa soportándose en el artículo 3 de la Constitución, que confía en manos de todos los órganos del Estado la garantía de cumplimiento de los principios, derechos y deberes que consagra la Constitución y es que corresponde, a los Poderes Públicos velar por esos fines esenciales del Estado como son la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, así como la construcción de una sociedad justa y amante de la paz.

## 2. *El Ordenamiento Jurídico*

### A. *Clases: Leyes orgánicas (objeto de regulación)*

**TSJ-SC (1259)**

**31-7-2008**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

**El intérprete constitucional deberá discriminar si en efecto el objeto de regulación recae en un derecho o en una garantía o atributo inherente al mismo, pues los segundos, como nociones de protección vinculadas a su efectividad, son susceptibles de ser desarrollados en el marco de leyes ordinarias, y no se insertan, en principio, en la calificación de leyes orgánicas.**

Como premisa conceptual del análisis subsiguiente, esta Sala en sentencia N° 537 del 12 de junio de 2000, caso *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes -u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, prevista en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando dos criterios de división lógica distintos, a saber: uno, obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; el otro, obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público y al desarrollo de los derechos constitucionales. En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere a "(...) las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas".

Conforme a su ámbito de regulación material, a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999 son materias reservadas a la ley orgánica: (i) las que en casos concretos así haya considerado el propio Texto Constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), y aquellas relativas (ii) a la organización de los Poderes Públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

Precisa la Sala que los mencionados supuestos a que se refiere el artículo 203 de la Constitución poseen carácter normativo, lo que implica que cualquier ley a la cual se pretenda considerar como orgánica debe estar incluida en cualquiera de ellos para que se le estime y se le denomine como tal.

No desconoce esta Sala que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la concepción de las leyes como orgánicas obedecía a parámetros distintos a los adoptados por la Constitución de 1999. En este sentido, podían considerarse tales, además de las que así denominara esa Constitución, las que hubiesen sido investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley (ex artículo 163). Así pues, su consideración como orgánica involucraba una determinada consecuencia que la misma norma reconocía señalando que “Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas”.

Sin embargo, en la actualidad la Constitución ha fijado un criterio objetivo para designar a las leyes, al cual se encuentra condicionada la actividad legislativa. Al respecto, esta Sala en sentencia N° 1971 del 16 de octubre de 2001, caso *Víctor Rafael Hernández Mendi-ble*, sostuvo el siguiente criterio:

“La Leyes Orgánicas, desde el punto de vista de la organización jerárquica de las fuentes del Derecho, se encuentran en el escaño superior siguiente al de las leyes ordinarias dictadas en las materias reguladas por Leyes Orgánicas, dicho de otra manera:

‘Las leyes ordinarias que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán siempre a las normas de éstas, pues ha querido el constituyente impedir que por leyes especiales se deroguen disposiciones que se refieren a la organización de ciertos poderes o a las formalidades que deben reunir determinadas leyes.’ (LARES Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 53).

Entonces, esta categoría de leyes constituyen, conjuntamente con las dos reglas primordiales para la aplicación de una norma (*lex posterior non derogat legi priori* y *lex generalis non derogat legi speciali*), los criterios de exclusión en caso de conflicto en la aplicación de preceptos jurídicos.

Sin embargo, ‘no puede afirmarse que las leyes orgánicas tengan un rango superior a todas las leyes no investidas de ese carácter, la supremacía de la ley orgánica sólo existe respecto a las leyes dictadas en materias reguladas por ella, no obstante que esas estén destinadas a regir supuestos de hecho de mayor singularidad y aunque entre en vigor después de aquella’ (LARES Martínez, Eloy, *Op. Cit.*, p. 55).

No obstante, particular estudio merece, la investidura del carácter ‘orgánico’ a determinados Decretos legislativos mediante la delegación expresa por parte del Cuerpo Legislativo facultando al Presidente de la República para modificar o derogar Leyes Orgánicas (como es el caso que nos ocupa), técnica aplicada con cierta frecuencia durante la vigencia de la Constitución de 1961. Un ejemplo de esto lo encontramos con la promulgación de los últimos Códigos Orgánicos Tributarios por vía de Decreto legislativo, en aplicación de la facultad otorgada por una Ley Orgánica Habilitante.



Tal técnica legislativa, aun cuando pudiera ser merecedora de críticas por algún sector de la doctrina más autorizada, debe observarse el criterio material que plantea el artículo 203 de la Constitución vigente, cuando refiere que serán leyes orgánicas aquellas que sirvan de marco normativo a otras leyes, independientemente del procedimiento que se siga para su creación.

Atendiendo al caso concreto, hay que tener en cuenta que, por una parte, el Decreto legislativo objeto de impugnación fue promulgado y publicado durante la vigencia de la Constitución de 1961 (25 de Octubre de 1999), es decir, bajo la vigencia de la 'investidura parlamentaria' como medio de producción de Leyes Orgánicas y que, por lo tanto, quedaba a discreción del parlamento otorgar tal carácter a la Ley Habilitante del 26 de Abril de 1999, como en efecto se hizo, y delegar en el Presidente de la República la potestad de modificar o derogar actos del mismo rango; en el entendido de que las reglas formales que rigen el proceso de formación de las leyes, son las establecidas en las disposiciones constitucionales vigentes al momento de su creación”.

Además del análisis de los criterios formales y materiales que debe tomar en consideración la autoridad legislativa para calificar una ley como orgánica, la Sala ha hecho énfasis en el alcance restrictivo de aquellas previsiones constitucionales que establecen reservas en favor de una ley orgánica y que condicionan la anterior denominación. En tal sentido, esta Sala Constitucional recientemente afirmó, al reexaminar los subtipos normativos inmersos en el artículo 203 constitucional, lo siguiente:

“(…) aprecia la Sala que es perfectamente sostenible, siguiendo incluso la doctrina y jurisprudencia que ha dominado en España en relación con el principio de competencia, que además de existir materias reservadas a la ley orgánica, también la ley orgánica está reservada para regular tales ámbitos. Esto supone negar que mediante ley orgánica sea constitucional regular cualquier materia y, a su vez, que sea de orden jerárquico la relación entre aquella y la ley ordinaria que del mismo modo tiene un ámbito material propio; máxime cuando, siguiendo a De Otto, esta Sala debe reiterar que la ley orgánica ‘es, simplemente, una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias reservadas a la ley orgánica’ (DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 114). Así se justifica no solamente la imposibilidad de que las leyes ordinarias modifiquen lo establecido por las leyes orgánicas, sino también la paralela imposibilidad de que la ley orgánica regule materias no comprendidas en la relación taxativa prevista en el artículo 203 constitucional para la ley orgánica.

Ello conduce a sostener, igualmente, el alcance restrictivo que debe darse a la interpretación de las previsiones constitucionales que establecen reservas de ley orgánica, particularmente en relación con expresiones como ‘organizar los poderes públicos’ y ‘desarrollar los derechos constitucionales’, teniendo en cuenta que, tal como se ha advertido del nuevo precepto constitucional que regula las leyes orgánicas (artículo 203) se desprende ‘la voluntad de la Constitución de crear una diversidad de tipos normativos sustentados en su objeto, el cual es definido a partir del correspondiente ámbito competencial material, debidamente acotado por la propia Constitución,....’ (PEÑA SOLÍS, José, *Los Tipos Normativos en la Constitución de 1999*, Colección Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 66).

En esta oportunidad, la Sala insiste en que los subtipos de ley orgánica introducidos por la Constitución de 1999, desde el punto de vista sustantivo, llevan implícito un contenido, que es aquel que el Constituyente estimó conveniente regular mediante una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias de especial repercusión que han sido reservadas a la ley orgánica, ‘las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo’ (*vid.* sentencia de esta Sala N° 34 del 26 de enero de 2004). Así, aclara esta Sala que la noción constitucional de las leyes orgánicas impone expandir los puntos de vista hacia un enfoque material restrictivo, que da lugar a la prohibición de que la Asamblea Nacional pueda calificar de orgánica a las leyes que regulen materias distintas a las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquellas que tengan una finalidad dis-

tinta a la allí expresada, como podría ser la de servir de marco normativo de otras leyes". (Vid. Sentencia de esta Sala N° 229 del 14 de febrero de 2007, caso *Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*).

Respecto del subtipo normativo relativo a las leyes orgánicas dictadas para desarrollar los derechos constitucionales y sus rasgos configuradores, esta Sala Constitucional en la sentencia N° 229/2007, *supra* citada, precisó el ámbito material de regulación que debe contener esta categoría legislativa en los siguientes términos:

"Observa la Sala que el problema central consiste en determinar qué conexión debe existir entre el derecho constitucional y la ley para que ésta deba tener carácter orgánico por constituir desarrollo del derecho constitucional. Resulta claro para esta Sala que no toda ley que tenga relación con un derecho constitucional debe tener carácter orgánico. Por tal razón, se estima que puede resultar inevitable aproximarse a esta cuestión con un cierto casuismo, teniendo en cuenta que la gran heterogeneidad de contenidos que se incluyen en el Título III, denominado 'De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías', de la Constitución de 1999, desde el punto de vista de la estructura del derecho de que se trate y del tipo de relación que la ley guarda con el mismo, ha de conducir a esta Sala a determinar que hay derechos constitucionales no susceptibles de desarrollo en el sentido del artículo 203 constitucional, y bien que hay derechos constitucionales cuyo desarrollo por ley orgánica no agotaría el correspondiente sector normativo, el cual debe ser complementado con disposiciones legales de carácter ordinario en todo lo que no sea estrictamente desarrollo del derecho constitucional.

A partir de la tesis interpretativa restrictiva del precepto constitucional que regula a las leyes orgánicas para desarrollar los derechos constitucionales, que permite la armonización conceptual de las variables 'desarrollo' y 'derechos constitucionales' y reducir al mínimo su contenido, ha de construirse, a juicio de esta Sala, el ámbito material reservado a este nuevo subtipo de leyes orgánicas. Acerca del significado de tales expresiones, salvando las diferencias, pueden encontrarse abundantes precisiones de orden concreto en la doctrina y jurisprudencia constitucional españolas acerca del alcance que debe darse al supuesto de reserva constitucional de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales, en razón de que, como ha dicho la doctrina patria, el precepto constitucional que regula las leyes orgánicas en Venezuela, tiene su fuente en la Constitución española de 1978 (PEÑA SOLÍS, José, *ob. cit.*, pp. 92-93). En este sentido, el mencionado autor destaca que, a partir de la teoría 'minimalista' o del 'complemento indispensable' manejada por la doctrina y la jurisprudencia española (*vid.*, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 4ª ed., Madrid, 2002, p. 242; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, S.A., 5ª ed., Madrid, 1989, pp. 155-159), y con las que guarda congruencia la posición seguida por el constituyente venezolano de 1999, las normas que reservan al Poder Legislativo Nacional el desarrollo de derechos constitucionales, específicamente mediante leyes orgánicas, aluden a que la regulación de un derecho sea efectuada de forma directa, frontal y global, excluyendo todo intento tendente a disciplinarlo de manera indirecta.

De modo que, observa la Sala, si cualquier regulación que de forma incluso parcial o indirecta afecta el régimen de los derechos y libertades se encuentra reservada a la ley orgánica, llevaría sin duda al absurdo de considerar que la inmensa mayoría de las leyes formales deberían ser leyes orgánicas, descartando toda posibilidad de que el legislador, mediante la aprobación de leyes a través de un procedimiento menos reforzado, pueda incidir, aun indirectamente, en el efectivo ejercicio de derechos constitucionales. En otras palabras, interpretado el término 'desarrollo' en un sentido estricto, sólo cabe atribuir a la ley orgánica toda regulación general de la norma constitucional que reconoce un derecho o lo que afecta a cuestiones básicas y esenciales de dicha regulación, que contribuya a la mejor aplicación del precepto constitucional porque incida en aspectos propios de la eficacia del mismo; pero no así cualquier supuesto en que se incida de manera más o menos directa en la esfera de un derecho constitucional, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio. De esta forma, la Sala debe reiterar el criterio sentado en sentencia N° 1723 del 31 de julio de 2002, que declaró que el 'Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Venezolano para la Calidad' no tiene el carácter orgánico que le atribuyó la Asamblea Nacional, luego ratificado en

sentencia N° 2573 del 16 de octubre de 2002 ('Ley Orgánica contra la Corrupción'), de acuerdo con el cual no podrá extenderse el sentido del primer párrafo del artículo 203 de la Constitución de 1999 con el fin de dar cabida en él a normativas calificadas por la Asamblea Nacional como leyes orgánicas que '...b) rocen aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones o restricciones a su goce, sin que tal regulación constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales de tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia Constitución de los mismos, pues, una hipersensibilidad respecto a este tema 'convertiría al ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental' (cf. Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 791)'.

Con criterios también restrictivos hay que comprender la expresión 'derechos constitucionales'. Esta ha sido la posición que acertadamente ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español cuando, basándose en el deseo de evitar una innecesaria y perjudicial petrificación del ordenamiento jurídico, viene sosteniendo que sólo son susceptibles de ser desarrollados mediante ley orgánica aquellos derechos fundamentales consagrados en la Sección Primera, del Capítulo II, del Título I, denominado 'De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas', integrada por los artículos 15 al 29 de la Constitución española de 1978.

Seguir estrictamente este ejemplo en nuestro caso, conduciría básicamente a entender que la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos constitucionales en Venezuela no se refiere al Título III de la Constitución de 1999, denominado 'De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías', en su totalidad, pues, de otro modo, podría resultar prácticamente imposible lograr una legislación ordinaria que regule el ejercicio de los derechos que allí se consagran, máxime cuando en dicho Título se comprenden los principios rectores de la política social y económica que pueden entrar en juego mediata o inmediatamente en cualquier normativa.

Al respecto, cabe observar que orientada esta Sala esencialmente por la concepción material que preside a las leyes orgánicas tantas veces mencionada, estima importante precisar que, con la expresión 'derechos constitucionales', el artículo 203 de la Constitución de 1999 se refiere exactamente a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el aludido Título III, exceptuando obviamente el Capítulo X, denominado 'De los Deberes', así como cualquier contenido que se encuentre en los artículos que van del 19 al 129, que aludan a simples reservas específicas de ley que no pueden estar sujetas a su vez a ley orgánica y que, por ende, deban ser regulados por las leyes ordinarias.

Ello obligaría, en un grado más profundo de la cuestión aquí planteada, a que cuando se presente al examen de esta Sala Constitucional una ley designada orgánica por la Asamblea Nacional que no reúna los requisitos impuestos por el propio artículo 203 constitucional, o en cuyo contenido se adviertan preceptos reservados a la ley ordinaria, deba sancionarse tal infracción constitucional con el instrumento de la descalificación, sea de todo el texto legal o de los particulares preceptos apuntados, con la debida advertencia de que en el segundo supuesto planteado tales normas se tendrán por ordinarias y, en consecuencia, susceptibles de modificación o derogación por una mayoría simple de parlamentarios, tal como así se estableció expresamente en sentencia de esta Sala N° 1723 del 31 de julio de 2002.

No obstante, estima la Sala necesario esgrimir además el principio de favor *libertatis*, sin que ello represente contradecir la concepción restrictiva que informa las leyes orgánicas, de modo que en caso de incertidumbre u oscuridad sobre el rango de fundamentalidad de algún derecho constitucional incluido en el mencionado Título III o en otra disposición de la Constitución de 1999 que le sea similar (lo relativo a los refugiados y asilados que refiere la Disposición Transitoria Cuarta), se opte por la interpretación que ofrezca mayores garantías a los ciudadanos, esto es, por la ley orgánica, teniendo en cuenta que la exigencia de una mayoría reforzada para su aprobación fortalecería también su estatuto jurídico y su significación fundamentadora, evitando los vaivenes de las mayorías parlamentarias." (Destacado de este fallo).

Las anteriores premisas cobran especial relevancia en la medida que esta Sala debe analizar si el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo, en virtud de su objeto de regulación, marcado por el ánimo del legislador de establecer mecanismos que permitan reforzar la estabilidad como garantía del derecho al trabajo, reúne las condiciones para ser calificado como de carácter orgánico en virtud de desarrollar un derecho constitucional o, por el contrario, se trata de un conjunto normativo que regula algún aspecto incidental del derecho al trabajo, en la medida que la estabilidad, como institución laboral, constituya un atributo específico de este derecho y, por tanto, reservado al ámbito de regulación de la ley ordinaria.

El criterio de distinción que permite considerar orgánica una ley que regula los derechos fundamentales, parte entonces, del objeto de normación, puesto que si la regulación de ese derecho sólo toca algún aspecto secundario o indirecto del mismo, la ley carecerá de tal carácter. Sin embargo, el intérprete constitucional deberá discriminar si en efecto el objeto de regulación recae en un derecho o en una garantía o atributo inherente al mismo, pues los segundos, como nociones de protección vinculadas a su efectividad, son susceptibles de ser desarrollados en el marco de leyes ordinarias, y no se insertan, en principio, en la calificación de leyes orgánicas.

Como consecuencia del razonamiento que precede, considera la Sala que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo carece del carácter orgánico que le fue atribuido, al no subsumirse en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se decide.

B. *Interpretación de la Ley*

**TSJ-SPA (0895)**

**30-7-2008**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Recurso de interpretación del numeral 9 del artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

**En la doctrina hermenéutica clásica se ha sostenido que todo intérprete en la realización de cualquier labor hermenéutica debe tener en cuenta, al menos, cuatro elementos básicos, ellos son: el elemento literal, gramatical o filológico, el elemento lógico, racional o razonable; el elemento histórico, y el elemento sistemático. A estos cuatro elementos la doctrina le ha añadido otros que se consideran relevantes, tales como: elemento teleológico, es decir, entender que la ley se dicta para lograr finalidades sociales dentro de la organización estatal; y el elemento sociológico o de la realidad, el cual ayuda a entender el texto a partir de la comprensión de la realidad social, económica, política y cultural donde el texto se va a aplicar.**

En el caso de autos, el recurso de interpretación ha sido interpuesto por la ciudadana Ángela María Porcaro Valente, en su carácter de Contralora Municipal del Municipio El Hatillo del Estado Miranda en virtud, según sostiene, de la coexistencia de dos Gacetas Municipales, una emanada de la Secretaría del Concejo Municipal y otra del Alcalde, así como la incertidumbre generada para dar cumplimiento a la obligación de publicar en *Gaceta Municipal* las actuaciones de la Contraloría, toda vez que no se conoce con certeza a cuál de los órganos mencionados corresponde la competencia para tal fin.

Ahora bien, observa la Sala que la norma a interpretar contenida en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, consagra:

“Artículo 113. Son atribuciones del Secretario o Secretaria del Concejo Municipal:

...*Omissis*...

9. Coordinar la publicación y emisión de la *Gaceta Municipal*, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y la Ordenanza respectiva”.

A los fines de dar respuesta a la duda planteada por la parte solicitante, estima la Sala necesario realizar las siguientes consideraciones:

La interpretación o hermenéutica en su aspecto general significa actividad de mediación en los mensajes; es decir, hablar de interpretación es referirle a la labor de atribuirle sentido y significación a los mensajes emitidos. Conforme a la conocida tradición romana, interpretar es desentrañar los mensajes, las cosas y la existencia.

En la doctrina se considera tres grandes aspectos o funciones de la interpretación: una primera de mero conocimiento, de mera comprensión, lo que se ha llamado interpretación meramente reconocitiva, que es simplemente entender o comprender lo que se trata de interpretar; una segunda denominada función reproductiva o representativa de la interpretación; y por último, la conocida interpretación normativa, esto es, cuando se trata de darle a la interpretación una función de criterios para tomar decisiones o pautas para juzgar conductas, lo cual nos ubica en la denominada interpretación o hermenéutica jurídica.

En la interpretación que se realiza en nuestro campo jurídico, tiene una extraordinaria importancia el tema de qué es lo que se interpreta, es decir: el denominado objeto de la interpretación; así tenemos que, en principio, pareciera que sólo se interpretan son las leyes (se incluyen aquí la Constitución y demás leyes del ordenamiento jurídico); de esta forma, si observamos la doctrina podemos encontrar que ella, fundamentalmente, centra su atención en el problema de los textos normativos; pero si vemos al derecho desde una óptica más amplia podemos descubrir que también se interpretan los contratos, los testamentos, los hechos, el material probatorio, las conductas, y otras cuestiones de relevancia jurídica. Esto permite afirmar que no solamente se interpretan textos legales, proposiciones jurídicas o enunciados normativos.

Por otra parte, el objeto interpretado juega un papel importante, así no es lo mismo interpretar la Constitución que interpretar un testamento, será muy diferente interpretar un contrato que interpretar un reglamento; todo ello atendiendo al carácter mismo del texto normativo.

De esta forma, el objeto interpretado exige, en cada caso, algunas pautas o reglas diferentes de acuerdo a sus características especiales. Si lo que se está interpretando es un contrato, por ejemplo, el principio de cómo las partes lo entienden y cumplen sus obligaciones tiene vital importancia, porque esa práctica de cómo ellos han venido dándole aplicación tiene en la realidad del contrato especial interés. Pero si lo que se está tratando de interpretar es una norma tributaria, por ejemplo, cómo es que los contribuyentes entienden que debían que hacer las retenciones, el problema de la práctica que ellos tengan es de poca relevancia, ya que los intereses que se protegen son distintos a los predominantes cuando hacemos referencia al contrato.

Cuando se interpretan textos jurídicos, usualmente, ellos son susceptibles de generar diversas soluciones, la elección de una de ellas como propuesta implica el darle al texto el carácter de norma, la cual se aplicará para resolver el caso; en otras palabras, si el texto permite u ofrece varias respuestas y diversas maneras de ser comprendido y varios sentidos que puedan atribuírsele, cada uno de esos sentidos es una norma diferente; de ahí se escoge una para la solución del caso. Dentro de esta interesante visión cabe destacar que las normas no se interpretan, sino que ellas son los resultados de la labor interpretativa.

Como corolario de lo expuesto tenemos: si el texto permite varias interpretaciones, dentro de éste se encuentran contenidas varias normas; esto es, si ofrece dudas y da aparente solución a un problema, pero permite inferir dos o más interpretaciones diferentes, esto significa que dentro de ese texto hay dos o más normas expresadas. Muy vinculado con esta cuestión encontramos un antiguo y conocido aforismo: *in claris no fit interpretatio*, es decir, lo que está claro no necesita interpretación, cuando la ley es clara no se interpreta o la ley clara se aplica sin interpretar.

Sin embargo, ahora la doctrina sostiene que todo texto requiere ser interpretado; así, una cosa es que el sentido del texto resulte de fácil comprensión y no requiera mayor esfuerzo hermenéutico, y otra es que no se interprete; en este sentido, la interpretación siempre se va a dar; es ella la que nos permitirá que el texto en cuestión es claro. Por ello se debe ser muy cuidadoso en el empleo de tal aforismo, ya que pudiera ser un caso de petición de principio. Esta necesaria precaución en su uso, no le quita su importante efecto persuasivo en la argumentación jurídica.

En este orden de ideas y en cuanto al objeto de la interpretación, tenemos que más allá de interpretar textos, los Jueces debemos interpretar el Derecho, partiendo de una concepción amplia del mismo; así debe comprenderse que el Derecho no es solamente la legislación en general, sino que tiene dos necesarios componentes más: la realidad social a la que la legislación se va a aplicar y los valores que el Derecho pretende realizar. Es la unidad de estos tres componentes la que nos da la mejor idea del Derecho. Entonces el Derecho no se queda sólo en los textos, el Derecho los trasciende y el sentido que se les atribuye viene dado por la comprensión de la realidad a la que el texto se va a aplicar; además se debe preguntar cuál es la finalidad que se persigue con el texto, es decir, cuáles son los valores que están detrás del texto, lo que sin duda ayuda a hacer la mejor elección de cuál de las interpretaciones posibles es la indicada para la solución del problema jurídico a resolver.

Lo anterior genera la importante cuestión de, qué es lo que se debe, necesariamente, tener en cuenta para la labor interpretativa sea completa. En la doctrina hermenéutica clásica se ha sostenido que todo intérprete en la realización de cualquier labor hermenéutica debe tener en cuenta, al menos, cuatro elementos básicos, ellos son: el elemento literal, gramatical o filológico, que es el punto de partida de toda interpretación, se parte de lo que el texto dice, es lo que está recogido en el artículo 4 de nuestro Código Civil; el elemento lógico, racional o razonable; el elemento histórico, en este sentido se comprende que el texto se inserta dentro de una realidad, que tiene unos orígenes, y que ha pasado por una evolución, una forma de comprensión, y esa manera de entenderse a lo largo del transcurrir histórico tiene importancia para poder ahora atribuirle un sentido, y por último, el elemento sistemático o de comprensión integral del derecho como sistema de regulación de la vida social.

Se ha afirmado, que en toda interpretación se deben tener los cuatro elementos referidos; expresamente se ha señalado que no son cuatro clases de interpretación entre las cuales puede escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que algunos de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar.

Así se colige, que en la labor interpretativa no podemos quedarnos sólo con el elemento literal, gramatical o filológico.

Por último, debe destacarse que a estos cuatro elementos la doctrina le ha añadido otros que se consideran relevantes, tales como: elemento teleológico, es decir, entender que la ley se dicta para lograr finalidades sociales dentro de la organización estatal; y el elemento sociológico o de la realidad, el cual ayuda a entender el texto a partir de la comprensión de la realidad social, económica, política y cultural donde el texto se va a aplicar.

C. *Derogación*

TSJ-SC (1259)

31-7-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

**La Sala reitera una vez más su jurisprudencia sobre derogación de normas insertas en leyes orgánicas por normas consagradas en leyes ordinarias.**

Efectuado el anterior pronunciamiento, se impone para esta Sala efectuar un pronunciamiento en torno a la eficacia de la cláusula derogatoria contenida en ese texto normativo, tomando en cuenta las consideraciones anteriores.

En cuanto a los efectos de la Disposición Derogatoria Única, por la cual se derogan, y, en consecuencia, pierden sus efectos jurídicos en virtud de la entrada en vigencia del nuevo texto legal los preceptos contenidos en los artículos 34, 96, 384, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457 y 458 ambos inclusive; único aparte del artículo 506; el artículo 520; el literal f) del artículo 533; párrafo único del artículo 538 “en lo relativo a la inamovilidad”; el artículo 617; artículo 639; el literal g) del artículo 647 y el artículo 674, todos ellos de la Ley Orgánica del Trabajo, así como del articulado inserto en “el Título VIII, Capítulo I De la Estabilidad en el Trabajo” de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y del artículo 44 “en lo relativo a la inamovilidad” de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, esta Sala considera pertinente reproducir las consideraciones expuestas en su fallo N° 2.573/2002, supra citado; respecto del replanteamiento del principio derogatorio de las normas, en el supuesto de derogación de normas insertas en leyes orgánicas por normas consagradas en leyes ordinarias, en los siguientes términos:

“(…) esta Sala encuentra entonces necesario desatender la eficacia del principio derogatorio, según el cual, la derogación de una norma legal, sólo puede verificarse por una norma jurídica de categoría igual o superior y ha de efectuarse mediante los trámites formales que corresponden a la norma derogatoria en cuestión (*Cfr.* SÁNCHEZ COVISA, Joaquín. “La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano” en la *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*. Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1976 p. 79 y ss.), es decir, la ley ordinaria no podría derogar a la orgánica, cuando regulen la misma materia.

La adaptación propuesta por la Sala, a través del presente fallo, en su función de garantizar la aplicación de las normas de la Constitución, se justifica por razones de seguridad jurídica, que exige la certeza de un sistema de fuentes dentro del ordenamiento jurídico orientado hacia la vigencia de los postulados constitucionales; de manera que, esta Sala encuentra justificada, a los fines de hacer compatibles las leyes producidas bajo el nuevo sistema constitucional con los principios generales que gobiernan la derogación de las leyes, las normas constitucionales y aquellas leyes preconstitucionales, la desaplicación de tales principios para facilitar la labor legislativa en la derogatoria de aquellas leyes orgánicas, dictadas bajo la vigencia de la abrogada Constitución, que no se adecuen al nuevo orden constitucional, por aplicación inmediata de los principios en ella contenidos, cuyo valor normativo y de aplicación inmediata y directa ha tenido esta Sala oportunidad de destacar. Tal conclusión sería producto de la aplicación inmediata y preferente en el caso *sub júdice* de la disposición contenida en el artículo 203 de la vigente Constitución.

Como corolario de lo expuesto téngase presente el excurso efectuado por el autor español antes referido Díez-Picazo, en su citada obra, en relación a la posibilidad de leyes inderogables, en la que formula una reconstrucción del criterio de jerarquía normativa sobre la base del abandono del aspecto meramente formal. En este sentido expone:

‘Por otra parte –y ello ya no es tan obvio, sobre todo para los formalistas de estricta observancia-, la relación jerárquica no significa únicamente la existencia de una mayor rigidez o mayor fuerza pasiva en la norma superior, que la haga inmune frente a la inferior. Este puro dato formal no es suficiente para que haya jerarquía, puesto que no da razón del fundamento de ésta; pero, además, ni siquiera es necesario, porque el mayor grado de rigidez puede ser síntoma de una aplicación de principio de competencia. Piénsese por poner tan sólo un ejemplo muy notorio en la caracterización que de las leyes orgánicas, dotadas de una fuerza pasiva reforzada, ha hecho la jurisprudencia constitucional. La jerarquía no se apoya, por tanto, en características puramente formales.

A la vista de estas dos consideraciones, no es de extrañar que un jurista atento negara validez al principio de jerarquía en el contexto italiano y más en general, europeo a los años treinta. No se cumplía, en esa época el requisito elemental de la identidad de objeto entre la Constitución – cuando existía- y la ley, porque el concepto de Constitución dominante en la doctrina europea por obra del positivismo era el de un mecanismo de distribución de competencias, una fuente sobre las fuentes del Derecho. Es más: el propio Kelsen, padre de la culminación de la dogmática positivista y, por tanto, de esa idea de Constitución. Habida cuenta de esta separación entre Constitución y ley, lo verdaderamente coherente es, sin duda, interpretar cualquier posible rigidez en clave competencial. Ahora bien, muchos ordenamientos europeos de la segunda postguerra y, sobre su ejemplo, el actual ordenamiento español han mutado sus estructuras de tal manera que ya no se dan en ellos esas dos notas que justificaban hace cincuenta años la negación de la jerarquía.

De un lado, hoy no puede decirse de constituciones en el más pleno y auténtico sentido de la palabra que no tenga el mismo objeto que la legislación ordinaria y que, por tanto, no estén jerárquicamente supraordenadas a esta última. Tal es el caso, como lo ha demostrado de forma concluyente Rubio Llorente, de la constitución española, en la que, junto a normas sobre la organización de los poderes y sobre los modos de producción jurídica hay declaraciones constitucionales (derechos fundamentales, garantías institucionales, mandatos al legislador, etc.), esto es, normas materiales. Estas normas materiales, sobre todo a causa de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, determina que hasta los más recónditos rincones del ordenamiento se vean impregnados por la Constitución, de manera que no haya en la práctica ningún posible objeto de formación al que no resulte aplicable alguna norma material de la Constitución. Así, esta última deviene no sólo fuente sobre las fuentes, sino verdadera fuente del Derecho, directamente aplicable a las concretas relaciones jurídicas por lo que no puede negarse, sobre la base de la falta de identidad en el objeto, su superioridad jerárquica sobre cualquier otra norma del ordenamiento. Lo propio ocurre en la relación ley-reglamento, desde el momento en que, con la desaparición del principio monárquico -salvo sus epígonos, como la Constitución francesa de 1958-, no existen materias exentas al poder del legislador, de modo que todo reglamento jurídico es tendencialmente reglamento ejecutivo de una ley’. (*ibídem*, p. 92)

El autor prosigue señalando que la jerarquía normativa no se apoya pues, en las características formales, tales como la fuerza pasiva de los actos jerárquicamente ordenados. Y a la pregunta en qué se basa entonces, responde que una corriente de pensamiento liberal, consciente de la insuficiencia de la explicación formalista funda la jerarquía de las normas en la jerarquía constitucional de los órganos encargados de la producción normativa. Así, procede a explicar la jerarquía interorgánica, concluyendo en que no se da un paralelismo perfecto entre la jerarquía como esquema de la organización y la jerarquía como un modo de ordenación de normas. En virtud de lo expuesto se impone estimar la procedencia de la derogatoria de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público contenida en el proyecto de Ley Orgánica contra la Corrupción remitido a esta Sala Constitucional por la Asamblea Nacional para evaluar su carácter orgánico, no obstante la investidura de aquella Ley, a los fines de garantizar el desarrollo de los preceptos y principios constitucionales vigentes y asegurar el dinamismo que debe garantizar al Poder Legislativo. Así se declara”.

Como se observa la Sala efectuó, por razones de seguridad jurídica que exige la certeza de un sistema de fuentes dentro del ordenamiento jurídico orientado hacia la vigencia de los postulados constitucionales, un replanteamiento del principio derogatorio de las leyes, consagrado por el artículo 218 de la Constitución vigente, ello con el propósito de facilitar la labor



legislativa en la derogatoria de aquellas leyes orgánicas, dictadas bajo la vigencia de la abrogada Constitución, que no se adecuen al nuevo orden constitucional o que, en virtud del dinamismo de las circunstancias sociales o históricas que den lugar a la legislación, éstas requieran ajustarse normativamente a las proposiciones o reglas contenidas en el Texto Fundamental.

En virtud de la especialidad de la materia objeto de normación, y de su evidente importancia en el ámbito social y económico, cual es la garantía de estabilidad en las relaciones de trabajo, estima esta Sala que, bajo la adaptación esbozada en el fallo citado, desde una perspectiva constitucional, opera con plena eficacia la derogatoria de las normas contenidas en leyes orgánicas a que aluden expresamente la Disposición Derogatoria Única contenida en el Decreto Ley examinado. Así se declara.

### 3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*

**TSJ-SPA (1028)**

**24-9-2008**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Arelys Josefina Perozo Sánchez vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE).

**La sala señala que aun cuando nada dice la normativa legal vigente sobre la indemnización que puede conceder el juzgador a familiares y cónyuge en supuestos distintos a la muerte de la víctima, ella puede en obsequio de la justicia y obrando según su prudente arbitrio, acordar a favor de particulares indemnizaciones por daño moral, si ello revistiere una afición de índole emocional o psíquica, en obsequio de la justicia y obrando según su prudente arbitrio.**

Pasa entonces la Sala a referirse al régimen conforme al cual deberá analizarse la controversia sometida a su consideración.

Se observa que la demandada ELEOCCIDENTE (hoy CADAFE) es un ente organizado bajo las normas jurídicas propias del derecho privado, aun cuando el Estado venezolano figure como su único accionista.

Al respecto, establece el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública lo siguiente:

*“Las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se regirán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley.”*

De acuerdo a la norma transcrita, el régimen aplicable a la demanda es el de la legislación ordinaria, sin perjuicio de la aplicación especial de normas de derecho público cuando ello resulte pertinente.

En este orden de ideas, ha sido jurisprudencia pacífica de esta Sala que la responsabilidad civil general, establecida en el artículo 1.185 del Código Civil, comporta tres condiciones o elementos concurrentes que deben ser probados fehacientemente a fin de que sea declarada procedente la pretensión reparatoria del demandante, a saber: **a)** una actuación imputable al accionado; **b)** la producción de un daño antijurídico; y **c)** un nexo causal que vincule la actuación del demandado con la producción del daño que se denuncia.

Sin embargo, por cuanto los daños reclamados le son imputados a ELEOCCIDENTE por estimar la actora que ésta ostenta la guarda de los transformadores que se encontraban ubicados en un poste de electricidad, la Sala analizará la posible responsabilidad de la men-

cionada empresa del sector eléctrico, a la luz de la norma contenida en el artículo 1.193 del Código Civil. Así, no obstante que ésta es también una responsabilidad objetiva, será preciso establecer los siguientes elementos: **a)** el daño sufrido por la parte actora; **b)** la intervención de la cosa en la producción del daño alegado; **c)** la condición de guardián que tiene la demandada sobre la cosa generadora del daño.

5. Para decidir es menester establecer si están dados los extremos arriba indicados, por ser éstos presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual que pudiera tener ELEC-OCCIDENTE frente a los hechos denunciados por la ciudadana Arelys Josefina Perozo Sánchez. Antes, sin embargo, se estima conveniente analizar algunas de las probanzas incorporadas al expediente por las partes a los efectos de facilitar la comprensión del presente fallo, y sin perjuicio de que al abordar el análisis del tema debatido, la Sala se refiera a cualquier otra prueba que no haya sido ya referida.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen General de los Derechos Humanos: Tratados que establezcan normas más favorables*

**TSJ-SC (1265)**

**5-8-2008**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez vs. Contraloría General de la República. (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

**La Sala Constitucional analiza la potestad del Contralor General de República establecida en el artículo 105 de la Ley que rige sus funciones (sanciones accesorias), con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal sentido establece que es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional, contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República.**

Véase: Página 608 de esta *Revista*

2. *Garantías Constitucionales*

- A. *Regulación por una ley ordinaria*

**TSJ-SC (1259)**

**31-7-2008**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

**La garantía constitucional consiste en una técnica o medio que tiene como propósito tutelar y asegurar la eficacia de los valores o contenidos esenciales de los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Al tratarse de medios de protección que tocan aspectos secundarios o están al margen del derecho constitucional, de tal suer-**

**te que su regulación recae en el ámbito de una ley ordinaria y no de una ley orgánica, al no afectar cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares de un derecho constitucional.**

B. *Tutela Judicial Efectiva*

CSCA

15-09-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Procuradora General del Estado Trujillo vs. Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental.

**La exigencia de una sentencia justa impone al juez la obligación de acertar en la escogencia de la ley aplicable, que debe ser siempre la ley vigente; acertar igualmente en su interpretación y aplicación; y, además, acertar igualmente en la apreciación de los hechos que se someten a su conocimiento, pues lo contrario representará una posible violación al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.**

C. *Las garantías del debido proceso: Derecho a la defensa*

TSJ-SPA (1049)

24-9-2008

Magistrado Ponente: Emiro Antonio García Rosas

Caso: Domingo Antonio Palacios vs. Contraloría General de la República.

Alegó el recurrente la violación del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, fundamentado en la supuesta falta de proporcionalidad, racionalidad y adecuación en la aplicación de la sanción de inhabilitación, ratificada en el acto recurrido.

Asimismo denunció la parte actora la violación del derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, supuestamente porque la sanción de inhabilitación fue impuesta en un acto distinto al que contiene la sanción de responsabilidad administrativa y por haberse aplicado además, en su opinión, la referida sanción en un lapso inoportuno. Sobre este aspecto, la Sala advierte lo siguiente:

De conformidad con el criterio pacífico y reiterado, el derecho al debido proceso comprende un derecho complejo que encierra un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, que implican el derecho a acceder a la justicia, a ser oído, a ser notificado de la decisión administrativa, a tener acceso al expediente, a la articulación de un proceso debido, a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración, a ejercer las defensas correspondientes, a obtener una decisión motivada, a un proceso sin dilaciones indebidas, a impugnar la decisión dictada, a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia, y que se desprenden de la interpretación hermenéutica del artículo 49 de la Carta Magna.

Asimismo, la tutela judicial efectiva comprende conforme lo indica el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, el derecho a obtener oportunamente la decisión correspondiente, a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, responsable, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Con referencia a la seguridad jurídica, esta Sala ha establecido (sentencia N° 0570 del 10 de marzo de 2005), lo siguiente:

*“Se ha entendido que el principio de seguridad jurídica, protege la confianza de los administrados que ajustan su conducta a la legislación vigente. Es decir, la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de la Administración en la aplicación del Derecho.”*

Respecto a la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, esta Sala en sentencia N° 947 del 12 de agosto de 2008, haciendo referencia a lo establecido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en sentencia N° 1.265 del 5 de agosto de 2008, dispuso lo siguiente:

*“(…) por decisión de reciente data, a saber, la N° 1.265 del 5 de agosto de 2008 (Exp. N° 05-1853), la misma Sala Constitucional estableció categóricamente el carácter constitucional de ese precepto normativo, por considerar, entre otros aspectos, que:*

*(i) El procedimiento administrativo llevado por la Contraloría General de la República para el establecimiento de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos investigados, comprende tres etapas que garantizan el derecho a la defensa y el debido proceso de los imputados administrativamente; guardando así plena y efectiva compatibilidad con lo previsto en el artículo 49 constitucional.*

*(... Omissis...)*

*(iii) La Contraloría General de la República no debe desarrollar otro procedimiento adicional para la imposición de las sanciones accesorias como la inhabilitación, esto debido a que, con el sano desarrollo del procedimiento principal -tendente a la comprobación de la responsabilidad administrativa del imputado- se garantizan los derechos que asisten a los funcionarios públicos cuestionados.*

*(iv) No se ve tampoco afectado el principio non bis in idem, ya que no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.*

*Valga acotar, que lo proferido por la Sala Constitucional en la comentada decisión se compeadece perfectamente con lo que esta Sala Política-Administrativa ha venido sosteniendo pacífica y reiteradamente con relación a los alcances del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en las sentencias siguientes: N° 00868 del 21-07-04; N° 00217 del 07-02-07; 00738 del 17-05-07; N° 00808 del 30-05-07; N° 01383 del 01-08-07; N° 00595 del 14-05-08 y 00742 del 19-06-08, entre otras; de cuyo contenido se desprende que:*

*(i) La imposición de las sanciones disciplinarias a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, requiere como único presupuesto la declaratoria de responsabilidad administrativa. Es decir, dichas sanciones, aparte de la pecuniaria, son consecuencias jurídicas que, según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, “sin que medie ningún otro procedimiento”, porque se erigen como actos-consecuencias, que resultan de un procedimiento o iter previo, preparatorio y necesario para su aplicación, el de la determinación de la responsabilidad administrativa, que es en el que se comprueba el ilícito administrativo y se determina dicha responsabilidad.*

*(ii) En tal sentido, las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.*

(iii) *Por virtud de lo anterior, iniciar un nuevo procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones establecidas en dicha norma sería un contrasentido, pues además de que se iniciaría con base en los mismos hechos, se desnaturalizaría el tratamiento de la sanción como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad...?*

Ahora bien, en el caso de autos, el haber impuesto la sanción de inhabilitación en un acto distinto al que determinó la responsabilidad administrativa, no configura -en principio- el desconocimiento de los derechos constitucionales denunciados por el recurrente, pues no implicó la disminución de sus posibilidades de defensa en el procedimiento sancionatorio y, lejos de apartarse de la regulación legal de dicho procedimiento, resulta cónsono con el orden previsto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues de conformidad con el texto de dicho dispositivo, la aplicación de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, debe estar precedida de la declaratoria de responsabilidad administrativa por las conductas sancionadas en los artículos 91 y 92 *eiusdem*, sin que para ello sea necesario que medie otro procedimiento, por ser un acto-consecuencia que resultó de la comprobación del ilícito administrativo que implicó la declaratoria de responsabilidad, lo cual aparentemente sucedió en el caso de autos, por lo que la Sala desestima la denuncia bajo análisis (*Vid.* sentencia N° 1.061 del 27 de abril de 2006). Así se decide.

### 3. *Derechos Sociales*

#### A. *Derechos Laborales: Derecho a la estabilidad laboral*

**TSJ-SC (1259)**

**31-7-2008**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

**La estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía instituida por el Constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “derecho” que tiene el empleador a dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique.**

En esa línea de razonamiento, la Sala observa que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo tiene como objeto regular y garantizar la estabilidad en el trabajo y, con el propósito de tornarla operativa, crea la estructura administrativa y procedimental pertinente.

La estabilidad en el trabajo como noción doctrinal es “(...) la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización” (*Cfr.* GARCÍA VARA, Juan, *Estabilidad Laboral en Venezuela*, Editorial Pierre Tapia, Segunda Edición, 1996, pp. 29-30).

Conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía instituida por el Constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “derecho” que tiene el empleador a dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. Tales manifestaciones de esta garantía ya han sido analiza-

das por esta Sala en sentencia N° 1.185 del 17 de junio de 2004, caso: *Alí Rodríguez Araque y otro*; efectuando para ello, las siguientes distinciones:

“(…) la noción ‘estabilidad absoluta y relativa’ utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido –de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la ‘estabilidad absoluta’, catalogada por algunos como ‘causales de inamovilidad’ el patrono debe apegarse a un procedimiento administrativo previo ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de ‘estabilidad relativa’, el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo.

Por su ubicación en el entramado constitucional, la garantía de estabilidad laboral se inserta en el artículo 93 del Capítulo V, signado “De los Derechos Sociales y de las Familias”, del Título III, “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes” del Texto Constitucional vigente. Dicha norma se articula con aquellas que establecen las reglas objetivas y los principios rectores a los que debe atender el legislador para regular el trabajo como hecho social y como bien jurídico que tiene un régimen de protección especial por parte del Estado Venezolano, postulados en los artículos 87 (derecho y deber de trabajar), 88 (derecho al trabajo e igualdad), 89 (protección al trabajo), 90 (jornada de trabajo), 91 (derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados), 92 (derecho a un salario suficiente), 94 (responsabilidad de los patronos y contratistas), 95 (derecho a la sindicalización), 96 (derecho a la negociación colectiva) y 97 (derecho a la huelga) *eiusdem*.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantiza expresamente la estabilidad laboral en los siguientes términos:

“Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.

Como se observa, por la configuración de la norma, el constituyente impone en cabeza del legislador la obligación de garantizar la estabilidad en el trabajo y, en tal sentido, deberá limitar toda forma de despido no justificado. Desde un enfoque gramatical, el uso de la preposición “en”, vincula la noción a un instituto de proyección más amplia, del cual forma parte: el derecho al trabajo como hecho social y como derecho subjetivo de especial protección por parte del Estado, lo que torna a la estabilidad como un elemento creado con el propósito de reforzar la eficacia de ese derecho, esto es, una garantía objetiva del derecho al trabajo.

El derecho al trabajo, como noción continente, se inscribe en los derechos de naturaleza social, sustentados, además del concepto de necesidades básicas del ser humano que enfatiza sus posiciones subjetivas, en el principio de solidaridad -entendido doctrinalmente como “un deber colectivo de ayuda mutua”, en términos de M. BORGETTO, citado por Carlos BERNAL PULIDO en su obra *El Derecho de los Derechos*, publicada por la Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 297-. Tal enunciado se erige en un valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado de acuerdo al artículo 2 del Texto Constitucional.

Consecuencia de su inserción dentro del elenco de normas continentales de los llamados derechos sociales, desde una perspectiva subjetiva, su regulación está dirigida a la protección de una categoría de sujetos que, en el marco del Estado Social, reciben el tratamiento de “débiles jurídicos”, quienes ocupan una posición de desigualdad en determinadas relaciones jurídicas (*vgr.* trabajadores, arrendatarios, niños, niñas y adolescentes, etc.). Esta categoría de derechos fundamentales se caracterizan porque su sustento teórico descansa sobre un ideal colectivo: la construcción de una sociedad igualitaria basada en el principio de solidaridad. Sobre este particular, ha apuntado la Sala:

“La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cual es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano.

Además del artículo 2 de la vigente Constitución, los artículos 3 (que señala los fines del Estado), 20 (que hace referencia al orden social), 21.1 y 2, 70, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 90, 102, 112, 113, 115, 127, 128, 132 y 307, y los relativos a los Derechos Sociales establecidos en el Capítulo V del Título III, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances.

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

Para evitar tal desequilibrio, la Constitución y las Leyes determinan cuáles materias son de interés social (artículos 120 y 307 constitucionales, por ejemplo), o definen o utilizan expresiones que permiten reconocer que en específicas áreas de las relaciones humanas, existen personas en posiciones de desigualdad donde unas pueden obtener desmesurados beneficios a costa de otros, rompiendo la armonía social necesaria para el bien colectivo.

Dentro de las protecciones a estos ‘débiles’, la Constitución de 1999, establece Derechos Sociales, los cuales por su naturaleza son de interés social; mientras que otras leyes señalan expresamente materias como de interés social; o se refieren a la protección de personas que califican de débiles jurídicos (artículos 6.3 de la Ley al Protección de Consumidor y al Usuario, por ejemplo). De esta manera se va formando un mapa de quiénes son los sujetos protegidos por el Estado Social.

También son elementos inherentes al Estado Social de Derecho, la solidaridad social (artículos 2, 132 y 135 constitucionales) y la responsabilidad social (artículos 2, 132, 135 y 299 constitucionales). De las normas citadas se colige que el Estado Social no sólo crea obligaciones y deberes al Estado, sino que a los particulares también.” (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 85 del 24 de enero de 2002, caso *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA)*, reiterada en sentencia N° 790 del 11 de abril de 2002, caso *Lidia Cropper y Juan Enrique Márquez Frontado*).

Dicho derecho no se agota en el ámbito del titular, sino conlleva una proyección que trasciende su esfera, ello lo convierte, al menos desde una perspectiva procesal, en objeto de tutela no sólo de aquellas acciones jurisdiccionales ejercitables individualmente por el traba-

jador para su protección como derecho constitucional (vgr. amparo constitucional), sino también su defensa, cuando afecta a un conglomerado de sujetos, puede canalizarse a través acciones dirigidas a la defensa de intereses colectivos o difusos que le atañen. Desde una perspectiva material del contenido de ese derecho, esta Sala, en su sentencia N° 3.029 del 4 de noviembre de 2003, caso *José Eduardo Guzmán Alemán y Aiskel de Lourdes Blanco Pérez*, ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber de trabajar lo siguiente:

“El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual, está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana, sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población. Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución”.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar “lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado” (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o, dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio. Para una mejor comprensión, se entiende que la garantía no es una noción contrapuesta del derecho al cual brinda protección, es, en esencia, una noción de carácter objetiva instituida con el propósito de reforzar la eficacia de un derecho. En una primera aproximación conceptual, la garantía es un mecanismo de aseguramiento o técnica de protección jurídica que torna eficaz el ejercicio de los derechos constitucionales o, en una concepción más amplia, de los derechos fundamentales. Esta nota de eficacia, presupone una reacción suficiente y obligatoria de los órganos del Poder Público para sancionar las violaciones cuando aparezcan y restablecer la vigencia de los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, ello como se desprende de la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la Constitución, como fin del Estado, conforme al artículo 3 del Texto Constitucional y de la garantía de respeto de los derechos humanos postulada en el artículo 19 *eiusdem*.

Sin embargo, no es correcta la contraposición de las nociones de derecho y garantía para arribar a un concepto unívoco de cada una, pues ambas nociones están vinculadas en su formulación. En ese sentido, la doctrina foránea ha afirmado que “Los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular, o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro lado, ambos conceptos responden a la misma idea de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador” (Vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial (Derecho a la Educación; Autonomía Local; Opinión Pública)*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid-Civitas, primera edición, 1994, pp. 52-53).

Así, la dogmática de los derechos fundamentales abarca en su formulación tanto la dualidad de su naturaleza jurídica, en su concepción público-subjetiva y como valores superiores del ordenamiento jurídico, como las garantías de su ejercicio en un “supraconcepto”, en términos del citado autor, lo cual dificulta una formulación teórica única para la definición de cada categoría.



La problemática en torno a su correcta definición surge de la indeterminación de su propia consagración normativa, por tanto, para la Sala establecer un concepto único a la luz del orden constitucional vigente, no sólo dependería de la labor de sistematización del contenido esencial y limitaciones de los derechos y garantías expresamente consagrados en la Constitución, en tanto los términos de su consagración así lo permita, sino que habría que añadir aquellos derechos y garantías no enunciados en el Texto Fundamental -y que carecen a priori de elementos que permitan fijar una teoría estructurada y material de su contenido-, en virtud del efecto expansivo de la cláusula contenida en el artículo 22 de la Carta Magna vigente.

Sin embargo, siendo esta Sala Constitucional el máximo y último intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como así lo reconoce el artículo 335 de ese cuerpo normativo primario, considera que su labor jurisprudencial no puede orientarse a establecer tipificaciones constitucionales estáticas, pues es perfectamente verosímil que la definición de un derecho y la precisión de sus contornos y limitaciones, así como de los medios de protección, deben analizarse no sólo a partir de la formulación de la norma constitucional que lo consagra (que define el contenido constitucionalmente protegido), sino que debe armonizarse con los demás preceptos o principios que conforman el ordenamiento primario, así como con aquellas circunstancias históricas y sociales cuya regulación se pretende, con el propósito de realizar una interpretación congruente y unitaria del sistema jurídico.

Concluye la Sala entonces que la garantía constitucional consiste en una técnica o medio que tiene como propósito tutelar y asegurar la eficacia de los valores o contenidos esenciales de los derechos y libertades consagrados en la Constitución. En tal sentido, se orienta a la protección del núcleo esencial del derecho, de las estructuras típicas tradicionales que lo conforman o bien la forma fundamental de un determinado instituto jurídico. Su regulación, entonces, en el marco de la problemática que aquí se analiza, no incide en forma directa en la esfera de un derecho constitucional, al tratarse de medios de protección que tocan aspectos secundarios o están al margen del derecho constitucional, de tal suerte que su regulación recae en el ámbito de una ley ordinaria y no de una ley orgánica, al no afectar cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares de un derecho constitucional, en este caso, del derecho al trabajo.

Sobre la base del anterior aserto, no queda duda para la Sala que la estabilidad es un atributo del derecho al trabajo y su naturaleza es la de una garantía vinculada a éste, al formar parte del conjunto básico de preceptos que persiguen su protección, por ello, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo al crear los órganos y articular los procedimientos que deben materializar la justicia laboral administrativa, no regula de forma directa el ejercicio del derecho-deber constitucional al trabajo sino que refuerza o protege, a través de las instituciones creadas en su texto, un aspecto tangencial del derecho consagrado en el artículo 87 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en tanto desarrolla aspectos procedimentales y técnicos supeditados a los principios y reglas que rigen en materia laboral, contemplados tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la Ley Orgánica del Trabajo.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

#### 1. *Régimen del Poder Público Nacional*

##### A. *Régimen de la Administración Pública: Potestad sancionatoria*

**TSJ-SC (1265)**

**5-8-2008**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

**La Sala Constitucional analiza la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República, a la luz del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.**

Véase: Página 608 de esta *Revista*

**TSJ-SC (1266)**

**6-8-2008**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Nidis Gutiérrez de Atencio vs. Contralor General de la República (Art. 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

Véase: Página 608 de esta *Revista*

a. *Principio de proporcionalidad*

**CSCA**

**12-8-2008**

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS).

**El principio de proporcionalidad constituye un límite de adecuación sobre los verdaderos alcances y finalidades de las sanciones, que implica para el caso de las sanciones que tienen carácter pecuniario, que la afectación patrimonial no sea distorsionada respecto del bien que sirve de medida para castigar una determinada conducta.**

.....Por otro lado, indicó que el acto recurrido, se encuentra viciado por violación al principio de racionalidad administrativa, en tanto que “[con] la sanción interpuesta, no hay la debida proporcionalidad ni adecuación con la situación fáctica planteada. La racionalidad consiste en la debida proporcionalidad y adecuación al supuesto de hecho. Al no mencionar, ni valorar las pruebas promovidas, ni fundamentar los presuntos ilícitos dentro de las normas aplicables, la sanción no guarda proporcionalidad ni racionalidad. No hay proporción ni adecuación con la situación específica planteada. Existen pruebas promovidas en el expediente que no son valoradas, por lo cual no se puede entablar relación entre la situación jurídica planteada, la norma aplicable y la sanción (...)”.

En cuanto a la denuncia de violación al principio de racionalidad administrativa, alegado por la sociedad mercantil recurrente, expuso el Ministerio Público que “(...) se constata que el INDECU realizó una relación de los hechos que dieron origen al procedimiento administrativo mediante el cual se le impuso la sanción al recurrente, de conformidad con lo establecido en la Ley para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario, siendo esta una decisión confirmatoria del contenido del recurso de reconsideración interpuesto con ocasión de dicha medida, por lo que este Organismo verificó que tales decisiones se han producido en el marco de un procedimiento, llevan implícito los hechos y fundamentación que culminó con la imposición de la sanción, por lo que se ha observado la ausencia de relación entre los hechos y el derecho invocado por la parte recurrente (...)”.

Destacado lo anterior, debe esta Corte observar que el principio de proporcionalidad encuentra funcionalidad práctica, desde el punto de vista de la racionalización de las penas y medidas de seguridad frente al delito, encontrando origen, por tanto, en el derecho penal. Ahora bien, dicho principio general de proporcionalidad, como expresión del principio de legalidad de la Administración, regula e informa el proceso de producción y aplicación del Derecho Administrativo, en base a una justificada ponderación –en el caso concreto– de los bienes, derechos e intereses jurídicamente protegidos, y en función de los valores constitucionales de libertad, justicia material y del derecho a la autonomía.

De esta forma, el principio de proporcionalidad deriva técnicamente del principio de legalidad conformando la extensión y ejercicio de las potestades administrativas en la situación concreta ante la que se encuentra la Administración, por cuanto su utilización desproporcionada, representa dentro del proceso de producción y aplicación del derecho administrativo una quiebra importante del principio de legalidad. Así, el principio de proporcionalidad sirve directamente al proceso regular de producción y aplicación normativa del derecho administrativo. (*Vid.* LÓPEZ GONZÁLEZ, José. *El Principio General de Proporcionalidad en Derecho Administrativo*. Ediciones del Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla N° 52, Sevilla 1988, p. 113 y ss.).

En este sentido, debe destacarse que actualmente el principio de proporcionalidad se considera como un principio inherente al Estado de Derecho que deriva del “valor justicia” y de la propia “dignidad de la persona”, proclamados en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales impide toda intervención innecesaria o excesiva que grave al ciudadano más allá de lo estrictamente indispensable para la protección de los intereses públicos y que se erigen, por ello, en canon de constitucionalidad de la actuación de aquellos.

Ahora bien, la posibilidad de aplicar los efectos lesivos de un ilícito administrativo determinado, es una actividad que se encuentra sometida tanto a límites formales, como a límites sustanciales dentro de los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad de las sanciones, que proviene del valor superior de justicia según el cual, la lesión del bien jurídico o desvalor de resultado tipificado en la norma sancionatoria, no debe conllevar una coacción desproporcionada.

De este modo, el principio de proporcionalidad constituye un límite de adecuación sobre los verdaderos alcances y finalidades de las sanciones, que implica para el caso de las sanciones que tienen carácter pecuniario, que la afectación patrimonial no sea distorsionada respecto del bien que sirve de medida para castigar una determinada conducta.

Así, el principio de proporcionalidad, encuentra su soporte axiológico en el acomodamiento que debe darse entre la sanción y su finalidad, es decir, es una garantía de equilibrio frente a lo que se califica como el exceso de punición que se produce cuando la pena no se ajusta a la tésis represiva que la sustenta.

En este contexto, permite evaluar el ajuste entre los medios empleados y los fines perseguidos y ello, para el supuesto de las multas como las de autos, conlleva a que en ningún caso se produzca una afectación de tal entidad, que implique la pérdida del patrimonio o parte sustancial del mismo, pues en tal circunstancia, se presenta una inequidad manifiesta, que es proscrita por el Texto Fundamental (*Vid.* Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Número 144, de fecha 6 de febrero de 2007, caso *Agencias Generales Conaven, C.A. y otros*).

Ahora bien, respecto del contenido del principio de proporcionalidad que debe informar la actuación administrativa en materia sancionadora, se muestra en primer término como criterio para la selección de los comportamientos antijurídicos merecedores de la tipificación

como infracciones, postulando que el ámbito de la tipificación de las infracciones quede reservado para aquellos supuestos en que el restablecimiento del orden jurídico alterado por el comportamiento ilícito no puede ser realizado por otros medios. En segundo término, el principio opera como límite a la actividad administrativa de determinación de las sanciones sin que, por tanto, exista posibilidad alguna de opción libre, sino una actuación vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción.

Así, se destaca que las normas sancionadoras no pretenden más que prevenir o evitar aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro determinados bienes que se reputan valiosos o dignos de protección, para lo cual establecen mandatos y prohibiciones cuya contravención lleva aparejada la imposición de una sanción. De ahí que su función esencial sea la preventiva o disuasoria, la de evitar los comportamientos que puedan lesionar tales bienes. Si tales normas consideran que para la protección de un bien jurídico es suficiente y adecuado imponer una determinada sanción a los sujetos que con su comportamiento lesionan tales bienes, la imposición de dos o más sanciones por la realización de un tal comportamiento nada añade a esa finalidad preventiva y protectora de la norma sancionadora.

Por otra parte, en cuanto a la segunda de las perspectivas consideradas, esto es, como principio general que fuerza a la Administración a buscar la sanción adecuada dentro de las posibles, el principio de proporcionalidad encuentra su ámbito natural de aplicación como inspiradora de las normas relativas a la graduación de las sanciones. En este sentido, el principio de proporcionalidad despliega todos sus efectos sobre el procedimiento para sancionar las infracciones, determinando la consideración de la actividad de graduación de las sanciones como estrictamente jurídica, de manera que se encuentra limitada, en esta materia, una inadmisibles discrecionalidad administrativa en la aplicación de las sanciones, que quede así moderada en función de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean a la contravención. De esta forma, no existiría discrecionalidad administrativa en la determinación de la sanción, sino una facultad para valorar las circunstancias presentes en el caso concreto a los fines de imponer la sanción correspondiente, dentro de los límites permitidos por la ley. (*Vid. ZORZOZA PÉREZ, Juan J. El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*. Civitas, Madrid 1992. p. 113 y ss).

De lo anterior, han de derivarse las oportunas consecuencias, porque al establecerse en el cuerpo de la ley determinados criterios de graduación de las sanciones, incluso si su valoración no se encuentra absolutamente reglada, su aplicación puede y debe ser objeto de revisión judicial, ello por cuanto la proporcionalidad vincula igualmente al control que sobre la actividad de la Administración pueda realizar el poder judicial.

Es, pues, por este razonamiento, que ante la generalizada indeterminación legal que existe en las sanciones administrativas en orden a su graduación entre los límites máximo y mínimo fijados por la Ley, debe asumirse el principio general de la proporcionalidad y deducir de él todas sus consecuencias. Principio que forzará a la Administración a buscar la sanción adecuada dentro de las posibles, una vez que el hecho haya sido tipificado, sin que, por tanto, exista posibilidad alguna de opción libre, sino una actuación vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción. De ahí que, en caso de violación de esta proporcionalidad, el juez podrá anular la sanción impuesta por la Administración e imponer la que juzgue adecuada. (*Vid. TORNOS MAS, Joaquín. "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa" en Revista Española de Derecho Administrativo*).

Ahora bien, en el caso concreto, tal como se destacó con anterioridad, la parte recurrente denunció que "[con] la sanción interpuesta, no hay la debida proporcionalidad ni adecuación con la situación fáctica planteada. La racionalidad consiste en la debida proporcionalidad y adecuación al supuesto de hecho".

En este sentido, debe esta Corte aludir a lo expresamente establecido en el artículo 104 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario aplicable *ratione temporis* que, respecto a la imposición de las sanciones administrativas precisaba lo siguiente:

“Para la imposición de las sanciones se tomarán en cuenta los principios de equidad, proporcionalidad y racionalidad, apreciándose especialmente:

1. La gravedad de la infracción;
2. La dimensión del daño;
3. El carácter de primera necesidad del bien o servicio de que se trate;
4. El monto de la Patente de Industria y Comercio del ejercicio en curso; y,
5. La reincidencia”.

Ahora bien, se debe señalar que el principio de racionalidad, se encuentra tipificado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual es del tenor siguiente:

“Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

Sobre este principio se puede establecer que la Administración, dentro de su potestad sancionatoria, debe procurar adecuar la proporción de sus sanciones a la gravedad del hecho originador; en tal sentido, se evidencia que el artículo 95 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, *ut supra* transcrito, establece una sanción pecuniaria entre dos (2) límites, a saber, multa entre veinte (20) días de salario urbano hasta dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano.

En situaciones análogas a la establecida en la Ley ejusdem, el Código Penal Venezolano, establece una solución a situaciones análogas a la presentada en el artículo 95 de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, en tal sentido, establece el artículo 37 de dicho Código, lo siguiente:

“Cuando la ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentara hasta el superior, según el merito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie.

No obstante, se aplicara la pena en su límite superior o en el inferior, cuando así lo disponga expresamente la ley, y también se traspasara uno u otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o rebajar la pena correspondiente al delito en una cuota parte, que entonces se calculara en proporción a la cantidad de pena que el Juez habría aplicado al reo si no concurriese el motivo del aumento o de la disminución.

Si para el aumento o rebaja mismo se fijaren también dos límites, el Tribunal hará dentro de estos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho”.

Así las cosas, al aplicar el anterior criterio a la norma contenida en el artículo 95 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, tenemos que la pena a ser aplicada, sería de mil diez (1.010) días de salario, monto mucho mayor al establecido por el Instituto recurrido -trescientos (300) días de salario- por lo cual resulta infundada la denuncia formulada por la sociedad mercantil Banco Exterior, toda vez que la multa que le fue impuesta es incluso inferior al monto medio que arrojaría aplicar la fórmula establecida en el Código Penal al caso de marras. En consecuencia, carece de fundamento el alegato de irracionalidad del acto recurrido expuesto por la recurrente.

B. *Administración Descentralizada*a. *Fundaciones del Estado: Régimen jurídico*

TSJ-SC (1171)

14-6-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Minerva Haydee Calatrava Villarrollo vs. Fundación Salud del Estado Monagas (FUNDASALUD).

**Los conflictos intersubjetivos surgidos entre las fundaciones del Estado y sus trabajadores deben ser conocidos y decididos por los órganos jurisdiccionales especializados en materia laboral y no por la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que las fundaciones no despliegan en tales relaciones actividad administrativa alguna cuya legalidad pueda ser objeto material de control por los jueces competentes en esta materia.**

De un estudio adminiculado de los argumentos expuestos por la solicitante, así como de los recaudos probatorios cursantes al expediente, observa la Sala que el problema planteado se circunscribe a la determinación del régimen jurídico procesal aplicable a aquellas reclamaciones dirigidas contra las fundaciones del Estado, como categoría inserta dentro de los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho Privado, es decir, si éstos mantienen relaciones de naturaleza laboral o de sujeción especial regidas por la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Una primera aproximación al problema, obliga a esta Sala a analizar su naturaleza jurídica y su inserción dentro de las figuras organizativas en el Derecho Administrativo, todo ello a la luz de la Ley Orgánica de la Administración Pública y, conforme a las particularidades de su objeto y los fines que persigue, establecer si las relaciones que mantienen con su personal -tanto material como procesalmente- se rigen por las normas de Derecho del Trabajo o de Derecho Administrativo Funcionarial.

El artículo 300 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tanto basamento constitucional de los entes descentralizados funcionalmente con fines sociales o empresariales, como categoría jurídica general, a texto expreso señala:

*“La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan”.*

Conforme a la norma constitucional, es el legislador quien fijará las condiciones de creación de entes descentralizados funcionalmente, ello con la finalidad de establecer mecanismos eficaces que aseguren la productividad de los recursos públicos invertidos por el Estado. Tales condiciones están insertas a nivel legislativo en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Sobre la base del esquema organizativo diseñado en dicha ley, la Administración Pública Nacional está integrada por: a) Los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central, como lo son el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros y los Viceministros; b) Los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, a saber, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales (*ex* artículo 45), y c) La Administración Descentralizada, la cual a su vez se subdivide en dos categorías, la Administración Descentralizada Territorialmente, conformada por los entes político-territoriales (Estados y Municipios); y la Administración

Descentralizada Funcionalmente, conformada por los Institutos Autónomos; personas jurídicas de Derecho Público con forma societaria (empresas del Estado), asociaciones civiles y fundaciones pertenecientes al Estado.

El respaldo legislativo concreto de estas últimas entidades se encuentra en la misma Ley Orgánica de la Administración Pública, dentro del Título IV, intitulado “*De la Desconcentración De la Descentralización Funcional (sic)*”; Capítulo II, “*De la Descentralización Funcional*”; Sección III denominada “*De las Fundaciones del Estado*”. Dicho instrumento jurídico reúne en los artículos 108 al 112 aquellas disposiciones aplicables a las denominadas “*Fundaciones del Estado*”, en tanto denominación dada por el legislador a las fundaciones de carácter público.

Como noción general, las fundaciones son personas jurídicas constituidas mediante la afectación de un patrimonio al cumplimiento de una finalidad de interés público, es decir, constituyen un conjunto de bienes destinados en forma permanente a un fin lícito que puede ser artístico, científico, literario, benéfico o social (*ex* artículo 20 del Código Civil). Las fundaciones se constituyen mediante un negocio jurídico de Derecho Privado de carácter unilateral, que es el acto de constitución, el cual puede ser adoptado tanto por personas naturales como por personas jurídicas, de Derecho Privado o de Derecho Público, estatales o no estatales (*Cfr.* Sentencia de la Sala Plena de este Alto Tribunal N° 25 del 1 de marzo de 2007, caso *Dina Rosillo*).

Lo atinente al objeto de tales entes también fue recogido por el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que amplía la definición del Código Civil -destacando el sustrato real que subyace en su noción- y fija los elementos de Derecho Público que les caracteriza, al definir a las fundaciones del Estado como “(...) *los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o algunos de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento*”. Así, al menos por la índole de su objeto, una fundación -sea ésta privada o pública- siempre va a perseguir finalidades de interés general, tal es la conclusión que se extrae de las coincidencias existentes en el artículo 19 del Código Civil y 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Otras normas que insertan elementos de Derecho Público en la constitución de las fundaciones del Estado, como disposiciones que inciden en su creación conforme al mandato del constituyente de 1999, son las recogidas en los artículos 109, 110 y 111 de la mencionada Ley Orgánica, cuyos textos disponen:

*“Creación de las fundaciones del Estado*

**Artículo 109.** *La creación de las fundaciones del Estado será autorizada respectivamente por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas, según corresponda, mediante decreto o resolución. Adquirirán la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial estatal o municipal correspondiente donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación”.*

*“Obligatoriedad de Publicación de los Documentos de las Fundaciones del Estado.*

**Artículo 110.** *El acta constitutiva, los estatutos, y cualquier reforma de tales documentos de las fundaciones del Estado será (sic) publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en el respectivo medio de publicación oficial, estatal o municipal, con indicación de los datos correspondientes al registro”.*

*“Obligatoriedad del Señalamiento del Valor de los Bienes que integran el Patrimonio de una Fundación del Estado*

**Artículo 111.** *En el acta constitutiva de las fundaciones del Estado se indicará el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas”.*

Ahora bien, respecto del régimen aplicable a las fundaciones estatales, resulta indubitable a que, a la luz de las prescripciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública, éstas se rigen por las normas de Derecho común, con excepción de aquellas especificidades que incorporó para su constitución el legislador. Tal aserto surge de lo plasmado en el artículo 112 de la Ley Orgánica mencionada, por el cual:

*“Las Fundaciones del Estado se regirán por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la ley”.*

Como se aprecia de la redacción de la norma, no fue la intención del legislador establecer un régimen exclusivo de Derecho Público para las fundaciones públicas (o del Estado, en términos de la ley), sino fijar algunas particularidades para su creación de forma expresa en el texto de la Ley Orgánica de la Administración Pública y dejar otros aspectos a la regulación propia de este tipo de personas jurídicas contenidas en el Código Civil y en otras leyes.

La utilidad de este tipo de personificación jurídica radica en la prestación de servicios y la realización de actividades de necesaria atención por parte del Estado y cuya naturaleza no requiere del ejercicio de la potestad pública para su organización y funcionamiento, distinto a aquellas figuras que han quedado reservadas para aquellos servicios y actividades que el Estado, por mandato de la ley, debe asumir en régimen de Derecho Público con el propósito de asegurar su continuidad y regularidad (*i.e.* institutos autónomos). Lo anterior denota la intención del legislador de flexibilizar la estructura orgánica del aparato estatal con el propósito de acometer la diversidad de fines constitucionalmente asignados al Estado (*ex* artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Así, en el caso particular, se presenta lo relativo al régimen jurídico de su personal. Mientras que la jurisprudencia de esta Sala se había inclinado por afirmar que las relaciones que mantienen las fundaciones del Estado con su personal están regidas por la Ley del Estatuto de la Función de la Pública, por una interpretación extensiva del ámbito subjetivo de aplicación de la mencionada ley (*Vid.* Sentencia de esta Sala Constitucional N° 1.361, del 4 de julio de 2006, caso *Orangel Fuentes Salazar*), se impone, desde una perspectiva extraprocésal, el reexamen de tal posición para armonizar el régimen jurídico aplicable al personal que labora en tales entes conforme a su naturaleza jurídica y, desde una perspectiva intraprocésal, fijar cuales son las normas procesales aplicables a las controversias que se susciten en este campo, con el propósito de salvaguardar el derecho al juez natural que postula el artículo 49.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Respecto del derecho al juez predeterminado por la ley, mejor conocido en nuestro ámbito como derecho del juez natural, lo justifica Pérez Royo en el imperativo de que *“(…) la voluntad general tiene que ser previa a la resolución del conflicto, tanto en la definición de la norma sustantiva y de la norma procesal con base en la cual tiene que ser resuelto como en la previsión del órgano judicial y de las personas que lo van a componer, que van a intervenir en su solución”.* Para este autor, *“(…) se trata de una exigencia de la neutralidad de la voluntad general, que no admite que se pueda designar a posteriori un juez o tribunal ad hoc, así como tampoco que pueda el ciudadano elegir el juez que va a entender de su conducta”* (v. *“Curso de Derecho Constitucional”*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 500). (*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 2.995 del 11 de octubre de 2005, caso *Oscar Ronderos Rangel* y 5.074 del 15 de diciembre de 2005, caso *Aeropostal Alas de Venezuela, C. A.*).



En relación con la consagración de dicho derecho, esta Sala ha determinado al respecto, que el derecho al juez predeterminado por la ley, supone, “(...) *en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso; y, en cuarto lugar, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la Ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros, vale decir, que el Tribunal esté correctamente constituido. En síntesis, la garantía del juez natural puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces*” (Vid. Sentencia N° 520 del 7 de junio de 2000, caso *Mercantil Internacional, C.A.*).

Así pues, la garantía del juez natural implica que sea el juez predeterminado por la ley el llamado a decidir sobre el mérito de la causa, pues constituye una máxima del Derecho Procesal que la competencia es un presupuesto de la sentencia y no del proceso, y para ello deben atenderse a los criterios tradicionales de materia, territorio y cuantía que fijan las leyes procesales para su correcta determinación.

Con el propósito de fijar en el presente caso cual es el órgano jurisdiccional competente, y con ello determinar si el pronunciamiento que puso fin al juicio es válido o no, debe considerarse que las fundaciones públicas son entes insertos en la estructura administrativa del Estado, con un régimen preponderante de Derecho Privado y algunas particularidades de Derecho Público, lo cual impide darle un tratamiento legal uniforme para la diversidad de relaciones jurídicas que desarrolla. De allí que se hace necesario acudir al análisis de la relación jurídica en concreto que se quiera regular para establecer el conjunto normativo aplicable, esto es, si se rige por normas estatutarias o normas de Derecho común. En esta línea argumentativa, el profesor Antonio Moles Caubet revisa en su obra *“La personalidad jurídica del Estado”* la insuficiencia de los criterios doctrinales foráneos que pretenden desarrollar un criterio unívoco para fijar el carácter público o privado de una persona jurídica inserta en el esquema organizativo del Estado. La utilidad de tal distinción radica, al menos para lo que interesa a esta Sala, en la determinación del régimen jurídico más apropiado para cada una de las relaciones jurídicas que desarrolla. En ese sentido, pone de relieve como elemento distintivo para su identificación el *“status”* que ocupa la persona jurídica en una relación determinada. Así, afirma que:

*“No se pretenderá establecer a priori, como ha venido haciéndose hasta ahora, el carácter público o Privado de la persona jurídica, cuando lo que procede, ante todo, es precisar el ‘status’ que le corresponde en una relación jurídica dada. No se trata tanto de que la persona jurídica tenga uniformemente una calidad pública o privada sino de esclarecer la especialidad del ‘status’ que le corresponde en cada uno de sus actos. Es la naturaleza jurídica de estos actos -identificada por definición o por los efectos producidos- que determina el ‘status’ público o Privado, independientemente que la configuración de la persona misma, sea un ‘establecimiento público’, un ‘establecimiento de utilidad pública’, una ‘empresa pública’ o una sociedad mercantil concesionaria de un servicio público. De otra parte, lo mismo sucede en los demás dominios. Por ejemplo, a una persona cualquiera le corresponde o no le corresponde un ‘status’ laboral según sea la naturaleza del acto en virtud de la relación jurídica, aplicándose entonces el Derecho del Trabajo o el Derecho común”* (Vid. MOLES CAUBET, Antonio, *“La Personalidad Jurídica del Estado”* en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 8, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1956, pp. 21 a 55).

Como se aprecia, la anterior postura se apoya en el análisis concreto de la situación subjetiva en cada relación jurídica a los fines de determinar el régimen aplicable. Así, pese a la naturaleza del sujeto, la regulación aplicable será aquella que se adapte a la índole del negocio o relación jurídica que sostenga.

En tal sentido, considera esta Sala Constitucional que las relaciones de subordinación que se desarrollan en el seno de las fundaciones estatales no se rigen por los parámetros de la Ley del Estatuto de la Función Pública, a menos que en su acto de creación exista una disposición expresa que así lo disponga, pues en principio éstas no dictan actos administrativos dirigidos a conducir, gestionar, remover o retirar al personal a su servicio, ello por su propia condición de personas jurídicas de Derecho Privado. El desarrollo de su actividad es eminentemente de carácter privado y ello dota a dicho ente de la capacidad de negociar las condiciones para la prestación de algún servicio o labor -sea ésta intelectual o manual-, al amparo de las normas laborales, civiles o mercantiles vigentes, y no insertarlo, salvo disposición expresa en contrario, en el régimen preexistente en la mencionada ley.

En efecto, conforme al artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el ámbito objetivo de regulación de ese conjunto normativo se centra, según su texto, en lo siguiente:

*“Artículo 1. La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales, lo que comprende:*

*1. El sistema de dirección y de gestión de la función pública y la articulación de las carreras públicas.*

*2. El sistema de administración de personal, el cual incluye la planificación de recursos humanos, procesos de reclutamiento, selección, ingreso, inducción, capacitación y desarrollo, planificación de las carreras, evaluación de méritos, ascensos, traslados, transferencia, valoración y clasificación de cargos, escalas de sueldos, permisos y licencias, régimen disciplinario y normas para el retiro.*

*....Omissis... ”.*

Del artículo parcialmente transcrito, aprecia esta Sala que dicha ley recoge un conjunto de normas que fungen como marco preconstituido para regular aspectos generales de la función pública, tales como el ingreso, permanencia, situaciones administrativas ó formas de finalización de la carrera funcionarial, entre otras. De allí, su gran diferencia con el régimen laboral: la inexistencia de margen alguno de negociación, al menos individual, para el funcionario que ingresa a la Administración Pública, distinto de la nota contractual que rigen las relaciones laborales. Ello en razón de la especial naturaleza de las personificaciones jurídicas de que se vale la Administración Pública para la consecución de sus fines, que en todo caso - con excepción de algunas formas jurídicas de Derecho Privado, ya mencionadas- son sujetos creados y regulados por normas de Derecho Público.

La Sala insiste en afirmar que mal puede calificarse a los trabajadores que ejecutan una labor remunerada bajo dependencia en una fundación estatal como funcionarios públicos o que éstos en forma alguna presten una función pública, pues ello supondría dotarlos de un *status* no previsto por los actos de creación o actos fundacionales de la persona jurídica y, en consecuencia, reconocerles un conjunto de derechos, obligaciones y situaciones de servicio, contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, que son incompatibles con la naturaleza jurídica de la persona que funge como patrono.

En apoyo del anterior planteamiento, la Sala Plena de este Alto Tribunal ha reexaminado el régimen jurídico aplicable al personal que labora para las fundaciones del Estado y, en ese sentido, ha dejado clara la naturaleza laboral de esa relación jurídica, remitiendo entonces su regulación tanto en sus aspectos materiales como procesales a las normas de la Ley Orgánica del Trabajo y a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En efecto, en sentencia de la Sala Plena de este Alto Tribunal N° 182 del 3 de julio de 2007, caso *Hiromi Nakada Herrera*, se analizó la naturaleza de esa categoría de entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho Privado y se arribó a la conclusión de que

son los órganos jurisdiccionales con competencia en materia laboral quienes ejercen el control jurídico de aquellas controversias surgidas en el marco de una relación de subordinación entre las fundaciones del Estado y su personal. El análisis judicial se concentró en los siguientes aspectos:

*“Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico aplicable a las fundaciones o asociaciones civiles en sus relaciones laborales, la doctrina ha señalado que: ‘las fundaciones son creadas de acuerdo con el sistema establecido en el Código Civil, por lo cual, son entes Privados, aun cuando su constitución derive de la voluntad de una persona pública que puede ser el Estado, u otra de cualquier naturaleza tanto territorial como institucional.’ (RONDÓN, Hildgard, ‘Teoría de la Actividad Administrativa’. Editorial Jurídica Venezolana, 2da. Edición, Caracas 1986, p. 213).*

*Por su parte, Jesús Caballero Ortiz en su libro ‘Institutos Autónomos’ pág. 44 señala:*

*‘(...) en las personas jurídicas de derecho público el acto del poder público debe ser constitutivo del ente, tal como ocurre con los institutos autónomos, las universidades y la sociedad creada por Ley. En cambio, las personas jurídicas de derecho Privado no pierden su condición de tales porque exista una voluntad expresa del Estado que decida crear un determinado organismo, pero que no adquirirá existencia propia sino a partir del cumplimiento de las mismas formalidades legales exigidas a los particulares. Nos referimos concretamente a las fundaciones creadas por el Estado, en las que habitualmente un decreto ordena que se proceda a constituir la fundación y en el que se determina su objeto y la integración de su patrimonio. Sin embargo, la fundación no adquirirá existencia propia sino a partir de la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil.*

*Tampoco constituye elemento que distorsione la caracterización de las personas jurídicas de derecho Privado el que su creación esté condicionada a la autorización de la Comisión de Finanzas de la Cámara de Diputados, como ocurre con la constitución de sociedades o la adquisición de acciones de sociedades ya creadas, pues se trata de simples actos autorizatorios no constitutivos del ente.*

*Las principales figuras jurídicas de derecho Privado a las cuales recurre el Estado son las sociedades anónimas, las asociaciones civiles y las fundaciones. Con respecto a las primeras existe una amplia regulación en el Código de Comercio. Las dos últimas se encuentran previstas en el Código Civil, donde existen pocas normas que las rijan. No obstante, día a día han sido mayores las regulaciones dictadas para esta categoría de personas de derecho Privado, regulaciones estas contenidas en leyes orgánicas, leyes ordinarias, reglamentos e instructivos. Sin embargo, no por ello pierden su naturaleza jurídica de personas de derecho Privado, pues el régimen jurídico aplicable no constituye un factor que influya sobre su naturaleza. Por el contrario, es la consecuencia de su previa calificación’.*

*Dicho autor distingue entre personas públicas y personas privadas, incluyendo dentro de las personas de derecho Privado a las Fundaciones, Asociaciones Civiles y Sociedades Anónimas.*

*Volviendo al contenido del artículo 114 de la Ley Orgánica de Administración Pública en su aparte in fine, indica: ‘A las asociaciones y sociedades civiles del Estado les será aplicable lo establecido en los artículos 110, 111 y 112 de esta ley’.*

*El artículo 112 señala: ‘Las fundaciones del Estado se regirán por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la ley’.*

*Bajo el entendido de que la Ley Orgánica del Trabajo es la norma general y que de manera excepcional a los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales, se les aplicará las normas sobre carrera administrativa, aplicándose a éstos, la LOT supletoriamente (artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo).*

*Podríamos afirmar que la regla general es que las relaciones laborales entre los entes descentralizados nacionales y sus trabajadores, se rige por las mismas normas y principios que rigen estas relaciones en cualquier ente creado por particulares, es decir, que el régimen jurídico aplicable a las fundaciones y sociedades civiles del Estado es la jurisdicción laboral ordinaria, salvo que en el Acta Constitutiva y/o en sus Estatutos Sociales otorguen expresamente el carácter de funcionarios públicos a sus empleados, toda vez que:*

*'(...) cabe la posibilidad de que en el acto de creación de dichos organismos se disponga un régimen distinto por la voluntad de la autoridad competente para ello; en este caso, será necesario establecer expresamente el carácter de funcionarios públicos de los empleados del ente, así como las condiciones especiales (Estatuto Especial de Función Pública) o generales (Ley del Estatuto de la Función Pública) que regirán la relación de servicio'. (Caso Fontur Sentencia de fecha 26 de julio de 2005, Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal (...)).*

*Considerando lo anterior, esta Sala concluye que 'Fundemos sociedad civil' es una institución sin fines de lucro, que se rige por la legislación civil, toda vez que aunque se trate de una asociación civil del Estado, en principio, las relaciones laborales entre ésta y su personal se rigen por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo, salvo que sus estatutos indiquen lo contrario".*

A partir del precedente citado, cuyos fundamentos jurídicos considera esta Sala como válidos con el propósito de uniformar el tratamiento procesal del asunto, se concluye que los conflictos intersubjetivos surgidos entre las fundaciones del Estado y sus trabajadores deben ser conocidos y decididos por los órganos jurisdiccionales especializados en materia laboral y no por la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que las fundaciones no despliegan en tales relaciones actividad administrativa alguna cuya legalidad pueda ser objeto material de control por los jueces competentes en esta materia. Por otra parte, también desde el ámbito procesal, la incidencia de los intereses patrimoniales en juego como criterio que justifique la aplicación de normas estatutarias funcionariales tampoco tiene asidero jurídico sustentable, pues las fundaciones tienen un patrimonio propio que no está directamente vinculado al patrimonio del sujeto público o sujetos públicos que fungen como fundadores. En el caso de las fundaciones de origen estatal no puede afirmarse que se trata de una simple afectación o separación del presupuesto público porque, estructuralmente, las fundaciones tienen un patrimonio propio que administran para sus fines, que se puede incrementar con liberalidades de diverso origen. Empero, la jurisprudencia de esta Sala ha sido conteste en afirmar que los intereses de la República u otras entidades político-territoriales en las fundaciones, cuando éstas forman parte de un litigio son de carácter indirecto, razón que justifica procesalmente la intervención del representante judicial de la República, del estado o del municipio, según sea el caso (Al respecto, véase sentencia de esta Sala N° 1.240 del 24 de octubre de 2000, caso *Nohelia Coromoto Sánchez Brett*).

Fijadas las anteriores premisas, en el caso bajo examen la Sala observa que el tratamiento procesal dado a la mencionada causa debió ajustarse a las reglas contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, tanto en los aspectos sustantivos aplicables a la relación jurídica previa como en el trámite procesal para la resolución de la controversia, pues al tratarse de una demanda dirigida contra un ente integrado a la Administración Descentralizada Funcionalmente, rige para sus trabajadores las normas laborales contenidas en dichos textos legislativos.

Así, la fundación pública bajo examen, Fundación Salud del Estado Monagas (FUNDASALUD), constituye, conforme al artículo 1° de su acta constitutiva un "(...) ente sin fines de lucro con personalidad jurídica de derecho Privado y patrimonio propio y por lo tanto con capacidad para realizar actos de administración y disposición, así como todo acto necesario o útil para el cumplimiento de sus objetivos, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil vigente". Asimismo, no aprecia igualmente la Sala alguna cláusula estatutaria expresa que califique a sus empleados como funcionarios públicos.

De allí que, en atención al eminente carácter de orden público que revisten las normas sobre competencia procesal, la Sala considera que mal podían los tribunales competentes en materia contencioso administrativa tramitar y decidir la pretensión sometida a su conocimiento, pues la querellante no ostenta la condición de funcionaria pública, siendo competentes por la materia los tribunales laborales para conocer del conflicto suscitado con ocasión de la terminación de la relación de trabajo mantenida entre la ciudadana Minerva Haydee Calatrava Villarrollo y la Fundación Salud del Estado Monagas (FUNDASALUD).

En virtud de lo expuesto, esta Sala a fin de garantizar la uniformidad en la interpretación de normas y principios constitucionales, así como el derecho al juez natural, y en ejercicio de las potestades que tiene atribuidas en materia de revisión, declara ha lugar la revisión ejercida, anula el procedimiento contencioso administrativo funcional tramitado tanto por el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil (Bienes) de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas como por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, así como las decisiones dictadas y ordena la remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Nuevo Régimen Procesal del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas que resulte competente según el sistema de distribución implantado en esa Coordinación del Trabajo. Así se decide.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 21, aparte 18, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en virtud del carácter vinculante del criterio competencial fijado, se ordena la publicación de esta sentencia en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos efectos procesales se verificarán *ex nunc* o hacia el futuro a partir de la fecha de la publicación ordenada. Así se decide.

- b. *Corporaciones de Derecho Público no Estatales: Corporativos. Colegios Profesionales*

CSCA

16-9-2008

Juez ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Federación Farmacéutica Venezolana vs. Colegio de Farmacéuticos del Distrito Metropolitano de Caracas y Estados Miranda y Vargas.

**Los Colegios Farmacéuticos son corporaciones profesionales, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituidas con el fin de procurar que todos los profesionales del ramo se guarden entre sí respeto y consideración; que observen una conducta irreprochable en el ejercicio profesional en el cumplimiento de sus obligaciones gremiales y trabajen para el perfeccionamiento de las ciencias farmacéuticas y el de las otras que con ella se relacionan. (Art. 1, Ley de Colegiación Farmacéutica)**

El artículo 5 de la Ley de Colegiación Farmacéutica, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 2.146 Extraordinaria, de fecha 28 de enero 1978, dispone que:

“Los Colegios de Farmacéuticos son corporaciones profesionales con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituido a los fines previstos en el artículo 1° de la presente Ley”. [Negrillas y subrayado de esta Corte].

Conforme a la norma citada *ut supra*, se concluye que los Colegios Farmacéuticos son corporaciones profesionales, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituidas con el fin de procurar que todos los profesionales del ramo se guarden entre sí respeto y consideración; que observen una conducta irreprochable en el ejercicio profesional en el cumplimiento de sus obligaciones gremiales y trabajen para el perfeccionamiento de las ciencias farmacéuticas y el de las otras que con ella se relacionan.

Estos Colegios Profesionales tienen patrimonio propio, por cuanto los recursos necesarios para cumplir con sus fines provienen tanto de las contribuciones y aportes efectuados por sus miembros.

Por otra parte, observa esta Corte que la parte accionante de la presente acción de amparo constitucional se encuentra constituida por la Federación Farmacéutica Venezolana, la cual de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Colegiación Farmacéutica “[...] es una corporación de carácter profesional y gremial, sin fines de lucro, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituida por los colegios de farmacéuticos de Venezuela, para la defensa de la moral y dignidad profesional, de los intereses económicos y gremiales de la profesión farmacéutica y de los de la Nación, en cuanto atañe al ejercicio profesional y para promover ante la sociedad el reconocimiento de las altas misiones inherentes a la profesión farmacéutica”. [Negrillas y subrayado de esta Corte].

Como se observa, la Federación Farmacéutica Venezolana está constituida por todos los Colegios de Farmacéuticos del país.

En tal sentido, merece hacer especial referencia a la decisión dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 16 de diciembre de 1987, caso *Criollitos de Venezuela*, en la cual se expresó lo siguiente:

“(...) existe la circunstancia que en la sociedad surgen grupos que dirigen sus propios asuntos, y que por eso se autodetermina, lo cual les permiten ejercer poderes o potestades sobre los sujetos que están unidos a ellos por un vínculo específico que puede ser disciplinario, científico, económico, deontológico, profesional, deportivo u organizativo. En base a estos vínculos, de donde se derivan aquellos poderes o potestades, se establece una supremacía de naturaleza unilateral que según el autor italiano Zanobini, es una autarquía, que consiste en la ‘capacidad propia de administrar sus intereses desarrollando una actividad administrativa de Estado’. Es así, entonces, como aparecen en la sociedad entes privados o integrados por particulares, a quienes se les encarga la organización de algunos servicios públicos, como el profesional, el científico, el cultural o el deportivo (...)”.

Así las cosas, esta Corte observa que las partes intervinientes en la presente litis, son dos entes jurídicos distintos, ambos creados por la Ley de Colegiación Farmacéutica, con el objeto de velar por el ejercicio de su profesión, con capacidad propia de administrar sus intereses y velar por el cumplimiento de sus obligaciones gremiales, a los fines de perfeccionar las ciencias farmacéuticas y el de las otras que con ella se relación.

C. *Poder Judicial: Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial. Constitución*

**TSJ-SPA (0982)**

**13-8-2008**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Ever Contreras vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

**Es deber del miembro de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sobre el cual recaiga una causal de inhibición, de abstenerse de intervenir en las deliberaciones y decisiones de aquellos asuntos, y presentar por escrito ante la prenombrada Comisión las razones de su inhibición.**

Corresponde a este Alto Tribunal pronunciarse sobre el recurso de nulidad ejercido por el ciudadano EVER CONTRERAS contra el acto administrativo S/N de fecha 18 de noviembre de 2004, dictado por la COMISIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL, a través del cual se le destituyó del cargo de “...Juez del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por encontrarlo responsable ( ...) de las

*faltas disciplinarias previstas (...) en los numerales 2 y 11 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial ...*". A tal efecto, esta Sala pasa a decidir conforme a las siguientes consideraciones:

1- El recurrente adujo que el acto administrativo impugnado es nulo por cuanto uno de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, en una errada interpretación del artículo 10 del Reglamento de la referida Comisión, se abstuvo indebidamente de intervenir en las deliberaciones y de suscribir el acto impugnado, sin especificar la razón para ello y sin sustentar con su firma tal abstención. Asimismo indicó que la decisión fue tomada sin existir el *quórum* necesario para que el órgano disciplinario se considere válido y legalmente constituido, porque el acto sólo fue suscrito por dos (2) de los tres (3) miembros del mencionado órgano administrativo.

Al respecto resulta oportuno indicar que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial *es un órgano colegiado* creado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público (publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.857 del 27 de diciembre de 1999, reimpresso en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.920 del 28 de marzo de 2000), conformado originariamente por siete (7) miembros principales y tres (3) suplentes (según designación de la referida Asamblea publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.878 de fecha 26 de enero de 2000), al cual inicialmente le correspondió asumir las competencias de gobierno, administración, inspección y vigilancia de los tribunales, defensorías públicas, y demás funciones asignadas al extinto Consejo de la Judicatura, así como la atribución disciplinaria judicial -hasta tanto este Alto Tribunal organizara la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y la Asamblea Nacional aprobara la legislación que determine los procesos y tribunales disciplinarios-, de conformidad con lo establecido en los artículos 22, 24 y 28 del mencionado Decreto.

En la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial dictada por la Sala Plena de este Alto Tribunal en fecha 2 de agosto de 2000 (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.014 del 15 de agosto de 2000, artículos 1° y 30), se creó la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano que asumió las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, permaneciendo la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en ejercicio de la competencia disciplinaria judicial, *siendo constituida por tres (3) miembros principales y tres (3) suplentes*, conforme a sesión de la Sala Plena de este Máximo Tribunal de fecha 9 de agosto de 2000 (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.019 del 22 de agosto de 2000).

En fecha 29 de septiembre de 2000 la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dictó el Reglamento, aplicable *ratione temporis*, en el cual reguló su organización y funcionamiento interno (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.080 del 17 de noviembre de 2000, derogado por el Reglamento publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.317 del 18 de noviembre de 2005), cuyos artículos 7, 10, 15 y 16 disponen lo siguiente:

*“Artículo 7. El quórum necesario para deliberar y decidir la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial será de dos (2) miembros, uno de los cuales deberá ser su Presidente.*

*La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial deliberará en sesión privada y para la validez de sus decisiones se requiere el voto favorable de por lo menos dos (2) de sus miembros.*

*Los miembros suplentes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial tendrán derecho de asistir a las reuniones celebradas por la Comisión, con derecho a voz”.*

*“Artículo 10. Los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, deberán abstenerse de participar en las deliberaciones y en la decisión de aquellos asuntos en los cuales tengan interés directo o indirecto, o bien exista éste por parte de su cónyuge, o de sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.*

*“Artículo 15. Los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y el Inspector General de Tribunales no estarán sujetos a recusación, pero deberán inhibirse en los casos previstos en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, mediante escrito o diligencia que propondrán ante la Comisión expresando las razones de su inhibición.*

*De la inhibición de estos funcionarios conocerá la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sin la presencia del inhibido y contra la decisión que la resuelva no se oír ni admitirá recurso alguno”.*

*“Artículo 16. Son causales de inhibición de los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y del Inspector General de Tribunales, las siguientes:*

- 1. Cuando personalmente, su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el procedimiento.*
- 2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.*
- 3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto.*
- 4. Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de aquellos directamente interesados en el asunto”.*

El artículo 7 antes transcrito prevé que se considerarán válidas las deliberaciones y decisiones de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial con la concurrencia de por lo menos dos (2) de sus miembros -entre los cuales debe encontrarse su Presidente-. Este supuesto se aplica cuando algún miembro no puede participar por un motivo debidamente justificado, diferente del previsto como causal de inhibición en los artículos 10 y 16 de ese reglamento, pues en este último caso no se considerará conformada la voluntad de la Administración al no estar constituido adecuadamente dicho órgano disciplinario colegiado.

En tal sentido, las normas transcritas no dejan dudas en cuanto al deber del miembro de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sobre el cual recaiga una causal de inhibición, de abstenerse de intervenir en las deliberaciones y decisiones de aquellos asuntos, y presentar por escrito ante la prenombrada Comisión las razones de su inhibición, conforme lo prevé el citado artículo 15, a los fines de que sea convocado -en caso de ser procedente la inhibición- el respectivo suplente que constituirá el órgano disciplinario accidental.

En el caso de autos se observa que si bien el acto administrativo impugnado fue suscrito por dos (2) comisionados, lo cual constituye la cantidad mínima de miembros requeridos de acuerdo con el artículo 7 *eiusdem* para que exista *quórum* en la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, no obstante consta en dicho acto que un miembro se abstuvo de firmarlo por encontrarse impedido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judi-



cial, referido al deber de inhibirse que tienen estos funcionarios cuando personalmente, su cónyuge o familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan un interés directo o indirecto en la resolución del asunto. En efecto, en el acto recurrido se indicó que *“El Comisionado DR. BELTRAN HADDAD, se abstuvo en la presente decisión con base a lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial...”*.

Al respecto, como se advierte, si la abstención del comisionado de suscribir el acto impugnado se fundamentó en la referida norma, debió inhibirse con antelación o por lo menos en la oportunidad de la deliberación, con el objeto de que se difiriera el acto y, de ser procedente, se convocara al respectivo suplente para que quedara constituido el mencionado órgano disciplinario de acuerdo con los principios de transparencia e imparcialidad que rigen los procedimientos administrativos y judiciales, en garantía del debido proceso y el derecho a la igualdad, todo conforme a lo previsto en los artículos 1, 2, 21.2, 49 y 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En cuanto a la oportunidad para inhibirse resulta pertinente reproducir lo dispuesto por esta Sala en un caso análogo al planteado, en el que se declaró la nulidad del acto recurrido, la reposición de la causa al estado de que se constituyera adecuadamente el órgano disciplinario -convocando necesariamente para ello al respectivo suplente-, y se procediera a dictar el acto administrativo correspondiente. Tal decisión es del siguiente tenor:

*“(...) la norma antes transcrita [artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial] le impone a los miembros de la referida Comisión que se abstengan de participar en las deliberaciones y en la decisión de determinados asuntos, cuando tengan un interés directo e indirecto, o bien exista éste por parte de su cónyuge, o de sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

*(...omissis...)*

*(...) a criterio de esta Sala, el miembro o los miembros de la prenombrada Comisión que, en atención a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, deban abstenerse de participar en las deliberaciones y en la decisión de ciertos asuntos, deben manifestarlo con antelación al acto de deliberación, o en caso de expresar su abstención en la misma oportunidad de deliberar, debe diferirse dicho acto a los fines de que se convoque el respectivo Suplente y de garantizar el principio de transparencia e imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo.*

*Así las cosas, visto que en el presente caso la Comisionada (...), manifestó su voluntad de abstenerse en el propio acto administrativo impugnado, suscribiendo dicho acto, estima esta Sala que en la decisión recurrida no se garantizó el principio de transparencia e imparcialidad, toda vez que la voluntad de la Administración no se había conformado de manera adecuada, viciando de nulidad absoluta el acto impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...”* (negritas del presente fallo) (Sentencia N° 1.520 del 8 de octubre de 2003).

Asimismo, resulta oportuno citar lo dispuesto recientemente por esta Sala al declarar parcialmente con lugar el recurso de nulidad interpuesto por el mismo recurrente de autos contra el acto administrativo de fecha 20 de mayo de 2004, mediante el cual la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial resolvió destituirlo del cargo de juez, oportunidad en la que se ordenó la reposición de la causa al estado de que se constituyera la prenombrada Comisión y se procediera a dictar el acto administrativo correspondiente, pues no se había conformado válidamente el órgano disciplinario, dado que el comisionado ponente se abstuvo de suscribir la decisión y no constaba la designación del nuevo ponente que aparecía suscribiéndola. Al respecto, esta Sala estableció lo siguiente:

*“Denuncia el recurrente la violación de los principios de transparencia e imparcialidad, debido a que la ponencia del acto administrativo recurrido fue asignada inicialmente al Dr. Beltrán Haddad y posteriormente sin que en el expediente administrativo se dejara constancia, la misma se reasignó a la Dra. Laurence Quijada, quien con tal carácter suscribió la providencia recurrida.*

*Asimismo, alega que la decisión impugnada fue tomada sin el quórum de validez requerido, al no estar firmada por todos los integrantes del mencionado Cuerpo Colegiado y al dejarse constancia en la misma de que ‘...El comisionado Dr. BELTRAN HADDAD se abstiene en la presente decisión con base a lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial...’.*

*(...omissis...)*

*(...) en el presente caso, una vez designado ponente al Comisionado Beltrán Haddad, éste no sólo manifestó su voluntad de abstenerse de suscribir la decisión en la misma oportunidad de su emisión, sino que, el acto administrativo dictado aparece suscrito por la Comisionada Laurence Quijada, quien supuestamente fue designada ponente en la causa, sin que conste en autos dicha actuación.*

*Respecto a los hechos antes descritos, la Sala ha mantenido el criterio según el cual, dichas actuaciones configuran una irregularidad de forma que determinan la violación del principio de transparencia e imparcialidad que debe regir en todo proceso.*

*En ese sentido, mediante la referida sentencia N° 00779 publicada el 7 de julio de 2004, estableció:*

*‘(...Omissis...)*

*(...) visto que en el presente caso la Comisionada (...) había sido designada como ponente para conocer la causa y luego, sin que conste en el expediente administrativo que dicha ponencia haya sido reasignada, la decisión la suscribe como ponente otro Comisionado, la Sala considera que en la decisión recurrida, no se garantizó el principio de transparencia e imparcialidad, viciando de nulidad el acto impugnado.*

*Por las razones antes expuestas, se declara con lugar el recurso de nulidad interpuesto y, en consecuencia, se anula el acto administrativo de fecha 15 de abril de 2003, emanado de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, mediante el cual se sancionó a la abogada (...), con amonestación en su condición de Jueza Suplente del Juzgado (...).*

*Con vista a lo establecido por este órgano jurisdiccional en la sentencia parcialmente transcrita y dado que los hechos originados en la presente causa son similares a los analizados en aquella oportunidad, debe esta Sala declarar la nulidad del acto administrativo recurrido, por no haberse garantizado en el procedimiento administrativo correspondiente el principio de transparencia e imparcialidad, al haber sido suscrito el acto recurrido por otro Comisionado no designado ponente en la causa.*

*En consecuencia, se ordena a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, una vez recibidas las actuaciones administrativas correspondientes, reponer el procedimiento administrativo al estado de que se constituya adecuadamente el órgano y se proceda a dictar el acto administrativo respectivo, previa notificación de las partes” (negritas del presente fallo) (Sentencia N° 1.729 del 31 de octubre de 2007).*

Conforme a lo antes transcrito, al evidenciarse que uno de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (comisionado Beltrán Haddad) se abstuvo de intervenir en la resolución del procedimiento administrativo de autos, por encontrarse incurso en una de las causales de inhabilitación, sin que conste que hubiera sido convocado el respectivo suplente para que constituyera el órgano disciplinario accidental, se deduce que el acto administrativo impugnado fue dictado sin haberse conformado válidamente la voluntad de la Administración como órgano colegiado, por no estar constituida la prenombrada comisión. Por tanto, el acto recurrido resulta violatorio de los principios de transparencia e

imparcialidad que rigen los procedimientos administrativos y judiciales, en garantía del debido proceso, previstos en los artículos 49 y 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, razón por la que esta Sala debe declarar su nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resultando por lo tanto inoficioso pronunciarse sobre los restantes argumentos del recurrente. Así se declara.

En consecuencia, se ordena a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que luego de recibidas las actuaciones administrativas, reponga el procedimiento administrativo al estado que se constituya el órgano disciplinario y se proceda a dictar el acto administrativo correspondiente, previa notificación del interesado.

Finalmente, la Sala observa que el recurrente es sujeto pasivo de sanciones disciplinarias, recurridas por él ante esta Sala, a saber: el primer recurso, ya sentenciado, declarado parcialmente con lugar porque sólo se ordenó a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dictar nuevo acto, pero se negó la restitución al cargo y el pago de sueldos. El segundo caso es el presente, en el que el recurrente únicamente está pidiendo nulidad. Por tales razones, la Sala debe declarar con lugar el presente recurso, por haberse constituido ilegalmente la Comisión, como ha quedado establecido, por lo tanto, el caso deberá ser nuevamente resuelto por dicha Comisión, razón por la que no será reincorporado al cargo de Juez. Así se determina.

D. *Poder Ciudadano*

a. *Contraloría General de la República: Naturaleza jurídica*

**TSJ-SC (1265)**

**5-8-2008**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

**La Contraloría General de la República es un órgano de rango constitucional que forma parte del Poder Ciudadano. Se presenta así como el órgano que tiene a su cargo “...el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a lo mismo...”; para lo cual goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y cuya actuación va dirigida a ejercer funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a control.**

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto del recurso de nulidad incoado por la ciudadana Ziomara Del Socorro Lucena Guédez contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en la Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, dictada por el Contralor General de la República, por medio de la cual declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido por la hoy recurrente contra la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, emanada de ese mismo funcionario y mediante la cual le aplicó la sanción de destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres (3) años; y contra la decisión del 23 de noviembre de 2004, dictada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, en la cual se determinó la responsabilidad administrativa de la referida ciudadana y la imposición de una multa por la cantidad de doscientos ochenta y cinco mil seiscientos bolívares (Bs. 285.600,00), por cuanto en su condición de Concejal del Municipio

Libertador, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 15 de marzo de 1999, ratificó con su voto, siete órdenes de pago, mediante las cuales el Alcalde del Municipio Libertador del extinto Distrito Federal, ordenó la transferencia de aportes por parte del aludido Municipio al Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL).

Precisado lo anterior, y visto que los actos administrativos impugnados tienen como base legal el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, esta Sala estima pertinente analizar en primer término la constitucionalidad de la disposición *in commento*, para lo cual considera indispensable esbozar algunas consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República, así como del instrumento legal a través del cual se erige el desarrollo de sus atribuciones. En tal sentido, observa:

La Contraloría General de la República es un órgano de rango constitucional que forma parte del Poder Ciudadano, Poder Público este que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene como fundamento teleológico el Proyecto de Constitución presentado por el Libertador Simón Bolívar al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, bajo la idea de crear un Poder Moral como “...*institución que tendría a su cargo la conciencia nacional, velando por la formación de ciudadanos a fin de que pudiera purificarse <lo que se haya corrompido en la República, que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos >...*”, teniendo entre sus misiones “...*velar por la educación de los ciudadanos, en cuyo proceso se debía sembrar el respeto y el amor a la Constitución y a las instituciones republicanas, sobre la base de que <si no hay un respeto sagrado por la patria, por las leyes, por las autoridades, la sociedad es una confusión, un abismo...*”.

Precisamente, inspirado en las ideas del Libertador, y adaptándolas a nuestros tiempos, el Constituyente de 1999 crea el Poder Ciudadano, el cual se ejerce a través del Consejo Moral Republicano, integrado por el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo (este último órgano instaurado *ex novo* en el nuevo Texto Constitucional), los cuales tendrán a su cargo “...*la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa...*”; además de velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, por el cumplimiento y aplicación del principio de legalidad en toda la actividad administrativa del Estado (artículo 274 del Texto Constitucional)

Por su parte, la Contraloría General de la República se presenta así como el órgano que tiene a su cargo “...*el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a lo mismo...*”; para lo cual goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y cuya actuación va dirigida a ejercer funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a control (artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Las competencias que tiene atribuida la Contraloría General de la República, dejan en evidencia su importancia dentro de la estructura organizativa y funcional del Estado, cuyas tareas se refieren a áreas esenciales de la Hacienda Pública, tales como: ingreso público, gasto público, presupuesto público y crédito público; correspondiéndole al mismo tiempo, ser el ente rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, conformado por un entramado de órganos, estructuras y procesos que coordinadamente se orientan a lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control fiscal, los cuales tienen como objetivo procurar un mejor funcionamiento de la Administración Pública y el manejo ético y transparente de los recursos del Estado.

Ahora bien, a los fines de alcanzar el cumplimiento de las atribuciones que el Texto Constitucional le asigna a la Contraloría General de la República, el Constituyente dispuso desarrollar, a través de una ley, todo lo relativo “...a su organización y funcionamiento...”. Fue así como a través de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada el 17 de diciembre de 2001, en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.347, se materializó un amplio desarrollo de todas sus atribuciones dentro de la cual se encuentra la potestad sancionatoria que posee sobre los órganos respecto de los cuales ejerce sus competencias y que tiene su fundamento en el artículo 289, cardinal 3 de la Carta Magna, al establecer como una de sus facultades la imposición de “...reparos y aplicación de sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley...”.

La existencia de esta potestad sancionatoria a favor de la Contraloría General de la República y de los órganos que integran el sistema nacional de control fiscal (Contraloría de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios, la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional y las Unidades de Auditoría Interna descrita en la Ley), se encuentra administrada con la “...ética y la responsabilidad social...” como valores supremos del Estado venezolano previstos en el artículo 2 Texto Fundamental, y con los principios de “...honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública...”, que rigen el desempeño de la Administración y que se encuentran previstos en el artículo 141 *eiusdem*.

b. *Competencia*

**La Contraloría General de la República y su competencia para la imposición de sanciones accesorias de suspensión del ejercicio de cargo, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.**

Véase: Página 608 de esta *Revista* (Funcionarios Públicos: Responsabilidad Administrativa)

E. *Poder Municipal*

a. *Alcaldes: Requisitos de postulación*

**TSJ-SE (119)**

**7-8-2008**

Magistrado Ponente: Luis Alfredo Sucre Cuba

Caso: Lisandro Cabello vs. Consejo Nacional Electoral.

**Una persona que haya cumplido su mandato constitucional como Alcalde o Alcaldesa reelecto, no podría optar como candidato al mismo cargo en otro Municipio donde no ha residido, en razón de que ello podrían traducirse en un menoscabo del criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido, que tiende a establecer una mayor conexión con aspectos propios de la vida local y un conocimiento mayor acerca de la idoneidad de las políticas públicas que el candidato que aspire optar al cargo de Alcalde o Alcaldesa debe implementar en su programa de gobierno.**

...Bajo este contexto, la Sala Electoral pasa a resolver la pretensión de amparo cautelar y, en tal sentido, observa que el artículo 10 de la Resolución impugnada, establece:

“Artículo 10. Podrán postularse como candidatas o candidatos a Alcaldesa o Alcalde de un Municipio que conforma un Área Metropolitana, las Alcaldesas o Alcalde que hubiesen sido reelegidos en otro de los Municipios que conforman dicha Área Metropolitana. En estos casos, la Alcaldesa o Alcalde deberá separarse del ejercicio del cargo antes de su postulación”.

Ahora bien, el artículo 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala:

“...Para ser Alcalde o Alcaldesa se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar. El Alcalde o Alcaldesa será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayorías de las personas que votan, y podrá ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”.

Mientras que el artículo 177 *eiusdem*, establece:

“La ley nacional podrá establecer principios, condiciones y requisitos de residencia, prohibiciones, causales de inhabilitación e incompatibilidades para la postulación y ejercicio de las funciones de Alcaldes o Alcaldesas y concejales o concejales”.

A propósito de lo anterior, el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal exige como uno de los requisitos para ser Alcalde o Alcaldesa residir en el municipio de que se trate, durante al menos los tres (3) últimos años previos a su elección y, en caso de que el candidato sea venezolano por naturalización, cumplir con el requisito de residencia ininterrumpida en Venezuela durante al menos los quince (15) años previos al ejercicio.

Ello así, cabe preguntarse si es posible que una persona que haya sido Alcalde o Alcaldesa de un municipio que conforma un Área Metropolitana, pueda optar al mismo cargo en otro municipio que conforma dicha Área Metropolitana, aún cuando no haya residido en él y venga de cumplir el período constitucional como consecuencia de su reelección.

La respuesta, por supuesto, corresponde al análisis de fondo que debe hacer esta Sala Electoral en la sentencia definitiva, sin embargo, y sin que ello signifique prejuzgar sobre el mérito del asunto, este órgano judicial estima *prima facie* que una persona que venga de cumplir su mandato constitucional como Alcalde o Alcaldesa reelecto, no podría optar como candidato al mismo cargo en otro municipio donde no ha residido, en razón de que ello podrían traducirse en un menoscabo del criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido, que tiende a establecer una mayor conexión con aspectos propios de la vida local y un conocimiento mayor acerca de la idoneidad de las políticas públicas que el candidato que aspire optar al cargo de Alcalde o Alcaldesa debe implementar en su programa de gobierno.

Por esta razón, la Sala Electoral considera satisfecho el *fumus bonis iuris* constitucional, en tanto que el artículo 10 de la Resolución impugnada constituye en apariencia una amenaza de violación al orden constitucional, al establecer la posibilidad de postulación como candidatos al cargo de Alcalde o Alcaldesa de un municipio donde no han residido, a personas que ya han ocupado ese mismo cargo en otros municipios que conformen el Área Metropolitana, luego de haber cumplido su mandato constitucional en el anterior. Por consiguiente, la pretensión de amparo cautelar resulta procedente, y así se decide”.

- b. *Concejos Municipales. Funciones del Secretario Municipal (Gaceta Municipal)*

**TSJ-SPA (0895)**

**30-7-2008**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Recurso de interpretación del numeral 9 del artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

**De la interpretación del numeral 9 del artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se desprende que es al Secretario o Secretaria del Concejo Municipal a quien corresponde la redacción, edición, administración, publicación y distribución de la Gaceta Municipal.**

Ahora bien, siguiendo las anteriores premisas, en el caso bajo estudio, advierte la Sala que de un análisis previo al sentido evidente de los términos en que fue redactado el numeral 9 del artículo 113 en referencia, conforme lo preceptuado en el artículo 4 del Código Civil, antes mencionado, se desprende que corresponde inequívocamente al Secretario o Secretaria del Concejo Municipal la función de coordinar la publicación y emisión de la *Gaceta Municipal*, es decir, concertar los medios y esfuerzos necesarios para divulgar los actos que requieren publicación, y emanan de los entes que conforman los órganos del Poder Público Municipal. Debe destacarse entonces, que dicha función se cumple respecto a todo acto del ente político territorial, que amerite conforme a la ley su publicación en dicho instrumento. A su vez, la referida norma establece que el Secretario o Secretaria del Concejo Municipal llevará a cabo dichas funciones, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y en la Ordenanza respectiva. En relación a la Ordenanza respectiva, advierte la Sala que consta en autos del folio 52 al 56 del expediente la Ordenanza Sobre *Gaceta Municipal*, publicada en la *Gaceta Municipal Extraordinaria* N° 06/2006 de fecha 06 de febrero de 2006, en la cual se determinó:

“Artículo 2. La Gaceta Municipal será redactada, editada, administrada, publicada y distribuida por la Secretaría Municipal.

Artículo 3. El Secretario o Secretaria Municipal coordinará la puntual publicación y emisión de la *Gaceta Municipal*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116, numeral 9 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. A tal efecto utilizará los servicios de la unidad de reproducción de la Secretaría Municipal o en su defecto contratará su edición, mediante los procedimientos legalmente establecidos.”

Por otra parte, advierte la Sala que no existe evidencia en autos de que la referida Ordenanza fuese anulada, a pesar de que en su escrito de opinión la representación de la Alcaldía reconoce como válido a otro instrumento anterior, esto es, la Ordenanza sobre *Gaceta Municipal* publicada el 13 de enero de 1993 que, a su decir, atribuía la facultad de publicar las ordenanzas al Alcalde. En consecuencia, en principio no existe duda de que conforme a la disposición a interpretar es al Secretario o Secretaria del Concejo Municipal a quien corresponde redactar, editar, administrar y distribuir la *Gaceta Municipal*, funciones que además deberá cumplir según se dictamine en la ordenanza que se promulgue al respecto en cada Municipio o que esté vigente en esa materia. Del mismo modo, observa la Sala que en el caso en concreto del Municipio El Hatillo, según se aprecia de lo expuesto por los distintos intervinientes en sus escritos de opinión, la duda acerca de la competencia para publicar la *Gaceta Municipal* surge a raíz de una confusión respecto del significado del término “promulgar”; esto tiene su origen en que, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y en el numeral 12 del artículo 88 de la misma ley, corresponde al Alcalde o Alcaldesa:

“Artículo 54. El Municipio ejercerá sus competencias mediante los siguientes instrumentos jurídicos:

1. Ordenanzas: son los actos que sanciona el Concejo Municipal para establecer normas con carácter de ley municipal, de aplicación general sobre asuntos específicos de interés local. Las ordenanzas recibirán por lo menos dos discusiones y en días diferentes, deberán ser promulgadas por el Alcalde o Alcaldesa y ser publicadas en la *Gaceta Municipal* o Distrital, según el caso. ...*Omissis*...”

“Artículo 88. El Alcalde o Alcaldesa tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:

...*Omissis*...

Presentar a consideración del Concejo Municipal proyectos de ordenanzas con sus respectivas exposiciones de motivos, así como promulgar las ordenanzas sancionadas por el Concejo Municipal y objetar las que considere inconvenientes o contrarias al ordenamiento legal, de conformidad con el procedimiento previsto en al ordenanza sobre instrumentos jurídicos municipales. ...*Omissis*...” (Negrillas de la Sala)

En las referidas disposiciones se establece que es al Alcalde o Alcaldesa a quien corresponde promulgar las ordenanzas; así, advierte la Sala que el término “promulgar”, según el diccionario de la Real Academia Española significa hacer que algo se divulgue y propague mucho en el público, del mismo modo significa publicar formalmente una Ley u otra disposición de la autoridad, a fin de que sea cumplida y hecha cumplir como obligación.

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la Sección Cuarta, referida a la formación de las leyes, específicamente en el artículo 215, establece que la Ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente “cúmplase” en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*.

Esto es, según nuestro texto fundamental el promulgar una Ley supone dos etapas: la primera, cuando el Presidente de la República luego de los trámites pertinentes le da el visto bueno o el “cúmplase”; y la segunda, que consiste en su publicación en la *Gaceta Oficial* respectiva.

En consecuencia, resalta la Sala que, en efecto, en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se otorgó, indiscutiblemente, al Alcalde o Alcaldesa la facultad para promulgar las ordenanzas en lo que se refiere a darles el visto bueno o “cúmplase”; otorgándosele a su vez al Secretario o Secretaria del Concejo Municipal, la función de publicarlas en la *Gaceta* y por ende, realizar todas las gestiones necesarias para tal fin; debiendo hacerse la precisión de que además, no son las ordenanzas los únicos actos que requieren de publicidad en dicho instrumento, conforme a lo precisado en este fallo.

Por tanto, considera la Sala que conforme lo previsto en el numeral 9 del artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el Secretario o Secretaria Municipal, como órgano auxiliar del Concejo Municipal, es el competente para la redactar, editar, administrar, publicar y distribuir la *Gaceta Municipal*. Sin que pueda admitirse la posibilidad jurídica de que existan dos *Gacetas Municipales* en el mismo ente.

Queda así interpretado por la Sala el numeral 9 del artículo 113 de la referida Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Así se decide.

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *El Régimen de los Derechos Económicos: Derecho a la calidad de bienes y servicios*

CSCA

12-8-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS).

**El artículo 117 Constitucional cumple el papel de cláusula general que tienen por objeto prevenir que el contenido de los contratos de adhesión no contravengan los principios de justicia, orden público y buena fe, con exclusión de las situaciones abusivas.**

Efectuada la lectura del expediente y analizados los alegatos formulados por la parte recurrente y por la representación del entonces Instituto para la Defensa y Educación al Consumidor y el Usuario (INDECU) (actualmente Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios), así como la opinión presentada por la representación del Ministerio Público, corresponde a la Corte pronunciarse sobre el recurso contencioso admi-



nistrativo de nulidad interpuesto por los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, contra la Resolución S/N emanada del Consejo Directivo del otrora Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y Usuario (INDECU), de fecha 19 de octubre de 2004, a través de la cual declaró sin lugar el recurso jerárquico interpuesto y, en consecuencia, ratificó la sanción de multa acordada en fecha 30 de septiembre de 2003 contra el recurrente, por el monto equivalente a Trescientos (300) días de salario mínimo urbano.

Tal sanción obedeció a la denuncia interpuesta por la ciudadana Elisabel Pérez Regos contra la sociedad mercantil recurrente, por el supuesto pago indebido a la cuenta corriente, de la cual es titular, por un monto de Novecientos Mil Bolívares (Bs. 900.000,00), afirmando la denunciante que la firma del cheque era “distinta con la de ella ya que la firma del cheque [era] tipo caligrafía palmer y no redonda y derecha como la de ella”.

Visto lo anterior, esta Corte realiza las siguientes consideraciones:

Derecho del consumo y tutela del consumidor.

Como bien ha advertido el autor español Rivero Alemán, después de las privaciones padecidas por la sociedad occidental con motivo de la Segunda Guerra Mundial, en los últimos treinta y cinco años se ha apoderado de los ciudadanos la fiebre por la adquisición de bienes y servicios en el marco de lo que ha dado en calificarse como sociedad de consumo; creándose la necesidad de proceder a una cierta publicación del Derecho para de algún modo, proteger los legítimos intereses de la gran masa de ciudadanos convertidos en consumidores y usuarios. (Vid. RIVERO ALEMÁN, Santiago: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 27).

No obstante, continúa el citado autor, la posibilidad de que el consumidor resulte seducido -a pesar de las cautelas legales- es en extremo comprensible si se tiene en cuenta que se trata de un sujeto aislado, no organizado, al que se le causan de ordinario daños y perjuicios de cuantías individuales no muy relevantes; situación en la que opta por declinar de sus reclamaciones ante las molestias, dilaciones y costes que ello le supone; sin que pueda desconocerse que la importancia y repercusión de las medidas que se adopten para su tutela están condicionadas por el poder de los grupos empresariales a la par que éste es contrarrestado por el avance de las ideas sociales. (*Ob. cit.* p. 29).

Por otro lado, las nuevas situaciones provocadas por la tecnología van conformando los usos sociales actuales que requieren de nuevo tratamiento, pues el poder impresionante irradiado por la irrupción de la televisión en los hogares ha terminado por domesticar a las familias, unido a la irrefrenable propensión al consumo cuyo control ejercen los grandes almacenes y, respecto del crédito, las entidades financieras, con el resultado de debilitar la posición del consumidor. La facilidad operativa en las adquisiciones y el pago diferido que permite el uso de medios electrónicos -en particular, la tarjeta de crédito- sumen al ciudadano en el consumismo sugerido de manera más o menos abierta o subliminal; y, de este modo, puede afirmarse que a nuevas situaciones se hacen necesarios nuevos remedios y nuevas soluciones normativas. (*Ob. cit.* p. 29).

En este mismo sentido, el maestro español Alejandro Nieto va más allá, al sostener que: “Los individuos han sido adiestrados para comprar y usar lo que se les indica y en las condiciones que se les impone. No adquieren lo que verdaderamente necesitan sino lo que la publicidad -directa o indirecta, perceptible o imperceptible- les dice que necesitan; son consumidores y usuarios compulsivos y, lo más grave del caso, es que no saben que lo son y que, si lo saben, no se resisten y aun les gusta.

Hacemos, por descontado y como siempre, lo que otros nos dicen; pero ahora ha habido un salto cualitativo que va de la persuasión y la influencia a la coerción, cuyo objetivo, ya logrado, es provocar una incapacidad cultural para tomar decisiones racionales. (NIETO, Alejandro, *Balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 288).

Así las cosas, se puede afirmar que la protección al consumidor viene determinada por la existencia de situaciones nuevas que necesitan una defensa contra la agresividad desplegada por los empresarios en el mercado y una especial protección no alcanzable con las normas generales que regulan el tráfico económico.

Estas situaciones están influidas por la lucha determinada por la penetración de las ideas sociales en el ámbito del derecho y el creciente poder de los empresarios, quienes se encuentran en situación de ventaja contractual por la ingente masa de bienes y servicios existentes para satisfacer las necesidades y por la utilización de la publicidad, que más que informar pretende influir en el consumidor. Son múltiples, pues, las razones que aconsejan el amparo del consumidor en su indefensión: desde equilibrar el mayor poder de los empresarios hasta alcanzar más altos grados de derechos individuales, pasando por consideraciones éticas, políticas y de otra naturaleza.

Como opina E. Polo, la defensa y protección jurídica del consumidor concierne, por su amplitud, a casi todos los sectores del ordenamiento jurídico, en tanto que no sólo afecta a la esfera jurídico-privada, sino a la pública: penal, administrativa, procesal y, especialmente, constitucional. Esta generalización conlleva el que se pueda calificar de público al interés de los consumidores como colectividad y, por esta razón, tal interés no es el que los sitúa en una posición jurídica concreta (comprador, arrendatario, asegurado) en la regulación patrimonial clásica, sino que se trata de un interés, además de privado, de la comunidad ciudadana y, por ello, digno de protección por parte del Estado. (Citado por RIVERO ALEMÁN, *Ob. cit.* p. 33).

Una de las razones por las que el llamado Derecho del Consumo no encaja en los cuadros del derecho común (privado) se debe al carácter colectivo de los conflictos cuya problemática no se resuelve con la aplicación analógica de las instituciones jurídico-privadas, que no neutralizan la indefensión real si se enfoca la protección desde las reglas individuales del Derecho Privado sin crear mecanismos de tutela colectiva. La dialéctica producción-consumo trasciende de lo individual para afectar a la política económica, salud pública, disciplina del mercado y otros aspectos que requieren la tutela del interés colectivo para evitar que éste resulte perjudicado por las prácticas comerciales. Este interés digno de protección es el que se identifica como difuso, que no consiste en la suma de intereses individuales sino en aquel que es compartido por una universalidad inorganizada de sujetos. (*Ob. cit.* p. 34).

El Derecho del Consumidor ha sido definido por la doctrina como la disciplina jurídica de la "vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo". Surge de la revolución industrial, pues los consumidores han existido siempre, sólo que el Derecho no ha tenido con anterioridad una percepción clara de su marco aunque sí ha contado con mecanismos de tutela desde la época clásica, con soluciones liberales no acordes con las necesidades por haber sido pensadas para el individuo como titular de derechos subjetivos y no para la colectividad. (*Ob. cit.* p. 52).

Trubeck, por ejemplo, niega que el Derecho del Consumidor sea simplemente una nueva lectura de normas existentes y pertenecientes a otros ramos, con lo que propugna su autonomía sin que ello signifique aislamiento o exclusivismo, destacando, eso sí, la supraindividualidad de su contenido, en defensa de grupos que no están debidamente representados por otros estamentos sociales. (Citado por RIVERO ALEMÁN, *Ob. cit.* p. 52).

Esta exigencia que impone que la protección de los consumidores y los usuarios, sea estudiada a través de un derecho especial se encuentra en el postulado fundamental que parte de considerar que entre éstos y los proveedores de bienes y servicios no existe igualdad real. Así, en condiciones ordinarias el tráfico mercantil se procura a través de contratos basados en el principio de la libre e igual autonomía de la voluntad de las partes. Se entiende, sin embargo, que existe un fallo de mercado que impide que tal igualdad contractual pueda presentarse fácilmente, representada en la desigual posición en la que se encuentran los consumidores y los usuarios frente al empresario. Esa desigualdad hace inaplicable el régimen general de garantías que, a favor de esa categoría de sujetos, contiene ya el ordenamiento jurídico privado: instituciones como la nulidad del contrato por error o la garantía de saneamiento y evicción han sido establecidas, precisamente, a favor de los consumidores y usuarios. Sólo que el fallo del mercado constatado hace insuficiente ese régimen ordinario, siendo preciso acudir a un régimen exorbitante de Derecho común.

Tal es, si se quiere, la justificación económica del régimen jurídico administrativo de defensa de los consumidores y usuarios. Un régimen que pivota sobre el reconocimiento de potestades de ordenación y limitación a la Administración, la cual pasa a regular la actividad comercial de los proveedores. Auténtica “invasión” del Derecho administrativo en áreas propias del Derecho Mercantil.

La consideración de esta situación de desvalimiento del consumidor ha desembocado en el reconocimiento de un principio favorable a su protección, generador de diversas particularidades en el concreto sector contractual en que intervienen los consumidores; de ahí que se haya extendido la fórmula de Derecho de consumo y que algunos autores detectan aquí la aparición de un nuevo sector del Derecho de obligaciones y contratos.

De esta forma, la necesidad de proteger al consumidor proviene de la constatación elemental de que la abrumadora mayoría de las personas, si no la totalidad, se encuentra en la imposibilidad de adquirir y obtener la prestación de los servicios en razonables condiciones de seguridad, precios, calidad, duración y demás características esenciales. De manera que las razones que explican estos hechos son evidentes, pues, tal como se destacó con anterioridad, debido a la ampliación de los mercados, a los avances de la técnica, a la importancia que cobra la organización empresarial, particularmente en las grandes empresas, a la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación social que permiten la realización de eficaces campañas publicitarias, el hecho es que en la actualidad y como regla general el consumidor individual no tiene apenas ninguna posibilidad de defender sus legítimos intereses.

Ello así, resulta normal que el consumidor no esté en condiciones de juzgar por sí mismo sobre la bondad de los productos o precios, no tiene la posibilidad de influir en el mercado, ni en cuanto a precio ni en cuanto a calidad; se ve sometido, por tanto, a una extraordinaria presión por medio de la publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica, y es tal la desproporción entre los medios de que dispone el consumidor normal y los que poseen las empresas cuyos productos o servicios adquiere, que apenas tiene ninguna posibilidad efectiva de hacer respetar sus derechos.

Bajo estas perspectivas, se advierte que, actualmente, todo es derecho del consumidor: el derecho a la salud y a la seguridad; el derecho a defenderse de la publicidad engañosa y falaz; el derecho a exigir las cantidades y calidades pactadas; el derecho a la información sobre los productos, los servicios y sus características, sobre el contenido del contrato y sobre sus medios de protección y defensa; el derecho a la libertad de elección y a la igualdad en la contratación; el derecho a intervenir en la fijación del contenido del contrato; el derecho de no someterse a las cláusulas abusivas; el derecho a reclamar judicialmente por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos; el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; el derecho a asociarse para la protección de sus intereses; el

derecho, en fin, como usuarios, a un eficaz prestación de los servicios públicos e incluso la protección del medio ambiente (*Vid. Morles Hernández, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil*, UCAB, Caracas 2006. p. 181).

De esta manera, queda claro que la protección al consumidor y al usuario es materia de especial relevancia en la sociedad contemporánea, siendo elevada dicha protección a rango constitucional, como se verá de seguidas:

La tutela al consumidor y al usuario en nuestro Derecho.

La Constitución de 1999 incorporó varias disposiciones que establecen el marco fundamental de los derechos de los consumidores, siguiendo la tendencia de otros países que no sólo han dictado regulaciones legales y reglamentarias sobre la protección de los consumidores, sino que le han dado rango constitucional. En este sentido, el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, centra la protección de los consumidores en sus derechos a disponer de bienes y servicios de calidad, información adecuada y no engañosa, a la libertad de elección y a un trato digno y equitativo. Adicionalmente, exige que se establezcan los mecanismos para garantizar esos derechos y el resarcimiento de los daños ocasionados.

De esta forma, el sentimiento social de protección de los consumidores y usuarios se tradujo en la sensibilización del Constituyente venezolano, al incorporar su tutela al rango de derechos de rango constitucionales. En efecto, la importancia conferida a este tema hizo que nuestra Constitución elevara, se reitera, la tutela del consumidor al rango constitucional. Así, el artículo 117 de la Constitución establece que:

“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 estos 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”.

Como se observa, el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otorga a toda persona el derecho a disponer de servicios de calidad y de recibir de éstos un trato equitativo y digno, norma que al no diferenciar se aplica a toda clase de servicios, incluidos los bancarios. En otro sentido, impone igualmente la Constitución, la obligación en cabeza del legislador de establecer los mecanismos necesarios que garantizarán esos derechos, así como la defensa del público consumidor y el resarcimiento de los daños ocasionados; pero la ausencia de una ley no impide a aquél lesionado en su situación jurídica en que se encontraba con relación a un servicio, defenderla, o pedir que se le restablezca, si no recibe de éste un trato equitativo y digno, o un servicio, que debido a las prácticas abusivas, se hace nugatorio o deja de ser de calidad.

De esta forma, se consagra entonces en el ordenamiento constitucional un derecho a la protección del consumidor y del usuario cuyo desarrollo implica, de acuerdo con las directrices que se desprende del artículo 117 Constitucional, a) asegurar que los bienes y servicios producidos u ofrecidos por los agentes económicos sean puestos a disposición de los consumidores y usuarios con información adecuada y no engañosa sobre su contenido y características; b) garantizar efectivamente la libertad de elección y que se permita a consumidores y usuarios conocer acerca de los precios, la calidad, las ofertas y, en general, la diversidad de bienes y servicios que tienen a sus disposición en el mercado; y, c) prevenir asimetrías de información relevante acerca de las características y condiciones bajo las cuales adquieren bienes y servicios y asegurar que exista una equivalencia entre lo que pagan y lo que reciben; en definitiva, un trato equitativo y digno.

Es significativo que se hayan incluido como principios fundamentales el derecho a disponer de bienes y servicios y el derecho a la libertad de elección. Para el constituyente venezolano, una de las formas de proteger a los consumidores, es proveerles de alternativas de elección. Los oferentes en competencia, buscan captar las preferencias de los consumidores, quienes pueden optar entre las distintas ofertas que presentan los proveedores.

Así las cosas, se observa entonces que el propio Texto Constitucional induce a la existencia de un régimen jurídico de Derecho Público que ordene y limite las relaciones privadas entre proveedores y los consumidores o usuarios. Desprendiéndose de su artículo 117 el reconocimiento del derecho de los consumidores y usuarios de “disponer de bienes y servicios de calidad”, lo que entronca con la garantía de la libre competencia, preceptuada en el artículo 113, siendo la ley –según dispone la norma constitucional- la que precise el régimen de protección del “público consumidor”, el “resarcimiento de los daños ocasionados” y las “sanciones correspondientes por la violación de esos derechos”.

Ahora bien, en criterio de esta Corte aunque en la Constitución no se hubiesen consagrado expresamente los derechos a que se refiere el artículo 117, especificados con anterioridad, la obligación de tutelar los intereses legítimos de los consumidores y usuarios se podría deducir de los postulados del “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”.

Así, observamos que, a partir del artículo 2 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia Número 85, de fecha 24 de enero de 2002, ha expresado lo siguiente:

“(…) sobre el concepto de Estado Social de Derecho, la Sala considera que él persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiénolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación. (...) el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas (...). El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos (...)” (Negrillas de esta Corte). (Caso *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal Vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras*).

A la luz de la doctrina expuesta, considera esta Corte que, en nuestro ordenamiento jurídico, la tutela de los intereses legítimos de consumidores y usuarios resulta un auténtico principio general del derecho de rango constitucional, derivado del propio concepto de Estado Social y Democrático y Derecho que propugna la Constitución, la cual –de acuerdo a su valor normativo- sujeta a todas las personas y a los órganos que ejercen el poder público (artículo 7). Como afirma la doctrina más calificada, los principios generales del derecho “expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico; son aquellos sobre los cuales se constituyen como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad” (García de Enterría). Según Federico De Castro y Bravo, son “las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación”. Asimismo, la doctrina del Tribunal Supremo Español, en el orden contencioso-administrativo, ha expresado que los principios generales del Derecho resultan la “atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas” (STS de 30 de abril de 1988).

Puede concluirse, a partir de aquí, que los principios generales del Derecho son principios, en primer lugar, por su carácter básico. Generales, en cuanto trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos. Y del Derecho, puesto que no se trata de meros criterios morales. En definitiva, considera esta Corte que a los principios generales del Derecho, incluido el de tutela de los intereses legítimos de los consumidores y usuarios, se le pueden reconocer –entre otras- las siguientes funciones básicas:

a) Servir como fuente supletoria de la ley o la costumbre. En efecto, a los principios generales del Derecho se les reconoce, en primer lugar, una función integradora de las lagunas existentes.

b) Servir como elementos de interpretación e informadores de las normas jurídicas. Los principios generales del Derecho no sólo están para suplir posibles vacíos normativos. Por encima de ello, estos principios cumplen una función informadora de todo el ordenamiento jurídico, y en este dato reside su auténtico valor, lo que obliga a interpretar las normas de acuerdo con ellos. Los principios generales del Derecho, incluidos o no en el derecho positivo, tienen valor normativo o aplicativo, y no meramente programático, e informan en su totalidad al ordenamiento jurídico, el cual debe ser interpretado de acuerdo con los mismos.

c) Servir como directivas a los órganos encargados de elaborar las normas. Una tercera función básica que se le reconoce a los principios es la fundamentadora o directiva, que condiciona la elaboración de las normas jurídicas.

d) Servir como regla de “justiciabilidad”, con fundamento en la cual se puede recurrir de cualquier norma o acto jurídico que desconozca el valor insertado en dicho principio. Los principios generales del Derecho operan como garantía de los derechos constitucionales, lo que significa que su desconocimiento por los poderes públicos puede suponer un menoscabo de tales derechos; y, en consecuencia, pueden ser objeto de control, cuando tal lesión constitucional se produzca. (CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 43).

#### Fundamento legal.

Antes de entrar en vigencia la Constitución de 1999, se encontraba en vigencia la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 17 de mayo de 1995 (aplicable *rationae temporis* al caso que nos ocupa), la cual establecía en su artículo que dicho instrumento tendría por objeto: “la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación así como establecer los ilícitos administrativos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones”.

Por su parte, el artículo 2 del mencionado cuerpo normativo consideraba consumidores y usuarios “a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes y servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen”. Siendo que las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización, no tendrían el carácter de consumidores y usuarios.

En tanto que el artículo 3 *eiusdem* consideraba proveedores a “las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización de bienes, prestación de servicios a consumidores o usuarios por los que cobren precios o tarifas”.

Asimismo, el artículo 6 de dicha Ley consagraba los derechos de los consumidores y usuarios entre los cuales se encontraban, el derecho a la “información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, compo-

sición, calidad y precios, que les permita elegir conforme a sus deseos y necesidades; el derecho a la “la promoción y protección de sus intereses económicos, en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado”; el derecho a “la educación e instrucción sobre la adquisición y utilización de bienes y servicios”; así como el derecho a obtener compensaciones “efectivas o de la reparación de los daños y perjuicios”.

La inclusión de los servicios bancarios dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Ley, se deduce de la obligación que expresamente imponía el artículo 7 de dicho texto legal, al consagrar que “Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como la banca y otros entes financieros, las empresas de seguro y reaseguros, las empresas emisoras de tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como las empresas que presten servicio de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico, aseo urbano, servicio de agua, estaciones de servicio de gasolina y derivados de hidrocarburos y los demás servicios de interés colectivo, están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlo en forma continua, regular y eficiente”.

Realizadas las anteriores precisiones sobre la protección del consumidor y del usuario que se desprende de las propias exigencias del Texto Constitucional, debe esta Corte de segundas atender a las pretensiones planteadas en el caso de autos por la parte recurrente, para lo cual observa lo siguiente:

PRIMERO: En primer lugar, constata esta Corte que el acto producto del procedimiento administrativo sancionatorio seguido en contra de la recurrente, dictado en fecha 30 de septiembre de 2003, por el Presidente del entonces Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (Hoy Instituto para la Defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios), concluyó que, en el caso concreto, existió una “(...) transgresión a lo dispuesto en el Artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, por parte de la sociedad mercantil Banco Exterior, al incumplir con los términos y condiciones inherentes a la naturaleza del servicio prestado, siendo necesario señalar que por tratarse de un servicio de interés colectivo, están obligados a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente, así como cumplir todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían adoptando y ejecutando medidas de seguridad suficientemente efectivas”. (Negrillas de esta Corte).

Frente a esta declaración, producto de la cual fue impuesta a la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal la multa impugnada, como fundamento del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto, la mencionada entidad financiera alegó que el entonces Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario, supuestamente habría omitido una serie de pruebas tales como “(...) el CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE suscrito por la denunciante ELISABEL PÉREZ REGOS y el BANCO EXTERIOR, C.A. BANCO UNIVERSAL, identificado con el Número: 007-001168-1 (...)”, de cuyas cláusulas y condiciones puede advertirse no sólo la obligación de la aludida sociedad mercantil de contrastar los cheques y otros instrumentos antes de proceder a su pago, sino también, la responsabilidad del cuentahabiente en el resguardo, cuidado y manejo de las chequeras (Mayúsculas y negrillas del original).

En tal sentido, la entidad bancaria recurrente, pretende justificar la exoneración de su responsabilidad en el contenido de las cláusulas firmadas al momento en que se dio inicio a la relación entre ambas partes, concretamente a partir de la fecha en que se abrió la correspondiente cuenta corriente a nombre de la ciudadana Elisabel Pérez Regos. De esta forma, en su escrito de pruebas la mencionada sociedad mercantil promovió el Contrato de Cuenta Corriente suscrito en fecha 18 de julio de 2000 conjuntamente con la denunciante, resaltando lo establecido en las cláusulas segunda y octava de dicho contrato, la cual es del tenor siguiente:

“SEGUNDA: El ‘TITULAR’ declara, bajo su única y exclusiva responsabilidad, que sólo están autorizados para la movilización de ‘LA CUENTA’, la persona o personas cuyas firmas aparezcan vigentes en la(s) Tarjeta(s) de ‘REGISTRO DE FIRMAS’, que reposan en los archivos del ‘BANCO’ como firmas vigentes. Dichas firmas conservarán vigencia y validez en tanto el ‘TITULAR’ no notifique al ‘BANCO’, por escrito, la anulación o sustitución de las firmas, dentro del cual no tendrá responsabilidad alguna derivada de tal situación.

El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las ya referidas Tarjetas de ‘REGISTRO DE FIRMAS’.

OCTAVA: Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos. Para obtener talonarios o libretas de cheques, el ‘TITULAR’ deberá presentar al ‘BANCO’ solicitud escrita, suscrita con la firma debidamente autorizada conforme a las antes mencionadas Tarjetas de ‘REGISTRO DE FIRMA’, y si el talonario o libreta de cheques correspondiente no hubiere de ser recibido personalmente por quien suscribe la respectiva solicitud, ésta deberá estar firmada también, por la persona que sea designada para recibir el respectivo talonario o libreta de cheques, el ‘BANCO’ se reserva el derecho el derecho de entregar el correspondiente talonario o libreta de cheques, dentro de un plazo no menor de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la fecha de recibo de la respectiva solicitud. El ‘BANCO’ no será responsable por la entrega del talonario (s) de cheques cuando la(s) firma(s) que aparezca(n) en la respectiva solicitud sea(n), a simple vista, razonablemente parecida(s) a la(s) firma(s) autorizadas estampada(s) en el ‘REGISTRO DE FIRMAS’.

Queda expresamente entendido que el ‘TITULAR’ declara someterse a las ‘Condiciones de entrega de chequera(s), impresas al dorso de la ‘Solicitud de Chequeras’ que figuran en cada uno de los talonarios de cheques, los cuales se considerarán (*sic*) parte integrante del presente Contrato” (Negrillas y Mayúsculas del original). (Subrayado de esta Corte).

Así las cosas, en primer lugar, debe esta Corte observar que las Instituciones Bancarias, entendidas como prestadoras de un servicio, deben adecuar su actividad a la tutela especial, la cual se manifiesta en dos vertientes, a saber:

1. Tutela Indirecta: la cual proviene del equilibrio de intereses entre la actividad de las mismas empresas y/o prestadores de un servicio, lo cual va orientado a asegurar que la libre competencia, no asuma vertientes oligopólicas o desleales, tales mecanismos se circunscriben a: i) garantizar relaciones de libre competencia; ii) velar por un correcto comportamiento en la dinámica de la competencia; iii) establecer controles de estabilidad y transparencia, llamados a su vez a garantizar la estabilidad jurídica. (*Vid.* BARBER, Eduardo Antonio, *Contratación Bancaria*. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2002. p. 43 y ss.).

2. Tutela Directa: dicha protección proviene del equilibrio de intereses que debe existir entre las empresas bancarias y los usuarios. Es allí, precisamente, donde radica el régimen especial de protección hacia los consumidores y usuarios, los cuales no pueden ser tratados en igualdad de condiciones con respecto a las instituciones bancarias, pues estas últimas, a diferencia de los usuarios, cuentan con medios especiales para manejar los montos en ellos depositados, de los cuales carece el usuario. A su vez, se observa igualmente que la actividad desplegada por dichas entidades, representa indistintamente para éstas un lucro, entendiendo por tal “(...) la ganancia, provecho, utilidad o beneficio que se obtiene de alguna cosa (...)” (*Vid.* Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, 2002, p. 241), el cual queda reflejado en las “comisiones” que éstas obtienen por la apertura de cuentas y demás transacciones que se realizan a través de las entidades bancarias, en razón de ello,



mal pueden las sociedades mercantiles bancarias pretender obtener un lucro o beneficio absoluto, obviando cualquier tipo o género de responsabilidad que la guarda y custodia del dinero, como activo líquido, genera.

A su vez este control directo se manifiesta sobre el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, condicionándolo o limitándolo, en el sentido que no pueda este principio de autonomía de la voluntad servir como instrumento para desmejorar las condiciones de trato equitativo y digno que deben recibir los usuarios de un servicio, en la forma establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, tal como destacó en su oportunidad el autor DE CASTRO Y BRAVO, considerado el autor español más relevante del siglo XX, en cuanto al área del derecho se refiere, puede hablarse de una crisis del contrato y de una mayor crisis de la autonomía de la voluntad, las cuales se han convertido en un lugar común, frase que no puede ser lamentada cuando se trata de justificar por medio de ella la implementación de medidas que limitan el ámbito de la autonomía, para conservar el principio sustantivo de este principio. Así, debe recordarse que el carácter “sagrado” que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas iguales; mientras sirva para el “libre desenvolvimiento de la personalidad”. No obstante ello, puede calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado con el propósito de aumentar la posición de la parte que se encuentra en posición de primacía, por lo que, para evitarlo, se ponen límites a la autonomía de la voluntad, en salvaguarda de los derechos de la persona sobre la cual puede recaer la desigualdad (*Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes. Cuadernos Civitas, Segunda Edición, Madrid 1987, p. 82*).

#### Contratos de Adhesión.

Precisado lo anterior, advierte este Órgano Jurisdiccional que del examen del Contrato de Cuenta Corriente suscrito en fecha 18 de julio de 2000 entre la denunciante y la recurrente, se observa que dicho contrato reúne las características de los denominados “contratos de adhesión”, en los cuales queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes, pues las cláusulas son previamente determinadas por uno sólo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero (*Vid. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Número 962, de fecha 1º de julio de 2003, caso Soluciones Técnicas Integrales, C.A.*), en contraposición a lo que sucede en los contratos típicos u ordinarios, donde las partes pueden convenir, discutir y acordar el contenido mismo del contrato, así como de las obligaciones contraídas, existiendo la posibilidad para ellas de hacer reserva de ciertas cláusulas.

Así, el artículo 18 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.897 Extraordinario, de fecha 17 de mayo de 1995, establecía expresamente que por contrato de adhesión podría entenderse “aquél cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”, especificando que, en tales casos, “la inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión”. El contrato suscrito en cuestión es un auténtico contrato de adhesión en los términos legales. En este sentido, resulta oportuno destacar que en la actualidad la contratación en masa constituye una de las características más significativas de la sociedad, erigiéndose en instrumento inseparable de la actividad empresarial. Así, su empleo ha surgido por exigencias de la economía, cuando a la producción a gran escala sigue la negociación uniforme y repetitiva, extendiendo el crédito y el consumo a sectores de la población con menos recursos económicos. En esta conformación del mercado confluyen intereses generales y particulares, colectivos y de los contratantes.

En esta etapa, las empresas recurren a los llamados contratos de adhesión, de escueto diseño y rápida conclusión, que permiten una cierta uniformidad y economía, de tiempo y coste. Así, tal como se precisó con anterioridad, la particularidad de este tipo de actuaciones se encuentra en que la contratación en serie, característica de la actividad comercial, obliga a la redacción de contratos-tipo con un contenido generalmente uniforme, predispuesto y rígido. En estos casos, el consumidor si quiere adquirir el bien o recibir el servicio no tiene otra posibilidad, en dichos contratos de adhesión, que adherirse al contrato redactado por el proveedor, el cual con frecuencia se aprovecha de su condición de parte fuerte en la relación para introducir cláusulas abusivas.

De este modo, se entiende que este tipo de contratación ha surgido en el marco de la economía de mercado, con el propósito de simplificar la contratación, ahorrar tiempo en la negociación y unificar el sentido interpretativo de las estipulaciones, sirviendo a la rápida circulación de bienes. Se crea así una categoría de contratos tipos caracterizados por el hecho de que su contenido queda determinado por una de las partes o bien por un tercero ajeno al contrato al que los contratantes *se someten* (Vid. RIVERO ALEMÁN, Santiago. Crédito, Consumo y Comercio Electrónico, Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 132).

Su empleo en los contratos bancarios viene influido, además, por condicionamiento de tipo económico y de organización empresarial, cuales son: i) la reducción y conocimiento anticipado de costes en la contratación, que permite automatizar el proceso de negociación y formalización una vez puestos de acuerdo en la retribución, plazo y cuotas de amortización; ii) la facilidad de la división de tareas y uniformización de los contratos negociados por las distintas agencias o sucursales; iii) la mejor coordinación en el seno de la propia empresa bancaria, reduciendo o eliminando la necesidad masiva de contactos entre los departamentos comerciales y los jurídicos.

En general, se utilizan cláusulas predispuestas por los empresarios, las cuales habrán de someterse a los principios de buena fe, equidad y justo equilibrio de prestaciones, con ausencia de fraude de ley y de abuso de derecho. Además, en materia de consumo se produce la ampliación del concepto de orden público en detrimento de la autonomía y libertad de pactos.

Otra expresión que suele utilizarse para aludir al mismo fenómeno contractual es la de condiciones generales de contratación. En realidad, un contrato de adhesión es básicamente un contrato celebrado sobre la base de unas condiciones generales prerredactadas. Quizá existe una diferencia de matiz, y es que mientras con éstas se subraya el aspecto de su predisposición por una de las partes, la expresión contrato de adhesión parece centrarse más en la otra parte, es decir, aquella a la que se le impone su contenido. No obstante esto, podría sostener entonces que los contratos de adhesión no son más que contratos que contienen condiciones generales, de manera que, no hay diferencia relevante entre condiciones generales de contratación y contratos de adhesión.

En este sentido, entonces puede considerarse como condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (en caso de contrato de consumo, necesariamente el profesional), con independencia de la autoría material de la misma (puede ser las Condiciones de una Asociación Empresarial), de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, y aunque alguno de sus elementos hayan sido negociado. Por tanto, han de reunir tres características, a saber: predisposición, uniformidad (lo que es igual a generalidad) y rigidez (o imposición).

Dentro de este contexto se puede afirmar con carácter general que la contratación bancaria se materializa mediante los contratos en serie, concluidos mediante la adhesión por parte del cliente a las condiciones contractuales predispuestas por el banco. Éste, mediante condi-

ciones generales rígidas y uniformes, trata de racionalizar al máximo sus relaciones con las clientelas. Esta técnica contractual, tal como se ha advertido con anterioridad, puede implicar graves formas de restricción de la libertad de la clientela en general y a los usuarios de los servicios bancarios, en particular.

En este sentido, se destaca que DE CASTRO, invocando a GARRIGUES en su obra *Contratos Bancarios*, señalando que: una definición, que no se puede tachar de parcial, se describen las condiciones generales de los contratos bancarios como: “un marco dibujado a gusto del Banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad”. (Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas, Madrid: 1985, p. 13).

La utilización de condiciones generales por los bancos en sus relaciones con la clientela, conlleva el riesgo de que se le imponga a la parte débil cláusulas inicuas o vejatorias, sin que exista la efectiva posibilidad por parte de ésta de eludir su aplicación, quedando en situación de desequilibrio frente a la parte predisponente.

De manera que, si bien se ha sostenido que las condiciones generales cumplen la función de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico, regulando de forma prolija y detallada las recíprocas prestaciones de las partes, eliminando, con ello, las incertidumbres y dudas, así como las posibles controversias que pudiera suscitar la aplicación y ejecución de los contratos, reduciendo el número de litigios y los costes a ellos asociados; no por ello debe soslayarse un hecho que sí parece evidente, como lo muestra la realidad actual, pues, sucede que en dichos contratos, debe estar presente los legítimos derechos e intereses del usuario o cliente de la institución bancaria, que representan un elemento de protección tan dignos, si no más, que los del propio banco, ya que éste último, mediante la inserción de cláusulas particularmente ventajosas –exclusión de responsabilidad, pacto de liquidez, repercusión en los gastos, etc.-, pretenderá conseguir la mayor seguridad en sus relaciones contractuales y defensa de sus intereses económicos, quedando por ello disminuidos los intereses de los usuarios que desean la prestación del servicio, verificándose con ello una auténtica desigualdad en la contratación. (Vid. Martínez De Salazar Bascuñana, Lucio. “Cláusulas de vencimiento anticipado y cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los contratos bancarios concluidos mediante condiciones generales” en *Protección de los particulares frente a las malas prácticas bancarias*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Estudios de Derecho Judicial 55, Madrid: 2005, p. 153).

De esta forma, frente a las ventajas que pueden señalarse del empleo de los contratos de adhesión, pueden anteponerse concretas desventajas que el uso de tales contratos comportarían para los consumidores y los usuarios que se ven impelidos, en tanto pretendan adquirir un producto o beneficiarse de un servicio determinado, a la suscripción de tales contratos, pues los mismos pueden presentarse como vehículo que da lugar a excesos y a prácticas abusivas, vejatorias o injustas, que podrían llegar a vulnerar los derechos e intereses de los consumidores.

Así, la utilización de este tipo de contratos de adhesión, ha conllevado incluso a considerar, entre los aspectos desfavorables, la posible desaparición de la libertad contractual devenida de la redacción unilateral del contrato por una de las partes, unido a ciertas desventajas en la formación de voluntad debido a su ambigüedad, formato de letra apenas visible o porque no se entrega copia al adherente.

Toda esta realidad, ha conllevado al extremo de sensibilizar al legislador en la elaboración de reglas para el control de los contratos de adhesión, a través de medios legislativos, administrativos, de autocontrol y judiciales; extendiendo los supuestos de control fundados en el orden público, la moral y la costumbre de la época.

Es por esto que, frente a tales realidades, debe considerarse reforzada la especial tutela que deben brindarse a los consumidores o usuarios que contratan la adquisición de bienes o servicios formalizados por medio de cláusulas generales de contratación, a los fines de proteger sus derechos, en el entendido que, dichas condiciones generales podrían resultar contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o constituir un abuso de derecho, debiendo advertirse igualmente que por medios de ellas, como elemento más frecuente y más fácil de diagnosticar, se pretenderá contener, oculta o abiertamente, la renuncia de ciertas leyes.

En este sentido, las estipulaciones que pretendan alcanzar tal propósito, debe entenderse como auténticas cláusulas abusivas, concepto que se utiliza para justificar el control sustancial del contrato cuando existen cláusulas predisuestas que han sido impuestas al consumidor y su contenido favorece especialmente al predisponente. En atención a ello, debe tenerse en consideración que el parámetro que define el desequilibrio entre las partes no es la desigualdad económica, sino que hay que orientarlo hacia la superioridad funcional que ostenta el predisponente, de manera que es la inexistencia de negociación individual, unida a un funcionamiento defectuoso del mercado, lo que permite al predisponente disfrutar de unos términos más favorables en sus relaciones con el adherente, por lo que, las exoneraciones de responsabilidad, o las condiciones que pretendan ser impuestas a los consumidores en detrimentos de sus derechos, deben consideradas, entonces, como verdaderas cláusulas abusivas.

#### Cláusulas abusivas:

Así, esta Corte comparte la definición de “cláusulas abusivas” expuesta por el autor Rivero Alemán, en cual las define como “(...) las previamente redactadas que no han sido objeto de negociación por separado, sino impuestas al consumidor que no ha podido influir en su contenido y al que le causan un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones; o bien implica una ejecución del contrato significativamente diferente de lo que de éste pudiera legítimamente esperarse (...)” (Vid. Rivero Alemán, Santiago *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 274). (Resaltado de esta Corte).

De esta forma, ocurrirá algunas veces que de una simple lectura de las condiciones generales insertas en los formularios bancarios, se percibirá la idea de que las entidades de crédito tratan de exonerar o limitar lo más posible su responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que les incumbe.

En este orden de ideas, en su oportunidad destacó el Profesor DE CASTRO Y BRAVO, que “[la] historia no se repite, sí los artificios (...) un grupo social poderoso [es este caso, los prestadores de un servicio] emplean la forma de contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislativo, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio [destacando que] las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos; cuando el resultado a que se llegue choque gravemente con los principios de justicia conmutativa o con la buena fe (resolviendo según aconseje la justicia y la equidad al caso concreto); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal, y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones que le correspondan (...) la agravación de las responsabilidades impuesta al cliente y la exoneración de responsabilidades concedida al empresario, no pueden resultar por la especialidad del contrato concertado y hacen que, normalmente se les pueda calificar como renuncia de leyes y, en consecuencia, como cláusulas nulas” (Vid. De Castro y Bravo, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Cuadernos Civitas, Madrid: 1987, p. 78). (Destacados de esta Corte).

En este sentido, advierte esta Corte que el artículo 21 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario expresaba que “no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: 1. Otorguen a una de las partes la facultad

de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades por correo, a domicilio o por muestrario; 2. Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación; 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor; 4. Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; 5. Estén redactados en términos tan vagos o imprecisos; o no impresos en caracteres legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión”. (Negrillas de esta Corte).

Ello así, deduce esta Corte entonces que la justicia, el orden público y la buena fe han de considerarse como conceptos delimitadores de las buenas o malas prácticas en materia de contratación de consumidores y usuarios. En este sentido, se observa que la Constitución incorporó la obligación de “trato equitativo y digno” al consumidor y usuario como elemento de ponderación de intereses entre estos y sus proveedores (artículo 117).

Por su parte, el Código Civil, aplicable a título supletorio a esta materia, por remisión expresa del artículo 88 de la vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en su artículo 1160 dispone que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a toda las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”. Así, la justicia, la equidad, el orden público y la buena fe, entre otros, constituyen sin duda conceptos jurídicos indeterminados que el operador jurídico deberá utilizar, en todo momento, como elementos de ponderación de intereses entre consumidores y usuarios y proveedores, considerando las circunstancias particulares del caso, y atendiendo a la realidad social vigente.

En síntesis, en atención a las disposiciones legales vigentes, las cuales desarrollan el enunciado constitucional que pretende erigir auténticas normas de derecho público que actúen en función de la protección de los consumidores y de los usuarios, puede este Órgano Jurisdiccional señalar que el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cumple el papel de cláusula general que tienen por objeto prevenir que el contenido de los contratos de adhesión no contravengan los principios de justicia, orden público y buena fe, con exclusión de las situaciones abusivas.

Esta disposición, a juicio de esta Corte, viene a concretar la obligación de trato equitativo y digno que impone la Constitución, lo cual, a modo de consecuencia inmediata, lleva necesariamente también al justo equilibrio de las prestaciones, por cuanto si no existe equilibrio existe abuso o desproporción, que operaría como causa de nulidad de la cláusula o estipulación en cuestión.

En efecto, en criterio de esta Corte, el trato equitativo y digno y el debido respeto a los principios de justicia, orden público y buena fe se contraviene en estos contratos cuando no existe un debido equilibrio de prestaciones o cuando el proveedor ejerza sus derechos de manera abusiva, en detrimento de los intereses económicos y sociales de consumidores y usuarios. Este principio está llamado a prestar importantes servicios en el contexto de la parte débil en determinados contratos y en desarrollo del principio de protección de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, destacado lo anterior, en el caso de autos, tal como fue destacado con anterioridad, el apoderado judicial de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, aduce que se verificaron sistemáticas omisiones y vicios por el ente recurrido durante el procedimiento administrativo, destacando la falta de pronunciamiento sobre las pruebas documentales promovidas, en especial sobre las obligaciones establecidas en el denominado contrato de cuenta corriente suscrito entre la ciudadana Elizabeth Pérez Regos y la mencionada sociedad mercantil.

Ello así, del mencionado Contrato de Cuenta Corriente se desprende, particularmente de la cláusula segunda que “El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma o firmas que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las Tarjetas del CENTRO DE FIRMAS”.

Por su parte, observa igualmente este Órgano Jurisdiccional que se desprende de la cláusula octava del aludido Contrato de Cuenta Corriente, lo siguiente “Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos” (Resaltado de esta Corte).

De lo anterior, se aprecia entonces unas cláusulas impuestas al usuario, a través de un contrato de adhesión de la cual se ha valido la entidad financiera prestadora del servicio a los fines de exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad que podría devenirle como consecuencia de la guarda y custodia del dinero depositado en la cuenta corriente cuya titular es la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, en el entendido que el banco quedaría libre de responsabilidad en caso de presentarse ante sus taquillas un cheque con la aparente firma del librador, lo cual conllevaría a considerar que, tratándose de una aparente omisión en el resguardo de dicho instrumento por parte del titular de la cuenta corriente, no podría recaer sobre la entidad financiera obligación alguna de verificar las características de los elementos empleados para complementar el mismo y ser diligente en el resguardo del dinero del titular de la cuenta.

Siendo esto así, debe esta Corte destacar los elementos que pueden constituir una efectiva protección de los intereses económicos y sociales del consumidor y usuario frente a las cláusulas contenidas en un contrato de adhesión.

En este sentido, se destaca que de la legislación se pueden establecer tres momentos diferentes en la tarea de hacer efectivo el control concreto del clausulado de un contrato de adhesión: el control de incorporación, el de interpretación y el de contenido. En el proceso de análisis de las cláusulas o estipulaciones se sigue la siguiente secuencia: el control de inclusión en primer lugar, para proceder luego a la interpretación conforme a los criterios o requisitos de la hermenéutica y, por último con arreglo a ellos, efectuar el control del contenido de la cláusula.

El operador jurídico que se encuentre en presencia de cláusulas generales que afecten a un consumidor, ha de plantearse la secuencia apuntada para determinar si las mismas han superado el control de inclusión y pueden ser integradas formando parte del contrato en sentido jurídico, en tarea previa a la interpretación; pues únicamente habrán de ser interpretados los pactos que se consideren parte del acto negocial, sin ser suficiente que el consumidor haya expresado su consentimiento para que pueda estimarse la validez de aquellas cláusulas que no reúnan ciertos y determinados requisitos en su redacción y plasmación.

La inclusión considera los requisitos que han de cumplir las condiciones generales para ser integradas en el contrato y, una vez superado éste, el control de contenido es el que concierne a la existencia de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones exigibles, con rechazo de las cláusulas abusivas.

#### Control de incorporación.

Como se señaló anteriormente, el artículo 117 de la Constitución reconoce a todas las personas la “libertad de elección”, así como el derecho a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen. Por su parte, el artículo 6, numeral 2, de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995 establecía que son derechos de los consumidores y de los usuarios “La

información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, composición, calidad y precios, que les permita elegir conforme a sus deseos y necesidades”.

Los requisitos de incorporación tienen por objeto garantizar que el cliente consienta legítimamente. Su función primordial es hacerle saber de la existencia de condiciones aplicables al contrato y permitirle disponer de ellas durante la vida del mismo para que adapte su conducta (función de publicidad).

El dato que primero debe advertirse en los contratos de adhesión se refiere al consentimiento, pues se afirma que: “se consiente sobre lo conocido y entendido”. Muchas veces, por su complejidad, algunas cláusulas de los contratos de adhesión no pueden ser entendidas por los clientes. Faltaría, por tanto, en esos casos, un requisito esencial para que puedan formar parte del contenido del contrato (artículo 1141, ordinal 1º del Código Civil). En estos supuestos, se estaría ante una cuestión de hecho: averiguar si hubo o no tal consentimiento.

Al respecto, por una parte, se puede decir que no cabe suponer conocido por un comprador cualquiera, lo que requiere el estudio de un especialista. De otra parte, se alega que quien no se entera de las condiciones generales es culpable por negligente y que debe, por tanto, pechar con las consecuencias de su falta de diligencia. Dificultades que no se salvan con la cláusula por la que el cliente se declara enterado de todas y conforme con todas las disposiciones de las cláusulas generales, porque ella plantea a su vez la pregunta de si fue debidamente entendida y querida. (*Vid.* De Castro. *Ob. cit.* p. 60).

Se ha señalado también que la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el consumidor, que ha de aceptar las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por monopolio de hecho o de derecho, o bien porque todas las empresas del ramo las imponen. Este defecto, a pesar de su importancia, se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley.

De allí que, para que unas cláusulas queden incorporadas al contrato válidamente han de estar redactadas con un mínimo de comprensibilidad y legibilidad. Estas reglas se aplican literalmente a los contratos que habitualmente se documentan por escrito y analógicamente a los contratos que habitualmente se celebran en forma oral, de manera que pueda afirmarse que el predisponente ha dado a conocer de forma suficiente la existencia y contenido de las condiciones generales.

Así, el artículo 19 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, establecía que “Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor”; en tanto que el artículo 20 *eiusdem* expresamente establecía que “Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en caracteres destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión”.

De esta forma, cualquier cláusula que no cumpliera con estos requisitos no puede entenderse válidamente incorporada al contrato de adhesión y, por lo tanto, ha de considerarse nula de pleno derecho. De acuerdo con la doctrina, tampoco quedarían incorporadas al contrato las denominadas cláusulas sorprendentes, es decir, aquellas que sean tan insólitas que al adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Son tales aquellas cláusulas cuyo contenido contradice las expectativas que razonablemente se hubiera podido hacer el adherente atendiendo al tipo de contrato celebrado.

En conclusión, la conculcación de la buena fe contractual puede dar lugar a vicios contractuales del consentimiento, en tanto que es capaz de producir error excusable, como expresión del engaño producido a través de la publicidad, de una redacción contractual poco clara

y ambigua o, incluso, por un sistema de venta agresivo dentro o fuera del establecimiento. En suma, estas transgresiones se sitúan más allá de la frontera que el ordenamiento jurídico ha de establecer en beneficio del común de sus ciudadanos y, en nuestro caso, del consumidor o usuario.

#### Control de interpretación

Superado el control de inclusión previo, sigue la interpretación de las cláusulas generales que conforman el contrato de adhesión, lo que comporta el análisis de las mismas a partir de ciertas reglas o criterios. Así, en el ámbito de la interpretación de los contratos de adhesión, tiene especial importancia la regla contra proferentem por ser aplicable a todos los supuestos en los que la oscuridad o duda sea imputable de manera exclusiva a uno de los contratantes.

En efecto, frente al proveedor que redacta o impone las cláusulas se utiliza la antigua regla “contra proferentem” y, así, en la duda sobre el significado de dichas condiciones, la interpretación se hará de modo que no favorezca al proveedor, por ser la parte que ocasionó la oscuridad.

Además, es aplicable la llamada regla de la prevalencia del acuerdo individual sobre el general en caso de contradicción entre ambos. La regla se modificaría, sin embargo, en el caso de que el adherente sea un consumidor porque, en tal caso, el conflicto se resuelve aplicando la condición más favorable para el débil jurídico, con independencia de que sea la condición general o el acuerdo individual. Asimismo, en caso de contradicción entre dos cláusulas, la cuestión no debe resolverse a favor de aquella que sea más conforme con el tipo y la causa del contrato celebrado, sino se aplicará la regla contra proferentem, por ser la parte que ocasionó la contradicción.

#### Control de contenido

Las cláusulas que hayan quedado válidamente incorporadas al contrato sólo son válidas si no se consideran como cláusulas abusivas, por ejemplo, aquellas que hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor, tal como lo establecía el artículo 21, numeral 3 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

En consideración de este Órgano Jurisdiccional, mayor alcance puede tener el control de contenido que se ejerza a través de la invocación de esta cláusula, como límite irrebasable de la legalidad de las estipulaciones de un contrato de adhesión. Podría llegarse con ella incluso a la eliminación de cláusulas que concedan ventajas injustificadas al proveedor. Esto último nos llevan irremisiblemente a la cuestión fundamental: cuándo una cláusula se considera abusiva.

Para determinar si una cláusula de un contrato de adhesión resulta conforme con esta garantía, el operador jurídico ha de analizar cada caso en concreto y, en especial, las siguientes circunstancias: en primer lugar, cuál sería la regulación aplicable al contrato en caso de no existir la cláusula, es decir, la que resultaría de la aplicación del derecho dispositivo, de los usos o de una valoración equilibrada de los intereses de ambos contratantes. En segundo lugar, comparar dicha regulación con la que resulta de la aplicación de la cláusula. Si existe una discrepancia entre ambas y tal discrepancia no está justificada por circunstancias generales (relativas al tipo de contrato celebrado) o particulares (relativas al contrato concreto), habrá de concluirse que la cláusula es abusiva y, por tanto, nula. Por tanto, buena fe significa conformidad de la cláusula con el reparto de riesgos recogido en el Derecho positivo o, a falta de éste, con el que resulta de una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes.



Ahora bien, en este punto es menester revisar, como se dijo anteriormente, el tema de la existencia de límites inmanentes de la autonomía de la voluntad, pues resulta obvio que la mayoría de las veces las condiciones impuestas por el proveedor en un contrato de adhesión son incorporadas a éste con el consentimiento legítimo del usuario o consumidor; condiciones o cláusulas que incluyen frecuentemente la renuncia de ciertas leyes o derechos de éstos. En este sentido, considera esta Corte relevante traer a colación lo que la doctrina más calificada ha dicho al respecto:

Los Códigos mercantil y civil han mantenido la secular tradición que viene afirmando la importancia central del principio de la autonomía de la voluntad. Se reconoce a los participantes el poder de iniciativa para reglar a su conveniencia los propios asuntos y se pone a su disposición la fuerza coactiva del Estado para hacer cumplir lo por ellos establecido. Reflejo en la esfera del Derecho privado de las ideas de libertad e igualdad, los contratos que merecen la protección legal “han de ser libres y en ellos ha de imperar la justicia” y, a tal efecto, se excluyen “todos los privilegios o monopolios a favor de gremios, corporaciones o personas”; amplísima libertad para contratar, siempre “dentro de los principios eternos del Derecho y de la moral”. El principio de la libertad de contratación se defiende, desde el siglo XVIII, como derecho del hombre a desarrollar su personalidad y también como instrumento destructor de desigualdades, de los privilegios que trataban, hasta anquilosarle, el antiguo régimen. (*Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, 77*).

En este sentido, resulta oportuno destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español no parece mostrarse remisa en atribuirse el poder de vigilar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales y, en su caso, en declarar su ineficacia. Las ha fundado, según se nos dice, en la consideración de que, respecto de los efectos del contrato, “en la determinación de estos efectos, podrá el juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes y que, en los contratos de adhesión el juez tiene un poder excepcional de interpretación” e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación. Así hay una serie de sentencias que han declarado la ineficacia de las cláusulas exonerando a los Bancos de responsabilidad por pagar cheques indebidamente y por entregar, del mismo modo, lo recibido en depósito. (*Vid. DE CASTRO Y BRAVO. Ob cit. p. 85 y ss.*).

De lo dicho ha de deducirse que la invalidez de una cláusula puede darse lo mismo en el caso de estar contenida en un contrato ordinario que en el de encontrarse en un contrato de adhesión. La especialidad de los contratos de adhesión reside, en otra parte, en la peligrosidad intrínseca de este modo de proceder; pues, redactadas por una empresa o grupo de empresarios, es presumible se considere en ellas sólo el interés de éstos; prefabricadas, sin atender a ningún contrato concreto, quedan separadas, independizadas del contrato al que se les añade. Por todo ello, la agravación de responsabilidad impuesta al cliente y la exoneración de responsabilidades concedida al empresario, no pueden resultar justificadas por la especialidad del contrato concertado y hacen que, normalmente, se les pueda calificar como renuncia de leyes y, en su consecuencia, como cláusulas nulas.

#### Consecuencias de la ilicitud de las cláusulas abusivas

Finalmente, será necesario tratar, aunque sea brevemente, la cuestión de si la nulidad de una cláusula arrastra consigo la nulidad de todo el contrato de que forma parte (*vitiatur et vitiat*) o si, por el contrario, el contrato sigue siendo eficaz, aunque haya de serlo con la modificación de estimar como no puesta la cláusula (*pro scripta non habetur*) y como válido todo lo demás convenido (*vitiatur sed non vitiat*).

De no ser posible la integración por la aportación objetiva del juez que mantenga la duda de la existencia de la voluntad de la parte adherente en la continuidad del contrato, procederá la declaración de ineficacia total por iniquidad, supuesto éste no siempre conveniente para el consumidor que al pretender la nulidad de una cláusula, se encuentre con la invalidez de todo el contrato y perjudicado, más que beneficiado, por su acción.

Siendo ello así, el ámbito material de la nulidad viene determinado por el concepto de cláusula en sentido material. No cabe la nulidad parcial de una cláusula. De esta forma, el recurso a la buena fe significa valoración equilibrada (es decir, conforme con la valoración que realiza el legislador) de los intereses de las partes. Así, la nulidad total del contrato es absolutamente excepcional. Se trata de un supuesto de rescisión para los casos en los que no pueda exigirse al predisponente continuar vinculado al contrato tal como ha quedado tras la amputación de las cláusulas nulas y la integración de conformidad con el Derecho dispositivo.

De esta forma, la nulidad de la cláusula contractual como elemento que produzca o traiga aparejada la nulidad del contrato de adhesión en su totalidad, como se dijo, debe ser considerada como una situación excepcional, como elemento para proteger los demás derechos del consumidor reconocidos en la convención a la cual se ha adherido, de manera que la sola nulidad de una cláusula debe considerarse limitada en sus efectos, de forma que tal circunstancia no afecte al contrato en general.

Ahora bien, en el caso de autos, del mencionado Contrato de Cuenta Corriente se desprende, particularmente de la cláusula segunda que “El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma o firmas que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las Tarjetas del CENTRO DE FIRMAS”. Por su parte, observa igualmente este Órgano Jurisdiccional que se desprende de la cláusula octava del aludido Contrato de Cuenta Corriente, lo siguiente “Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos” (Resaltado de esta Corte).

En este sentido, se advierte que la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, en fecha 3 de abril de 2002, presentó ante la Dirección de Inspección y Fiscalización, Recepción de Denuncias del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario denuncia en contra de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, afirmando que dicha institución financiera habría realizado “un pago indebido a la cuenta corriente por un monto de 900.000 en el cual (...) la firma del cheque en donde se canceló tal monto son distintas con la de ella ya que la firma del cheque es tipo caligrafía palmer y no redonda y derecha como la de ella (...)”.

Ello así, se aprecia que para la fecha en que se verificó la aludida denuncia, y aun los hechos que dieron motivo a la misma, se encontraba vigente, como se ha dicho anteriormente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.897 Extraordinario, de fecha 17 de mayo de 1995, siendo por tanto el mencionado cuerpo normativo la ley aplicable al caso de autos.

Respecto a este punto, en primer lugar se aprecia que el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, establecía expresamente que “Todo proveedor de bienes o servicios estará en la obligación 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 desistirse de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor obligado a reembolsarle el pago recibido”.

Por otra parte, se observa igualmente que el artículo 21 *eiusdem* expresamente establecía que “No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: (...omississ...) 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor (...)”.

Ahora bien, a los fines de resolver la presente controversia, considera esta Corte que debe de partirse de una idea inicial, y es que un correcto cumplimiento de las condiciones inherentes al servicio bancario supone que –como lo señalara el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) en el acto impugnado- los bancos deban de cumplir todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían los usuarios, adoptando y ejecutando medidas de seguridad suficientemente efectivas.

De esta forma, la institución financiera debe actuar con suma diligencia en las cantidades de dinero que le han sido colocadas bajo su guarda. Así lo ha acogido la doctrina de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia Número 134, de fecha 31 de enero de 2007, caso *Banco de Venezuela, S. A., Banco Universal*), al señalar que las entidades financieras deben de garantizar de manera efectiva la vigilancia del dinero y bienes que los clientes colocan bajo su custodia, implementando mecanismos de seguridad y control a prueba de errores.

En efecto, soluciones como la que ofrece el banco equivalen a trasladar exclusivamente al usuario la responsabilidad por una deficiencia esencialmente atribuible al banco, quien no puede a través de una cláusula contractual prerredactada relajar su obligación de custodia del dinero implementando mecanismos de seguridad y control a prueba de errores; estableciendo así en contra del usuario un reparto desequilibrado de los riesgos que ofrece la contratación del servicio y en las obligaciones. En criterio de esta Corte, dado que la obligación de custodia del dinero corresponde al banco en los términos expuestos, la responsabilidad en casos como el presente corresponderá en principio a la entidad financiera, a menos que se pueda demostrar que el fraude no se pudo haber cometido sino debido a una conducta dolosa o negligente imputable al usuario, en cuyo caso es el banco quien tiene la carga probatoria de demostrar la responsabilidad del cliente.

De esta forma, debe quedar claro que corresponde al banco en todo momento actuar diligentemente comprobando de manera minuciosa, bajo los elementos de seguridad necesarios para ello, los elementos que componen el título cambiario presentado antes sus taquillas, diligencias que debe extremarse en los cheques de elevada cuantía, incluso consultando al cliente cuando le surja alguna duda acerca de su autenticidad.

Así, se advierte que, por ejemplo, ante la presentación de un cheque cuya firma del librador pueda haber sido falsificada o alterado alguno de los elementos de dicho instrumento sin que, ante tales circunstancias, pueda considerarse como elemento de exoneración, la simple responsabilidad del titular de la cuenta en el resguardo y protección de los talonarios o cheques, pues ello no representa una circunstancia que facilite o conlleve a que la institución financiera pueda desprenderse de ejercer sus medidas para resguardar el dinero depositado.

De manera que, como se aprecia, corresponde a la institución financiera emplear de manera sistemática, efectivos y oportunos mecanismos de seguridad, con la finalidad de proteger al cliente que deposita en ella no sólo su dinero sino también su confianza, los cuales deben extremarse en casos de que se presenten en taquilla cheques por elevadas cantidades de dinero.

Así las cosas, se aprecia que las mencionadas cláusulas contractuales han pretendido exonerar de responsabilidad a la entidad financiera recurrente, en cuanto a su obligación de resguardar el dinero depositado en la cuenta corriente de la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, pues, por una parte, no han existidos parámetros objetivos a los fines de determinar el criterio bajo el cual pudo considerarse razonablemente similar o coincidente en sus rasgos generales la firma colocada en el cheque presentado ante la taquilla correspondiente, respecto de la tarjeta que se encuentra en el denominado Centro de Firmas en el que aparece la firma autorizada por la cuentadante.

Por otra parte, y en estrecha relación con lo anterior, se observa que la cláusula contractual octava incluida en el Contrato de Cuenta Corriente, pretende igualmente hacer reposar en la sola persona del titular de la cuenta corriente el resguardo y custodia de los talonarios o libretas de cheques, disposición en la cual se ha fundamentado la mencionada institución financiera a los fines de quedar exenta de responsabilidad por el pago del cheque por la cantidad de Novecientos Mil Bolívares (Bs. 900.000,00), siendo que tal circunstancias de modo alguno le exoneraba de cumplir con su obligación de constatar la identidad entre la firma colocada en el aludido título cambiario y la perteneciente a la titular de la cuenta corriente.

De manera que, en atención a las consideraciones antes realizadas, las cláusulas contractuales antes especificadas constituyen disposiciones sobre las cuales la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., Banco Universal, ha pretendido exonerarse de su responsabilidad en el pago de un cheque librado en contra de la cuenta corriente de la denunciante y frente al cual ha debido la mencionada institución financiera extremar en sus diligencias a los fines de cumplir con sus obligaciones previamente adquiridas en el resguardo del dinero depositado en dicha cuenta corriente.

En este sentido, no se puede considerar que la sola presentación en taquilla de un cheque que en apariencia guarde similitud con los datos del titular de la cuenta, en especial con la firma autorizada e incluida en los registros de la institución financiera, constituyan elementos que por sí solos representen una actitud negligente del librador en la protección y custodia de los talonarios del cheque, por lo que, alegando la plena aplicación de la cláusula octava antes referida, mal podría el banco exonerarse de responsabilidad y quedar exento de su obligación de colocar especial diligencia al momento de abonar el documento bancario en la cuenta de su titular. Por el contrario debe considerarse que siempre está presente la actuación de la institución financiera, y de sus dependientes, de comprobar los requisitos intrínsecos del cheque, así como la identificación del librador y del tenedor que los presenta al cobro.

De esta forma, al banco le incumbe la obligación de examinar atentamente si el cheque está correctamente emitido y si cumple todos y cada uno de los requisitos que lo conforman, en especial, estas actuaciones deben ser extremadas si la suma que se ordena pagar presenta especiales signos que harían presumir su alteración o falsificación.

En este sentido, podría afirmarse que la sola alegación de la cláusula contractual antes especificada, que como se recordará impone al titular la cuenta la única responsabilidad de custodiar los títulos cambiarios, ante circunstancias concretas como la analizada en el caso de autos, impondría al usuario un deber de diligencia muy riguroso, máxime si como contrapartida a su incumplimiento se pretenda el banco exonerar de su responsabilidad de cumplir con las diligencias antes especificadas, alegando entonces que el instrumento cambiario no fue correctamente custodiado y que, por ello, no existe responsabilidad de su parte.

Ello así, no se podría imputar al usuario del servicio el posible daño que se pueda producir en los supuestos en que se verifique el pago de un cheque, si previamente la institución financiera no emprende sus obligaciones a los fines de constatar la veracidad del mismo, pues no se puede considerar que el simple hecho de haber sido presentado en taquilla represente una prueba de la actuación negligente del librador en la custodia del mismo, si no se acompaña de otros elementos objetivos que corroboren dicha actuación.

De esta manera, debe tenerse en consideración que, de manera similar a como sucede en el contrato de depósito oneroso, regulado en el artículo 1.250 y siguientes del Código Civil venezolano vigente, el banco actúa como consecuencia de haber recibido una cantidad de dinero determinada bajo la obligación de guardarla y restituirla al titular de la cuenta corriente, por lo que debe actuar con la debida diligencia en guarda y protección del dinero que ha sido otorgado para guardarlo.

Por lo tanto, en atención al contenido de las cláusulas contractuales antes señaladas, no podría entenderse que existe una exención de responsabilidad del banco por considerarse que el titular de la cuenta corriente no ha cumplido con su obligación de resguardar efectivamente las chequeras que han sido otorgadas, pues si ésta pretendiera ser la argumentación de la institución financiera para librarse de responsabilidad, en tales casos se colocaría de su lado la carga de prueba, debiendo por ello demostrar que, en efecto, el cliente ha sido negligente en la custodia de los títulos cambiarios.

Ante tales circunstancias, se observa entonces que, en el caso de autos, la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., Banco Universal invocando las cláusulas segunda y octava del contrato general de cuenta corriente pretende exonerarse de su responsabilidad, por lo que, ante tal circunstancia, se recuerda que el antes citado artículo 21 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, establecía expresamente que “No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: (...*omississ...*) 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor (...)”.

Como se puede apreciar, las cláusulas contractuales analizadas se presentan, en consideración de esta Corte, como cláusulas abusivas por cuanto las mismas, siendo previamente redactadas y que, asimismo, no han sido objeto de negociación por separado, pretendió serle impuesta a la usuaria del servicio sin que haya podido incluir en su contenido, causándole un desequilibrio importante en sus derechos e intereses. Siendo ello así, bajo la especial consideración de cláusulas abusiva debe ser tratada de acuerdo a las disposiciones contenidas en las reglas legales vigentes para el momento en que se verificaron los hechos.

**De allí que, como antes señalamos, a tenor del artículo 21 de la Ley de 1995 se consideraba sin efecto cualquier cláusula o estipulación incluida en un contrato de adhesión que hiciera responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor. En materia de contratos bancarios, podríamos señalar que sería nula cualquier cláusula que trasladara la responsabilidad al usuario por deficiencias del banco en el cumplimiento de implementar mecanismos de seguridad y control a prueba de errores a fin de garantizar de manera efectiva la vigilancia del dinero que los clientes colocan bajo su custodia. Así, en criterio de esta Corte, en casos como el que aquí nos ocupa, donde fue denunciada la sustracción de una suma de dinero de la cuenta corriente de la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, la entidad financiera no podría eludir su responsabilidad basándose en que la firma del cheque presentado a taquilla era “razonablemente parecida” a la firma del titular de la cuenta.**

Siendo ello así, respecto a la responsabilidad del banco por haber pagado un cheque presuntamente falsificado, debe observarse por una parte que la actividad bancaria entraña riesgos naturales que deben ser asumidos por quien la ejerce profesionalmente, esto es, quien de manera reiterada, pública y masiva, se beneficia con los resultados de la misma. Si el banco tiene como negocio manejar los dineros ajenos, si como consecuencia de los depósitos constituidos surge un crédito a favor del titular de la cuenta y si, finalmente, la obligación primaria de la institución crediticia es reembolsar a ese titular los dineros en la forma en que lo indique y a favor de quien él establezca, es evidente que el riesgo derivado de una eventual suplantación de un cheque, etc.; no puede perjudicar a ese titular, sino que debe ser asumirse por el banco, por ser este quien puede asumir las medidas necesarias para resguardar el dinero del depositante.

Por otra parte, se podría establecer una calificación subjetiva enderezada a precisar en qué condiciones pudo el banco apreciar una probable falsificación o adulteración de un cheque presentado ante la taquilla y en qué medida el titular de la cuenta contribuyó por su culpa a la existencia de falsificación. En otras palabras, la conducta de las partes frente a las circunstancias de hecho en que se produce el pago o sus antecedentes, es determinante para evaluar la eventual responsabilidad.

Bajo este parámetro, entonces, por aplicación de principios generales de responsabilidad, el establecimiento de culpa a cargo de una de las partes puede llevar a responsabilidad integral de la misma o la eventual presencia de culpas compartidas puede traducirse en una repartición de la responsabilidad que, a su turno, conduce a una repartición proporcional de los perjuicios pecuniarios sufridos.

En todo caso el principio general, aún dentro de esta teoría, sigue siendo que el banco es responsable por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado. Por consiguiente, corresponde al banco probar que hubo dolo o culpa del titular de la cuenta corriente en el resguardo de los cheques y que, como consecuencia de ello, se habría verificado el cobro del cheque. (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Biblioteca Felaban, Tercera Edición, Bogotá: 1985. p. 195).

Visto de otra manera: ante la reclamación del cliente debe el banco asumir la responsabilidad que derive del riesgo profesional y de la negligencia propia y de sus dependientes, por lo que basta presentar el cheque con base en cuyo pago procedió el banco a cargarlo a la cuenta de su cliente, ante lo cual éste deberá denunciar oportunamente la existencia de una falsificación o adulteración, siendo responsable la institución financiera en los casos en que, por ejemplo tal pago se haya verificado por complicidad interna de sus dependientes, en atención a las disposiciones generales contenidas en el artículo 1.191 del Código Civil venezolano vigente, relativas a la responsabilidad de los dueños, principales y directores por los daños causados por sus sirvientes y dependientes.

No obstante lo anterior, para eximirse de responsabilidad, el banco debe estar en condiciones de probar la culpa o el dolo del titular, tomando en consideración que en tales casos el banco asumirá la carga de la prueba, a los fines de demostrar que ha existido por parte del titular de la cuenta corriente una posible negligencia en el resguardo de los cheques o cheques, así como una posible actitud dolosa de su parte, casos en los cuales no podría obligarse a la institución financiera de que se trate a asumir la obligación de reparar los daños ocasionados.

De esta forma, la conclusión a la cual puede arribarse es que no resulta procedente la denuncia esgrimida por la recurrente al señalar que la Administración no valoró ni tomó en cuenta las pruebas aportadas por ella en la fase del procedimiento administrativo, pues: las cláusulas segunda y octava del contrato de cuenta corriente, sobre la cual se erige la defensa de la recurrente para excusar su responsabilidad en el retiro de fondos a través de los cheques sustraídos a la ciudadana Elisabel Pérez Regos, no podría producir efectos válidos por ser una cláusula abusiva y exonerativa de responsabilidad hacia la entidad bancaria; y, por otra parte, ii) no se desprende de autos que la parte recurrente haya demostrado que existió falta de diligencia o dolo por parte de la denunciante, ciudadana Elizabel Pérez Regos, respecto del resguardo del cheque que fue presentado ante la taquilla del Banco Exterior, S.A., Banco Universal, por lo que no podría excusarse en tales cláusulas para, como se dijo, librarse de su responsabilidad de actuar diligentemente en la obligación de examinar atentamente si el cheque se encontraba correctamente emitido, en especial la comparación de la firma colocada en el mismo y con la previamente autorizada y que reposaba en sus registros.

En consecuencia de lo anterior, esta Corte no encuentra que haya existido violación alguna al deber de valoración de la prueba establecida en el artículo 146 de Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, pues como se señaló en el párrafo anterior, tales pruebas en modo alguno afectaban la validez del acto recurrido. Así se declara.

## V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

### 1. Principios generales del Régimen Tributario

#### A. Principio de legalidad tributaria

**TSJ-SPA (0962)**

**13-8-2008**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Consorcio Precowayss vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.)

**El principio de legalidad tributaria constituye un límite formal a la imposición, en cuanto garantiza cuál va a ser el órgano productor de la norma, es decir, el Poder Legislativo, y salvo delegación expresa y excepcional, el Poder Ejecutivo. La Sala Político Administrativo analiza la legalidad de las contribuciones especiales de paro forzoso.**

Ahora bien, habiéndose declarado la nulidad del fallo recurrido en los términos expuestos, debe esta Máxima Instancia de conformidad con lo previsto en el artículo 209 del referido Código de Procedimiento Civil, conocer y decidir el fondo del asunto controvertido en la presente causa, referente a si el Sistema de Autoliquidación Nacional de Empresas (S.A.N.E.) del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) al exigir del Consorcio Precowayss el pago de aportes de paro forzoso para el año 2003 y desde el mes de enero a junio de 2004, violó su derecho constitucional a la propiedad y el principio de legalidad tributaria, previstos en los artículos 115 y 317 de la Carta Magna, respectivamente, toda vez que liquidó mensualmente las cotizaciones por el mencionado concepto equivalentes al 2,2 %, sin que existiese base legal que le sirviera de fundamento.

En orden a lo anterior, se observa que la representación judicial del Consorcio Precowayss expresa que la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en la sentencia N° 91 de fecha 02 de marzo de 2005, dejó sentado que “*la contribución de paro forzoso se encuentra derogada y por tanto, no puede ser objeto de cobro o cotización alguna, argumento éste que hemos venido pregonando desde el momento en el que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) pretendió arbitrariamente exigir a mi Representada el pago de la referida contribución, siendo que tal exigencia no tenía fundamento legal alguno y, adicionalmente, era violatorio de disposiciones constitucionales.*”. (Destacado del contribuyente).

Asimismo, alegan que en la aludida sentencia la Sala Constitucional consideró que el mencionado aporte, transgredía el derecho a la propiedad y el principio de legalidad tributaria, por cuanto exigía el pago de una contribución sin existencia de norma alguna que lo contemple. Además, añaden que “*la Sala ratifica mediante ese fallo (24-03-04), el criterio sentado por el Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, vale destacar, el mismo órgano jurisdiccional que, mediante la sentencia recurrida, ha plasmado un criterio absolutamente contrario y divorciado del sentado en aquella oportunidad...*”.

Con vista a lo expuesto, por cuanto las apoderadas judiciales del recurrente denuncian que el referido Instituto al pretender el cobro de las facturas impugnadas violó el derecho a la propiedad de su representada y el principio de legalidad tributaria, consagrados en los artículos 115 y 317 de nuestra Carta Magna, respectivamente, esta Sala considera necesario transcribir, en primer término, el contenido de la última de las mencionadas normas, cuyo tenor es el siguiente:

*“Artículo 317. No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.*

*No podrán establecerse obligaciones tributarias pagaderas en servicios personales. La evasión fiscal, sin perjuicio de otras sanciones establecidas por la ley, podrá ser castigada penalmente. En el caso de los funcionarios públicos o funcionarias públicas se establecerá el doble de la pena.*

*Toda ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo se entenderá fijado en sesenta días continuos. Esta disposición no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por esta Constitución.*

*La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional y su máxima autoridad será designada por el Presidente o Presidenta de la República, de conformidad con las normas previstas en la ley”.*

Respecto al principio de legalidad tributaria la Sala en Sentencia N° 00056 de fecha 18 de enero de 2006, Caso *Colegio Venezolano de Agentes de la Propiedad Industrial (COVA-PI)*, estableció lo que a continuación se transcribe:

*“Artículo 317: (...).*

*De la disposición citada se desprende, que el Texto Constitucional prevé como requisito indispensable para el cobro de cualquier tributo, que éste se encuentre establecido en una norma de rango legal, siendo uno de los fundamentos de esta exigencia la seguridad jurídica de los potenciales sujetos pasivos de la obligación tributaria.*

*Tal principio reviste una especial importancia en cuanto a los límites del Estado para ejercer su potestad tributaria, específicamente respecto a la exigibilidad del tributo, ya que esa exigencia dependerá de su consagración legal (...).”.*

De la norma citada y de la sentencia *supra* transcrita, observa esta Alzada que el principio de legalidad tributaria, está referido a la imposibilidad de cobrar impuestos, tasas o contribuciones que no estén establecidos en la Ley, así como tampoco podrán concederse exenciones, rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. De esta manera, el aludido principio constituye un límite formal a la imposición, en cuanto garantiza cuál va a ser el órgano productor de la norma, es decir, el Poder Legislativo, y salvo delegación expresa y excepcional, el Poder Ejecutivo.

Circunscribiendo el análisis al caso concreto, aprecia esta Alzada que el Sistema de Autoliquidación Nacional de Empresas (S.A.N.E.) del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) emitió a cargo del Consorcio Precowayss las facturas impugnadas, correspondientes a los períodos impositivos 2003 y desde enero hasta junio de 2004, cuyo monto asciende a la cantidad de Ochenta y Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Cincuenta y Tres Bolívares con Cuarenta y Ocho Céntimos (Bs. 87.512.953,48), expresados ahora en Ochenta y Siete Mil Quinientos Doce Bolívares con Noventa y Cinco Céntimos (Bs. 87.512,95), por concepto de paro forzoso.

En orden a lo indicado, es preciso referir que la Sala Constitucional mediante sentencia N° 446 de 24 de marzo de 2004, Caso *Otepi Consultores C.A.*, se pronunció acerca de la ausencia de base legal de la contribución especial de paro forzoso, como consecuencia de que el artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social derogó expresamente el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, estableciendo lo siguiente:



*“En primer lugar, este órgano jurisdiccional juzga correcta la apreciación del a quo, en tanto y en cuanto el cobro de la contribución especial de Paro Forzoso no se encuentra regulada en norma legal alguna, por lo que, en virtud del principio nullum tributum sine lege, reconocido por el artículo 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal cobro vulneraría el derecho a la propiedad privada, consagrado en el artículo 115 eiusdem.*

*En tal sentido, tenemos el artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.600 del 30 de diciembre de 2002, que, textualmente, dispone lo siguiente:*

(...)

*Dado que con la norma transcrita se produjo un vacío de regulación respecto de los elementos integradores de la contribución especial de Paro Forzoso, pues era, precisamente, el Decreto derogado el que así los establecía, y visto que la Asamblea Nacional nada disciplinó al respecto, el cobro de dicha contribución, con posterioridad al 30 de diciembre de 2002, y hasta que sea dictada una nueva normativa con rango de ley que así los disponga, ha de reputarse inconstitucional, en virtud del principio de legalidad tributaria, reconocido por los artículos 317 de la Carta Magna, y 3 del Código Orgánico Tributario, así como una limitación arbitraria del derecho a la propiedad privada, consagrado en el artículo 115 Constitucional, el cual dispone que dicho derecho constitucional estará sometido sólo ‘a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general’.*

*Por ello, apropiada fue la declaratoria del Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el sentido de declarar que el cobro del Paro Forzoso es inconstitucional, por ser una contribución especial de seguridad social y, por ende, un tributo (cfr. artículo 12 del Código Orgánico Tributario), así como una limitación al derecho a la propiedad privada, no estipulados en un acto con rango de ley”. (V. igualmente Sentencia 02 de marzo de 2005, N° 91. Caso Organización Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA). Revista Derecho Público N° 101, p. 100 y ss).*

Asimismo, es prudente resaltar que la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante sentencia N° 124 del 31 enero de 2007, Caso *Seguros Altamira C.A.*, con fundamento en los fallos antes transcritos, precisó que el cobro de la contribución especial de paro forzoso, desde el 30 de diciembre de 2002 (fecha en que quedó derogado expresamente el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral) hasta el 02 de marzo de 2005 (fecha en la que esa Sala declaró la ultra actividad del aludido Decreto hasta tanto el Poder Legislativo dictase la norma reguladora de tal contribución) transgredía el principio de legalidad tributaria previsto en los artículos 317 de la Carta Fundamental y 3 del vigente Código Orgánico Tributario.

En sintonía con lo señalado, constata esta Alzada que mediante *Gaceta Oficial* N° 38.281 del 27 de septiembre de 2005, entró en vigencia la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, que regula el Sistema Nacional de Protección Frente a la Pérdida del Empleo y al Desempleo, así como los *“mecanismos, condiciones, términos, cobertura y demás requisitos para la prestación del beneficio social en caso de desempleo”*.

Ahora bien, atendiendo a los parámetros trazados por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal y a la entrada en vigencia del aludido régimen prestacional de empleo, pasa esta Sala a verificar si en el caso objeto de análisis, era legal o no, el cobro de los montos determinados a cargo del consorcio contribuyente en las facturas objeto de impugnación y, en tal sentido, observa:.....

.....Con vista a lo antes expresado, a juicio de la Sala las contribuciones especiales de paro forzoso exigidas en las facturas impugnadas al consorcio recurrente, vulneraban el principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 317 de la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela, toda vez que el artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social derogó el mencionado Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, donde estaba contemplada la aludida contribución, quedando ésta sin norma alguna.

Así, es pertinente agregar que, si bien es cierto que la Sala Constitucional en su decisión N° 91 del 2 de marzo de 2005, subsanó el mencionado vacío legal al acordar una medida cautelar innominada consistente en la ultra actividad del referido Decreto Ley, siendo exigible el cobro de la contribución de paro forzoso, no lo es menos que para el momento en que ocurrieron los hechos, la norma en cuestión se encontraba derogada, razón por la cual el Sistema de Autoliquidación Nacional de Empresas (S.A.N.E.) del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) no debió liquidar a cargo del consorcio contribuyente las contribuciones en referencia. Así se declara.

Sobre la base de las consideraciones realizadas, esta Alzada declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Precowayss, y conociendo del fondo del asunto controvertido, declara con lugar el recurso contencioso tributario ejercido por el aludido consorcio contra las *Facturas* recurridas, las cuales se anulan. Así se declara.

Finalmente, esta Máxima Instancia de la revisión de los autos y de conformidad con lo establecido en el párrafo único del artículo 327 del vigente Código Orgánico Tributario, aprecia que la representación judicial del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), tuvo motivos racionales para litigar, en virtud de las dudas que surgieron respecto a la vigencia de la legislación que regula la materia aquí debatida, motivo por el cual se le exime de la condenatoria en costas. Así se declara.

B. *Sanciones administrativas tributarias*

**TSJ-SPA (0948)**

**13-8-2008**

Ponencia Conjunta

Caso: Fisco Nacional vs. Decisión Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central.

**La Sala Político-Administrativa modifica la interpretación que ha venido realizando respecto a la aplicación de la figura del delito continuado en la materia de sanciones administrativas tributarias, concretamente en lo atinente al impuesto al valor agregado.**

.....Planteada la controversia en los términos expuestos, pasa este Máximo Tribunal a analizar lo dispuesto por los artículos 79 y 101 primer aparte del vigente Código Orgánico Tributario y 99 del Código Penal, los cuales son del tenor siguiente: Código Orgánico Tributario de 2001

*“Artículo 79.- Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas.*

*A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas del Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario”.*

*“Artículo 101.-Constituyen ilícitos formales relacionados con la obligación de emitir y exigir comprobantes:*

(...)

2).- *Emitir facturas u otros documentos obligatorios con prescindencia total o parcial de los requisitos y características exigidos por las normas tributarias.*

(...)

*Quien incurra en los ilícitos descritos en los numerales 2, 3 y 4 será sancionado con multa de una unidad tributaria (1 U.T.) por cada factura, comprobante o documento emitido, hasta un máximo de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.) por cada período, si fuere el caso”.*

### **Código Penal**

*“Artículo 99.- Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución, lo que produce un aumento de la pena correspondiente al hecho, de una sexta parte a la mitad”.*

Ahora bien, se observa que la conducta infraccional llevada a cabo por la contribuyente y sancionada por la Administración Tributaria, fue la establecida en el artículo 101, numeral 2 del vigente Código Orgánico Tributario, al emitir facturas sin cumplir con los requisitos establecidos en la Resolución N° 320 de fecha 28 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.859, del 29 del mismo mes y año, al no señalar en cada factura si la operación fue de contado o a plazo, lo cual fue constatado en los ejercicios fiscales de los meses comprendidos entre los meses de noviembre de 2004 y mayo de 2005. Precisado lo anterior y atendiendo a los fundamentos de la apelación, esta Sala advierte que en el presente caso debe determinarse el mecanismo y el alcance del período de imposición del impuesto al valor agregado, para así poder establecer la forma de aplicación de la sanción prevista en el artículo 101 del vigente Código Orgánico Tributario a la contribuyente Distribuidora y Bodegaón Costa Norte, C.A. y, en consecuencia, analizar la solicitud efectuada por el Fisco Nacional respecto a que “sea reinterpretado el criterio fijado sobre el particular en la Sentencia N° 877, de fecha 17-06-2003, dictada por la Sala Político-Administrativa”.

En tal sentido, esta Alzada observa que la posición que ha mantenido respecto al asunto controvertido, se encuentra plasmada en sentencia de esta Sala N° 877 del 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, ratificada en forma pacífica hasta el momento, en la cual se estableció lo siguiente:

( ) Con respecto a la forma de cálculo de las sanciones impuestas por incumplimiento de deberes formales que aplicó la Administración Tributaria, mes a mes, objeto de esta controversia, la Sala pasa a decidir, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Como norma rectora de nuestro sistema tributario, en segunda reforma se promulgó el Código Orgánico Tributario de 1994, aplicable al caso sub júdice *ratione temporis*, el cual establece en su Sección Primera, las Disposiciones Generales, contenidas en el Título III, de las Infracciones y Sanciones, Capítulo I Parte General, regulatorias de estos ilícitos tributarios; en cuyo artículo 71 dispone que:

( )

En razón de los anteriores preceptos, debe esta Sala considerar los principios y normas del Derecho Penal, para resolver los casos que no hubieren sido previstos en el mencionado Código Orgánico Tributario.

Analizado y examinado dicho cuerpo normativo en su parte general, observa la Sala que no existe normativa que regule la calificación del hecho punible o ilícito tributario, cuando es producto de una conducta continuada o repetida. En virtud de lo cual, y por mandato expreso del referido artículo 71 *eiusdem*, es de obligatorio proceder, según las reglas del concurso continuado, previstas en el Código Penal. Normas y principios aplicados a las infracciones y sanciones, que forman el ilícito tributario, ya que éste participa de los caracteres generales del ilícito penal, como garantía constitucional de los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad de la pena consagrados en nuestra Carta Fundamental.

En este orden de ideas, se hace necesario analizar los requisitos de procedencia de la figura del delito continuado, aplicable también a las infracciones tributarias, cuyo precepto está contenido en el artículo 99 al establecer que:

Ahora bien, este tema ha sido objeto de estudio de reconocida doctrina nacional y extranjera, que ha sostenido la existencia de una ficción legal, por lo que la disciplina de hecho único que le es atribuida no se corresponde con una realidad de hecho único. Se trata de varios hechos constitutivos de diversas violaciones de la ley penal, que a los efectos sólo de la pena, ésta considera como un delito único, entendiendo que a los demás efectos, el tratamiento que se le dará será de varios delitos en concurso legal.

En este mismo orden de ideas, sostiene otra parte de la doctrina que, el delito continuado configura una forma especial de delito único, donde la unicidad de los distintos hechos constitutivos de la infracción viene dada por la unidad de la intención del sujeto agente, sea que ésta venga dada por dolo, culpa o error.

Es así como se ha definido el delito continuado, a través de las siguientes características, a saber: 1. Pluralidad de hechos, o conductas físicamente diferenciables, aún si son cometidas en fechas diferentes; 2. Que sean atribuibles o imputables a un mismo sujeto; 3. Constitutivas de violaciones a una misma disposición legal, y 4. Productoras de un único resultado anti-jurídico. Es decir, la consumación del delito continuado presupone que la serie de actos anti-jurídicos desarrollados por el sujeto agente sean ejecutivos de una única resolución o desig-nio, de una única intencionalidad, sea que ésta venga dada por dolo, culpa o error.

En el caso de autos, observa la Sala que la Administración Tributaria liquidó multas, mes a mes, por incumplimiento de deberes formales para el libro de compras, previstos en los literales d) y h); para el libro de ventas, previstos en los literales c) y d), de los artículos 78 y 79 del Reglamento de la Ley del Impuesto al valor agregado, respectivamente, y por la omisión de datos en las facturas emitidas por la contribuyente, previstas en los literales h) y m) del artículo 63 del Reglamento eiusdem, de conformidad con el artículo 106 del Código Orgánico Tributario.

Pues bien, del análisis de las actas procesales, a la luz de las características de la figura del delito continuado supra señaladas, se advierte, en el caso de autos, que existen varios hechos, cada uno de los cuales reúne las características de la infracción única, pero como se dijo anteriormente, por la ficción que hace el legislador, no se consideran como varias infracciones tributarias sino como una sola continuada, en virtud de la unicidad de la intención o designio del sujeto agente (la contribuyente recurrente). Así se observa, que mediante una conducta omisiva, en forma repetitiva y continuada, viene violando o transgrediendo, durante todos y cada uno de los períodos impositivos investigados, la misma norma, contentiva del ilícito tributario por concepto de incumplimiento de deberes formales, previsto en los artículos 106 del Código Orgánico, 78, 79 y 63 del Reglamento del impuesto al valor agregado. Comportamiento omisivo reflejado en forma idéntica en cada uno de los meses investigados, tal como se puede ver de los anexos 01, 02 y 03 de la resolución de sanción impugnada. Por todas estas razones, la disposición del artículo 99 del Código Penal debe ser aplicada, en este caso particular, por darse los elementos del concurso continuado, aplicable también a las infracciones tributarias, por expreso mandato del artículo 71 del Código Orgánico Tributario, en consecuencia, las multas estimadas procedentes en este fallo, deben ser calculadas como una sola infracción, en los términos del dispositivo del mencionado artículo 99, por no tratarse de incumplimientos autónomos como erradamente lo afirmó la Administración Tributaria. Así se declara.

Siendo ello así, la Sala ha venido considerando que en materia de infracciones tributarias el delito continuado tiene lugar cuando se violan o se transgreden en el mismo o en diversos períodos impositivos una idéntica norma, y su ratio radica en que dicha conducta constituye una actuación repetida y constante, que refleja una unicidad de intención en el contribuyente.

No obstante lo antes expuesto, un estudio más detallado de la cuestión debatida lleva ahora a la Sala a un replanteamiento respecto a su resolución, en atención a la naturaleza del impuesto al valor agregado y a los elementos que componen el hecho imponible. En efecto, en el caso del impuesto al valor agregado, el período impositivo es de un (1) mes calendario, conforme a lo previsto en el artículo 59 de la Ley que regula dicho Impuesto, cuestión que determina dentro del marco normativo previsto en la Ley de Impuesto al Valor Agregado,

que los contribuyentes están obligados a declarar el monto de los ingresos obtenidos producto de la ocurrencia del hecho imponible de ese tributo, así como cumplir con los demás deberes formales a los que se encuentran sometidos por su condición de sujetos pasivos, durante cada mes o período de imposición.

En otras palabras, esta Sala aprecia que el impuesto al valor agregado comprende períodos de imposición mensuales, a diferencia del ejercicio fiscal de un (1) año previsto para el caso del impuesto sobre la renta, por lo cual los contribuyentes están obligados a cumplir con determinados deberes formales previstos en la ley y el reglamento respectivo, por cada uno de estos períodos impositivos, los cuales son distintos uno del otro.

En tal sentido, se advierte que la aplicación de las sanciones por incumplimiento de deberes formales durante diversos períodos de imposición mensuales, en ningún caso viola el principio del non bis in idem, pues atiende a conductas infractoras que fueron determinadas y acaecidas en diversos períodos de imposición, vale decir, mes a mes, al momento de efectuarse la fiscalización correspondiente, circunstancia que permite verificar el cumplimiento o no de las obligaciones que deben soportar los contribuyentes por su misma condición de sujeto pasivo, en este tipo de tributo.

Igualmente, tampoco podría considerarse que con tal proceder se incurra en violación de dicho principio constitucional, debido a que no es posible suponer que por haber sido detectada en una misma actuación fiscalizadora una infracción cometida en varios períodos, se esté en presencia del delito continuado, pues la transgresión o incumplimiento ocurrido se circunscribe únicamente para el ejercicio respectivo, no pudiendo extenderse los efectos del ilícito a diversos períodos fiscales.

Así las cosas, aprecia la Sala que la figura del delito continuado prevista en el artículo 99 del Código Penal, es una ficción legal, que tiene como finalidad el aumento del cálculo de la pena de un delito considerado único, que presupone que la serie de múltiples actos anti-jurídicos violatorios de una misma disposición legal desarrollados por el sujeto agente, sean ejecutivos de una única resolución o designio, de una única intencionalidad, lo que en realidad no ocurre en materia de infracciones tributarias por incumplimiento de deberes formales en lo que se refiere al Impuesto al Valor Agregado, toda vez que cada período mensual es autónomo, aislado uno del otro y genera sus propias consecuencias, por lo que no puede considerarse que exista una única intencionalidad del contribuyente infractor, dada la manera en que se verifica la temporalidad del hecho imponible en este tipo de impuesto.

Sobre este particular, la Sala estima que la aplicación de los principios y garantías del derecho penal común, como es el establecido en el aludido artículo 99 del Código Penal, al ámbito del derecho tributario sancionador, únicamente tendría su justificación frente a un vacío u oscuridad de la ley tributaria, siempre y cuando ofrezca una solución compatible con las características propias del derecho tributario como ley especial.

Ello es así, en atención a que el Código Orgánico Tributario prevé una serie de situaciones específicas aplicables a la materia fiscal, contemplando dentro de su marco regulatorio todo lo referente a las infracciones e ilícitos tributarios, siendo que en su artículo 79 expresamente señala que *“Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas”*. Adicionalmente, establece que **“A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas del Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario”**. (Resaltado de la presente decisión).

Bajo este orden de ideas, debe destacarse que el Código Orgánico Tributario regula en su artículo 101 lo relativo a la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales, como en el presente caso, en el cual se verificó el incumplimiento de los requisitos

establecidos en la Resolución N° 320 de fecha 28 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.859, del 29 del mismo mes y año, al no señalar la contribuyente en cada factura si la operación fue de contado o a plazo.

En virtud de lo anterior, conviene advertir que dada la existencia de reglas específicas para la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales, en el texto especial que regula la relación adjetiva que nace entre el sujeto activo y el contribuyente, no corresponde aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Penal, concretamente del artículo 99, toda vez que no se verifica vacío legal alguno, ya que de acuerdo con el artículo 101 del Código Orgánico Tributario la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales se realiza por cada período o ejercicio fiscal.

Por otra parte, considera esta Sala necesario observar que las reglas del concurso continuado conllevan en el caso de incumplimiento de deberes formales, a una injusta aplicación de las sanciones, ya que la repetición en el tiempo de una conducta antijurídica, sólo trae como consecuencia que se aumente la pena de una sexta parte a la mitad, sin tomar en cuenta la cantidad de períodos consecutivos en que haya sido infringida la norma por la contribuyente, ya que siguiendo tales lineamientos no se impone la sanción por cada ejercicio fiscal, cuestión que en el caso del impuesto al valor agregado pudiera conllevar a una desnaturalización de la temporalidad de su hecho imponible, habida cuenta que los contribuyentes están obligados a cumplir con determinados deberes formales previstos en la ley y el reglamento respectivo, por cada uno de los períodos impositivos mensuales, los cuales -como ya se indicara- son distintos uno del otro y generan sus propias consecuencias.

En definitiva, se estima importante señalar que la transferencia de normas del Código Penal al ámbito de los ilícitos tributarios, debe hacerse con carácter supletorio y respetando la compatibilidad que ha de existir con el ámbito especial del derecho tributario.

En tal sentido y con base a las consideraciones antes expuestas, no resulta apropiado aplicar en forma directa, en los términos del artículo 79 del Código Orgánico Tributario vigente, la noción del delito continuado a la imposición de sanciones por la comisión de ilícitos formales derivados del impuesto de tipo valor agregado, ya que el hecho punible y la forma de imponer la sanción han sido adecuadas a los términos previstos en el artículo 101 eiusdem, con apego a los elementos en que ocurre el hecho imponible en el mencionado tributo, es decir, por cada período mensual o ejercicio fiscal.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala reconsidera el criterio que había venido sosteniendo respecto de la aplicación del delito continuado en casos como el de autos, en los que se impone una sanción producto de incumplimiento de deberes formales del impuesto a las ventas, adoptado en la sentencia N° 877 del 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, posteriormente ratificada en forma pacífica en diversos fallos hasta la presente fecha, estableciendo que el artículo 99 del Código Penal no es aplicable a las infracciones tributarias que se generen con ocasión de los deberes formales en materia de Impuesto al Valor Agregado, por los motivos aludidos en el presente fallo. Así se decide.

Ahora bien, en atención a que el nuevo criterio no resulta aplicable a la situación de autos, esta Alzada con fundamento en la sentencia N° 877 de fecha 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, considera que la contribuyente al haber cometido en forma repetida y continua la conducta infractora establecida en el artículo 101, numeral 2 del vigente Código Orgánico Tributario, debe aplicársele la disposición del artículo 99 del Código Penal y, en consecuencia, la sanción que se le ha de imponer tiene que ser calculada como si se tratase de una sola infracción, tal como lo estableciera el *a quo*. Por las razones expuestas, se impone confirmar el fallo apelado. Así se declara.

2. *Impuestos Municipales: Impuesto a las Actividades Económicas*

TSJ-SC (1115)

10-7-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Comercializadora SNACKS, S.R.L., vs. Dirección de Hacienda Pública Municipal de la Alcaldía del Municipio Valencia del Estado Carabobo. (Revisión de Sentencia)

**Independientemente de que el establecimiento permanente del comitente se encuentra ubicado fuera del Municipio y no tenga un establecimiento permanente, en cuanto a industria se refiere, lo relevante es si éste realiza de manera habitual y permanente actividades de comercio en dicho territorio, a fin de exigir parte de los ingresos brutos derivados de las ventas realizadas en su Municipio y no fuera de aquel, lo cual se patentiza cuando las ventas producto de la comisión son realizadas dentro del respectivo Municipio, en cuyo caso sólo podrá gravar las ventas derivadas de la comisión realizadas en el mismo y, no las realizadas fuera del referido Municipio.**

## VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Poder discrecional*

TSJ-SC (1265)

5-8-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

**La potestad discrecional para ser legal y legítima debe ser necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente.**

Con relación a la violación del principio de tipicidad de las sanciones administrativas, este órgano jurisdiccional observa, que los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX).

Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza “*administrativa*” (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina “*potestades discrecionales*”, por oposición a las “*potestades vinculadas o regladas*”. En efecto, la “*potestad discrecional*” no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.

Ahora bien, esta potestad discrecional, para ser legal y legítima es necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal (en este caso la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente.

Al respecto, SANTAMARÍA expone que el poder discrecional no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa (atribuida expresamente por una norma legal).

En este orden de ideas, GARCÍA DE ENTERRÍA argumenta que "...no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico. Es falso, pues, la tesis, bastante común por otra parte, de que hay potestad discrecional, allí donde no hay norma...". El núcleo de esa potestad discrecional es la libertad de selección, de opción, de escogencia, entre varias alternativas, todas justas.

En tal sentido, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige que la medida o providencia a juicio de la autoridad competente debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo cual es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que es inaceptable es pretender la declaratoria de nulidad de una norma general por el solo hecho de contener una potestad discrecional.

El control jurisdiccional del acto discrecional podría implicar la nulidad del acto discrecional, si se advierte incompetencia del ente que lo dicte, incongruencia fáctica (falso supuesto de hecho), incongruencia teleológica (desviación de poder) o incongruencia formal (vicio de procedimiento).

En relación a la potestad discrecional administrativa, esta Sala, en el fallo N° 1260/2002, precisó que:

*"...la discrecionalidad de la Administración sólo es admitida en la esfera del ejercicio de la potestad sancionatoria para determinar la gravedad de los hechos a los fines de la sanción, y siempre sometido a las reglas de la racionalidad y proporcionalidad. No abarca la discrecionalidad, en consecuencia, la posibilidad de tipificar el hecho ilícito, ni de desprender de una circunstancia determinados efectos en relación con los sujetos sometidos a un ordenamiento en el cual no exista una relación fija de supremacía especial. En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina norma en blanco, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia."*

Asimismo, en sentencia N° 1394/2001 de esta misma Sala Constitucional, al aludirse a la discrecionalidad como elemento distintivo entre la actividad sancionatoria administrativa y la penal, en la que se reitera la debida sujeción al bloque de la legalidad, reproduce el fallo de la Sala Político Administrativa del 04 de agosto de 1994, que sostiene que:

*"...es reiterada la diferencia que ha precisado el contencioso administrativo respecto de la jurisdicción penal. En efecto, la administración, en relación a la actividad sancionatoria, tiene como nota característica la discrecionalidad, la cual no puede equipararse en modo alguno a la que prescribe el derecho penal, pues en este ordenamiento, cuando han de aplicarse reglas para aumentar o rebajar la pena, se cuenta previamente con la clara identificación de las circunstancias que atenúan o agravan el delito cometido..."*

*Ahora bien, esto no significa que la sanción a imponer quede al arbitrio de la administración y que en su actividad sancionatoria pueda el funcionario evadir la legalidad del acto en incurrir en abuso de poder, sino que debe someterse a los límites establecidos en el precepto a aplicar..."*

En consecuencia de lo expuesto, al estar debidamente tipificados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tanto los hechos lícitos (artículos 91 y 92), como las sanciones administrativas (artículos 93, 94 y 105); la potestad discrecional del órgano contralor no es una "norma en blanco", pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica; y así se declara.



2. *Procedimiento Administrativo*A. *Principio de la Legalidad*

CSCA

12-8-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS).

**La legalidad otorga a la Administración un marco de actuación, encargándose de definir cuidadosamente sus límites, apoderándola, habilitándole para su acción, confiriéndole al efecto poderes jurídicos.**

.....Declarado lo anterior, aprecia esta Corte que la parte recurrente igualmente destacó que el vicio de inmotivación denunciado, al no adecuarse a los hechos verificados en el caso de autos, habría producido igualmente la violación del principio de legalidad, sin que para ello haya extremado en sus consideraciones sobre la manera en que tal violación se produjo.

No obstante ello, respecto del alegado vicio de violación del principio de legalidad, observa esta Corte que el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el mencionado principio, conforme al cual la Administración sólo puede obrar cuando haya sido legalmente facultada, cuestión que constituye una de las características propias del moderno Estado de Derecho, que comporta la subordinación del poder de obrar de la Administración a la Constitución y las leyes; tal asunto comporta el establecimiento de las relaciones entre el ordenamiento jurídico en general y el acto o actos emanados de la Administración.

Por estos motivos, resulta evidente que dicho principio de legalidad, tal como ha sido concebido por nuestro Constituyente, se erige como un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste.

Siendo ello así, la funcionalidad práctica del principio de legalidad, respecto de la actuación de la Administración Pública, se erige en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración. Así, la legalidad otorga a la Administración un marco de actuación, encargándose de definir cuidadosamente sus límites, apoderándola, habilitándole para su acción, confiriéndole al efecto poderes jurídicos.

De esta manera, la acción de la Administración se convierte en el ejercicio de un poder que ha sido previamente atribuido por la ley, construyéndolo y delimitándolo, de manera que sin la atribución legal previa de potestades, aquélla simplemente no podría actuar (*Vid.* García De Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson-Civitas. Duodécima Edición, Madrid: 2004. p. 448).

De esta forma, el principio de la legalidad permite determinar de una manera sencilla, *prima facie*, la validez de un acto administrativo, mediante la constatación de la atribución o no a la Administración de la potestad invocada para dictar dicho acto.

3. *Actos Administrativos*A. *Requisitos de forma: Motivación***CSCA****12-8-2008**

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS).

....A este respecto estima Corte que toda resolución administrativa resulta motivada cuando contiene, aunque no todos, los principales elementos de hecho y de derecho, esto es, cuando contemple el asunto debatido y su principal fundamentación legal, de modo que el interesado pueda conocer el razonamiento de la Administración y lo que la llevó a tomar la decisión.

En efecto, es jurisprudencia reiterada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha precisado que la insuficiente inmotivación de los actos administrativos, sólo da lugar a su nulidad, cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en los que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando, a pesar de la sucinta motivación, permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por el funcionario. Así, una resolución puede considerarse motivada cuando ha sido emitida sobre la base de hechos, datos o cifras concretas y cuando éstos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente. (Sentencia N° 009, de fecha 9 de enero de 2003, caso *Luis A. Delegado*).

Al respecto, observa esta Corte que la sanción impuesta por el Instituto recurrido, tuvo su fundamento en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.898 Extraordinario del 17 de mayo de 1995, el cual es del tenor siguiente:

“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”.

En tal sentido, se debe acotar que la sanción *in commento* obedeció a: (i) el incumplimiento de la recurrente en la prestación adecuada y diligente de los servicios financieros ofrecidos, y (ii) la falta de respuesta que la Entidad bancaria recurrente tuvo ante la denuncia formulada por la denunciante; sobre este último particular el apoderado judicial del Banco Exterior, Banca Universal C.A., en la oportunidad del acto de informes oral y público, en el minuto dieciséis (16) de dicho acto de informes, ante la pregunta del Juez Alexis José Crespo Daza, inherente a que “(...) en el entendido que estamos claros que el origen de la sanción no tiene que ver con que se pagó o no el cheque, sino que el origen de la sanción fue que simple y llanamente no se le dio oportuna respuesta [a la denunciante por parte de la Entidad bancaria] (...) ¿en su momento le contestaron o no le contestaron o no el reclamo a la persona [denunciante]?”, el apoderado judicial de la sociedad mercantil recurrente, respondió que “no, en el momento no se le contestó [a la denunciante]” [Corchetes de esta Corte].

Es decir, según el conocido aforismo a “confesión de parte, relevo de pruebas”, la representación judicial del Ente recurrente aceptó su incumplimiento en el deber de dar respuesta a la usuaria denunciante, ante el hecho por el cual se sustrajo una cantidad de dinero de una de

sus cuentas, mantenida en dicha Institución Financiera, con lo cual es evidente la infracción de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., al artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en tanto no cumplió con su deber de dar respuesta, oportuna y específica a la denunciante sobre los montos hurtados a su cuenta corriente.

No obstante, aún constatada la confesión de los hechos por parte del apoderado judicial de la recurrente, esta Corte, en aras de lograr un estudio profundizado de la presente causa, observa que el acto recurrido en su motivación estableció que confirmaba en todas y cada una de sus partes el acto originario dictado por el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario en fecha 30 de septiembre de 2003, el cual señaló que:

“[es] criterio de [ese] despacho desestimar lo alegado por el representante del establecimiento de autos, por cuanto su dicho resulta insuficiente a objeto de desvirtuar los hechos denunciados así como los soportes a los mismos, siendo oportuno precisar que los hechos denunciados versan sobre el reclamo efectuado por la ciudadana denunciante respecto a la no similitud o semejanza de la firma de la persona que suscribió el cheque con la de ella, la cual debe estar en el registro de firmas del Banco y cuya copia no fue consignada en [ese] expediente.

De manera pues, que hecha la observación precedente resulta concluyente la transgresión a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, por parte de la sociedad mercantil Banco Exterior, al incumplir los términos y condiciones inherentes a la naturaleza del servicio prestado, siendo necesario señalar que por tratarse de un servicio de interés colectivo, están obligados a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente, así como cumplir todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían adoptando y ejecutando medidas de seguridad eficientemente efectivas.

De igual forma se le señala a la sociedad mercantil de autos que por ser un proveedor de servicios bancarios, se encuentra legalmente obligado a presentar en caso de reclamo las pruebas demostrativas correspondientes al usuario, debiendo remitir su respuesta en un plazo no mayor de quince (15) días continuos a partir de la reclamación. En el caso de autos no consta la respuesta por parte de la sociedad mercantil así como las pruebas de la misma y es el caso que hasta la fecha de dictar la presente decisión no existe comunicación escrita debidamente sustentada en donde se le explique al ciudadano denunciante la no procedencia de su reclamo, lo cual evidencia la conducta omisa por parte de la sociedad mercantil denunciada” [Corchetes y negrillas de esta Corte], (*Vid.* Folios 161 al 163 del Expediente Administrativo).

La anterior declaración, al ser cotejada con la pruebas que cursan tanto en el expediente judicial como administrativo, se evidencia que la sociedad mercantil recurrente no aportó prueba alguna que lograra desvirtuar la sanción impuesta por el Ente recurrido, a saber: (i) Contrato de Cuenta Corriente suscrito en fecha 18 de julio de 2000 por la denunciante y su representada; especialmente lo establecido en la cláusula octava (8º) de dicho contrato; (ii) el cheque pagado, signado con el N° 45-07064949 de fecha 30 de enero de 2004 por la cantidad de Novecientos Mil Bolívares con Cero Céntimos (Bs. 900.000,00) y la tarjeta de registro correspondiente a la denunciante (*Vid.* Folios 182 al 184 del expediente administrativo). Así como tampoco presentó prueba alguna que permitiera verificar al Ente recurrido ni a esta Corte que la sociedad mercantil Banco Exterior, dio la debida respuesta a la denunciante ante el reclamo interpuesto.

Es decir, la recurrente consignó las mismas pruebas en vía administrativa, que las que utilizara en el procedimiento administrativo para desvirtuar el acto recurrido, en tal sentido, debe esta Corte insistir en el argumento expuesto en el punto PRIMERO de la presente motivación, donde quedó establecido que dichas pruebas en modo alguno varían las razones que originaron en acto recurrido, dado que: a) la autonomía de la voluntad en materia contractual, no opera plenamente cuando se trata de contratos de adhesión; b) la parte recurrente no pro-

movió la experticia correspondiente que permitiera corroborar la identidad entre las firmas presentadas. En consecuencia, el Ente recurrido incumplió su deber de buen custodio de los bienes depositados, así como en el máximo deber de diligencia en los servicios por ellos prestados; y, c) no presentó medio de prueba para demostrar la culpa o dolo de la denunciante. Igualmente, se debe mencionar que lo anterior constituye una violación a lo estipulado en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, toda vez que en dicho artículo se establece el deber de cumplimiento en las obligaciones contraídas por parte de los prestadores de servicios, verbigracia la custodia de los bienes que deben tener las Entidades bancarias sobre los ahorros de sus usuarios; es decir, el acto recurrido sí contiene las razones de hecho y de derecho en los cuales se fundamentó.

En consecuencia, siendo que la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., incumplió tal obligación, considera esta Corte que se encuentra fundamentada la sanción que le fuera impuesta por el Instituto recurrido a dicha sociedad mercantil, dado que así lo establece el artículo 95 de la entonces vigente Ley para la Protección al Consumidor y la Usuario, el cual es del tenor siguiente:

“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”.

Visto lo anterior, no resulta viable la denuncia formulada por la sociedad mercantil Banco Exterior, inherente a que “[no] hay referencia a los hechos, ni a los fundamentos legales aplicables a los mismos”, pues como ha quedado establecido en la presente motivación, la sanción impuesta obedeció a la falta de repuesta y falta de diligencia debida por parte de la recurrente en los servicios prestados en la cuenta corriente de la ciudadana Elisabel Pérez Regos, así como el deber de la Institución bancaria recurrente en darle oportuna y adecuada respuesta a la recurrente de conformidad a lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, el cual señala:

“Es de la competencia del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU):

(...)

16. Velar por que a los usuarios de los servicios de agua, gas, teléfono, áreas conexas, energía eléctrica, servicios bancarios, financieros, de seguro y otros similares, se les presenten, en caso de reclamo, las pruebas demostrativas correspondientes; A requerimiento del usuario podrán practicarse conjuntamente con funcionarios técnicos, debidamente calificados, inspecciones destinadas a certificar el buen funcionamiento de los instrumentos técnicos destinados a la medición del consumo o a la prestación del servicio. El usuario podrá solicitar experticias técnicas en aquellos instrumentos que no estén a la vista.

Igualmente el consumidor y el usuario, podrán exigir de toda empresa que otorgue servicio de cualquier naturaleza, información, costo y garantía del servicio a cancelar. La empresa se obliga a remitir al consumidor y al usuario respuesta adecuada dentro de un plazo no mayor de quince (15) días continuos a partir de la reclamación” (Negrillas de esta Corte).

De esta forma, respecto a la denuncia de inmotivación e ilegalidad del acto recurrido que hiciera la sociedad mercantil recurrente, debe destacarse que “(...) el objeto de la motivación es, en primer lugar, permitir a los órganos competentes el control de la legalidad del acto emitido y, en segundo lugar, hacer posible a los recurrentes el ejercicio del derecho a la defensa”, de manera que, comparte esta Corte el argumento expuesto por la representantes del Ministerio Público en la audiencia de informes celebrados en forma oral, al afirmar que “(...) un acto administrativo puede considerarse motivado cuando ha sido dictado con base en hechos, datos o cifras concretas y cuando éstos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente considerado en forma íntegra y formado en función del acto de que se trate y de sus antecedentes, siempre que el administrado haya tenido acceso a ellos”.

Así, en el caso concreto analizado se observa que la entidad bancaria recurrente tuvo conocimiento desde el inicio de lo reclamado por la ciudadana Elizabet Pérez Rego, ante el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), le notificó del inicio del procedimiento administrativo, ejerció de manera efectiva su derecho a la defensa, consignó escrito de descargo, aportó las pruebas que estimó pertinente, ejerció el recurso jerárquico, es decir, conocía ampliamente las razones en que se fundamentó la administración para emitir el acto sancionatorio, e incluso acude ante este sede jurisdiccional con pleno conocimiento de la problemática debatida con anterioridad.

Por otra parte, siendo que el ente recurrente no consignó prueba alguna que permitiera demostrar que efectivamente sí le dio respuesta a la denunciante, sobre los montos sustraídos a su cuenta corriente a través del cheque en referencia, a la vez de la infracción que constituyó la falta de cuidado y custodia de los montos depositados en dicha entidad financiera, esta Corte encuentra que efectivamente sí hubo violación al artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, tipificado a su vez como una sanción al artículo 95 de la Ley *ejusdem*. Por lo tanto se declara sin lugar la presente denuncia. Así se declara.

B. *Vicios de fondo*

a. *Incompetencia*

**TSJ-SPA (1035)**

**2-9-2008**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Suramericana de Obras Públicas, C.A., vs. Ministerio del Popular para el Ambiente.

**La Sala ratifica su jurisprudencia sobre la procedencia del vicio de incompetencia, cuando una autoridad administrativa determinada dicta un auto para el cual no estaba legalmente autorizada, por lo que debe quedar precisado, de manera clara y evidente, que su actuación infringió el orden de asignación y distribución de las competencias o poderes jurídicos de actuación de los órganos públicos administrativos, consagrado en el ordenamiento jurídico. La competencia le confiere a la autoridad administrativa la facultad para dictar un acto para el cual está legalmente autorizada y ésta debe ser expresa, por lo que sólo en los casos de incompetencia manifiesta, los actos administrativos estarían viciados de nulidad absoluta.**

b. *Usurpación de funciones*

**TSJ-SPA (1034)**

**24-9-2008**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Procesadora Venezolana de Cereales (PROVENSA), Derivados de Maíz Seleccionados (Industria Nutritiva C.A.) vs. Gobernación del Estado Portuguesa.

**La Sala reitera una vez mas su jurisprudencia referente a que la usurpación de funciones se constata cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo el principio de separación de los poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias.**

4. *Contratos Administrativos*A. *Modificación*

**Del ejercicio del *ius variandi* deriva fundamentalmente de la prohibición de alterar la esencia misma del contrato original, de allí que cualquier modificación en uso de dichas potestades debe estar dirigida a satisfacer los intereses y las necesidades públicas.**

B. *Consentimiento*

TSJ-SPA (0753)

2-7-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Rosario Salazar vs. Alcalde del Municipio Chacao (Nulidad del Contrato de Concesión para la prestación del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Chacao).

Vistas las denuncias expuestas, la Sala considera necesario revisar en primer término, la validez del denominado Documento Suplementario o Primer Addendum al contrato de concesión original y en tal sentido, es preciso analizar si en el presente caso, se cumplieron los extremos legales o requisitos esenciales para la formación y validez de los contratos establecidos en el artículo 1.141 del Código Civil, a saber: el consentimiento de las partes, que el objeto pueda ser materia del contrato y la causa lícita, pues como se precisará seguidamente, los contratos administrativos se encuentran sujetos a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado; de allí que las referidas disposiciones o exigencias del mencionado Código les sean plenamente aplicables, pues a pesar de que en todo lo relativo a su naturaleza, alcance y términos se rigen preponderantemente por el derecho público, los preceptos del referido Código son supletorios de lo establecido en las cláusulas contractuales y en las leyes especiales.

En virtud de lo anterior, en relación al primero de los requisitos indicados (consentimiento), es preciso advertir ciertas diferencias derivadas precisamente del referido régimen preponderante de derecho público que rige estos contratos de naturaleza administrativa, en los cuales, a diferencia de los contratos privados sujetos al derecho común, el consentimiento de la Administración, más propiamente, la formación de la voluntad administrativa, es el producto de un procedimiento, que en el caso particular de las concesiones de servicio público como el que se analiza, se contrae al procedimiento administrativo de licitación pública previsto en las leyes vigentes para la fecha en que fueron suscritos los documentos suplementarios denunciados. (Actualmente dicho procedimiento se efectúa conforme a las diversas modalidades de contratación previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas vigente).

Adicionalmente, se debe indicar que dichas exigencias jurídicas operarán con mayor fuerza para el caso que se analiza, relativo a la posibilidad de la Administración de modificar o no el referido contrato de concesión, cambiando su contenido original y prorrogando el lapso de extinción.

Así, en el caso particular del cumplimiento de los extremos legales exigidos para la suscripción del denominado Documento Suplementario o Primer Addendum al contrato de concesión original, se observa, tal y como fue indicado por la accionante, que en forma general, las condiciones mínimas exigidas por el ordenamiento en los casos de concesiones de servicios públicos otorgadas mediante licitación pública, se encontraban establecidas en el numeral 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de la manera siguiente:

“...Artículo 42. Cuando se trate de las concesiones de servicios públicos a que se refiere el ordinal 5° del artículo anterior o de las concesiones para la explotación de bienes de la entidad por particulares, regirán las siguientes condiciones mínimas:

...*Omissis*...

10. Traspaso gratuito al Municipio, libre de gravámenes, de todos los bienes, derechos y acciones objeto de la concesión al extinguirse ésta por cualquier causa.

Se entiende por bienes afectos a la reversión, todos los necesarios para la prestación de servicios, salvo aquellos propiedad de terceros, cuya utilización hubiere sido expresamente autorizada por el Municipio.

Cuando por la naturaleza del servicio se requieren inversiones adicionales a las previstas en el contrato original, la reversión operará de acuerdo con las condiciones establecidas en los contratos suplementarios que se suscriban al efecto y en los cuales se establecerán la forma de indemnizar al concesionario la parte no amortizada...”. (negritas de la sentencia).

C. *Cláusulas exorbitantes*

**TSJ-SPA (0753)**

**2-7-2008**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Rosario Salazar vs. Alcalde del Municipio Chacao (Nulidad del Contrato de Concesión para la prestación del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Chacao).

Ahora bien, en virtud que se ha dejado suficientemente establecido el carácter y la naturaleza administrativa de este documento cuya nulidad se solicita, así como también, la presencia indiscutible del elemento material, esto es, la satisfacción del interés público, resulta relevante a su vez, tener en cuenta, que el elemento formal de los contratos administrativos está constituido por los poderes exorbitantes de los cuales goza la Administración. Por consiguiente, su análisis resulta indispensable a la Sala a fin de establecer el estricto cumplimiento o no del primero de los requisitos de validez de los contratos establecidos en el referido artículo 1.141 del Código Civil.

En relación a dicho régimen exorbitante ha dicho la jurisprudencia de la Sala, que éste puede manifestarse en cláusulas expresas desarrolladas en el documento del contrato, pero que necesariamente debe traducirse en una serie de prerrogativas o privilegios en favor de la Administración, inexistentes en las relaciones de derecho privado.

Lo expuesto resulta relevante para este Máximo Tribunal, ya que precisamente la figura de la reversión constituye una de las llamadas cláusulas exorbitantes expresas, de allí la necesidad de que ésta se encuentre concretamente establecida en una ley o en un contrato y dicha cláusula consiste en que al término del contrato o una vez finalizada la gestión de servicio, comúnmente el concesionario debe traspasar gratuitamente al ente concedente los bienes y equipos afectados a la prestación del servicio.

Conforme a lo anterior se debe destacar que el Municipio Chacao, como cualquier otra entidad político territorial al contratar con un particular a los efectos de la prestación del servicio público, cuenta también, como se ha indicado, con una serie de prerrogativas exorbitantes que no aparecen estipuladas expresamente en una ley o en el propio texto del contrato de concesión y entre estas potestades destaca con particular relevancia la potestad de modificar unilateralmente el contrato (*ius variandi*), definido por la Sala, como la facultad de cambiar unilateralmente alguno o algunos de los términos del contrato original, no solamente en sentido cuantitativo, sino también, en ciertos casos, en sentido cualitativo.

Sin embargo, la misma jurisprudencia y la doctrina nacional han establecido que dicho poder se encuentra limitado o sujeto a ciertos parámetros, así a los efectos de determinar su legitimidad y legalidad, no sólo ha de tenerse en cuenta el hecho de haberse expresado en un documento formal que se adecue a los requisitos exigidos en la legislación vigente, el cual conforme al análisis que viene efectuando la Sala se considera cumplido en principio, sino

que dicha legitimidad, en el caso del ejercicio del *ius variandi*, deriva fundamentalmente de la prohibición de alterar la esencia misma del contrato original, de allí que cualquier modificación en uso de dichas potestades debe estar dirigida a satisfacer los intereses y las necesidades públicas.

D. *Caducidad*

**TSJ-SPA (0847)**

**17-7-2008**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Minas de San Miguel C.A. vs. Ministerio de Energía y Minas (hoy Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería).

**La Administración no está obligada a abrir un procedimiento administrativo a los fines de declarar la caducidad de las concesiones mineras por imperar la discrecionalidad en su actuación, la cual siempre debe estar orientada a satisfacer el interés general en procura del bien común como finalidad primigenia del Estado social de derecho y de justicia previsto en el artículo 2 de la Constitución.**

.....Conforme a la jurisprudencia antes transcrita la Administración en uso de su potestad de autotutela, no está obligada a iniciar un procedimiento administrativo toda vez que en materia de minas, las decisiones administrativas deben tener como fundamento una justa valoración y equilibrio entre un interés primario -el interés general- y un interés secundario - público o privado- que, en algunos casos y por razones de conveniencia deben ser dejados de lado en favor de ese interés primario.

Así pues, observa la Sala que, en casos como el de autos, la Administración no está obligada a abrir un procedimiento administrativo a los fines de declarar la caducidad de las concesiones mineras por imperar la discrecionalidad en su actuación, la cual siempre debe estar orientada a satisfacer el interés general en procura del bien común como finalidad primigenia del Estado social de derecho y de justicia previsto en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, debe indicarse que ante los actos dictados por la Administración, los particulares cuentan con el control de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual se erige como una garantía de los derechos de los administrados cuya esfera jurídica subjetiva resulte afectada.

En este sentido, advierte la Sala que en el caso bajo examen la Administración en uso de su potestad de autotutela para la consecución del interés general, al ser la materia de minas de eminente orden público, declaró la caducidad de los contratos de concesión minera suscritos entre la recurrente y la Corporación Venezolana de Guayana, mediante un acto administrativo en el cual se concluyó que la concesionaria incumplió con el lapso establecido en el contrato de concesión para dar inicio a la explotación de las minas de oro y diamantes de veta y aluvión, lo que va en detrimento de los intereses de la República Bolivariana de Venezuela.

Con fundamento en lo expuesto, debe concluirse que el Ministerio de Energía y Minas no se encontraba obligado a iniciar un procedimiento administrativo formal para dictar la Resolución recurrida. Así se declara.

.....Con fundamento en lo señalado, concluye la Sala que al dictar la Resolución recurrida la Administración no hizo más que aplicar las disposiciones contenidas en el Decreto N° 295 con Rango y Fuerza de Ley de Minas y, por tanto, actuó ajustada a derecho, razón por la cual se desestiman los alegatos formulados por la recurrente referentes a la improcedencia de la caducidad de los contratos de concesión de exploración y subsiguiente explotación de minas de oro y diamantes de veta y aluvión. Así se declara.



Desechados los alegatos esgrimidos por la parte actora contra la Resolución N° 388 del 17 de diciembre de 2004, debe esta Sala declarar sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. Así se declara.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. *Contencioso Administrativo. Concepción*

CSCA

14-8-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas.

**Nuestro Sistema Contencioso Administrativo cambió de tener una concepción meramente objetiva (juicio al acto), a tener una concepción subjetiva (restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas) de las controversias jurídicas planteadas ante los distintos jueces que componen dicho sistema.**

- Del carácter subjetivo del Sistema Contencioso Administrativo, como reflejo del Estado Social de Derecho y de Justicia consagrado en el Texto Fundamental:

A raíz de la influencia directa de la noción de Estado Social de Derecho y de Justicia - consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- nuestro Sistema Contencioso Administrativo cambió de tener una concepción meramente objetiva (juicio al acto), a tener una concepción subjetiva (restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas) de las controversias jurídicas planteadas ante los distintos jueces que componen dicho sistema.

En este propósito, es importante traer a colación que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 9 de mayo de 2006, caso *Cervecerías Polar Los Cortijos C. A.* y otras contra el artículo 211 del Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, estableció la justificación e implicaciones de este cambio de concepción, de la siguiente forma:

“De este modo, el legislador, de acuerdo con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está facultado para establecer las condiciones de actuación del juez contencioso administrativo, para lo cual debe legislar en términos de disponer lo necesario para que el órgano jurisdiccional pueda lograr su cometido constitucional, como es el restablecimiento de las situaciones jurídicas de los particulares ante la actuación administrativa, independientemente del sentido activo o negativo de dicha actuación, lo cual conlleva a que frente a la omisión de la actividad administrativa, el juez contencioso pueda intervenir restableciendo los derechos o intereses eventualmente vulnerados.

Es esta la *ratio* de los poderes inquisitivos del juez contencioso, como un efecto de la concepción social y de justicia del Estado venezolano, caracterizado por una institucionalidad que se adecua a lo que sea oportuno y posible en un momento determinado. Para ello, se tiene en cuenta la situación real de los ciudadanos y se adoptan normativas que persiguen disminuir las desigualdades sociales, permitiendo que las personas ajenas al poder público o privado obtengan una mejor calidad de vida.

Ello implica que en materias relacionadas con el interés general, el Poder Público se abra paso mediante la intervención directa sobre determinadas circunstancias, a los fines de tutelar a la colectividad, lo cual guarda una incontrovertible relación con el *supra* referido carácter subjetivo del contencioso administrativo, cuyo desarrollo persigue la protección de las situaciones jurídicas de los particulares”. (Énfasis añadido por esta Corte)

De esta forma, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo considera que la situación planteada en el presente caso amerita la intervención de esta Sede Contencioso Administrativa, a los fines de considerar tanto la protección de situaciones jurídicas particulares (como la de los funcionarios públicos), como la adopción de medidas que disminuyan ciertas desigualdades que en materia de función pública han podido evidenciarse históricamente, ya que los órganos del Poder Público y dentro de éstos los Órganos Jurisdiccionales, deben desarrollar sus competencias con miras a equilibrar las situaciones de afectación tanto particular como colectivas, cuando existan razones de interés general u orden público.

A propósito de dichas competencias, en los procedimientos judiciales sobre materias que trascienden el interés particular, el Juez Contencioso Administrativo tiene poderes inquisitivos que se han de reflejar, en especial, en salvaguarda de las necesidades de la población o de un sector en particular, ya que es un atributo del Estado Social de Derecho y de Justicia, dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la actividad de los particulares y del propio Estado, en beneficio del colectivo.

Conforme a estos poderes, es que la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, en sentencia dictada el 9 de agosto de 2000, en el caso *Manuel Guevara*, declaró que, para restablecer la constitucionalidad de una determinada situación jurídica, el Juez tiene la potestad de determinar de oficio, en ejercicio de sus poderes inquisitivos, la mejor manera de restablecer la situación jurídica infringida al accionante, sin que éste haya realizado pedimento expreso al respecto.

Precisado lo anterior, arguye la parte apelante “que el [querellante] no presentó concurso alguno que lo clasificara como Funcionario de Carrera y no de Libre Nombramiento y Remoción”, circunstancia que, en virtud de lo que se indicará *infra*, justifica la intervención del juez contencioso administrativo, pretendiendo esta Corte evidenciar y aminorar el choque entre el modelo teórico que existe en nuestro sistema de función pública y la propia realidad, tomando en consideración que “si el sistema choca con la realidad, es aquél quien se rompe y que nuestro deber de juristas es el de constatarlo, tirar fuera los restos inútiles e ir formando otro que sea capaz de superar durante algún tiempo la gran prueba de la vida [...]” (Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y NIETO, Alejandro: *El Derecho y el Revés, Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ediciones Ariel. Barcelona, España, 1998, p. 251). (Negritas de esta Corte)

Aunado a lo anterior, esta Corte evidencia el hecho de que, la cláusula del Estado de Derecho afecta directamente las principales manifestaciones jurídico-administrativas del Estado como tal, en especial, al tipo de normas jurídicas a las que queda sometida la Administración. De allí, que pueda considerarse que “[L]a Administración es el Estado personificado”, según la autora Josefa CANTERO MARTÍNEZ (Cfr. *El Empleo Público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Ediciones Marcial Pons, Barcelona, España. 2001. p. 37), por lo cual esta Sede Jurisdiccional considera que la conformación de la función pública en Venezuela debe responder a los postulados constitucionales, en especial a la visión de Estado que se encuentra consagrado en ésta, esto es, al Estado Social de Derecho y de Justicia, motivo por el cual no deberían tener lugar los modelos del Estado Liberal en materia de empleo público, tal como se precisará más adelante.

## 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

### A. *Regulación del procedimiento: Reducción de lapsos*

**TSJ-SPA (0944)**

**6-8-2008**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: David Uzcátegui Campins vs. Contraloría General de la República.

**Tratándose la reducción de lapsos de una situación excepcional que puede afectar sensiblemente el derecho al debido procedimiento de las partes, su uso debe ser restrictivo.**

Analizados los alegatos expuestos por las partes en la oportunidad de los informes orales celebrados el 31 de julio de 2008, corresponde a la Sala pronunciarse sobre los pedimentos realizados en dicha oportunidad por la parte actora relativos a la supresión de la segunda etapa de la relación de la causa y a la medida cautelar subsidiaria que suspenda temporalmente los efectos del acto administrativo cuestionado.

I. En tal sentido se advierte que el recurrente solicitó la supresión de la segunda etapa de la relación de la causa y que la Sala pasara a dictar sentencia definitiva en el presente caso, al respecto se observa que la posibilidad de eliminar dicha etapa procesal no se encuentra prevista de manera expresa en las normas que rigen las funciones de este Alto Tribunal, previéndose, no obstante, en el aparte 15 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente: “El Tribunal Supremo de Justicia podrá dictar sentencia definitiva, sin relación, ni informes, cuando el asunto fuere de mero derecho”.

Sobre esta posibilidad se ha pronunciado en anteriores oportunidades la Sala (sentencia N° 2583 del 5 de mayo de 2005 y sentencia N° 1.315 del 26 de julio de 2007), indicando al respecto lo siguiente:

“...Dispone el aparte 15 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente:

“(...) El Tribunal Supremo de Justicia podrá dictar sentencia definitiva, sin relación, ni informes, cuando el asunto fuere de mero derecho. (...)”

Al respecto, estima la Sala que no obstante haber sido consagrada la tramitación de mero derecho como una facultad que los jueces acuerdan de oficio en las causas sometidas a su potestad jurisdiccional, debe entenderse que tal situación excepcional de reducción de lapsos, puede ser también solicitada por las partes, cuando estén dados los extremos que serán aludidos infra.

En este orden de ideas, conviene destacar que la anormal reducción de las fases de relación e informes en el proceso contencioso, constituiría *prima facie* una sensible limitación a derechos fundamentales como el debido proceso y a la defensa de las partes (artículo 49 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), todo lo cual impone un uso restrictivo de este instituto procesal. Así, se advierte del estudio de la mencionada ley, que el legislador especial omitió dilucidar respecto de los escasos escenarios en los cuales procede esta peculiar reducción de lapsos, circunstancia que obliga a esta Máxima Instancia a precisar en el presente fallo, las causales de procedencia de la figura procesal en estudio.

En tal sentido, ante la ausencia de previsión legal que regule el supuesto sub examine, es menester acudir a las normas del proceso ordinario que consagren situaciones análogas, en cuanto sean compatibles con los principios sobre los cuales se erige el proceso contencioso administrativo, todo con el fin de obtener parámetros jurídicos racionales, para la procedencia de la solicitud anterior.

Dicho esto, constata la Sala la existencia de una figura procesal genérica consagrada en el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la reducción del lapso probatorio en el juicio ordinario, el cual prevé:

“Artículo 389: No habrá lugar a lapso probatorio:

1° Cuando el punto sobre el cual versare la demanda, aparezca, así por ésta como por la contestación, ser de mero derecho.

2° Cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos narrados en el libelo y haya contradicho solamente el derecho.

3° Cuando las partes, de común acuerdo, convengan en ello, o bien cada una por separado pida que el asunto se decida como de mero derecho, o sólo con elementos de prueba que obren ya en autos, o con los instrumentos que presentaren hasta informes.

4° Cuando la ley establezca que sólo es admisible la prueba instrumental, la cual, en tal caso, deberá presentarse hasta el acto de informes.

La norma transcrita precedentemente, consagra una variedad de situaciones procesales conforme a las cuales puede calificarse el examen judicial de una controversia, como un asunto de mero derecho, y acordar de este modo, la procedencia de la reducción del lapso probatorio en el procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil.

No obstante tratarse de un instituto procesal establecido inicialmente para el juicio ordinario, ante el silencio de la ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal de Justicia, y como quiera que los extremos establecidos en la citada norma, no contrarían los principios que informan el proceso contencioso administrativo, esta Sala considera prudente, a los fines de evitar que el análisis de la presente solicitud sea casuístico y discrecional, aplicar por la remisión que hace la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela al Código de Procedimiento Civil, al caso de autos, los parámetros referidos en la mencionada norma, en cuyo caso decide contraer el examen de la solicitud, a la efectiva verificación, cuando menos de uno de éstos, en el caso que nos ocupa.

Ahora bien, del examen de las actas que integran el expediente, constata la Sala que en el caso de autos no se está en presencia de ninguno de los supuestos antes mencionados.

En efecto:

Examinado el recurso de nulidad interpuesto, se advierte que la controversia no está circunscrita a cuestiones de mera doctrina jurídica, a la interpretación de un texto legal o alguna cláusula de un contrato o de otro instrumento público o privado, que hagan presumir que la actividad jurisdiccional en el caso que nos ocupa está reservada únicamente, a verificar la correcta aplicación del derecho”.

Conforme al criterio jurisprudencial antes expuesto, tratándose la reducción de lapsos de una situación excepcional que puede afectar sensiblemente el derecho al debido procedimiento de las partes, su uso debe ser restrictivo, limitado únicamente a aquellos supuestos en que se verifiquen los extremos expresados en el fallo parcialmente transcrito *supra*. En el presente caso, habiendo transcurrido la fase probatoria del procedimiento e incluso el acto de informes orales, última actuación de las partes en relación con la materia litigiosa, resta por correr la segunda etapa de la relación de la causa, la cual de conformidad con el aparte 9 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es de veinte (20) días hábiles, pudiendo prorrogarse “por una sola vez, por el mismo tiempo, mediante auto razonado, cuando el número de piezas que conforma el expediente, la gravedad o complejidad del asunto u otras razones así lo impongan”.

Ahora bien, pese a haberse verificado la última actuación formal de las partes en el presente juicio, cual es el acto oral de informes, la etapa restante de relación de la causa tiene por finalidad la culminación del estudio del expediente por parte de los Magistrados, y la evaluación y valoración de los alegatos y las probanzas aportadas por las partes a los fines de precisar el derecho aplicable al caso concreto.

En el presente caso, las partes debaten entre otros aspectos sobre la magnitud de los ilícitos administrativos cuya comisión originó la imposición de la sanción de inhabilitación al recurrente, así como la verificación de los extremos necesarios para la aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

De esta forma es necesario, previo a emitir un pronunciamiento definitivo, valorar los alegatos y las probanzas que cursan en autos, a los fines de determinar si los hechos acaecidos se subsumen en el supuesto previsto en el aludido artículo y si el mismo fue aplicado conforme a derecho por parte del Contralor General de la República.

Así las cosas, no tratándose la cuestión debatida de un asunto de mero derecho, sino que su análisis exige el estudio de las circunstancias fácticas verificadas en el presente caso, considera la Sala que no procede la supresión de la segunda relación de la causa solicitada por la parte recurrente. Así se declara.

B. *Suspensión de efectos del acto administrativo*

**TSJ-SPA (1013)**

**18-9-2008**

Magistrado Ponente: Emiro Antonio García Rosas

Caso: Esmeralda Catalina Ramböck Contreras vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

**La medida preventiva de suspensión de efectos procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, es decir, que la medida sea necesaria a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio y que, adicionalmente, resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable, sin descartar la adecuada ponderación del interés público involucrado.**

C. *Sentencia. Vicio de Incongruencia.*

**CSCA**

**14-8-2008**

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas.

**La Corte analiza seguidamente la procedencia del vicio de incongruencia.**

.....Dicho lo anterior, como fundamento del recurso de apelación ejercido por la parte recurrida, la representación judicial del Cabildo Metropolitano del Distrito Capital señaló en su escrito de fundamentación a la apelación que el a quo incurrió en el vicio de incongruencia al dictar decisión sin considerar “el alegato manifestado por es[e] órgano distrital en su escrito de contestación a través del cual manifest[ó], que el acto administrativo que destituye al querellante, adolece del vicio de inmotivación [pues] el funcionario no presentó concurso alguno que lo clasificara como Funcionario de Carrera”.

Ello así, cabe destacar que uno de los axiomas fundamentales que rige a la decisión judicial es el principio de congruencia, conforme al cual el Juez debe decidir todo lo alegado y sólo lo alegado en autos, sin poder sacar elementos de convicción no presentes en los autos salvo que provengan de causales expresamente permitidas por la ley (*ergo*: los hechos notorios).

Conforme a este principio, el Órgano Jurisdiccional debe someter su decisión a los planteamientos de hecho que les hayan sido puestos bajo su conocimiento por las partes; de allí que no le es dable al Juez salirse de los límites de la controversia tal cual le ha sido presentada por éstas.

Es por ello que el ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil prevé que:

“ Toda sentencia debe contener:

(...*omissis*...)

5° Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia (...).”

Asimismo, la consagración legislativa del principio de congruencia de la sentencia la encontramos en el artículo 12 *eiusdem*, cabe destacar que doctrinariamente, se ha entendido a este precepto como la sana correspondencia que debe existir en la decisión judicial entre el petitorio de la demanda y la contestación, es decir, la conformidad del veredicto judicial con el *thema decidendum* del asunto.

Ello así, cabe señalar que a través de la sentencia N° 01996 del 25 de septiembre de 2001 (caso *Inversiones Branfema S.A.*), la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dejó sentado respecto del vicio de incongruencia negativa, lo siguiente:

“(...) De acuerdo a las exigencias impuestas por la legislación procesal, toda sentencia debe contener una decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia’ (ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil).

Para cumplir con este requisito de forma exigido para los fallos judiciales, la decisión que se dicte en el curso del proceso no debe contener expresiones o declaratorias implícitas o sobreentendidas, por el contrario, el contenido de la sentencia debe ser expresado en forma comprensible, cierta, verdadera y efectiva, que no dé lugar a dudas, incertidumbres, insuficiencias, contradicciones o ambigüedades, debiendo para ello ser exhaustiva, es decir, pronunciarse sobre todos los pedimentos formulados en el debate, y de esa manera dirimir el conflicto de intereses que le ha sido sometido en el proceso.

Estas exigencias de carácter legal, como requisitos fundamentales e impretermitibles que deben contener las sentencias, han sido categorizados por la jurisprudencia como: el deber de pronunciamiento, la congruencia y la prohibición de absolver la instancia.

En cuanto a la congruencia, dispone el segundo precepto del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil que la decisión debe dictarse ‘con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas’. Luego, cuando no existe la debida correspondencia formal entre lo decidido y las pretensiones y defensas de las partes, se produce el vicio de incongruencia, el cual se manifiesta cuando el juez con su decisión, modifica la controversia judicial debatida, bien porque no se limitó a resolver sólo lo pretendido por las partes, o bien porque no resolvió sobre algunas de las pretensiones o defensas expresadas por los sujetos en el litigio. Precisamente ante el segundo supuesto citado, se estará en presencia de una incongruencia negativa, visto que el fallo omite el debido pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones procesales de las partes en la controversia judicial (...)” (Negrillas de esta Corte).

Como puede desprenderse de la aludida decisión, el vicio de incongruencia negativa se presenta cuando el Juzgador deja de analizar alguno de los puntos de la litis sometidos a su consideración y decisión, deber legal que la doctrina procesal ha denominado “principio de exhaustividad de la sentencia”, manifestación consustancial del deber juzgador de decidir sobre todo lo alegado y probado en autos.

Ahora bien, en el caso de marras, se aprecia que efectivamente el a quo dejó de analizar el alegato de la representación judicial de la parte querellada relacionado con que el querellante no ingresó a la Administración a través de la figura del concurso preceptuada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que, según alegó dicha representación en la contestación a la querrela, ello ocasionaba que el actor no ostentara la condición de

funcionario de carrera, incurriendo así en uno de los presupuestos de procedencia de la sanción de nulidad del fallo estatuido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, norma que dispone:

“Será nula la sentencia: por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; por haber absuelto de la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria que no pueda ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y cuando sea condicional, o contenga *ultrapetita*”. (Negrillas de la Corte).

De la norma transcrita se observa que el legislador sanciona la presencia del vicio de incongruencia con la nulidad del fallo que lo contiene, por cuanto entiende que un veredicto en estos términos no propende a la búsqueda de la verdad y la justicia, *desideratum* de la labor judicial, sino a todo lo contrario: a la arbitrariedad; patentizada en la circunstancia de que podría llegar a aceptarse que los argumentos de un litigante sean concienzudamente analizados y los de su adversario no, quebrantándose así el equilibrio, estabilidad e imparcialidad que deben caracterizar a la función jurisdiccional. Por tal motivo este Órgano Jurisdiccional, en apego al imperativo legal antes invocado, declara la nulidad de la sentencia recurrida por haber incurrido en el vicio de incongruencia. Así se decide.

#### D. Perención

**TSJ-SPA (1051)**

**25-9-2008**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Abbott Laboratories, C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para la Salud.

**La perención de la instancia como un modo de terminación anormal del proceso, deviene en un medio diseñado por la ley, con el propósito de evitar que los procesos se perpetúen y los órganos de administración de justicia se vean obligados a procurar la composición de causas en las que no existe interés en su continuación por parte de los sujetos procesales.**

#### 3. *El Contencioso Administrativo Especial: El Contencioso Administrativo Electoral. Intervención de terceros*

**TSJ-SE (135)**

**12-8-2008**

Magistrado Ponente: Juan José Nuñez Calderon

Caso: José Planchart Castro vs. Consejo Nacional Electoral

**En un recurso contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos los partidos políticos, los grupos electorales y las personas naturales y jurídicas que detentan un interés jurídico actual y pretendan, con sus argumentos, ayudar a vencer en el proceso a cualesquiera de las partes, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como “tercero verdadera parte”.**

#### De la intervención del tercero:

Consta en autos que habiendo sido emplazadas todas aquellas personas que tuvieran interés en intervenir en el recurso, mediante la publicación de cartel, comparecieron en fecha 03 de junio de 2008, los ciudadanos IRWIN DEPABLOS DÍAZ y ROMMEL J. HERNÁNDEZ, ya identificados, y señalaron que “[p]or cuanto la Resolución que se impugna en el presente juicio afecta [su] elección (...) como miembros de la Junta Directiva del Sindicato

*SUTCNE y siendo plenamente interesados (...) estando dentro del plazo legal, [se] hacen parte en el presente recurso contencioso electoral*" (corchetes de la Sala). Asimismo, se evidencia que en fecha 12 de junio de 2008 compareció ante la Sala el ciudadano JOSÉ R. NIETO LAFE, acompañado de los dos (2) ciudadanos prenombrados, a los fines de oponerse a las pruebas promovidas por la parte recurrente, señalando que se presentaban como "...terceros interesados en la presente acción".

En tal sentido, a objeto de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha intervención es necesario atender a las consideraciones generales que, en relación con esta particular figura procesal, prevén los artículos 370 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicables en virtud de la remisión contenida en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en concordancia con el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, conforma a los cuales se determina la cualidad para actuar como tercero en juicio.

También es necesario observar que el interés que se requiere para intervenir como tercero en un proceso como el que nos ocupa, encuentra su regulación en la disposición contenida en el artículo 236 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que señala quiénes pueden interponer un recurso contencioso electoral con la cualidad de parte y, por vía de consecuencia, estas previsiones resultan aplicables a aquellas personas que pretendan coadyuvar a la posición de quienes califiquen como partes en un proceso judicial concreto.

Cabe advertir que en un recurso contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos los partidos políticos, los grupos electorales y las personas naturales y jurídicas que detentan un interés jurídico actual y pretendan, con sus argumentos, ayudar a vencer en el proceso a cualesquiera de las partes, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como "*tercero verdadera parte*", en los términos que la doctrina de esta Sala ha acogido y establecido a partir de la sentencia N° 16, de fecha 10 de marzo de 2000 (caso *Allan Brewer-Carías*), la cual expresó:

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

Señalado lo anterior, esta Sala observa que los ciudadanos JOSÉ RAFAEL NIETO LAFE, IRWIN DEPABLOS DÍAZ y ROMMEL HERNÁNDEZ, alegaron actuar como miembros de la Junta Directiva de SUTCNE, elección que fue ratificada en el acto administrativo de contenido electoral cuya impugnación representa el objeto del recurso contencioso electoral de autos.

Por su parte, el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil al cual se refiere la decisión de esta Sala parcialmente transcrita, establece lo siguiente:



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

Visto el contenido de la norma transcrita, por una parte, y, por la otra, que no representa un hecho controvertido que los referidos ciudadanos forman parte de las autoridades de la organización SUTCNE, toda vez que se impugna, precisamente, su capacidad para postularse y ser electos para los cargos que ocupan en dicha Junta Directiva, la Sala observa que el fallo de mérito producirá efectos directos en el status quo de los ciudadanos JOSÉ RAFAEL NIETO LAFE, IRWIN DEPABLOS DÍAZ y ROMMEL J. HERNÁNDEZ, con relación al acto emanado del Consejo Nacional Electoral, en la medida en que la presente decisión ratificará, anulará o modificará el acto impugnado que, justamente, se pronunció en relación con el presunto incumplimiento por parte de dichos ciudadanos, como miembros de la Junta precedente, de rendir cuenta oportuna de su gestión, de conformidad con lo establecido en el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo, en razón de lo cual, la Sala declara que las prenombradas personas, con base en la doctrina expuesta, califican como “*terceros verdadera parte*” para este proceso judicial, y así se establece.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *Acción de Inconstitucionalidad*

#### A. *Admisibilidad: Requisitos del libelo*

**TSJ-SC (1192)**

**22-7-2008**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Alejandro González V. y María Estela Zannella T. vs. Asamblea Nacional (Las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013).

**El recurrente debe hacer una correcta articulación entre aquellos actos o normas legales cuya constitucionalidad se cuestiona y los preceptos, principios o valores constitucionales que le sirven de fuente.**

Para que la pretensión esgrimida por los actores pueda ser encauzada correctamente a través de las formas procesales que rigen el juicio de nulidad contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, según la competencia atribuida por el artículo 336.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se requiere una correcta articulación entre aquellos actos o normas legales cuya constitucionalidad se cuestiona y los preceptos, principios o valores constitucionales que le sirven de fuente, pues así el Juez Constitucional en la oportunidad de resolver el mérito del asunto, evaluará una posible antinomia entre las normas confrontadas y en caso de detectar alguna contradicción, procederá a la anulación de las normas legales o actos que no se ajusten a las pautas impuestas por el Constituyente.

En tal sentido, el legislador impuso en el párrafo diez del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que toda demanda de nulidad deberá indicar “(...) *el acto impugnado, las disposiciones constitucionales y legales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción. Si la nulidad se concreta a determinados artículos, a ellos se hará mención expresa en la solicitud, indicándose respecto de cada uno de ellos la motivación pertinente (...)*”.

Tales requisitos formales, en criterio de la Sala, se corresponden con una carga procesal estatuida con el propósito de fijar aquellos parámetros objetivos a los que deberá atender la Sala para enjuiciar la constitucionalidad o legalidad de la norma, de ser el caso, sin perjuicio

de la potestad que tiene la Sala de ejercer el control concentrado de constitucionalidad de la ley sobre aspectos no denunciados si están inmiscuidas la supremacía, preservación y efectividad de aquellos principios, normas y valores constitucionales que le compete tutelar (ex artículo 335 constitucional).

Ahora bien, en el presente caso en la forma como los actores explanaron sus argumentos, juzga la Sala que se limitaron a citar los extractos de los capítulos de “(...) *las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013, aprobadas por la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007*”, y a enumerar una serie de artículos constitucionales, sin realizar un análisis coherente y estructurado de lo impugnado y las normas constitucionales vulneradas, así como el gravamen en su esfera de derechos e intereses, no indicando de qué manera específica resultan vulnerados los artículos denunciados (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1593/2007).

Siendo ello así, la Sala reiterando el criterio establecido en otros fallos (Vid. Sentencias N° 3001/2003, 2195/2007 y 152/2008, entre otras), considera que la presente solicitud es de tal modo oscura y confusa, que la posibilidad de que la parte actora corrigiera la misma implicaría la necesidad de plantearla de nuevo.

En virtud de ello, esta Sala considera que la pretensión procesal plasmada en el escrito contentivo de la acción está formulada de tal modo, que resulta imposible su tramitación, lo cual conlleva declarar inadmisibles la misma conforme a lo estipulado en el párrafo 6 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuyo tenor expresa:

*“Se declarará inadmisibles la demanda, solicitud o recurso cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recursos es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante; o en la cosa juzgada”* (Destacado de este fallo).

En consecuencia, conforme al dispositivo procesal antes transcrito, esta Sala declara inadmisibles la demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercida por los ciudadanos Alejandro González V. y María Estela Zannella T., contra “(...) *las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013, aprobadas por la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007* (...)”. Así se decide. En virtud del carácter instrumental y accesorio de la medida cautelar innominada, resulta inoficioso cualquier pronunciamiento en torno a ésta. Así se decide.

Aunado a lo anterior, la Sala debe llamar la atención sobre la coherencia en el ejercicio de las acciones, recursos y solicitudes que dispone el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos de los particulares, a los fines de garantizar de forma efectiva el desarrollo de la actividad jurisdiccional, en razón de lo cual, se exhorta a los recurrentes, que extremen el cuidado en la elaboración de sus escritos, lo cual supone el necesario estudio previo que le permita al actor determinar la claridad y sensatez de los fundamentos de su pretensión, sin limitarse a señalar un número de artículos del Texto Constitucional sin realizar un análisis concatenado con la debida coherencia y determinación de los motivos de impugnación, elemento que no se advirtió en el caso de autos (Vid. Sentencia de esta Sala N° 152/2008). Así se declara.

*Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede, por las siguientes razones:

La sentencia declaró la inadmisión de la demanda de nulidad que, por razones de inconstitucionalidad, se intentó contra las *Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-20013* que aprobó la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007. Tal declaratoria se fundamentó en que la demanda es ininteligible y confusa, de acuerdo con el artículo 19 Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, porque, según la mayoría sentenciadora, no se determinaron en forma específica las normas constitucionales que supuestamente fueron violadas por parte del acto que se impugnó.

En criterio del salvante, en la narrativa del veredicto –concretamente, sus páginas 3, 4 y 5- se evidencia no sólo la coherencia en la estructura argumental de la demanda sino también cuáles son las normas constitucionales que los demandantes consideran vulneradas por cada uno de los diferentes Capítulos del Plan que se cuestionó. En otras palabras, la propia narrativa demuestra que no hacía falta un análisis extraordinario para el entendimiento de cuáles son las delaciones de inconstitucionalidad que se alegaron en este caso. Asimismo, el petitorio de la demanda, que es su objeto por excelencia, es también lo suficientemente claro: se solicitó la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de las *Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-20013* que aprobó la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007. En consecuencia, por cuanto estaban suficientemente claras tanto las denuncias de inconstitucionalidad como la pretensión objeto de la demanda, ésta no debió declararse inadmisibles, mucho menos por ininteligible. Por el contrario, quien suscribe como disidente considera que la demanda sí era admisible y así debió declararlo esta Sala.

De otra parte, se observa que los precedentes, que se citan en la parte motiva de la sentencia que antecede como justificación para que no se haya ordenado el despacho saneador, no son aplicables, pues todos se refieren a demandas de amparo constitucional, mientras que en el caso de autos se está en presencia de una pretensión de nulidad por razones de inconstitucionalidad, en la que era imperativa la aplicación del artículo 5, aparte segundo, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, norma que establece:

De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, **en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público.**

En consecuencia, si la mayoría sentenciadora consideraba que había deficiencias graves en la demanda, estaba en el deber de suplir cualquier deficiencia del pretensor en lo que respecta a los términos en que se planteó la demanda de inconstitucionalidad, bien de manera directa bien a través del requerimiento de aclaratoria o reforma del escrito que la contiene pero, se insiste, no debió negar la admisión de la misma. Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

B. *Medidas Cautelares*

TSJ-SC (1394)

14-8-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Jairo Santeliz vs. Concejales. Municipio Puerto Cabello (Ordenanza sobre Sistema de Remuneración y Seguridad Social Integral de los Concejales y Concejalas del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo).

**Las premisas fundamentales para el otorgamiento o no de solicitudes cautelares innominadas en procedimientos de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, son (i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma; (ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado; (iii) la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio; (iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende; y (v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad**

2. *Acción de Colisión de Leyes*

**TSJ-SC (1250)**

**31-7-2008**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Concejo Municipal del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo Acción de Colisión de leyes entre el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y los artículos 35 (*in fine*) y 95 (numeral 21) *eiusdem*.

**Sólo existe colisión normativa cuando se está en presencia de dos o más supuestos de hecho iguales a los que se les asigna distinta consecuencia jurídica. De allí el problema: ante un mismo supuesto de hecho, no se sabe, en principio, cuál norma aplicar**

.....En criterio de la parte accionante, existe colisión entre el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y los artículos 35 (*in fine*) y 95 (numeral 21) *eiusdem*.

Según relató, el artículo 56 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal disponía que los concejales no devengaban sueldo, sino “dietas por asistencia a las sesiones de la Cámara y de las Comisiones”, lo cual fue modificado por la Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales del año 1996, con la intención –en palabras del actor- de poner fin “al caos de las dietas desmesuradas y sin ningún parámetro técnico que devengaban no sólo los Concejales y miembros de Juntas Parroquiales, sino Legisladores Regionales, Gobernadores y Alcaldes, entre otros funcionarios”.

Conforme expuso la parte accionante, la Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales no sólo limitó las cantidades que podrían recibir los funcionarios de elección popular, sino que además estableció que su remuneración respondería a la noción de emolumentos, lo cual abarcaría “todos los ingresos, percepciones, bonos, viáticos etc”.

Relató asimismo que según el artículo 147 de la Constitución de 1999, por Ley especial podrían fijarse límites razonables a los emolumentos de los funcionarios nacionales, estatales y municipales. Esa Ley se dictó en 2002 -la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios-, incluyendo en su ámbito de aplicación a los concejales y miembros de juntas parroquiales. En esa Ley se habría precisado, conforme expuso el accionante- lo que debe entenderse por emolumentos, además de reconocer la posibilidad de que los concejales y miembros de juntas parroquiales –entre otros funcionarios- disfruten de bonos por fin de año y vacaciones.

Sin embargo, sostuvo el actor que según dictamen de la Contraloría General de la República, del año 2002, los concejales y miembros de juntas parroquiales sólo devengan dietas

por asistencia a sesiones, que se habría basado en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y que habría sido reiterado en el año 2005. En criterio del accionante, ello implica negar los efectos de la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios, creando “todo un caos en el seno de los Concejales y miembros de las Juntas Parroquiales, puesto que muchas autoridades municipales (Alcaldes y Síndicos) han impedido, por todo género de vericuetos jurídicos”, el pago de los bonos por fin de año y vacaciones.

El actor destaca que el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal remite a la ley especial, en lo relacionado con los límites “de las remuneraciones que correspondan por el desempeño de la función pública de alcalde o alcaldesa, de los concejales o concejales y de los miembros de las juntas parroquiales”, lo cual no habría hecho más que dar efectividad al artículo 147 de la Constitución. Esa norma debió servir –para el actor– de fundamento para que la Contraloría General de la República modificase su criterio, al ser indudable que para el caso de la remuneración de concejales y miembros de juntas parroquiales se aplica la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios. Sin embargo, la Contraloría General de la República lo habría reiterado, con lo que siguen los concejales y miembros de juntas parroquiales imposibilitados de percibir los bonos de fin de año y vacaciones.

Ahora bien, el actor expuso que ha sido la propia Ley Orgánica del Poder Público Municipal la que contribuyó a la situación que relata en su libelo, pues “por un error del legislador, para ser condescendiente”, en dos disposiciones menciona que los concejales (artículo 95, numeral 21) y miembros de juntas parroquiales (artículo 35, *in fine*) perciben dietas, lo que ha significado que en la práctica se ha dado preferencia a esas disposiciones sobre el referido artículo 79, sin reparar en que es éste el desarrollo del artículo 147 del Texto Fundamental.

Por su parte, la representación de la Procuraduría General de la República se opuso a la declaratoria de colisión, por cuanto en su criterio todo parte de “una errónea interpretación” de las normas invocadas.

Según el opositor a la acción, del artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no se desprende la inclusión de “ningún otro beneficio o percepción adicional, tales como las bonificaciones de fin de año, aguinaldos y el bono vacacional, los cuales surgen como consecuencia de una relación laboral”. Por el contrario, es del criterio de que a los funcionarios de elección popular no les son extensibles los derechos de contenido económico-social previstos en la Ley del Estatuto de la Función Pública y la Ley Orgánica del Trabajo, por ser esos textos aplicables a los funcionarios de carrera y a los trabajadores del sector público.

Sobre la controversia, planteada en los términos expuestos, la Sala observa:

Ha sido jurisprudencia constante de la Sala que su competencia en el caso de la acción de colisión se circunscribe a determinar, frente a contradicciones normativas y con base en los principios generales del Derecho, cuál disposición debe prevalecer, a fin de impedir la existencia de reglas que conduzcan a soluciones incompatibles (v. por todas, sentencia N° 889/2001).

En tal sentido, la Sala reitera que sólo existe colisión normativa cuando se está en presencia de dos o más supuestos de hecho iguales a los que se les asigna distinta consecuencia jurídica. De allí el problema: ante un mismo supuesto de hecho, no se sabe, en principio, cuál norma aplicar. En esos casos, la labor del intérprete –de la Sala, si se trata de acción judicial– es escoger, con base en ciertos principios, la consecuencia que corresponda. Por tanto, basta con que los supuestos de hecho de cada norma sean diferentes para que no sea posible plantear una acción de colisión.

La determinación previa de los supuestos de hecho es, de tal modo, esencial. Tal como lo ha advertido la Sala, “las normas son creadas por el legislador para regular un conjunto de relaciones jurídicas, a través de preceptos generalmente abstractos o generales, para abarcar dentro de un mismo dispositivo conductas afines”, por lo que se “se encuentran estructuradas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica” (sentencia N° 2344/2001).

Únicamente es posible hablar de colisión entre normas cuando la diferencia se encuentre en la consecuencia jurídica, siempre que haya identidad de supuestos de hecho. Cualquier otro problema derivado de la aplicación de las normas, que no resulte de una divergencia como la indicada –es decir, que no sea una verdadera colisión normativa-, tendrá sus propios medios de resolución.

En la acción de colisión lo que se plantea es un problema de cumplimiento de normas que obedece a ellas mismas. Si bien el Derecho es un conjunto de reglas que deben ser acatadas, no es posible cumplirlas cuando ante una misma situación, el operador jurídico desconoce cuál es realmente la norma que debe atender, pues se le presentan varias como solución.

Por ello, la Sala, citando la doctrina nacional más autorizada al respecto, ha destacado que “sólo podrá hablarse de colisión cuando las consecuencias que una y otra ley afecten a un mismo supuesto de hecho, además de ser incompatibles, sean consecuencia necesaria del supuesto de hecho afectado. O sea, dicho en forma más precisa, la incompatibilidad entre las dos consecuencias jurídicas no debe resultar sólo de su contenido, sino de la obligatoria simultaneidad de su cumplimiento” (sentencia N° 953/2006).

La Sala ha sido, de ese modo, constante al afirmar que “la colisión de normas parte de la existencia de diferentes disposiciones que estén destinadas a regular en forma diferente una misma hipótesis”, por lo que “la aplicación de una de las normas implica la violación del objeto de la otra norma en conflicto” o “impide la ejecución de la misma” (sentencia N° 265/2000). Cumplir una norma, en casos de colisión, significa incumplir otra o hacerla ineficaz.

Es evidente que la coexistencia de consecuencias diversas frente a idénticos supuestos de hecho atenta contra la seguridad jurídica, por lo que debe ser eliminada, a través de la determinación de la aplicabilidad de una sola de las normas, desplazándose al resto. Es un medio de depuración del Derecho, que se libra de los elementos de perturbación y garantiza la coherencia del orden jurídico. Si bien es inevitable que surjan conflictos normativos, sí es posible hacer cesar su efecto perjudicial en el sistema.

En puridad, la resolución de conflictos normativos es una actividad común a cualquier operador jurídico, pues todos están en la necesidad de precisar, ante eventuales colisiones, la norma que estiman aplicable. Sin embargo, es el Máximo Tribunal el único con poder suficiente para que su declaración tenga carácter obligatorio y, en consecuencia, deba ser seguida por todo aquel que, en un momento dado, se enfrente al dilema de aplicar una u otra norma. La sentencia que dicta la Sala, de naturaleza declarativa, elimina de manera definitiva la incertidumbre sobre una situación controvertida (al respecto, sentencia N° 2161/2006).

Ello hace que la acción de colisión de normas sea el instrumento procesal idóneo para tales situaciones. En el caso de autos, la parte actora asevera que hay dos normas de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal que están en conflicto con una tercera norma, contenida en esa misma ley. El texto de los artículos, en los apartados que guardan relación con la presente acción, es el que a continuación se transcribe:

“Artículo 35

(...)

La no presentación de la memoria y cuenta en forma organizada y pública por parte del miembro de la Junta Parroquial, tendrá como consecuencia inmediata la suspensión de dieta, hasta tanto cumplan con este deber”.

“Artículo 79

La ley orgánica que rige la materia prevé la modalidad y el límite de las remuneraciones que correspondan por el desempeño de la función pública de alcalde o alcaldesa, de los concejales o concejalas y, de los miembros de las juntas parroquiales. El sistema de remuneración de los demás funcionarios del respectivo Municipio deberá ser compatible con aquéllas y sostenible para las finanzas municipales”.

“Artículo 95

Son deberes y atribuciones del Concejo Municipal:

(...)

21. Los concejales y concejalas deberán presentar dentro del primer trimestre del ejercicio fiscal respectivo, de manera organizada y pública a los electores de la jurisdicción correspondiente, la rendición de su gestión legislativa y política del año inmediatamente anterior, en caso contrario, se le suspenderá la dieta hasta su presentación.

(...)”

Según la representación del Concejo Municipal del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo, la colisión se presentaría por cuanto existe una norma (el artículo 79) que, con carácter general, se refiere a las remuneraciones de los alcaldes, concejales y miembros de juntas parroquiales y remite a una ley especial para la fijación de sus límites, mientras que hay dos disposiciones (los artículos 35, *in fine* y 95, cardinal 21) que parecen restringir tales remuneraciones a una sola clase (las llamadas dietas).

Para la parte accionante, es claro que debe entenderse que la mención a tales dietas es un “error del Legislador”, por cuanto el espíritu del Constituyente está verdaderamente reflejado en el artículo 79, el cual conduce a la aplicación de la ley especial en la materia. Con base en ese criterio, estima la actora que es desacertada la posición mantenida por la Contraloría General de la República, que ha restringido las remuneraciones de los concejales y miembros de juntas parroquiales a las correspondientes dietas por asistencia a sesiones.

Observa la Sala, sin embargo, que las normas transcritas no contienen el mismo supuesto de hecho, para atribuirles diferentes consecuencias jurídicas: el artículo 35 (en su parte final) ordena la suspensión de la dieta de los miembros de las juntas parroquiales en caso de no presentar la memoria y cuenta de su gestión; en sentido similar, el artículo 95, en su cardinal 21, ordena la suspensión de las dietas si los concejales no presentan informe anual de su gestión; el artículo 79 no tiene ninguna relación con esos supuestos, sino que remite a la ley especial para lo relacionado con el límite de las remuneraciones de alcaldes, concejales y miembros de juntas parroquiales.

Como puede notarse, los artículos 35 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal tienen similitud en los supuestos de hecho y en la consecuencia jurídica: la falta de presentación de determinados informes conduce a la suspensión del pago de dietas. El artículo 79, en cambio, nada dispone al respecto, sino que es sólo una norma de remisión. A causa de tal remisión, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no regula los límites de las remuneraciones de alcaldes, concejales y miembros de juntas parroquiales, sino que admite que sea otro texto legal el que lo haga, en consonancia con la disposición contenida en el artículo 147 de la Carta Magna.

Para la representación del Concejo del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo, como de los demás Concejos Municipales intervinientes en la presente causa, el problema radica en que los artículos 35 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal hacen pensar que la remuneración de concejales y miembros de juntas parroquiales se limita a las dietas por asistencia a reuniones, cuando en realidad abarcan todos los aspectos que indique la ley especial en la materia (precisamente aquella a la que remite el artículo 79 *ejusdem*). No se trata, según se deduce del libelo, de un asunto teórico, sino de una controversia en la que está involucrada la Contraloría General de la República, la cual, según lo alegado por el accionante, es del criterio de que esos altos funcionarios locales no deben recibir bonos por fin de año o por vacaciones.

No es difícil observar, expuesto lo anterior, que en realidad la parte accionante lo que pretende de la Sala es la resolución de la controversia con la Contraloría General de la República, a la que se le imputa darle a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal un alcance incorrecto, en desprecio del texto expreso de la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios.

En el libelo se ha planteado una supuesta colisión normativa, la cual es evidente que no existe, en el entendido de que no se trata de normas que regulen la misma situación con soluciones distintas. Como se ha visto, los artículos 35 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no regulan emolumentos, sino supuestos de suspensión de la dieta de los concejales o miembros de juntas parroquiales. Los aludidos artículos denominan de forma disímil las remuneraciones de los concejales; pero en esa denominación no subyace colisión de norma alguna porque cada norma regula supuestos de hecho distintos. En definitiva, la pretensión última de la parte actora es que se interprete qué debe entenderse por dieta y qué debe entenderse por emolumento de cara a determinar los límites de la potestad del Contralor General de la República, pretensión que escapa de la competencia de la Sala pues la interpretación de norma legales corresponde a la Sala afín con el tema debatido.

En ese sentido, esta Sala ha declarado la improcedencia de acciones de colisión en casos en que, como el de autos, en realidad existe una controversia que no tiene su origen en un conflicto de normas. Así, por ejemplo, la Sala ha declarado:

“Al respecto, debe esta Sala señalar que, si bien los recurrentes realizaron en su recurso una serie de afirmaciones y alegaciones en lo atinente al sistema de valoración de las pruebas, tanto en el sistema inquisitorio como en el acusatorio, expresando la imposibilidad jurídica de que los Juzgados de Transición actúen conforme a lo establecido en la normativa dispuesta en los artículos 502, 506 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, a la luz del principio del juez natural, tales alegatos no corresponden propiamente a la argumentación de un recurso por colisión, pues excedieron el objeto de la norma, que es en definitiva donde se centran las supuestas colisiones normativas, y realizaron de este modo una serie de argumentaciones que atañen más a la validez constitucional de las potestades otorgadas a los tribunales de transición, que a la imposibilidad técnica de la coexistencia de ambas normas” (sentencia N° 2344/2001).

Según se observa, en ese caso la Sala negó la procedencia de la acción de colisión de normas cuando la real pretensión del accionante fuese la determinación de la validez de alguna de ellas. La acción de colisión, se insiste, no está prevista para juzgar validez, sino aplicación preferente.

En el mismo sentido, la Sala sostuvo en otro caso:

“(…) el alegato formulado por la parte recurrente más que apoyar una colisión que no existe, se traduce en una preocupación del recurrente en relación a que la excepción prevista en la Ley de Licitaciones que permite la adjudicación directa en determinados casos, pueda convertirse -en virtud de una mala practica- en la regla, y que por tanto, se relaje el procedimiento de licitación tal y como lo establece la Ley de la materia.



Esta preocupación no puede conducir a la declaratoria de una colisión de leyes, pues no existe una incompatibilidad en los textos de las mismas, muy por el contrario, dicha inquietud debe canalizarla el recurrente por otros canales (órganos administrativos que ejercen la función contralora) en el caso de que tenga conocimiento y prueba de que existe un uso irregular y desmesurado de la adjudicación directa como modo excepcional de contratación” (sentencia N° 953/2006).

En ese caso, la Sala reiteró su posición acerca del alcance de la acción de colisión, por lo que resulta improcedente ventilar a través de ella asuntos que en realidad pudieran representar violaciones al texto legal. En el Estado de Derecho existen remedios –administrativos y judiciales- para procurar el respeto de la legalidad.

Si lo que denuncia el accionante es que la Contraloría General de la República viola la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios y, con ello, el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, debió ejercerse la acción pertinente, si es que el criterio de ese órgano del Poder Ciudadano hubiere tenido como efecto impedir el goce de los beneficios económicos a los que la parte actora estima que tienen derecho los concejales y miembros de juntas parroquiales.

Por lo expuesto, esta Sala declara improcedente la presente acción de colisión, Así se declara.

*Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede, por las siguientes razones:

La sentencia declaró la improcedencia de la demanda por colisión de leyes que se intentó entre el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y los artículos 35 y 95, cardinal 21 de la misma Ley, bajo el argumento de que tales preceptos regulan supuestos jurídicos distintos, por lo que –según la mayoría- mal puede haber colisión entre ellos y, asimismo, se argumentó que “en realidad la parte accionante lo que pretende de la Sala es la resolución de la controversia con la Contraloría General de la República, a la que se le imputa darle a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal un alcance incorrecto...”.

Ahora bien, se observa que el texto de esos preceptos es el siguiente:

Artículo 35

(...)

La no presentación de la memoria y cuenta en forma organizada y pública por parte del miembro de la Junta Parroquial, tendrá como consecuencia inmediata la suspensión de la dieta, hasta tanto cumplan con este deber.

Artículo 79

La Ley Orgánica que rige la materia prevé la modalidad y el límite de las remuneraciones que correspondan por el desempeño de la función pública del alcalde o alcaldesa, de los concejales o concejalas y, de los miembros de las juntas parroquiales. El sistema de remuneración de los demás funcionarios del respectivo municipio deberá ser compatible con aquéllas y sostenible para las finanzas municipales.

Artículo 95

Son deberes y atribuciones del Concejo Municipal:

(...)

21 Los concejales y concejalas deberán presentar dentro del primer trimestre del ejercicio fiscal respectivo, de manera organizada y pública a los electores de la jurisdicción correspondiente, la rendición de su gestión legislativa y política del año inmediatamente anterior, en caso contrario, se ele suspenderá la dieta hasta su presentación.

El salvante considera que si bien es cierto, como afirmó la mayoría sentenciadora, que los artículos 35, 79 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal regulan formalmente supuestos jurídicos distintos, no lo es menos que unas normas inciden en las otras, lo que implica que, en efecto, subyace una colisión normativa: ¿la ley regula un sistema de remuneraciones especiales o dispone el pago de dietas a ciertos funcionarios municipales? En otras palabras, no hay formalmente colisión, pero se trata de normas de igual jerarquía que inciden unas en la otra y que hacen referencias a modos de remuneración distintos, pues, de una parte, el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal remite la regulación de la materia a una ley orgánica especial que, según se planteó en juicio, sería la Ley Orgánica de Emolumentos para los altos funcionarios y funcionarias de los Estados y Municipios en desarrollo del artículo 147 de la Constitución, mientras que, de otra parte, los artículos 35 y 95.21 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal hacen referencia a las dietas como forma remunerativa de los mismos funcionarios, esto es, los concejales y miembros de las juntas parroquiales.

En consecuencia, este disidente considera que la Sala debió pronunciarse sobre el fondo del asunto, a través del señalamiento de cuál es la correcta y armónica interpretación de los tres preceptos en lo que respecta al régimen jurídico de las remuneraciones de los miembros de las juntas parroquiales y de los concejales, con la unificación de la terminología que unos y otro utilizan, con lo cual se evitarían los conflictos de *iure* que, en la práctica, suscita la duda interpretativa frente a la contraposición de unas y otras normas jurídicas.

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

3. *Revisión de sentencias en materia constitucional*

**TSJ-SC (1137)**

**11-07-2008**

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Trina Jacqueline González Cortez vs. Decisión Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.

**Mediante la solicitud de revisión, no es dable a los justiciables cuestionar lo afirmado en un determinado fallo, alegando que quien juzgó no debió emplear tal o cual fundamento, plasmado como consecuencia de la actividad propia del juez; pues estas actuaciones soberanas, la aplicación o interpretación del derecho por parte de los órganos judiciales, no puede revisarse a menos que de ella se derive una infracción del Texto Fundamental, lo cual incluye desacato a alguna doctrina jurisprudencial asentada por la Sala, que inste a esta máxima juzgadora de la constitucionalidad el ejercicio de su potestad extraordinaria.**

**TSJ-SC (1152)**

**11-7-2008**

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Pedro Daniel Álvarez y Alejandro Chirinos vs. Decisión de la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia.

**La Sala Constitucional, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de actos jurisdiccionales que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial.**

.....Es pertinente la aclaración de que esta Sala, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de actos jurisdiccionales que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que esta Sala tenga facultad para la desestimación de cualquier solicitud de revisión, sin ningún tipo de motivación, cuando, en su criterio, se verifique que la revisión que se pretende, en nada contribuye a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud, pues, del carácter excepcional y limitado que exhibe la revisión.

En el caso *sub iudice*, la representación judicial de los pretenses de autos requirió la revisión del veredicto en cuestión debido a que, en su criterio, la Sala de Casación Social "...contradice y desacata el criterio vinculante de esta honorable Sala Constitucional respecto a la perención del Recurso de Casación, violando asimismo normas legales (art. 7, C. P. C.), los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela jurídica efectiva de (sus) representados". Observa esta Sala Constitucional que la representación judicial de los solicitantes incurrió en una confusión de términos procesales, por cuanto el acto de juzgamiento objeto de la solicitud de revisión no declaró la perención de la instancia, sino el perecimiento del recurso de casación que interpusieron los peticionarios, en razón de la falta de formalización de dicho recurso, consecuencia jurídica que está expresamente dispuesta en la ley adjetiva laboral (ex art. 171).

Por otra parte, resulta evidente que los legitimados activos, dentro de sus argumentaciones, no encuadraron sus delaciones en alguno de los supuestos que fueron dispuestos para la procedencia de la solicitud de revisión; pues sólo pretenden, mediante este mecanismo de protección constitucional, el cuestionamiento de un acto de juzgamiento que emitió la Sala de Casación Social de este Supremo Tribunal en perfecta armonía normativa, en el que declaró perecido el recurso de casación por una falta de formalización de dicho mecanismo extraordinario de impugnación, a consecuencia de una evidente negligencia de la representación judicial de los actores.

En efecto, contrario a lo que señaló la representación judicial de los peticionarios, consta en autos (folio 28) que el Juzgado Superior Segundo del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas sí admitió el recurso de casación; por tanto, nada les impedía su formalización. En consecuencia, no se produjo ningún agravio a sus derechos constitucionales.

Ahora bien, en atención a la diuturna doctrina de esta Sala Constitucional sobre el objeto de su potestad discrecional y extraordinaria de revisión, se aprecia que las denuncias que se hicieron no constituyen fundamentación para su procedencia, pues dicha Sala de Casación Social declaró, razonadamente, el perecimiento del recurso de casación, juzgamiento que fue hecho por esa Sala en cabal ejercicio de su función de juzgar.

En razón de ello, esta Sala, en la sentencia que recayó en el caso *Corpoturismo*, del 6 de febrero de 2001, estableció que:

(...) 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 (...)

Como consecuencia de todo lo que fue expuesto y, en virtud de que esta Sala considera que la revisión que se pretendió no contribuiría con la uniformidad jurisprudencial, además de que dicho fallo no se subsume en ninguno de los supuestos de procedencia que, previa y reiteradamente, ha fijado esta Sala, debe declararse que no ha lugar a la revisión que fue pretendida. Así se decide.

4. *Acción de Amparo Constitucional*A. *Diferencia con la acción de habeas data*

TSJ-SC (1261)

1-8-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Eduardo Castañeda Acuña y Claudia Juliana Castañeda Acuña vs. Dirección Nacional de Identificación y Extranjería en San Antonio del Táchira.

**El aspecto diferenciador fundamental entre el amparo y el hábeas data, está en el hecho de que a través del primero no se pueden constituir derechos, sino restablecer los mismos. Por tanto, cuando se denuncie una violación de alguno de los derechos que enumera el artículo 28 de la Constitución, la vía idónea y procedente es el amparo; en cambio, cuando la circunstancia no constituya ninguna denuncia de violación concreta, sino la solicitud de actualización, rectificación, destrucción de datos falsos o erróneos, lo procedente es una demanda de hábeas data.**

Debe previamente esta Sala determinar su competencia para conocer de la acción interpuesta de conformidad con el criterio sostenido por este órgano jurisdiccional en su sentencia N° 332 del 14 de marzo de 2001 (caso *INSACA*), y con fundamento en la letra b) de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual es preciso hacer inicialmente la distinción entre la acción de *habeas data* y la acción de amparo, con el fin de determinar el tribunal competente para el conocimiento de los derechos que se incluyen en el artículo 28 constitucional.

Al respecto, cabe destacar como aspecto diferenciador fundamental entre el amparo y el *hábeas data*, el hecho de que a través del primero no se pueden constituir derechos, sino restablecer los mismos. Por tanto, cuando se denuncie una violación de alguno de los derechos que enumera el artículo 28 de la Constitución, la vía idónea y procedente es el amparo; en cambio, cuando la circunstancia no constituya ninguna denuncia de violación concreta, sino la solicitud de actualización, rectificación, destrucción de datos falsos o erróneos, lo procedente es una demanda de *hábeas data*.

En este sentido, el artículo 28 Constitucional señala que:

*“Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.*

Para decidir la Sala ratifica, que el citado artículo 28 establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas haya sido compilada por otras, mediante mecanismos manuales o informáticos, que registran y almacenan datos e informaciones sobre sí mismas o sobre sus bienes, y que el uso de tales registros pueda afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, por lo que a fin de protegerlos, la Constitución prevé en el artículo 28 antes citado: 1) El derecho de conocer la existencia de tales registros. 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o vinculada a comunidades o a grupos de personas. 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo con-

trolar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él. 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra. 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo. 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto. 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afecten ilegítimamente los derechos de las personas.

En este orden de ideas, en sentencia del 14 de marzo de 2001 (Caso *INSACA*), la Sala señaló lo siguiente:

*“De la lectura del artículo 28 citado, que se refiere a registros, se deduce que el derecho a conocer, y el llamado habeas data en general, no funciona en relación a expedientes de trabajos que reposan en un archivo, a datos sueltos que alguien tenga sobre otro, anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales, sino que funciona con sistemas -no solo informáticos- de cualquier clase de ordenación de información y datos sobre las personas o sus bienes, con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros, y que real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación. Se trata, por lo tanto, de bancos de datos, no referidos a alguien en particular, con independencia de que estén destinados a producir informaciones al público. Los registros objeto del habeas data, como todo registro, son compilaciones generales de datos sobre las personas o sus bienes ordenados en forma tal que se puede hacer un perfil de ellas, de sus actividades, o de sus bienes. Los registros oficiales, y por tanto los privados, objeto de la norma, tienen un sentido general, ellos están destinados a inscribir documentos, operaciones, actividades, etc., de las personas en determinados campos o temas, por lo que se trata de codificaciones de series de asuntos que forman patrones, matrices y asientos temáticos, que tienen repercusión sobre las personas en general, así sean ajenas a las actividades que se recopilan y las personas no las conozcan, y tal criterio debe ser aplicado al ‘registro’ de datos e informaciones a que se refiere el artículo 28 constitucional”* (Resaltado de este fallo).

Sobre este aspecto observa la Sala que, en el caso de autos, lo alegado por la parte accionante se refiere a la presunta negativa de la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería a expedirle nuevamente al padre de los solicitantes la cédula de identidad, por lo que estima que, de conformidad con el criterio jurisprudencial antes citado, el presente caso no se refiere al derecho de respuesta, actualización, rectificación y destrucción de los datos de identificación del padre de los accionantes.

Por el contrario, la acción está dirigida a que se ordene “a la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería en San Antonio del Táchira, se proceda de inmediato a tramitar la regulación del documento identificación (Cédula de Identidad) del ciudadano EDUARDO CASTAÑEDA MURILLO...”.

En consecuencia, luego de analizar el caso *sub júdice*, esta Sala estima que está en presencia de una acción de amparo y no de un *habeas data* -como fue referido por la parte accionante- por la presunta violación en que incurrió la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería ubicada en San Antonio del Táchira al negarle al padre de los accionantes la expedición de una nueva cédula de identidad, razón por la cual esta Sala Constitucional resulta incompetente para conocer de la presente acción de amparo, por lo que su conocimiento corresponde a los tribunales superiores en materia contencioso administrativo. En razón de lo anterior, se declina la competencia en el Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Los Andes. Así se declara.

*Voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán*

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, que declaró incompetente a esta Sala Constitucional para conocer de la acción de *habeas data* intentada por los ciudadanos Jair Eduardo Castañeda Acuña y Claudia Juliana Castañeda Acuña, en nombre del ciudadano Eduardo Castañeda Murrillo contra la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería, ubicada en

San Antonio del Táchira, al estimar que se trataba de una acción de amparo constitucional, por lo que declinó el conocimiento de la misma en el Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región de Los Andes.

Al efecto, en el presente caso se alegó que, al ciudadano Eduardo Castañeda Murillo le habían negado en varias oportunidades la renovación de su cédula de identidad como extranjero, en razón de la existencia de unos antecedentes –policiales o penales- en su contra por la presunta comisión del delito de posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Asimismo denunciaron que tal situación vulneraba los derechos al libre desenvolvimiento e identidad del referido ciudadano, razón por la cual la acción de *habeas data* había sido interpuesta por los hijos del supuesto afectado, a fin de que se le ordenara a la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería en Caracas y en San Antonio del Estado Táchira corregir la falta cometida para regularizar la situación relacionada con la documentación de su identificación.

Así entonces, con base en tales alegatos la parte actora calificó su acción como de *habeas data*, calificación que comparte quien disiente del fallo que antecede, toda vez que la pretensión formulada requiere de un procedimiento indagatorio, en virtud del cual se debe determinar la viabilidad o no de la corrección de los datos denunciados, propio del *habeas data*, razón suficiente para estimar que la presente acción, sí encuadra dentro del derecho de actualización y corrección contenido en el artículo 28 Constitucional, y no podía ser entendida como una acción de amparo constitucional dirigida contra la negativa de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería para renovar el referido documento.

Por otro lado pudo advertirse que las personas que figuran como accionantes en el escrito de interposición y que otorgaron poder al abogado Juan Luis Augusto Suárez Novoa para intentar la presente acción, son los ciudadanos, Jair Eduardo Castañeda Acuña y Claudia Juliana Castañeda Acuña, aún cuando, la información contenida en los registros de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería que se pretende corregir, actualizar o destruir pertenece y afecta exclusivamente la esfera de derechos del ciudadano Eduardo Castañeda Murrillo, padre de los mencionados ciudadanos.

En tal sentido, resulta oportuno acotar que el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala en su encabezado que “*Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados (...)*” De esta manera y desde el inicio, dicha norma deja claro el carácter personal que ostenta este tipo de acción, toda vez que la representación para actuar en juicio va a nacer en la medida que exista información errónea o desactualizada que afecte ilegítimamente los derechos de una persona, siendo en este caso, el ciudadano Eduardo Castañeda Murrillo, el único llamado a accionar contra la transgresión de derechos de la que está siendo objeto, de conformidad con lo expuesto en la aludida disposición. La única excepción que contempla la Constitución a este carácter personal –en lo que se refiere a acciones de protección constitucional- está contenida en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, que autoriza a que “*...la acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona...*”, dada la situación del afectado por la privación ilegítima de su libertad que no le permite procurarse por sí mismo tal defensa.

Ello así, debió la mayoría sentenciadora precisar que la sola representación que se atribuyeron las accionantes Jair Eduardo Castañeda Acuña y Claudia Juliana Castañeda Acuña en el escrito de interposición, no era suficiente para que esta Sala le reconociera como válida la actuación de los mencionados ciudadanos en la presente acción, toda vez que, los mismos no son víctimas de la presunta lesión constitucional causada por los datos erróneos o desactualizados, y ni la condición de hijos es suficiente, de conformidad con lo expuesto, para ser considerados parte actora en este proceso, aun cuando estas filiaciones estén perfectamente demostradas en los autos con la presentación de las partidas de nacimiento.

De allí, que la resolución más expedita, favorable a los intereses de las partes y en concordancia con lo alegado por estas, era la declaratoria de inadmisibilidad de la acción de *habeas data* intentada por los hijos de la presunta víctima de la lesión, de conformidad con lo establecido en el quinto aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, vista la falta de representación. Por lo que reconducir la acción interpuesta como de *habeas data* a una de amparo constitucional, y consecuentemente declinar la competencia a un Juzgado Superior Civil y Contencioso, resulta contrario constitucional de celeridad procesal; y además, no modificaría el hecho de que la acción fue presentada por personas que carecen de representación para actuar en nombre del verdadero afectado.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada disidente.

B. *Objeto*

a. *Omisiones administrativas*

**TSJ-SC (1024)**

**7-7-2008**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Ascader Contreras Uzcátegui vs. Contralor General de la República.

**La existencia de la pretensión por abstención, frente al amparo constitucional, no excluye la posibilidad de interposición de demandas de amparo contra omisiones administrativas, en la medida en que éstas sean violatorias de derechos fundamentales y, además, cuando dicha pretensión por abstención no garantice la eficaz satisfacción de la pretensión.**

Pasa esta Sala a conocer del asunto planteado, para lo cual se observa, que el punto medular de las denuncias formuladas por el actor, se refiere a la presunta lesión de los derechos de petición, de información, y a la oportuna y adecuada respuesta, y, al respecto, este Máximo Órgano Jurisdiccional ha señalado que la demanda por abstención o carencia, que según el criterio reiterado de esta Sala puede ser ejercido conjuntamente con pretensión cautelar (*Vid.* Sentencia N° 971 del 16 de junio de 2008), es el medio judicial ordinario en la que caben las pretensiones procesales cuyo objeto sean omisiones o inactividades de carácter administrativo del Estado -*Vid.* Sentencia de la Sala N° 547/04-, incluso aquellas -equivocamente denominadas- omisiones genéricas consecuencia de la falta de oportuna y adecuada respuesta a las solicitudes que den lugar a actuaciones de rango sub legal.

Ahora bien, en esa misma decisión, esta Sala señaló expresamente que la existencia de esa vía contencioso administrativa ordinaria (la pretensión por abstención), frente al amparo constitucional, no excluye la posibilidad de interposición de demandas de amparo contra omisiones administrativas, en la medida en que éstas sean violatorias de derechos fundamentales y, además, cuando dicha pretensión por abstención no garantice la eficaz satisfacción de la pretensión. Así, en esa oportunidad se dispuso:

“(…) *Entre otras, en el fallo de 30-6-00 (caso Nora Eduvigis Graterol) que anteriormente se citó, esta Sala señaló que ‘Las abstenciones u omisiones de los órganos del Poder Público que violen o amenacen violar derechos o garantías constitucionales, específicamente el derecho de petición y oportuna respuesta pueden ser atacadas por medio de la acción de amparo constitucional, tal y como se desprende de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales’.*

(…)

Ahora bien, y según se estableció en la misma decisión de 30-6-00, ‘no toda omisión genera una lesión constitucional’ y de allí que sea imperativo el análisis de cada caso concreto para la determinación de si, en el mismo, es procedente el amparo constitucional ante la violación al derecho de petición, análisis que dependerá de si existen o no, frente a este caso, vías contencioso-administrativas ordinarias capaces de dar satisfacción al derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta.

La idoneidad de la vía procesal ordinaria para la satisfacción de ese derecho dependerá, en primer lugar, de que pueda dar cabida a la misma pretensión que habría de plantearse en estos casos a través de la demanda de amparo constitucional, pretensión que no es otra que la condena a la Administración a que decida expresa y adecuadamente, que es a lo que da derecho, se insiste, la garantía de oportuna y adecuada respuesta (...).

De manera que la existencia de un medio procesal ordinario no puede eliminar, *per se*, la procedencia de las demandas de amparo constitucional frente a omisiones de la Administración Pública. No podría ser de otra manera, pues el sostenimiento de tal argumento implicaría contradicción con el texto expreso de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo artículo 5 preceptúa que “(...) la acción de amparo procede contra todo, acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional”, y más grave aún, implicaría el desconocimiento de que la posibilidad del ejercicio de un amparo constitucional en defensa de los derechos y garantías constitucionales no es una mera opción procesal, sino que es, en sí mismo, un verdadero derecho constitucional, pues, de conformidad con el artículo 27 de la Constitución, “(...) toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución (...)” (Destacado de la Sala).

En el caso de autos, aun cuando se alegó que la supuesta omisión de respuesta violó derechos fundamentales, no se evidencia de las actas del expediente que exista una situación de hecho que permita afirmar que el actor y sus representados pudieran sufrir una lesión inevitable o irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa, ya que en forma alguna existen elementos de convicción que permitan determinar que el contencioso administrativo sea insuficiente para restablecer la situación infringida, o que su procedimiento -dada la naturaleza de la infracción alegada- no cumple con la finalidad de lograr la protección de los derechos constitucionales presuntamente lesionados.

Sobre la base de lo señalado, no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea y eficaz para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como lo ha reiterado la Sala en diversos fallos, no toda trasgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias -como la ya indicada- en las cuales todos los jueces de la República deben restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable.

En refuerzo de tal aserto, la Sala reitera el criterio sentado en su sentencia N° 963 del 5 de junio de 2001, recaída en el caso “José Ángel Guía”, que estableció:

“(...) la acción de amparo constitucional, opera en su tarea específica de encauzar las demandas contra actos, actuaciones, omisiones o abstenciones lesivas de derechos constitucionales, bajo las siguientes condiciones:

a) Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o

b) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.



*La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica inmanente al sistema judicial venezolano; por lo que, en consecuencia, ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia será la inadmisión de la acción sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente, pues el carácter tuitivo que la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias les impone el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales, por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previa es un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo.*

*La exigencia del agotamiento de los recursos a que se refiere el aludido literal a), no tiene el sentido de que se interponga cualquier recurso imaginable, sino sólo los que permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian. No se obliga, pues, a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación que puedan estar previstos en el ordenamiento procesal, sino tan solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles (...)*” (Subrayado de esta sentencia).

*Tal criterio fue ampliado posteriormente por esta Sala, indicando que "(...) [a]hora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no solo 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 este pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente (...)*” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 2.094 del 10 de septiembre de 2004, caso José Vicente Chacón Gozaine).

Precisado lo anterior y visto que las razones invocadas por la actora no son suficientes para rechazar el empleo de la vía procesal ordinaria, esta Sala declara inadmisibile la acción de amparo constitucional ejercida de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

b. *Vías de hecho: Inadmisibilidad*

**TSJ-SC (1024)**

**7-7-2008**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Ascender Contreras Uzcátegui vs. Contralor General de la República.

Ahora bien, para decidir la Sala observa del confuso y contradictorio escrito presentado por la representación judicial de Aduanera Kosmar C.A., que la denuncia que fundamenta la interposición de la presente acción versa sobre la decisión de la Gerencia de la Aduana Principal Aérea de Maiquetía, tomada por los funcionarios reconocedores que fueron del “criterio de aplicar la medida de comiso”, a su decir, sin que mediara procedimiento ni acto administrativo alguno, en vista de que la constancia emitida por Sencamer estaba vencida.

Respecto a esta denuncia, se observa que a lo largo del escrito no se indica la fecha en la cual ocurrieron los hechos denunciados ni la razón por la cual se alega que no media ningún acto administrativo que sustente tal decisión, pues de las actas que conforman el expediente se desprende que sí existe un expediente administrativo en la Aduana Principal Aérea de Maiquetía, signado con el número DUA N° 10784 del 11 de febrero de 2005.

Observa la Sala que la parte actora acompañó con su solicitud una serie de recaudos, sin embargo, no consignó ni aún copia simple de los documentos que sustentan o demuestran la veracidad de su denuncia. Por el contrario, solicitó en el escrito libelar al a quo requiriera a la Gerente de la Aduana Principal Aérea de Maiquetía, el expediente con todas las actuaciones.

Esta solicitud debe ser desechada por el jurisdicente en virtud de que conforme lo pauta el 52 de la Ley Orgánica de Aduanas, “[c]oncluido el reconocimiento documental y/o físico, según sea el caso, se dejará constancia de las actuaciones cumplidas, de las objeciones de los interesados, si las hubiere, y de los resultados del procedimiento. No será necesario levantamiento de acta de reconocimiento cuando no hubieren surgido objeciones en el procedimiento respectivo, bastando la firma y sello del funcionario competente. En caso de objeciones, el acta deberá ser suscrita por los comparecientes y uno de sus ejemplares se entregará al interesado al concluir el acto”, es decir, que en principio dicha documentación debería estar en poder de la accionante; no obstante, como se evidencia de sus dichos dichas actuaciones no fueron consignadas en virtud de que Aduanera Kosmar, C.A., ha “realizado las gestiones ante mi [su] representada para alcanzar los objetivos solicitados, pero por motivos ajenos a mis [sus] intenciones, entre ellas que las oficinas están ubicadas en el Municipio Vargas, no se ha recibido en mi [su] Despacho los documentos; al efecto realizo[a] gestiones ante la División de Asuntos Jurídicos del SENIAT de Avenida Libertador, Distrito Capital, para las copias del expediente administrativo”.

Dicho argumento verifica entonces una inercia absoluta por parte de la actora, que en ningún caso justifica la prescindencia de las pruebas fundamentales, pues, el juez no puede, ni siquiera por la vía del auto para mejor proveer, suplir la negligencia de la carga incumplida por el accionante, ya que si ello lo hiciera, estaría rompiendo la igualdad procesal, el equilibrio que debe existir entre las partes dentro de sus respectivas posiciones y derechos procesales, menos aún cuando se alega que ello se debe a que las oficinas están ubicadas en el Estado Vargas, sitio en el cual se supone desarrollan principalmente sus actividades como agente aduanal, ya que nadie puede prevalerse de su propia torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem suam allegans*).

Aunado a lo anterior, ello demuestra que resulta falsa la afirmación hecha por ésta cuando alega que la situación jurídica infringida no proviene de acto administrativo alguno sino de unas supuestas vías de hecho no demostradas, las cuales se dan cuando la Administración pasa a la acción sin interponer acto alguno, es decir, con falta absoluta de decisión o acto previo; y segundo, cuando existe el acto pero fue dictado fuera de la competencia o al margen del procedimiento establecido por la ley. Respecto al segundo punto, también existe vía de hecho en aquellos supuestos en los que aun existiendo acto previo y siendo éste perfectamente regular, la actividad material de ejecución excede del ámbito cubierto por el acto en cuestión cualitativa y cuantitativamente. En estos casos existe una falta de cobertura, equivalente a la inexistencia del acto previo. (Cfr. Sentencia N° 912 del 5 de mayo de 2006).

En lo que respecta ya al mérito del recurso ejercido, observa la Sala que la decisión dictada por la primera instancia constitucional estimó inadmisibles el amparo objeto de estas actuaciones, al considerar que la presunta agraviada debió agotar el recurso de amparo tributario para controlar una supuesta dilación en la que habría incurrido la Administración Aduanera en brindarle una respuesta tempestiva a la solicitud que aquélla había planteado.

La Sala no comparte la decisión del a quo cuando concluyó que la lesión deviene por el hecho de que la “Gerencia Aduana Principal Aérea de Maiquetía no le diera respuesta a la solicitud formulada el 29 de abril de 2005, a los fines que emitiera una decisión administrativa para poder ejercer los recursos respectivos”, pues ello no fue denunciado, y el juez, salvo que se trate de cuestiones de orden público, no puede concluir que la lesión deviene de un hecho que no fue alegado en el libelo sino que fue producto de la revisión de las actas que conforman el expediente, pues si bien es cierto, el juez es quien conoce el derecho, éste conforme a dicha facultad puede calificar o reconducir la acción, pero no suplir argumentos para crear una demanda basada en hechos no manifestados.

Retomando el asunto que atañe a esta Sala, respecto a la falta de consignación de los recaudos necesarios para la tramitación de la acción, se debe acotar que en materia de amparo, al igual que en cualquier otra clase de demandas, deben ser incorporados a los autos todos los instrumentos de los cuales se deduzca inmediatamente el fundamento de la pretensión. La omisión de tal aporte a los autos, impide al juez constitucional constatar siquiera la existencia de la situación jurídica aducida y -menos aún- de las transgresiones constitucionales delatadas, de modo que imposibilita cualquier pronunciamiento respecto de la admisibilidad de la pretensión.

En atención a esta circunstancia, la ya inveterada doctrina de esta Sala ha dispuesto como requisito imprescindible para el caso del amparo en contra de órganos jurisdiccionales, que tales instrumentos se produzcan junto con el libelo de la demanda de amparo, al menos en copia simple -si la urgencia así lo ameritare- siempre y cuando se incorpore un ejemplar auténtico del acto impugnado en la audiencia constitucional (*vid.* SC N° 07/2000, caso *José Amando Mejía*).

En el caso del amparo intentado contra entes administrativos, cabe predicar la misma regla, pues, la Administración manifiesta su voluntad (salvo casos de excepción) a través de decisiones (actos administrativos) que, por su carácter documental, deben ser incorporados a las actas de un proceso, en casos de que no exista acto administrativo alguno, la vía no sería el amparo tal como lo ha dispuesto esta Sala en innumerables sentencias -ver sentencia N° 1937 del 21 de noviembre de 2006 (para materia tributaria) y la N° 912 del 5 de mayo de 2006 (para contencioso administrativo)-.

#### D. Admisibilidad

##### a. Corrección y omisiones del libelo

**TSJ-SC (1175)**

**16-6-2008**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Aduanera Kosmar, C.A. vs. Decisión Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**La facultad de despacho subsanador prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite al juez exigir del presunto agraviado las aclaraciones que sean conducentes respecto del contenido esencial de su petición. En cambio, las iniciativas probatorias que al mismo juez acuerda el artículo 17 *eiusdem* sólo han de ser ejercitadas en supuestos en los que medie el orden público o exista la imposibilidad justificada para el accionante de aportar los instrumentos conducentes**

Si bien esta exigencia no aparece contenida en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales -puesto que esta norma sólo prevé los *requisitos formales indispensables del libelo*- se deduce del principio procesal general acogido por nuestro ordenamiento adjetivo (artículo 340.6° del Código de Procedimiento Civil; artículo 19, párrafo quinto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; aplicables en virtud de remisión supletoria *ex* artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) conforme el cual junto con la demanda deben presentarse aquellos instrumentos de los que se derive inmediatamente el derecho deducido.

Dado que la materia en litigio es sensible al orden público al juez constitucional se le reconoce la potestad de ordenar al accionante salvar los puntos dudosos o las omisiones en las que hubiere incurrido para poder así efectuar un análisis exhaustivo del objeto de la con-

troversia y como manifestación de esa potestad, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dispone que si la solicitud no llenare los extremos previstos en el artículo 18 *eiusdem*, deberá notificarse al presunto agraviado para que la corrija en el brevísimo término de cuarenta y ocho (48) horas, bajo pena de declarar inadmisibile la acción (*rectius*: la solicitud, conforme precisó esta Sala mediante sentencia N° 1167 del 29 de junio de 2001, caso *Felipe Bravo Amado*). Nótese que, en este caso, la norma comentada ordena entonces subsanar una carga argumentativa del accionante en amparo.

Aun y cuando el propio juez constitucional esté facultado para ordenar la evacuación de las pruebas que estime necesarias, tal como dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe destacarse que tal potestad no puede extenderse al punto de considerar que éste debe suplir la actividad probatoria de las partes pues -si bien con importantes matizaciones- el amparo es un proceso que se rige por el principio dispositivo.

La excepción a este principio, es decir, el ejercicio de las iniciativas probatorias del juez constitucional exige como presupuesto la posible trasgresión del orden constitucional, entendiéndose que en estos casos la lesión trasciende la esfera de intereses individuales del reclamante (*Cfr.* Sentencia SC N° 77 del 9 de marzo de 2000, caso *José Alberto Zamora Quevedo*).

De allí que no pueda pretenderse que -a menos que medie la excepción de orden público- el juez deba subrogarse en la carga probatoria de las partes, pues son éstas las que deben soportar los efectos de su propia negligencia. Si quien aduce la condición de agraviado no aporta a los autos instrumento alguno del cual pueda desprenderse la causa del gravamen delatado, sin que medie suficiente justificación para ello, la consecuencia procesal debe ser la declaratoria de inadmisibilidad de la petición de tutela constitucional.

Por ende, la facultad de despacho subsanador prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite al juez exigir del presunto agraviado las aclaraciones que sean conducentes respecto del contenido esencial de su petición. En cambio, las iniciativas probatorias que al mismo juez acuerda el artículo 17 *eiusdem* sólo han de ser ejercitadas en supuestos en los que medie el orden público o exista la imposibilidad justificada para el accionante de aportar los instrumentos conducentes. La Sala estima prudente haber efectuado tales consideraciones, pues resulta común la práctica judicial que tiende a confundir la aplicabilidad de una u otra figura que, por tanto, deviene en equívocas soluciones de los casos concretos y, en esa misma medida, un dispendio de la actividad jurisdiccional.

En el caso de autos, erróneamente conforme lo dicho *supra*, el juez de la causa -invocando para ello el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- solicitó a la actora que consignara copias de las actas de los reconocimientos practicados por la Aduana Aérea Principal de la Guaira sobre la mercancía cuya importación aquélla pretendía. El actor, por su parte, solicitó una prórroga de tres semanas para tal cumplimiento (folio 71 y 72) por cuanto "*por motivos ajenos a mis [sus] intenciones, entre ellas que las oficinas están ubicadas en el Municipio Vargas, no se ha recibido en mi [su] Despacho los documentos ...tanto las comunicaciones telefónicas, como los e-mails, así como los paquetes de documentos han sido difíciles de manejar y la Administración toma su tiempo*".

Como se observa entonces, las excusas dadas por la presunta agraviada sólo sirve para apuntalar su falta de diligencia y no justifica en modo alguno la presentación tardía de los instrumentos referidos, que -según tanto se ha insistido- debieron ser producidos conjuntamente con la demanda de amparo, pues de lo contrario se hacía imposible para el juez constitucional forjarse una mediana certidumbre respecto de los actos constitutivos de la injuria

constitucional delatada. En atención a ello, resulta patente que la parte accionante incumplió de manera totalmente injustificada con la carga de aportar los documentos fundamentales de la demanda, en virtud de lo cual la demanda debía ser declarada inadmisibles para su tramitación.

En tal virtud, esta Sala declara sin lugar la apelación intentada; y confirma, sobre la base de los argumentos expuestos en el presente fallo, la declaratoria de inadmisibilidad contenida en la decisión dictada, el 19 de junio de 2007, por el Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se declara.

*Voto concurrente de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño*

Quien suscribe, Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, presenta el voto concurrente que sigue respecto del fallo que antecede, en el cual la mayoría sentenciadora de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró sin lugar la apelación ejercida por la representación judicial de Aduanera Kosmar, C.A. y confirma la declaratoria de inadmisibilidad contenida en la decisión dictada el 19 de junio de 2007, por el Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con fundamento en las razones que se señalan a continuación:

1.- En criterio de la mayoría sentenciadora, "...resulta falsa la afirmación hecha por ésta cuando alega que la situación jurídica infringida no proviene de acto alguno, sino de unas supuestas vías de hecho no demostradas, las cuales se dan cuando la Administración pasa a la acción sin interponer acto alguno, es decir, con falta absoluta de decisión o acto previo; y segundo, cuando existe el acto pero fue dictado fuera de la competencia o al margen del procedimiento establecido por la ley. Respecto al segundo punto, también existe vía de hecho en aquellos supuestos en los que aun existiendo acto previo y siendo éste perfectamente regular, la actividad material de ejecución excede del ámbito cubierto por el acto en cuestión cualitativa y cuantitativamente. En estos casos existe una falta de cobertura, equivalente a la inexistencia del acto previo (Cfr. Sentencia N° 912 del 5 de mayo de 2006)". Con tales aseveraciones se está de acuerdo.

2.- Sin embargo, luego se estableció que la "...Sala no comparte la decisión del a quo cuando concluyó que la lesión deviene por el hecho de que la '*Gerencia Aduana Principal de Maiquetía no le diera respuesta a la solicitud formulada el 29 de abril de 2005, a los fines que emitiera una decisión administrativa para poder ejercer los recursos respectivos*', pues ello no fue denunciado, y el juez, salvo que se trate de cuestiones de orden público, no puede concluir que la lesión deviene de un hecho que no fue alegado en el libelo sino que fue el producto de la revisión de las actas que conforman el expediente, pues si bien es cierto, el juez es quien conoce el derecho, éste conforme a dicha facultad puede calificar o reconducir la acción, pero no suplir argumentos para crear una demanda basada en hechos no manifestados".

2.- En efecto, la sentencia de la cual se concurre niega de esa manera los poderes inquisitivos del juez contencioso (quien además actúa como juez constitucional), conforme a los cuales se le permite extraer elementos necesarios para dictar la decisión correspondiente, sin que ello pueda considerarse violatorio de los derechos a la igualdad, a la defensa y al debido proceso. Se trata de un principio que diferencia al derecho público del ámbito del derecho privado.

Al respecto, ya esta Sala ha establecido que:

"... el legislador, de acuerdo con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está facultado para establecer las condiciones de actuación del juez contencioso administrativo, para lo cual debe legislar en términos de disponer lo necesario para

que el órgano jurisdiccional pueda lograr su cometido constitucional, como es el restablecimiento de las situaciones jurídicas de los particulares ante la actuación administrativa, independientemente del sentido activo o negativo de dicha actuación, lo cual conlleva a que frente a la omisión de la actividad administrativa, el juez contencioso pueda intervenir restableciendo los derechos o intereses eventualmente vulnerados.

Es esta la *ratio* de los poderes inquisitivos del juez contencioso, como un efecto de la concepción social y de justicia del Estado venezolano, caracterizado por una institucionalidad que se adecua a lo que sea oportuno y posible en un momento determinado. Para ello, se tiene en cuenta la situación real de los ciudadanos y se adoptan normativas que persiguen disminuir las desigualdades sociales, permitiendo que las personas ajenas al poder público o privado obtengan una mejor calidad de vida” (Sentencia de esta Sala Constitucional N° 962 del 09-05-06, caso *Cervecerías Polar Los Cortijos, C.A. y otras*).

De manera que, no está fuera del alcance del juez contencioso hacerse de hechos que puede extraer de las propias actas del expediente -que está obligado a examinar exhaustivamente-, aunque la parte no lo haya alegado. Ello porque si lo que se pretende es la protección del ciudadano frente a las actuaciones u omisiones administrativas, una vez detectada una situación violatoria de derechos ello no puede ser obviado por el juez, desatendiendo las garantías que está obligado a proteger dentro del marco constitucional.

3.- De igual manera, también la sentencia que antecede niega los mencionados poderes inquisitivos del juez constitucional, cuando afirmó que en “... el caso de autos, erróneamente conforme lo dicho *supra*, el juez de la causa -invocando para ello el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- solicitó a la actora que consignara copias de las actas de los reconocimientos practicados por la Aduana Aérea Principal de la Guaira sobre la mercancía cuya importación aquélla pretendía. El actor, por su parte, solicitó una prórroga de tres semanas para tal cumplimiento (folio 71 y 72) por cuanto ‘por motivos ajenos a mis [sus] intenciones, entre ellas que las oficinas están ubicadas en el Municipio Vargas, no se ha recibido en mi [su] Despacho los documentos.... Tanto las comunicaciones telefónicas, como los e-mails, así como los paquetes de documentos han sido difíciles de manejar y la Administración toma su tiempo”.

Debido a lo anterior, la mayoría sentenciadora considera que se trata de una falta de diligencia que en modo alguno justifica la tardía presentación de los documentos, debiendo ser declarada inadmisibles la acción de amparo por falta de los documentos fundamentales de la demanda.

La presente concurrencia considera que en razón de haberse intentado el amparo contra una presunta vía de hecho -afirmado así por la sociedad mercantil accionante-, el juez constitucional tenía plenos poderes para solicitar cualquier documentación que le pudiera aclarar las circunstancias alegadas.

Es mas, habiendo alegado la accionante la vía de hecho, podía en principio presumir el juez constitucional que no habría documentación alguna que solicitar, esperando dilucidar los hechos en la respectiva audiencia oral y pública.

4.- Ahora bien, respecto de la alegada vía de hecho, la accionante afirma que fue objeto de una medida de comiso, por lo cual la administración tributaria dictó un “Acta de Comiso”, de la cual se denuncia fue dictada sin procedimiento previo. Con lo cual es propicia la oportunidad para reiterar la posición de quien aquí concurre, pues existiendo un mínimo sustrato material que sustente el proceder de la administración, es posible acceder a la jurisdicción contencioso administrativa y hacer valer los derechos que se consideran transgredidos por ella. Sin pretender con ello afirmar que todo amparo ejercido contra una vía de hecho resulta inadmisibles, conforme al artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

De allí que igualmente resulte inadmisibles la acción bajo estudio, pero no por considerar que hubo una falta de diligencia de la accionante y un exceso del juez constitucional en solicitar el aporte probatorio que consideró relevante -lo que hizo en pleno uso de sus poderes inquisitivos-, sino porque ante la existencia de un acta como mínimo sustrato documental, la quejosa podía ejercer el recurso contencioso administrativo, configurándose la causal prevista en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Queda así expresado el criterio de la concurrente.

b. *Legitimación: Carácter personalísimo*

**TSJ-SC (1134)**

**11-7-2008**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Alfredo La Cruz Rivas y otro vs. Decisión Juzgado Tercero de Primera Instancia en Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo.

**La acción de amparo ostenta un carácter personalísimo atribuido en exclusividad a la víctima del agravio constitucional, dejando a salvo supuestos especiales, como los reclamos efectuados en protección de los derechos colectivos o difusos, que nacen del reconocimiento de esta esfera de derechos por parte del artículo 26 de la Constitución, o el caso del amparo a la libertad y la seguridad personal, en el que cualquier persona está legitimada para intentarlo, entendiendo que -dada la situación del afectado por la privación ilegítima de su libertad - no puede procurarse por sí mismo tal defensa.**

E. *Sentencia*

a. *Apelación: Escrito de fundamentos*

**TSJ-SC (1175)**

**16-6-2008**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Aduanera Kosmar, C.A. vs. Decisión Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Por otra parte, la Sala advierte que si bien en materia de amparo no es requisito indispensable consignar el escrito de fundamentos de la apelación para que el superior conozca del caso, el mismo es valorado cuando se presenta dentro de los treinta (30) días siguientes de que se dé cuenta en Sala y se designé ponente de conformidad con la sentencia N° 442/2001, caso *E/S Los Pinos, S.R.L.*

Pues bien en el caso de autos se dio cuenta en Sala el 3 de diciembre de 2007, sin embargo, la representación de la parte actora presentó su escrito de fundamentos de la apelación el 10 de enero de 2007, es decir, cuando había vencido el lapso al cual se hizo referencia. En consecuencia, la fundamentación de la apelación es extemporánea y, por tanto, no serán tenidas en cuenta las argumentaciones contenidas en tal escrito. Así se declara.

## IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Ingreso a la Administración Pública: Estabilidad provisional de los funcionarios que hayan ingresado sin concurso público*

CSCA

14-8-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas.

**En atención a los principios derivados del Estado Social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe reconocerse el derecho a la estabilidad provisional o transitoria, al funcionario que haya ingresado por designación o nombramiento a un cargo de carrera, sin haber superado previamente el respectivo concurso.**

Con el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra.

Sobre la noción de funcionario público y lo que comprende dicha noción, la autora patria Beatrice Sansó de Ramírez expresa lo siguiente:

“El destinatario de la normativa contenida en la citada ley [refiriéndose a la Ley del Estatuto de la Función Pública], es decir, su ámbito subjetivo, o lo que es lo mismo, aquel a quien va dirigida su aplicación, es el funcionario público, el cual, tiene tal carácter, según lo dispone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 144, si se le vincula con la Administración Pública”.

Se trata de una noción orgánica más que sustantiva de funcionario público, como lo afirma Hildegard Rondón de Sansó, cuando señala:

La noción de Poder Público y de ejercicio de la función pública la vincula esencialmente el constituyente con la idea de la Administración Pública, y del desempeño del cargo administrativo. Lo anterior se pone en evidencia con el hecho de que al referirse la nueva Constitución a la función pública, en realidad está haciendo referencia a la relación de empleo público con la Administración Pública Nacional. Ahora bien, el régimen de empleo público comprende las siguientes materias: la dirección y gestión de la Función Pública; el régimen de los funcionarios Públicos en particular, que incluye los requisitos para ejercer un cargo público; la clasificación de los cargos (de carrera y de confianza); los derechos y deberes de los funcionarios públicos, las prohibiciones; las incompatibilidades; lo relacionado con el personal contratado; el sistema de administración de personal, que está conformado por el de selección, ingreso y ascenso, la calificación de cargos, las remuneraciones, las evaluaciones, la capacitación, las jornadas de servicio, las situaciones administrativas (comisiones de servicio, las transferencias, etc.), el retiro y reingreso, las responsabilidades y régimen disciplinario, los procedimientos disciplinarios y las medidas cautelares administrativas.

Todas y cada una de las áreas anteriormente enunciadas, son las que habrán de conformar la relación entre la Administración Pública respectiva y el funcionario público subordinado a la misma, para que pueda cumplirse en definitiva la razón de la existencia de ambos, que no es otra que el logro del fin general que a aquella le ha sido atribuido”. (Cfr. SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice: “El contencioso administrativo funcional y el régimen de transición previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública” en *El Derecho Administrativo Venezolano en los Umbrales del Siglo XXI, libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 173 y ss.)



Por su parte, en cuanto al mismo punto, el catedrático español Ramón PARADA afirma lo siguiente:

Tradicionalmente viene entendiéndose que el funcionario es la persona que se vincula a una Administración Pública con una relación mucho más duradera y exigente de la que es frecuente en las relaciones privadas, y que le ofrece expectativas de ascenso carrera. Esa relación permite, incluso, diversas situaciones de inactividad sin que afecten a la permanencia del vínculo. La seguridad y estabilidad en el empleo está compensada con un sistema más severo de responsabilidades, al menos en lo que afecta a la responsabilidad disciplinaria y penal, inapropiadas en una simple relación de arrendamiento de servicios laboral.

Pero la función pública y el régimen laboral son materias movedizas y fluctuantes en donde lo que hoy es un elemento diferencial entre una y otra, mañana puede dejar de serlo o estar en trance de desaparición. Así, en muchos países la seguridad y estabilidad en el empleo va siendo, cada vez más, un elemento natural en las relaciones laborales; de éstas, a su vez, los funcionarios han tomado modos de comportamiento y derechos que hace sólo medio siglo hubieran escandalizado a los teóricos del Estado y de la Administración, como la sindicalización y la huelga.

Como signo diferencial último resta en el Derecho a la función pública, por imperativos constitucionales (art. 23 de la Constitución), el principio de la igualdad y de mérito como técnica de acceso y de promoción en el servicio del Estado. Así, mientras el empresario privado puede escoger a su personal en la forma que tenga por conveniente, atendiendo a razones objetivas o subjetivas, sin necesidad de garantizar en la asignación del empleo la igualdad de todos los ciudadanos y sin la exigencia imperativa de nombrar o promocionar al más idóneo, para la Administración esto no es posible; más aún, es algo ilegítimo y antijurídico, estando siempre obligada a seleccionar y a promocionar al mejor.

Pero, como es lógico, ni éstas ni otras cuestiones tienen idéntica respuesta en todos los países ni en todas las épocas. En todo caso, un régimen de función pública tiene que tomar posiciones en una serie de problemas que concurren en la organización de cualquier Administración. Sin pretender agotarlos pueden señalarse como más significativos los siguientes:

[...*Omissis*...]

¿La autoridad política puede asignar y retirar libremente de los puestos de trabajo o empleos a los funcionarios o, por el contrario, está vinculada por las categorías y el sistema de ascenso de los funcionarios?

¿Sobre qué postulados deben organizarse las relaciones del funcionario con la política?, ¿el cambio político determina la destitución de unos funcionarios por otros, o no afecta a las relaciones e empleo? ¿el funcionario debe adoptar una actitud de neutralidad política o puede participar en ella, afiliándose a un partido y aceptando nombramientos políticos? (*Cfr.* PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, Organización y Empleo*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, 1991, pp. 328) (Negritas de esta Corte)

A los fines de responder dichas interrogantes en torno a la función pública, el autor español citado hace mención a que la solución dependerá del sistema que se haya escogido en un determinado país en cuanto a la función pública, haciendo alusión a que existen dos sistemas: el sistema abierto y el sistema cerrado, dependiendo de cuán lejos o cerca esté la función pública del régimen laboral (a estos dos sistemas también hace referencia la autora española Josefa CANTERO MARTÍNEZ en su obra *El Empleo Público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Ediciones Marcial Pons, Barcelona-España, 2001, pp. 43 y ss).

El sistema abierto de función pública se funda, pues, como las empresas privadas occidentales, en un inventario muy preciso de los puestos de trabajo. El reclutamiento del perso-

nal se hace al ritmo de las necesidades y la selección y los nombramientos se hacen para un puesto de trabajo concreto. La persona nombrada lo es para un puesto pero no entra en un cuerpo, ni tiene derecho a hacer carrera o a ocupar otros puestos de trabajo superiores (*Ob. cit.* pp. 329).

En este sistema, según la prenombrada autora, la Administración es considerada como una gran empresa que contrata a su personal en condiciones semejantes a las de cualquier otra empresa industrial o comercial de su país.

Los partidarios del sistema abierto lo defienden afirmando que si bien exige un gran trabajo de clasificación de los puestos, después la Administración no tiene por qué preocuparse de la formación, de los ascensos, de las pensiones y del personal sobrante al que se despide libremente cuando no es necesario el puesto que ocupa, o se selecciona de nuevo cuando se crean servicios diferentes. Así se obtiene también una mayor rentabilidad pues, en principio, no se tiene más personal que el necesario y las Administraciones reciben a través de los flujos de personal el sentido de eficacia de las empresas privadas. De esta forma, además, la Administración no es un mundo aparte en el interior de la nación, sino que está abierta e interpenetrada por otras organizaciones.

Pero, como bien destaca el autor, consideración que esta Corte hace suya, “la Administración Pública no es una empresa como las privadas guiada sólo por el instinto comercial de la rentabilidad y la ganancia, sino por el servicio a unos intereses colectivos o el ejercicio de unas funciones públicas a las que no es aplicable *mutatis mutandis* el concepto fabril o empresarial de la productividad”.

Por el contrario el sistema cerrado de función pública, de carrera o sistema de función pública propiamente dicho, parte de la base de que el servicio a la Administración exige una formación diferenciada y más completa o diversa de la que proporciona el sistema educativo general y actitudes de más generosidad, el espíritu del servicio, que no se consigue solamente pagando al personal igual o mejor que en las empresas privadas y en relación con una supuesta medición de la rentabilidad y productividad de cada puesto de trabajo, sino creando una disciplina y moral de servicio, que motiva más allá del sistema retributivo (*Ob. cit.* pp. 331).

En palabras de Josefa CANTERO MARTÍNEZ (*Ob. cit.* pp. 43) en “el sistema de Función Pública cerrado la Administración Pública es considerada como un mundo aparte dentro de una nación, que exige especiales normas y un personal que consagre a ella toda su actividad profesional”. En este sistema existe un personal que consagra toda su actividad profesional a la Administración, y se encuentra organizado a través de un sistema que les permita ascender y promocionarse, esto es, un sistema que se denomina carrera, que, junto al estatuto, conforman los dos elementos fundamentales de este sistema que considera al funcionario público como un grupo de empleados distintos a los trabajadores privados.

Elementos fundamentales de este sistema son el estatuto, el cuerpo y la carrera. Un estatuto general que impone a los funcionarios mayores deberes y responsabilidades que al personal privado y, además, otros estatutos particulares que concretan y personifican aún más sus obligaciones, deberes y derechos en función de las peculiaridades del servicio que cada colectivo de funcionarios tiene encomendado. El cuerpo significa que el reclutamiento se hace para ingresar, no en un puesto concreto, sino en un colectivo jerarquizado que tiene a su cargo la responsabilidad del funcionamiento de un servicio público, en el que se permanece ocupando sucesivamente los empleos que ese cuerpo tiene reservados, cada vez de mayor importancia, responsabilidad y remuneración, la selección no se hace para un puesto de trabajo, sino para un cuerpo y dentro de él se tiene derecho a una progresión profesional reglada, un derecho al ascenso, a hacer carrera.

Aquí, la carrera significa que la entrada del funcionario en la Administración no se realiza únicamente para ocupar un puesto de trabajo determinado, sino bajo la promesa de la ocupación sucesiva de una serie determinada de empleos organizados jerárquicamente. Este sistema permite a los funcionarios adquirir la experiencia correspondiente y el sentido del servicio público, que los hace sensibles a las necesidades del interés general y no sólo a la rentabilidad inmediata (GAZIER, Francois, *La fonction publique dans le monde*, pp. 29, citado por CANTERO MARTÍNEZ, *Ob. cit.* pp. 44)

Empero, ninguno de estos sistemas se da en estado puro, pero es claro que inspiran los modelos históricos de función pública que, adscribiéndose a un sistema cerrado o abierto, admiten elementos del otro o caminan en dirección opuesta a sus orígenes.

• FRANCIA:

De la experiencia de dichos sistemas en varios países resulta importante destacar, por ejemplo, que en Francia prevalece la permanencia de los funcionarios en el servicio y en sus puestos, a pesar de los cambios radicales de las instituciones políticas y de la sucesión de partidos, es un dato históricamente comprobado en Francia, constituyendo ello para los franceses una condición esencial para la organización de un verdadero sistema de función pública.

Sobre la base de lo expuesto, la función pública francesa se caracteriza igualmente por la atención que se presta a la formación de los funcionarios, que ha llevado a un nivel ciertamente extraordinario a sus cuerpos superiores. La formación es específica para cada cuerpo y se alcanza básicamente a través de un riguroso y exigente sistema de oposiciones o concursos orientados a seleccionar a los mejores, forzando al propio tiempo a los aspirantes a adquirir los conocimientos, tanto generales como específicos (jurídicos, económicos, técnicos), necesarios para el desempeño de las funciones atribuidas al cuerpo y al servicio o función pública que éste tiene a su cargo. Para el ingreso en el cuerpo se intercala, tras la oposición, un período de formación de una escuela de funcionarios, bien en alguna de las numerosas que dependen de cada servicio concreto, bien en la más general y conocida: la Escuela Nacional de Administración (E.N.A.).

• REINO UNIDO:

De igual forma, cabe destacar la experiencia en el Reino Unido, donde muchas cosas han cambiado desde que hace más de un siglo, cuando se creó el Civil Service en el Reino Unido, pero los principios jurídicos por los que se rige el funcionariado británico siguen siendo los tradicionales que, de tomarlos al pie de la letra, impedirían hablar de la existencia de un régimen jurídico de función pública, pues nada está más lejos, ciertamente, de la estabilidad que sugiere el concepto de funcionario público que la regla secular de que el Civil Servant depende enteramente de la Corona a la que debe el empleo, el cual puede serle revocado at pleasure por la simple voluntad del soberano, sin que pueda ser esgrimido ningún derecho contractual, ni ejercitada acción alguna ante los Tribunales.

Sin embargo, la seguridad del funcionario público en su empleo es tan respetada, o más, que la de los funcionarios continentales, no obstante su proclamación en textos legales y el amparo de los Tribunales. Algunas de las más importantes peculiaridades de la función pública inglesa es la selectividad, la organización de las carreras según las titulaciones generales del sistema educativo, la neutralidad política y la representatividad del funcionariado, todo ello concebido, y he aquí la singularidad de la aportación británica, con carácter general para el conjunto de la Administración y no para cada departamento u organismo especializado, como venía ocurriendo en Francia y en otros países de su influencia.

En fin, el sistema inglés se encuentra inspirado por el sistema de apertura al público, el llamamiento a todos, sistema aplicado a la Administración central en fases sucesivas y plenamente vigente a partir de 1920.

Ahora bien, merece la pena destacar, otros ejemplos que representan la laboralización de la función pública, como lo llama el autor español Ramón Parada, a saber: el sistema de función pública alemán y el sistema de función pública italiano, aunque diversos entre sí, y con otros matices de interés, revelan un fuerte proceso de penetración del Derecho del Trabajo en la función pública, donde se observa una coexistencia entre el régimen laboral y el régimen funcionarial.

• ALEMANIA:

Por una parte, se observa que el régimen del funcionariado en Alemania se asemeja desde sus orígenes prusianos al propio de un militarismo medieval. Fundado sobre un juramento de fidelidad al Monarca se entiende que también engendraba en la Corona un deber recíproco de lealtad para con el funcionario, siendo así una relación funcionario-Administración más rigurosa que la relación estatutaria del Derecho francés.

Aprobada la Ley de Participación y Representación del Personal de 1955, se produjo un espíritu de mayor convivencia y de acercamiento entre del Derecho funcionarial y el de los otros agentes públicos sujetos al Derecho privado o laboral. El resultado ha sido que la dependencia del Derecho del Trabajo de los agentes públicos es más formal que material, por la aplicación creciente a este colectivo del Derecho de la función pública. En este sentido es significativo que en los contratos privados en todo caso, se establezcan que éstos se sujetarán a una “relación de servicio y fidelidad que comporta para dentro y fuera del servicio unos derechos y obligaciones análogas a las de los funcionarios”.

Así, en el régimen alemán de función pública los funcionarios han dejado de ver en el Derecho del Trabajo un peligro para su posición y van aceptando algunas de sus ventajas. Como resultado final, a través de un proceso en el que a costa, claro está, de la Administración, cada colectivo reivindica e incorpora a su régimen jurídico las ventajas de otro, se ha gestado una nueva unidad, un nuevo Derecho de la función pública, a mitad de camino entre las reglas tradicionales propias del funcionariado alemán y de las del Derecho del Trabajo.

• ITALIA:

Por otra parte, el sistema de función pública en Italia, aunque inspirado principalmente por el sistema francés, lo trae a colación el catedrático español Ramón Parada (*Ob. cit.*, pp. 353) no por esta circunstancia, sino porque en él se ha evidenciado un “fenómeno de laboralización” notable aunque no pasa, como en Alemania, por la división del personal de las Administraciones Públicas en dos colectivos, de funcionarios y trabajadores, sino por la vía de la aplicación de una de las instituciones típicas del Derecho Laboral, la negociación colectiva, al conjunto del funcionariado de carrera.

Pero, en lo que nos atañe, en cuanto a la carrera administrativa como tal, hay que significar la división de los funcionarios italianos en dos grandes grupos (subdivididos a su vez), como en la nueva estructura del Civil Service británico, uno definido por cualificaciones funcionales y otro superior que tiene reservadas las funciones directivas.

En lo relativo al acceso a cada categoría, ésta se hace mediante un concurso público único con exigencia de titulación según la categoría pero con reserva, entre el 50% y el 30% según categorías, de puestos para promoción interna si el funcionario cuenta con cinco años de servicio y con dispensa de título si se tiene al menos el propio de la categoría a que se pertenece y salvo que el perfil profesional del puesto exija, inexcusablemente, un título determinado.

En Italia no se han establecido, como en Alemania, dos tipos de relaciones jurídicas diversas para el personal del servicio público. Por el contrario, éste se divide únicamente en personal *di ruolo o non di ruolo (advventizi o precari, interini, suplenti)*, pero siempre en régimen administrativo, siendo básicamente el de función pública aunque laboralizado, sobre todo, a través de la admisión de la técnica de la negociación colectiva.

• ESPAÑA:

A propósito del tema, cabe hacer referencia también a la experiencia en España, donde, con la entrada en vigencia de la Ley de Medidas del 2 de agosto de 1984 arrancó el decantamiento definitivo hacia un modelo de función pública abierto, tan cercano al modelo norteamericano como alejado del que es propio de los demás países europeos, e incluso de sus mismas Comunidades. Destaca asimismo, la admisión paralela, a imitación del sistema alemán, de un “régimen de empleo público laboral” (*Ob. cit.*, pp. 358).

Un sector del foro español critica este sistema aduciendo que:

“[...] ni los reformadores de 1964 ni los de 1984 han introducido dichos cambios en el sistema de función pública de forma inocente, sin una razón política. Esta razón, tanto en una como en otra fecha, parece haber sido la de quebrantar la imparcialidad institucional que comporta un sistema de función pública cerrada, montando sobre cuerpos jerarquizados de funcionarios, como es la regla en todos los sistemas europeos, y en el que las posibilidades de manipulación política sobre el aparato burocrático son infinitamente menores que en los sistemas abiertos próximos al modelo norteamericano. Con un modelo de empleo cercano al laboral, la clase política maneja la función pública como algo propio, al igual que el propietario su empresa; incluso con mayor libertad, por cuanto el sindicalismo en el sector público está disminuido [...]”. (PARADA, Ramón: *ob. cit.*, pp. 359)

De otro lado, la admisión del personal laboral fijo en régimen laboral se produce en términos discriminatorios para los funcionarios, dado que ese personal es admitido sin la etapa de formación previa que comporta el sistema de oposiciones y los cursos en las escuelas de funcionarios, y disfrutan de regímenes más ventajosos en materia de jubilación y pensiones, lo cual trae la consigo la conclusión de que la admisión de esa dualidad de regímenes no es racional y crea tensiones entre ambos colectivos de personal que, lógicamente, han de perturbar la buena marcha de los servicios.

La Administración es, ante todo, una suma de servicios públicos concretos y no una gran empresa regida por un criterio de rentabilidad y dirigida a la producción de un determinado producto o a la prestación de un único servicio. Cada servicio público exige, pues, unos hombres especialmente instruidos para él, permanentemente responsabilizados de su funcionamiento en compensación a que los titulares últimos del poder, la clase política, sólo de forma precaria y transitoria ocupa los puestos superiores de dirección (*Ob. cit.*, 381).

Llegado este punto, considera esta Corte pertinente citar el texto del artículo 103 de la Constitución Española de 1978, que consagra lo siguiente:

“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.

3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. (Negritas de esta Corte)

En definitiva, concatenando lo anteriormente expresado, con la lectura de norma constitucional *supra* citada, se concluye que en el sistema español de función pública el funcionario tiene, en efecto, garantizada su retribución, pero no tiene el más importante elemento: no tiene garantía sobre el puesto de trabajo, sujeto a remoción, constituyéndose así, como lo afirma Ramón Parada, en un sistema más cercano al modelo de relaciones laborales propio de la empresa privada, que permite la manipulación desde las instancias directivas y, por tanto, de espaldas al artículo 103 de la Constitución Española de 1978 que impone la regulación por ley de las garantías que aseguren la imparcialidad de los funcionarios.

• VENEZUELA:

El artículo 146 de la Carta Magna establece que “Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera”, haciendo ciertas excepciones de manera puntual y, se reitera, de manera excepcional a lo que debe ser la regla, esto es, a la existencia de cargos de carrera administrativa dentro de los distintos órganos y niveles del Poder Público.

Igualmente, el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública consagra que “Serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente”.

Por su parte, para reafirmar más aún el sistema estatutario de la función pública venezolana, por lo cual, por interpretación a contrario, no admitiría laboralización alguna en sus aspectos fundamentales (ingreso, ascenso, evaluaciones, retiro, reingreso, régimen disciplinario), tenemos que el primer párrafo del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo precisa claramente que los funcionarios públicos se regirán por sus propias normas sobre carrera administrativa, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.

De allí, que de conformidad con dicha norma de naturaleza laboral, es enfática la existencia de normas propias a la materia funcionarial, es decir, de una regulación estatutaria para los funcionarios públicos que sólo se remitirá a la Ley laboral en casos excepcionales, donde no se encuentre regulado algún supuesto en el estatuto correspondiente, pero cabe destacar, que nunca podría haber injerencia de las normas procesales en cuanto a materias específicas como las que se tratarán infra, esto es, ingreso y estabilidad de los funcionarios públicos.

Pero no sólo el impedimento de una regulación netamente laboral en materia de función pública se encuentra establecida en el mencionado artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, sino también emerge de la redacción del artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente “La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerán su incorporación a la seguridad social. La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos”.

En otras palabras, en lo que atañe directamente a nuestro país, de la lectura concordada de las precitadas normas, se puede llegar a la conclusión de que, sin lugar a dudas, nuestro sistema de función pública es un sistema mayormente cerrado, que no admite la injerencia del derecho laboral, sino que se inclina hacia un sistema fundamentalmente estatutario, donde se reconoce tanto el ingreso a través de un concurso público, como la estabilidad a los funcionarios públicos que resulten acreditados en los correspondientes concursos para optar a cargos en la Administración Pública.

Lo descrito es lo que el autor español Miguel Sánchez Morón denomina la teoría estatutaria de la relación funcionarial, que se refiere a que la situación jurídica del funcionario es una situación puramente objetiva, definida por leyes (en nuestro caso la Ley del Estatuto de

la Función Pública) y reglamentos, lo cual implica aspectos como: el acceso a la función pública debe obedecer a un concurso y no mediante contratos y, además, la relación del funcionario se regula de forma impersonal por normas generales y no por contratos individuales (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp. 61).

Así, existiendo un sistema estatutario, no se podría negociar ningún tipo de adaptación individual, toda vez que el estatuto, al ser un conjunto de normas jurídicas, no puede ser modificado por la mera voluntad de las partes, y mucho menos por la voluntad del intérprete. Ello trae consigo que todo intento de modificación individual sería automáticamente considerado como una violación del principio de igualdad que debe presidir las relaciones entre los funcionarios públicos, en especial a los que sí se les ha aplicado el estatuto.

En otros términos, el régimen estatutario de función pública es el punto distintivo y decisivo en la conformación del régimen de función pública totalmente distinto al Derecho Laboral, punto éste que se analizará con más detenimiento en el acápite siguiente, donde se abordará la necesidad de revisar la concepción de la función pública en Venezuela, tomando en consideración la especial naturaleza jurídica del empleo público que viene dado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sin embargo, evidencia esta Sede Jurisdiccional que nuestro sistema de función pública se ha visto afectado por lo que varios autores españoles han verificado en sus respectivos ordenamientos jurídicos, y se refiere a lo que se ha denominado la “huida de la Administración hacia el Derecho Privado” -en palabras de Oriol Mir Puigpelat, en su obra “Globalización, Estado y Derecho. Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo” y también de Josefa Cantero Martínez, en: “El Empleo Público: entre el Estatuto Funcionario y Contrato Laboral”- o la “laboralización de la función pública” -en palabras de Ramón Parada, en: “Derecho Administrativo, Organización y Empleo”-, con lo cual se contraviene no sólo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley del Estatuto de la Función Pública, sino las bases fundamentales del Estado mismo (como Estado Social de Derecho), como se ahondará en líneas sucesivas.

En efecto, ha venido proliferando desde hace décadas la existencia de funcionarios que, en el derecho español se denomina personal interino, refiriéndose a aquél que, de acuerdo a la Ley de Funcionarios Civiles, se admite “por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera”, siendo el rasgo característico de esta figura, la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicio, pues se trata de cubrir una necesidad pasajera de la Administración, que debe solucionarse con la convocatoria y resolución del procedimiento para cubrir las plazas vacantes de funcionarios de carrera que deban desempeñar esas funciones (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *ob. cit.*, pp. 85).

No deja de lado el autor citado precisamente la circunstancia que se ha verificado en nuestro país y es que “en no pocas Administraciones el personal interino se mantiene durante mucho tiempo en esa condición, pues no se convocan (o tardan en convocarse) los procesos de selección para cubrir las plazas que ocupa mediante funcionarios de carrera, lo que pone en duda la supuesta urgencia que justifica su nombramiento” (*ob. cit.*, pp. 85).

Sin embargo cabe destacar que la legislación española consagra esta figura de los funcionarios interinos en la Ley de Funcionarios Civiles, mientras que nuestro ordenamiento jurídico no lo prevé como una posibilidad, ni en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

De las bases fundamentales del sistema de función pública en Venezuela. Especial referencia al concurso establecido constitucional y legalmente como forma de ingreso a la Administración Pública y a la estabilidad especial de los funcionarios públicos:

La Ley de Carrera Administrativa -sustituída hoy por la Ley del Estatuto de la Función Pública-, texto legal vigente para el momento en el que sucedió la situación de marras, desarrollando el imperativo constitucional contenido en el artículo 122 de la Constitución de la República de Venezuela del año 1961 (que consagraba que “La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso [...] de los empleados de la Administración Pública Nacional”), establecía en sus artículos 34 y 35 los requisitos para la selección e ingreso de los funcionarios públicos de carrera, en los términos siguientes:

“Artículo 34. Para ingresar a la Administración Pública Nacional, es necesario reunir los siguientes requisitos:

- 1.- Ser venezolano.
- 2.- Tener buena conducta.
- 3.- Llenar los requisitos mínimos correspondientes al cargo respectivo.
- 4.- No estar sujeto a interdicción civil, y
- 5.- Las demás, que establezcan la Constitución y las Leyes”.

“Artículo 35. La selección para el ingreso a la carrera administrativa se efectuará mediante concurso a los cuales se dará la mayor publicidad posible. Tales concursos estarán abiertos a toda persona que reúna los requisitos previstos en el artículo anterior y los que se establezcan en las especificaciones del cargo correspondiente, sin discriminaciones de ninguna índole. La referida selección se efectuará mediante la evaluación de los aspectos que se relacionen directamente con el correspondiente desempeño de los cargos.

Los resultados de la evaluación se notificarán a los aspirantes dentro de un lapso no mayor de sesenta (60) días”. (Negrillas de esta Corte)

Como lo precisó esta Corte en sentencia N° 2006-02481 del 1° de agosto de 2006, de las disposiciones normativas antes plasmadas, se colige que, en principio, cualquier ciudadano venezolano, de buena conducta, no sujeto a interdicción civil y que llenara los requisitos mínimos para optar al cargo que se estuviera ofreciendo en la Administración Pública, tenía derecho a ser considerado para la selección e ingreso a la carrera funcional.

En ese sentido, la derogada Ley de Carrera Administrativa imponía un requisito previo de ineludible acatamiento para la elección del funcionario que ocuparía el cargo de que se tratara, el cual era el respectivo concurso público de oposición, en el cual todos los aspirantes, en condiciones de igualdad y con absoluta transparencia, serían evaluados en los puntos directamente relacionados con el cargo optado. Ha sido éste pues, desde de la entrada en vigencia de la derogada Ley de Carrera Administrativa y hasta la promulgación del Texto Fundamental de 1999 -como se verá más adelante-, el único modo constitucional y legal de incorporación a la función pública previsto en el ordenamiento jurídico venezolano.

No obstante, si bien es cierto que la derogada Ley de Carrera Administrativa establecía como único modo de ingreso a la Administración Pública la figura del concurso público, merece la pena destacar que en la práctica sucedieron circunstancias que permitieron el ingreso de funcionarios públicos a la Administración Pública, a través de figuras diferentes al concurso público y que, a pesar de ello, se les considerara funcionarios públicos como tales. Esa circunstancia se daba en mayor cuantía por la presencia de un alto índice de contratados en la Administración Pública, o de funcionarios que aún no “ingresando” por la vía del contrato, en definitiva obtenían un nombramiento para un cargo para el cual nunca concursaron.

En efecto, según jurisprudencia por demás reiterada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se estableció que las personas que prestaban servicio a la Administración Pública en calidad de contratadas se considerarían funcionarios públicos, una vez verificadas ciertas condiciones, pues se entendía que se trataba de un ingreso simulado a la misma, siendo éstas:



1. Prórrogas sucesivas del contrato celebrado entre el particular y la Administración.
2. El horario cumplido por el funcionario y las condiciones en que prestaba su servicio a la Administración eran semejantes a las del resto de los funcionarios.
3. Que se encontrara desempeñando funciones de un cargo de carrera.

Con referencia a lo anterior, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 1803 del 21 de diciembre de 2000, reiterando jurisprudencia de vieja data, aseveró lo que a continuación se transcribe:

“[...] ha sido jurisprudencia de esta Alzada, (véase entre otras, sentencia de fecha 12 de enero de 1987, caso *Guillermina Hiller vs. Instituto Nacional de Cooperación Educativa*), que si un funcionario ingresa a la Administración en calidad de contratado, pero desempeña un cargo clasificado como de carrera, cumple un horario a tiempo completo, disfruta de los beneficios de un funcionario público y la prestación del servicio se realiza por varios períodos presupuestarios, tal ingreso se tiene como un ingreso simulado a la Administración Pública Nacional, que no es otra cosa que la manifestación de voluntad de la Administración de querer establecer una verdadera relación de empleo público entre el administrado y la Administración”.

Asimismo en sentencia N° 1539 del 28 de noviembre de 2000 de la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (véase también sentencias posteriores, por ejemplo, las N° 1862 del 21 de diciembre de 2000 y 1753 del 26 de julio de 2001, entre muchas otras) precisó que:

“En primer lugar, pasa es[a] Corte a establecer la condición de funcionarios de carrera o no de la querellante y se observa, que cursan a los folios [...] los contratos suscritos entre la Administración y la recurrente, de los cuales se evidencia que los mismos fueron celebrados sucesivamente, que las funciones desempeñadas por la contratada eran de un cargo de carrera, así como el horario cumplido por la actora era a tiempo completo.

Lo anterior le permite concluir a es[a] Corte que se está en presencia de un ingreso simulado a la Administración, en consecuencia debe afirmarse que la recurrente adquirió la condición de funcionario de carrera, razón por la cual la Administración para retirarla del cargo de Abogado debió cumplir el procedimiento correspondiente [...]”. (Negritas de esta Corte)

Los caracteres enumerados, desarrollados y aplicados en numerosas oportunidades por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo desencadenaron la llamada tesis del ingreso simulado, o tesis de la simulación contractual, o bien, tesis del funcionario de hecho, lo que en definitiva fue el desarrollo de un ingreso irregular de funcionarios públicos, en contraposición a la forma establecida legalmente para ingresar, es decir, el concurso.

De igual forma es destacable, entre otras, sentencia N° 2006-02481 del 1° de agosto de 2006, donde esta Corte Segunda dejó establecido que:

“[...] el orden constitucional vigente a partir del año 1999, propugna como exigencia fundamental para el ingreso a la función pública la presentación y aprobación por parte del aspirante del correspondiente concurso público de oposición, de allí que con la entrada en rigor del nuevo orden constitucional, se ratificó la exigencia que preveía la derogada Ley de Carrera Administrativa de que el ingreso a la función pública se encuentra condicionado al cumplimiento ineludible de tal formalidad.

Por consiguiente y bajo la línea interpretativa expuesta en el presente fallo, no encuentra cabida la aplicación de las antiguas tesis que admitían la posibilidad de incorporación a la carrera administrativa mediante el ‘ingreso simulado a la Administración Pública’, esto es, quedó erradicada cualquier posibilidad de admitir el ingreso a la función pública de los llamados ‘funcionarios de hecho’ o del personal contratado, por expresa prohibición constitucional”. (Negritas añadidas en el presente fallo)

Visto lo anterior, es relevante destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dedica las Secciones Segunda y Tercera del Capítulo I del Título IV a la regulación del régimen de la función pública, fijando sus principios básicos e intangibles, siendo bastante explícita la Norma Fundamental en tales principios, deduciéndose del espíritu del constituyente la necesidad de la “conformación de un cuerpo de funcionarios que sirvan cabalmente al Estado para el cumplimiento de sus cometidos” (*Vid.* sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1412 del 10 de julio de 2007, caso *Eduardo Parilli Wilhelm contra el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*).

Para asegurar ese cometido, el Constituyente estableció los fundamentos sobre los cuales debe (no es una potestad discrecional del intérprete) descansar toda la legislación funcional, destacando en particular ciertas exigencias, tales como el ingreso por concurso, la garantía de estabilidad o la evaluación del desempeño. Con ello, la Carta Magna pretende alcanzar la eficiencia en la gestión administrativa, a través de ciertos instrumentos, los cuales sirven, unos, para asegurar que el Estado cuente con los servidores apropiados (a través de los concursos y evaluaciones), otros, para proteger al funcionario frente a la tentación autoritaria (la estabilidad).

De este modo, se deduce de la lectura de la Norma Fundamental que ésta no permite que todos los cargos que conforman la función pública sean de libre nombramiento y remoción, pues el Constituyente partió de la idea contraria: que sean de carrera y esto lo estableció como un principio general, como se demostrará de la lectura de la Exposición de Motivos de la Constitución “de manera de restringir la discrecionalidad en la toma de decisiones relacionadas con estos aspectos”. De hecho, consagra con meridiana claridad el encabezamiento del artículo 146 de la Constitución, lo que a continuación se transcribe:

“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”. (Subrayado de esta Corte)

Sucede entonces que, de la ratio del Constituyente, esto es, lo que en definitiva lo llevó a adoptar dicha previsión constitucional, se entiende perfectamente la importancia y significación que la nueva Constitución le otorga a la función pública, en la medida en que la honestidad, la eficiencia y la eficacia de su ejercicio constituyan prioridades indiscutibles dentro de las exigencias de la sociedad venezolana, donde se han manifestado vicios enraizados en el sistema político, como el clientelismo, que tanto daño causó al pueblo venezolano, lo cual está relacionado íntimamente con la falta de líneas claras en torno a lo que debe ser la función pública y a la creación de una política de recursos humanos cónsona con los ideales de la gerencia pública moderna y de los postulados constitucionales, donde obviamente se incluye la noción del Estado Social. En efecto, la gobernabilidad (satisfacción plena de las demandas sociales) únicamente puede alcanzarse en la medida que se adopten políticas orientadas en este sentido.

Sobre el tema abordado, el español Alberto Palomar Olmeda afirma, circunscribiéndose a la experiencia española, lo que a continuación se transcribe parcialmente:

“[...] el punto inicial de debate consiste en la forma de provisión de los empleos públicos. En la historia han existido dos formas clásicas de provisión: el sistema de botín y el de carrera o empleo público estable.

La referencia básica del primero consiste en que la burocracia, en su conjunto, es dependiente de los éxitos gubernamentales, de forma que aquel partido que gana las elecciones puede proveer la totalidad de los empleos públicos que constituyen ‘el botín’ de las mismas”. (*Cfr. Organización y Empleo Público. Serie Servicios Públicos, Cuadernos Epoca. Buenos Aires-Madrid, 2005, pp. 11*).

Es por ello que la Constitución consagró en líneas generales la sanción del Estatuto de la Función Pública mediante forma de Ley, en la cual habría de regularse lo relativo a la política de recursos humanos aplicable a los funcionarios de la Administración Pública, regulando el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro y, asimismo, la incorporación de los mismos a la seguridad social y es justamente con ocasión de esta Ley cuando se desarrollará la garantía de los niveles de idoneidad tanto profesional como ético de las personas que ingresen a la Administración Pública. El principal freno a las conductas contrarias a la legalidad y a la moral pública depende, en buena parte, de las políticas de ingreso, permanencia y ascenso en la carrera administrativa.

Este aspecto del establecimiento de la carrera administrativa a nivel constitucional, constituye un pilar necesario para poder sustentar una Administración Pública moderna, dinámica y eficiente. La depuración de la función pública, el rescate de la imagen del Estado, requiere de un compromiso ineludible con la satisfacción de esta exigencia que la sociedad ha expresado reiteradamente.

Significa entonces que, contrario a los hábitos organizacionales generados por el clientelismo político de otrora, se establece el deber de los funcionarios o funcionarias públicas de servir al Estado, y por ende al ciudadano, y no a “parcialidad alguna”, como lo consagra expresamente el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Tal aspecto se convierte en punto fundamental de este proceso de refundación del Estado, ya que el mismo depende de una voluntad política firme que convierta en realidad lo que hasta ahora ha sido una fantasía irrealizable y ello se logra, por vía legal y reglamentaria, donde precisamente se deben afinar los mecanismos para garantizar el fiel cumplimiento de esta previsión constitucional.

En este mismo contexto, el constituyente destacó palmariamente que el ingreso a la carrera administrativa será exclusivamente por concurso público que garantice la selección de los mejores, tanto en el aspecto ético como en el de la preparación técnica y profesional. Por ello dicho concurso se sujeta a los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. En adelante, no se podría acceder a la carrera administrativa por designaciones o contrataciones que obvien este mecanismo de selección objetivo, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de algún cargo de carrera. Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario, principios éstos que el constituyente previó que fueran desarrollados por vía legal de manera de restringir la discrecionalidad en la toma de decisiones relacionadas con estos aspectos, estableciendo las exigencias para poder optar a dichos concursos y así poder ascender en la carrera administrativa. Correlativo a ello debería avanzarse hacia la conformación de instancias estatales que contribuyan a la formación y actualización permanente del funcionario público.

De ello puede perfectamente afinarse el criterio de que si la carrera administrativa es la regla, entonces, por argumento a contrario, los cargos cuyas funciones sean de libre nombramiento y remoción es la excepción. De allí, que resulte obvia la consideración de que sería inconstitucional cualquier norma o actuación administrativa que pretenda desconocer tal previsión de rango constitucional.

De esa forma, si constitucionalmente se establece como regla general la carrera administrativa, entonces no se podría admitir negativa alguna a la misma, ello, por cuanto, no pasa desapercibida para esta Corte, así como tampoco para el Máximo Tribunal, una circunstancia en la cual ha incurrido históricamente la Administración Pública, y es la “de pretender limitar de manera excesiva la carrera administrativa, a través de la ampliación indebida de la condición de libre nombramiento y remoción. En franco atentado contra el espíritu constitucional, los órganos y entes administrativos, invocando diversos argumentos, intentan justificar la necesidad de que sus funcionarios no estén amparados por la estabilidad que proporciona la

carrera administrativa” (*Vid.* sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia previamente citada, recaída en el caso *Eduardo Parilli Wilhelm contra el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*) y un ejemplo claro de esto lo constituyó el Decreto N° 211 emanado del Presidente de la República el 4 de julio de 1974, que consagraba una serie de cargos como de libre nombramiento y remoción, actualmente derogado por la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Pero aunado a la excesiva presencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción en la Administración Pública, tampoco debe dejar de observarse igualmente el alto índice de contratados en ésta, y lo más grave es que, en violación a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Ley del Estatuto de la Función Pública, este personal contratado se encuentra ejerciendo funciones de un cargo de carrera.

Ello, como ya se dijo, infringe tanto la Carta Magna, como las siguientes previsiones normativas contenidas en la Ley que rige la materia, la Ley del Estatuto de la Función Pública, que dispone al efecto lo siguiente:

“Artículo 37. Sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.

Se prohibirá la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente Ley”.

“Artículo 38. El régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral”.

“Artículo 39. En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública”. (Subrayado de esta Corte)

Es evidente entonces que, así como los cargos de libre nombramiento son excepcionales, pues la contratación de personal también lo es. En efecto, se comprende la *ratio legis* por la cual el legislador patrio excluyó la contratación de personal para ejercer funciones iguales a los funcionarios de carrera y a los de libre nombramiento y remoción, es que ello iría en contradicción a la estabilidad que se le otorga a los funcionarios públicos como tal, estabilidad que no tendrían de ser contratados.

Se observa claramente que la Ley del Estatuto de la Función Pública consagra que sólo se podrá proceder a la vía de la contratación en casos especiales y excepcionales, es decir, cuando se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado -lo cual no es el caso de un funcionario de carrera-. Además, la misma Ley prohíbe la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente Ley, es decir, se está refiriendo precisamente a los cargos de carrera y a los de libre nombramiento y remoción.

Esto trae como consecuencia que, al estar este personal regido por las previsiones contractuales suscritas entre ellos ya la Administración, así como por la legislación laboral, se genere entonces una especie de laboralización de la función pública.

Asimismo, prohíbe el artículo 39 *supra* citado, que el contrato se constituya como una vía de ingreso a la Administración Pública, cuestión que se ha verificado históricamente en los organismos públicos, donde los contratados con el tiempo pasan a formar parte de las nóminas del personal fijo.

Tal laboralización de la función pública está además restringida por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando reserva las materias relativas a la estabilidad, el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro del trabajador al estatuto propio de la Administración

que al efecto se dicte (en la actualidad, la Ley del Estatuto de la Función Pública), por lo tanto, en principio (salvo excepciones como por ejemplo, los obreros), no podría existir otro régimen en la función pública que el sistema estatutario.

Este punto de la laboralización de la función pública es igualmente tratado por Josefina Cantero Martínez (*Ob. cit.*, pp. 88) quien en su obra hace referencia a la desfuncionarización, conceptualizando tal término como el conjunto de técnicas cuya finalidad última es evitar que parte del personal de las Administraciones Públicas se beneficie de las garantías que proporciona el régimen estatutario, es decir, tener en la Administración Pública personal que no está sometido al Derecho Administrativo, consecuencia de lo cual se desnaturalizan los elementos que habitualmente caracterizan o definen el régimen jurídico público tradicional de la función pública, como resultado de la introducción a este régimen de instituciones que son propias del Derecho Laboral (*Ob. cit.*, pp. 311).

De hecho afirma dicha autora que cuando la Administración contrate personal deberá comportarse en sus relaciones con ellos como si de un empresario privado se tratara, sin prerrogativas y aplicando en todo momento la normativa laboral, pero que, sucede que el ordenamiento laboral surgió con un carácter tuitivo y protector de los trabajadores frente a la posición prevalente de los empresarios y para evitar que éstos, dado el ficticio principio de igualdad de las partes en la contratación, pudieran imponer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente (*Ob. cit.*, pp. 413).

Pero es el caso que, contrario a lo anterior, las normas administrativas que se han dictado para regular la prestación de servicios en la Administración no responden exactamente a la finalidad de protección del trabajador, ya que no se trata de defender la posición del empleado frente a la Administración, al menos como objetivo fundamental, sino de garantizar determinados principios consagrados en la Constitución, tal como el principio de igualdad de los ciudadanos para el acceso a los cargos públicos, que exige el establecimiento y regulación de los procesos de selección de personal, y de hacer efectivo el principio de eficacia de la actuación administrativa a través de la consagración de los principios de mérito y capacidad.

Se observa claramente entonces que los poderes públicos no pueden reclutar al personal que necesiten para el ejercicio de sus funciones públicas (gestión de los intereses públicos con eficacia) a la manera de una empresa privada, es decir, por la simple y directa voluntad de los responsables de la selección de empleados, sino que la selección de los funcionarios públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos (mérito y capacidad), pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar diferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp. 123). En este orden de ideas, se impone la necesidad de cambiar el viejo paradigma que durante años hizo que la Administración Pública se convirtiera en una especie de institución al servicio del clientelismo político, lo que conllevó a que en el país se evidencie una excesiva presencia de cargos de libre nombramiento y remoción, así como de personal contratado.

Lo anterior, obviamente trajo consigo que exista un alto índice de inestabilidad en la función pública, dado el hecho de que la mayoría de los distintos órganos del Poder Público dan ingreso a los funcionarios que han de prestar sus servicios, haciendo caso omiso a la previsión constitucional y legal relativo a la obligación de la realización de un concurso público como paso previo y obligatorio para el ingreso, a los fines de proveer los diferentes cargos de la Administración Pública, siendo imperiosa la adopción de medidas que abandonen las antiguas prácticas, y se acoja en materia de función pública las previsiones contenidas tanto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como en el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo cual se traduce en un sometimiento a los principios básicos del Estado de Social de Derecho que preconiza nuestra Carta Magna.

En este contexto, se advierte que la Ley especial que desarrolló la aludida disposición constitucional, esto es, la Ley del Estatuto de la Función Pública, al regular el sistema de administración de personal estableció sobre el sistema de ingreso y de ascenso lo siguiente:

“Artículo 40. El proceso de selección de personal tendrá como objeto garantizar el ingreso de los aspirantes a los cargos de carrera en la Administración Pública, con base en las aptitudes, actitudes y competencias, mediante la realización de concursos públicos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole.

Serán absolutamente nulos los actos de nombramiento de funcionarios o funcionarias públicos de carrera, cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con esta Ley.

Artículo 45. El ascenso se hará con base en el sistema de méritos que contemple la trayectoria y conocimientos del funcionario o funcionaria público. Los reglamentos de la presente Ley desarrollarán las normas relativas a los ascensos. (...)”. (Énfasis añadido por esta Corte).

De la normativa antes transcrita se desprende que la designación de un funcionario en un determinado cargo de carrera, debe ser el resultado de la celebración de un concurso en el cual éste resultó favorecido y, no obedecer a una selección discrecional, donde no se constaten los elementos objetivos en virtud de los cuales se hizo merecedor de su designación.

Ergo, resulta que la falta de ingreso a través de concurso, no sólo retoma los viejos paradigmas que históricamente experimentó la Administración Pública venezolana, sino que incide en la ausencia de estabilidad, y consecuentemente ocasiona que dichos funcionarios, no puedan tener todos los beneficios socio-económicos que gozan los funcionarios de carrera.

En idéntico sentido, esta Corte advierte que no sólo existe un desconocimiento de la condición de funcionario público sino que, además, como ya previamente lo afirmó recientemente este Órgano Jurisdiccional en sentencia N° 2008-00944 del 28 de mayo de 2008, tanto el ingreso como el ascenso en la Administración Pública, sin que se atiendan a las disposiciones constitucionales y legales antes analizadas, es además, lesivo al derecho constitucional a la igualdad de acceso a los cargos públicos, que tiene todo ciudadano que cumpla los requisitos establecidos en la ley para desempeñar determinado destino público. En efecto, al tratarse de un cargo determinado que debe ser provisto mediante concurso, la designación efectuada sin que medie dicho mecanismo de selección, constituye una franca discriminación para quienes, reuniendo las condiciones para desempeñar el cargo, no resulten favorecidos por la designación hecha en forma discrecional (*Ver* también sentencia N° 2007-01217 de fecha 12 de julio de 2007, caso *Deisy García contra el Estado Miranda*, y ratificada por esta Corte nuevamente en sentencia N° 2007-02000 de fecha 12 de noviembre de 2007, caso *Rosalía Berroterán contra el Estado Miranda*).

Con referencia a lo anterior, la autora española Josefa Cantero Martínez (*Ob. cit.*, pp. 409) destaca esta situación evidenciando la coexistencia de dos regímenes jurídicos diferentes en el seno de las Administraciones Públicas realizando las mismas funciones, sin que existan “criterios distintivos claros razonables que permitan justificar dicha dualidad [...] lo cual lleva, evidentemente, a la aparición de tensiones y discriminaciones entre ambos tipos de personal. [...*omissis*...] No se trata sólo de que dicho personal sea admitido sin la etapa de formación previa que comporta el sistema de oposiciones y los cursos en las escuelas de funcionarios [...] también el personal laboral puede sentirse discriminado por no poseer la nota de estabilidad e inamovilidad en el puesto que poseen los funcionarios”.

Tal proceder de la Administración constituye una especie de negación a la carrera administrativa a un número ciertamente elevado de personas, que ingresan a los organismos o entes públicos con la expectativa de hacer carrera administrativa, con lo cual no sólo se vulnera el espíritu del constituyente, sino que se infringe el principio de la confianza legítima

que tienen los aspirantes a ingresar a la carrera administrativa de que se les ratifique, o se les dé ingreso, a través de un concurso público, tal como lo establece el sistema de función pública venezolano, que da prevalencia a la carrera administrativa por encima de los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales ciertamente pueden coexistir, pero, de manera excepcional.

Este fenómeno de la laboralización de la función pública no ha sido ajeno en otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en España, ha sido ampliamente desarrollado por varios autores, que han afirmado cuestiones como la siguiente:

“Si el Derecho Administrativo, como se suele aceptar, es el Derecho específico de las Administraciones Públicas, el Derecho que atiende a sus peculiaridades propias y trata de conciliar sus necesidades y las del interés general con el interés de los particulares, no resulta muy alentador que dichas organizaciones pasen a someterse *ex lege* al Derecho común de los demás sujetos también cuando llevan a cabo actividades típicamente administrativas (y no ya sólo cuando desarrollan actividades de tipo empresarial, idénticas a las ejercidas por los particulares).

[...*Omissis*...]

[...] En algunos casos la regulación existente seguirá siendo válida, y deberemos criticar la sumisión al Derecho privado, un Derecho no concebido para satisfacer las peculiares exigencias de lo público; pero en otros no lo será, y habrá que redefinirla. Dicha redefinición, sin duda, el mejor freno a la huida del Derecho Administrativo.

Un buen ejemplo lo constituye la función pública, uno de los ámbitos en los que la huida del Derecho Administrativo ha sido más intensa, [...]”. (Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol: *Globalización, Estado y Derecho, Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Madrid-España, 2004, p. 241).

La situación descrita debe ser tratada con elevada firmeza, teniendo siempre en consideración una interpretación diáfana (por parte de la Administración y de los Jueces) del texto constitucional y de la Ley que rige la materia, de manera que impida, sobre todo, que se califique como alto nivel o confianza a cargos que, en puridad, no son ni lo uno ni lo otro. Ello se evita, dando un valor superior a la carrera administrativa por sobre la situación que se ha venido presentando desde hace décadas, donde prevalecen los funcionarios de libre nombramiento y remoción, haciendo que los funcionarios públicos ingresen a través de la figura de los concursos públicos y reconociendo la estabilidad de los que resulten ganadores de éste y aprueben las etapas sucesivas.

Lo anterior se justifica en el hecho de que en la actualidad la misma Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, patentizada luego por la Ley del Estatuto de la Función Pública, consagra instrumentos destinados a garantizar el correcto funcionamiento de la Administración, y entre esos instrumentos están los concursos, las evaluaciones y las medidas disciplinarias, como elementos para garantizar que los funcionarios públicos seleccionados sean los más idóneos, profesional e incluso éticamente, lo cual, una vez efectuado, le otorgará la estabilidad especial de todo funcionario público.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, merece la pena enfatizar que las Administraciones Públicas se encuentran vinculadas por el principio de mérito y capacidad, es decir, no pueden seleccionar libremente a su personal como sucede en las empresas privadas (a excepción de los también excepcionales cargos de libre nombramiento y remoción), siendo lo cierto que esa valoración de los candidatos a funcionarios se ha realizado a nivel mundial fundamentalmente con arreglo a las técnicas del concurso y la oposición, o a través de una versión mixta de ambas, el concurso-oposición (por una parte, a través de unos exámenes que, al ser competitivos, permiten además seleccionar a los mejores aspirantes).

Para Miguel Sánchez Morón “La oposición consiste en ‘la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación’. El concurso consiste en ‘la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos’. Y el concurso-oposición en ‘la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores’” (*Ob. cit.* pp. 134). Y Palomar Ojeda opina que estas dos formas son las más claras y clásicas de medir el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad con una perspectiva objetiva (*Ob. cit.*, pp. 81).

En el caso patrio, la Ley del Estatuto de la Función Pública destaca la figura del concurso público, y, en este punto es necesario indicar que, si la oposición constituye un método adecuado para seleccionar colectivos numerosos y homogéneos, el concurso -en el que no se examinan los candidatos comparándose únicamente sus títulos y experiencias documentadas- parece el más apropiado para seleccionar funcionarios para plazas singulares y muy específicas. En otros países, como Inglaterra y Alemania, no es la oposición sino el concurso ampliamente discrecional -sin examen de conocimientos, obviamente, pero con valoración de la personalidad del candidato a través de rigurosas entrevistas- el método ordinario de selección.

En España, la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984, se estableció que a través de cualquiera de estos métodos, concurso, oposición o concurso-oposición, igualmente se garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, debiéndose establecer una conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas.

En lo que respecta a los concursos públicos, se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2006-3103 de fecha 22 de noviembre de 2006, caso *Instituto Venezolano de los Seguros Sociales* (criterio reiterado por esta Corte en sentencia N° 2008-00944 del 28 de mayo de 2008) disponiendo lo siguiente:

“[...] el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública nos permite desarrollar una definición de concurso público entendiéndose como el mecanismo de selección de personal que garantiza el ingreso con base en la aptitud y la competencia, mediante la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole. Dicho concurso posee 2 etapas, siendo la primera de éstas el concurso público de credenciales mediante el cual los aspirantes al cargo de carrera consignan los títulos, certificados y demás documentación que acreditan su formación académica, experiencia profesional y demás méritos obtenidos en su profesión, a los fines de demostrar que cumple los requisitos básicos para optar al cargo deseado mediante concurso público de oposición. La Administración Pública, mediante la revisión del cumplimiento de estos requisitos determinará quienes [*sic*] lo cumplen y quienes [*sic*] son los más aptos para opositar por el cargo vacante, por lo tanto es un paso previo al concurso de oposición.

La segunda etapa es el llamado concurso de oposición el cual se alcanza una vez superado el concurso de credenciales, ya que la Administración requirente convoca públicamente a los que haya seleccionado para concursar mediante oposición, superando los exámenes y demás pruebas que sean necesarios; la oposición será una verdadera competencia de conocimientos, destrezas, habilidades y demás aspectos que considere la Administración Pública sean necesarios para el desempeño del cargo vacante. En la selección la Administración deberá ser la más rigurosa y objetiva posible, dada las obligaciones y responsabilidades públicas que asumirá el ganador seleccionado. Este es el único concurso mediante el cual se podrá ingresar al cargo de carrera por el cual se opta en calidad de titular y, que confiere el derecho exclusivo a la estabilidad superado el período de prueba (artículo 43 de la ley del Estatuto de la Función Pública)”.



De los anteriores planteamientos se deduce que a través de la utilización de la figura del concurso se debe permitir una preconfiguración del candidato, dado que la determinación de los méritos para resolver se hace en función de cada puesto, figurando los adecuados a sus características, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento y, justamente, el dato más objetivo, la antigüedad. Asimismo, se deben establecer previamente, las bases de la convocatoria, que deberán expresar los méritos a valorar y el baremo con arreglo al cual se puntuarán los mismos, así como, en su caso, la constitución de comisiones de valoración, como una garantía de objetividad. (PARADA, Ramón: *ob. cit.*, pp. 405 y 407)

Sobre la base de lo expuesto, cabe destacar que nuestro Máximo Tribunal ha dejado sentado que “Si una persona ha demostrado, en el concurso correspondiente, capacidad para el cargo y si sus evaluaciones confirman lo acertado de su selección, poco tendrá que temer la Administración en cuanto al desempeño de sus servidores. E incluso, si se diera el caso de que el funcionario se apartara de sus deberes –por ejemplo, revelando información no disponible en ese momento para los administrados o aprovechando sus conocimientos para obtener provechos personales- bien podría ser objeto de sanciones disciplinarias que podrían llegar a su retiro por destitución”. (sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1412 del 10 de julio de 2007, caso *Eduardo Parilli Wilhelm contra el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*)

En efecto, entre las ventajas del sistema de carrera, destacadas por Alberto Palomar Olmeda se puede extraer que “La adaptación entre el empleado público y la función a desarrollar, ya que su reclutamiento es el fruto de la evaluación previa de las necesidades de la organización, determina una mayor aproximación y lo que el empleado público puede aportar”, caracterizado este autor por considerar que encontrar un adecuado modelo de empleo público es la clave para una eficiente prestación de servicios por parte del Estado, afirmando también que el reclutamiento de los empleados públicos es, sin lugar a dudas, uno de los elementos claves del sistema de empleo público, el cual tiene como aspectos nucleares los sistemas de mérito y capacidad (*Ob. cit.*, pp. 31 y 55) . (Subrayado de esta Corte)

De todo lo anteriormente expuesto se colige que si tanto la Constitución como la Ley del Estatuto de la Función Pública consagran suficientes mecanismos para lograr la buena marcha de la Administración, no sería en ningún modo aceptable desconocer las bases fundamentales que, en materia de función pública, se han establecido en los instrumentos jurídicos correspondientes, haciendo, por el contrario, una interpretación demasiado extensiva y, hasta inconstitucional, al hacer caso omiso al mecanismo del concurso como forma para ingresar a la Administración Pública, con lo cual, consecuentemente, se respetará la estabilidad de todos los funcionarios públicos.

La vulneración de la anterior situación, el ingreso por concurso, indiscutiblemente ocasiona que tampoco se respete un derecho inherente a la función pública, como lo es la estabilidad, pero sobretudo, genera una altísima rotación de personal en los organismos públicos, y una especie de laboralización de la función pública, la cual no se encuentra regida por normas de Derecho Laboral, sino por normas propias y de carácter estatutario.

Así lo ha verificado nuestro Máximo Tribunal, cuando en sentencia N° 1412 del 10 de julio de 2007, recaída en el caso *Eduardo Parilli Wilhelm contra el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*, ya citada, precisó lo que a continuación se transcribe parcialmente:

“Sin duda, se hace imprescindible interiorizar, en la conciencia de los legisladores y jefes de la Administración, que sólo el respeto a la estabilidad de los funcionarios -aunado claro está, a una correcta selección, libre de compromisos ajenos a la profesionalidad, y además a

un adecuado seguimiento de sus tareas- consigue resultados favorables a largo plazo. No es difícil comprender que la libre remoción apareja no sólo inseguridad para los funcionarios debido a la inestabilidad, sino inconvenientes para la Administración, que sufre las consecuencias de una alta rotación de su personal, que con demasiada frecuencia no llega a familiarizarse con sus obligaciones durante los a veces muy breves períodos en el cargo para los cuales han sido designados". (Negritas de esta Corte)

Tal situación no es propia de un sistema de función pública como el venezolano, donde, como ya se indicó *supra*, es mayormente de corte cerrado, ocasionando que el personal no se habitúe a sus obligaciones durante el tiempo durante el cual cumpla sus funciones, en donde, generalmente, estarán a merced de los cambios de jerarcas que ocurran en el organismo, es decir, sujetos al vaivén político, y es justamente esa situación la que el Constituyente patrio consideró pertinente prevenir, de conformidad como fue expuesto en la transcripción que se efectuó *supra* de la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El escenario planteado (la alta rotación de personal producto del vaivén político) genera una ineludible vulneración a una estabilidad específica reconocida a los funcionarios públicos constitucional y legalmente. No en vano, se creó, a raíz de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, un régimen estatutario precisamente para exceptuar a los funcionarios del Estado del régimen jurídico laboral, y ello precisamente se logró con la aprobación y entrada en vigencia en el año 2002 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En efecto, la Ley del Estatuto de la Función Pública vino a concretar los enunciados puestos a la vista por el Constituyente en la Norma Fundamental y, entre muchos aspectos, dicho cuerpo normativo reconoció claramente varios aspectos esbozados en la Constitución, entre ellos, la carrera administrativa como regla, la libertad de nombramiento y remoción como excepción, el concurso como única vía para ingresar a esa carrera administrativa, y, como consecuencia, tanto del concurso como de la carrera administrativa misma, la estabilidad específica que reposa en cabeza de los funcionarios públicos.

Expuesto lo anterior, no podría admitir este Órgano Jurisdiccional una actuación administrativa en detrimento de lo consagrado tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como en la Ley del Estatuto de la Función Pública, puesto que la carrera administrativa en sí misma no es solamente un derecho del servidor público y una obligación para el Estado de ineludible acatamiento (dado su rango constitucional), sino que es, principalmente, una condición para alcanzar la eficacia y eficiencia en la gestión pública, tal como lo preconiza el artículo 141 Constitucional, que establece que:

“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. (Negritas de esta Corte)

Se trae a colación el contenido de la referida norma constitucional por cuanto la carrera administrativa no es sólo el mero reconocimiento de la estabilidad para el funcionario, pues, contrario a lo que sucede en el campo del Derecho Laboral, sino que la función pública también constituye un mecanismo para que la Administración se haga de un cuerpo de funcionarios que presten sus servicios para los objetivos del Estado, que no son otros que, en resumen, la procura del bienestar colectivo.

Sobre este punto, refiriéndose al mérito y a la capacidad de los funcionarios en función de la Administración Pública, es destacable lo que opina Alberto Palomar Olmeda (*Ob. cit.*, pp. 14), cuando afirma que:

“Garantizar la objetividad del sistema de acceso a la función pública es un paso definitivo en la profesionalización del servicio público y esta profesionalización se compensa, de una forma prácticamente ineludible, a garantizar la permanencia del mismo en el empleo público ya que la relación de servicios no se constituye *ad personam*, sino que se realiza respecto de la persona jurídica Estado. Esta concepción de servidor del Estado, y no de quien en un momento determinado ostenta el poder, es la que permite asegurar la inamovilidad del funcionario. En definitiva, se supera lo que se había denominado sistema de botín o *spoils system*, para dar paso al *merits system*. En los países desarrollados, el tránsito de uno a otro sistema se produce en el siglo XIX”. (Subrayado de esta Corte)

En consecuencia, no resulta de ningún modo válido el argumento de que el interés público tenga más trascendencia que la estabilidad del funcionario, pues ello implica negar que la estabilidad de los funcionarios públicos forma parte de los instrumentos constitucionales para la satisfacción de tales intereses, ya que la satisfacción de los altos intereses del Estado no se logra precisamente a través de la libertad de nombramiento y remoción de funcionarios, por el contrario, la carrera administrativa no ha de constituir en modo alguno una traba para el logro de las obligaciones públicas, sino todo lo contrario, la carrera administrativa asegura mejor que cualquier otro la imparcialidad y la objetividad del funcionario y el funcionamiento de los servicios públicos frente a los cambios de coyuntura política que el sistema de partidos comporta (Cfr. PARADA, Ramón: *Ob. cit.*, pp. 381).

Visto lo anteriormente expuesto, es importante destacar que la realización del concurso es una carga que reposa enteramente en cabeza de la Administración, de manera tal, que la falta de realización del mismo no debe constituir una razón válida para que los distintos órganos públicos decidan el egreso de los funcionarios, so pretexto de que éstos, al no haber adquirido la condición de funcionarios de carrera, dada la falta del referido concurso (cuya carga no es del particular, sino de la Administración), éstos desempeñan, por ende, un cargo de libre nombramiento y remoción.

Este razonamiento contradice los postulados constitucionales y legales ampliamente desarrollados *supra*, en claro detrimento de la carrera administrativa, constituyendo esto un uso indiscriminado de la figura excepcional de los cargos cuyas funciones sean de libre nombramiento y remoción.

Pero coetáneamente a la situación anterior, no puede dejar de precisar esta Corte que tomando igualmente en consideración lo expuesto *supra*, en relación a que las Administraciones Públicas se encuentran vinculadas por el principio de mérito y capacidad, resulta igualmente importante resaltar que la evaluación del funcionario no habría de limitarse al momento inicial, esto es, al ingreso del mismo a la Administración Pública.

En este orden de ideas, Palomar Olmeda, refiriéndose a la evaluación del desempeño, considera que:

“Es éste uno de los elementos que presenta mayor relieve en la actualidad y que simultáneamente es cada vez más complicado de implementar y de aplicar. La impunidad gestora de los funcionarios crea un mal clima social ya que, unida a su inamovilidad, se identifica una percepción social de favorecidos que dificulta la imagen y el trabajo de los mismos.

Uno de los elementos de mayor dificultad deriva, precisamente, de la falta de evaluación de la actividad de los empleados públicos, lo que genera que los ascensos y promociones estén ligados a la producción del empleado para su ‘empresa’ sino, exclusivamente, a su pertenencia o permanencia en la misma.

De aquí que surja inmediatamente la necesidad de implementar sistemas de evaluación del desempeño de los empleados públicos, de forma que puedan objetivizarse las reglas de estancia y promoción en la organización y, desde otra perspectiva, que la sociedad a la que prestan servicios pueda conocer y ‘medir’ el rendimiento de los empleados”. (*Ob. cit.*, pp. 120)

Ello así, en aras de garantizar lo consagrado en el artículo 141 Constitucional, que prevé los principios que deben regir a la Administración Pública, entre los cuales destaca la eficacia y eficiencia, la propia Ley del Estatuto de la Función Pública consagra la figura de la evaluación de los funcionarios, con la finalidad de garantizar la esos principios.

En este punto, la doctrina ha destacado lo siguiente:

“La regulación vigente de la función pública se preocupa fundamentalmente de garantizar la capacidad y motivación de los servidores públicos en el momento de su ingreso, pero no después. El funcionario que ha obtenido su plaza confía en que su derecho al cargo le protegerá durante el resto de su vida profesional, careciendo de incentivos -más allá de sus propios principios éticos- para aumentar su productividad o -como es fundamental en la sociedad actual, caracterizada por el cambio tecnológico constante- reciclar sus conocimientos. El resultado es de sobras conocido: muchos funcionarios rinden poco y se resisten a cualquier cambio que pretenda introducirse, mientras que los más ambiciosos y preparados, cuando han adquirido la experiencia suficiente, acostumbran a pasarse total o parcialmente al sector privado, que les ofrece retribuciones más altas.

Ello no puede continuar así. Los funcionarios (en general, los trabajadores públicos) son el elemento clave de la Administración Pública, de ellos y de su trabajo depende el rendimiento y la percepción que de esta se tenga la ciudadanía. Sólo una Administración Pública que cuente con funcionarios capaces y motivados es capaz de cumplir el mandato constitucional de servir con objetividad y eficacia los intereses generales. Por eso, debe complementarse la regulación actual del sistema de selección del personal con medidas que garanticen su capacidad y rendimiento una vez obtenida la plaza. Deben introducirse incentivos positivos (sobre todo niveles retributivos elevados, equiparables a los de la empresa privada, asociados a la productividad, y posibilidades reales de promoción profesional) y negativos (posibilidad real de despido ante el incumplimiento de estándares objetivos mínimos de rendimiento), que garanticen la productividad y reciclaje continuo que requiere la sociedad actual. Sin trabajadores públicos motivados, la Administración y lo público en general está condenados al desprestigio social y -consiguientemente- al declive progresivo, amenazados de extinción”. (Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol: *Ob. cit.* pp. 242) (Negritas y subrayado de esta Corte)

De manera tal, que a los fines de lograr lo que igualmente nuestra Carta Magna propugna, la eficacia y la eficiencia de la Administración Pública, es necesario no sólo el concurso como única forma de ingreso a ésta, sino la procura de un cuerpo de funcionarios plenamente capacitados y contestes con los principios que nuestra Norma Fundamental le ha atribuido a la Administración Pública y ello se logra precisamente a través de la figura de la evaluación del desempeño de todos los funcionarios públicos al servicio de los distintos órganos de la Administración, circunstancia ésta que se encuentra regulada en los artículos 57 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, dentro del capítulo IV (Evaluación del Desempeño) del título V (Sistema de Administración de Personal), constituyendo ello un mandato legal de obligatorio acatamiento para la Administración Pública.

De acuerdo a las consideraciones planteadas, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo concluye:

**PRIMERO:** Que el Estado Social de Derecho y de Justicia propugna la protección estatal de determinados grupos de la población del país, a quienes se reconoce no están en igualdad de condiciones (en este caso, los funcionarios públicos) con las otras personas con quienes se relacionan en una específica actividad (en este caso, los distintos órganos que componen la Administración Pública), disminuyendo en lo posible la existencia de discriminaciones a los débiles jurídicos dentro de la sociedad o un determinado grupo;

**SEGUNDO:** Que el personal que labora actualmente en las distintas administraciones públicas tiene la confianza o expectativa legítima de acceder a la función pública y de hacer carrera administrativa, y que, en consecuencia, les sea respetada la estabilidad absoluta consecuencia de ello;

TERCERO: Que el Juez Contencioso Administrativo tiene la potestad de restablecer las situaciones jurídicas infringidas como consecuencia de la actividad administrativa lesiva, aunque ello implique ir más allá de lo que ha sido planteado por las partes;

Como corolario de lo anterior, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo establece como criterio que el funcionario que, una vez entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, haya ingresado a la Administración Pública - mediante designación o nombramiento- a un cargo calificado como de carrera, sin la realización previamente del debido concurso público, gozarán de estabilidad provisional o transitoria en sus cargos, hasta tanto la Administración decida proveer definitivamente dicho cargo mediante el correspondiente concurso público. Este derecho a la estabilidad provisional nacerá una vez superado el período de prueba.

Esta estabilidad provisional supone, en criterio de esta Corte, que aquel funcionario que se encuentre en la aludida situación de transitoriedad no podrá ser removido, ni retirado de su cargo por causa distinta a las contempladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública (artículo 78), hasta tanto el cargo que ocupa temporalmente sea provisto mediante el correspondiente concurso público.

En síntesis, considera este Órgano Jurisdiccional que, en atención a los principios derivados del Estado Social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe reconocerse el derecho a la estabilidad provisional o transitoria, en los términos antes expuestos, al funcionario que haya ingresado por designación o nombramiento a un cargo de carrera, sin haber superado previamente el respectivo concurso.

De igual forma, no quiere dejar de precisar esta Corte que, a tenor de lo dispuesto no podría establecerse que los actos de designación y nombramiento de los funcionarios que se encuentren en esta situación, deban reputarse nulos, de conformidad con el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. A juicio de esta Corte, lo que prohíbe dicha norma con el establecimiento de esa sanción de nulidad a que alude es que, mediante esa designación o nombramiento, se confiera el status definitivo de un funcionario de carrera a quien ingrese a un cargo igualmente de carrera sin haber superado previamente el referido concurso. En consecuencia, los actos de nombramiento o designación de los funcionarios que, desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se reputan válidos, mientras ese acto no contradiga lo expuesto previamente, es decir, mientras no le otorgue a través del mismo una condición de funcionario de carrera que no ostenta por no cumplir con el requisito del concurso público.

Por otra parte, en cuanto a los funcionarios que ingresaron bajo los supuestos aquí tratados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo estableció los alcances de dicha forma de ingreso, reconociéndole un status de funcionario de carrera a éstos (ver, entre otras, sentencia N° 1862 del 21 de diciembre de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo [Tomo II de Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pp. 205 y 206] y sentencia N° 2007-381 del 19 de marzo de 2007 de esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo).

Ahora bien, aquel funcionario que se encuentre en la situación de provisionalidad aquí descrita tendrá derecho a participar en el concurso público que convoque la Administración para proveer definitivamente el cargo que ocupa, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para ocupar el respectivo cargo, en cuyo caso la Administración deberá tomar en consideración el tiempo de servicio y el desempeño que éste tuvo en el ejercicio del cargo.

Una vez expuesto lo anterior, esta Corte debe dejar establecido que el criterio de la estabilidad provisional o transitoria expuesto *supra* tiene su ámbito de aplicación exclusivamente dentro del marco de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que es precisamente el cuerpo normativo que se aplica a la situación de marras. De manera tal que, en aquellos casos en que se plantee un caso en el cual esté involucrado un organismo de la Administración Pública exento de la aplicación de dicha Ley, esta Corte procederá a analizar cada caso en concreto a los fines de dilucidar si el presente criterio se aplicaría en esos casos o no.

Ahora bien, el criterio anterior tiene sus excepciones en los siguientes casos, esto es, a los siguientes supuestos no les será aplicable la tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso:

PRIMERA: quedan excluidos del derecho a la estabilidad provisional o transitoria a que se ha hecho alusión aquellos funcionarios que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción (alto nivel o de confianza).

SEGUNDA: igualmente quedan excluidos del derecho a la estabilidad provisional o transitoria el personal contratado al servicio de la Administración Pública, cuyo régimen jurídico será aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral (artículo 38 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

No obstante, con respecto al personal contratado esta Corte exhorta a los distintos entes y órganos de la Administración Pública a:

1. Acatar los lineamientos contenidos en la Ley del Estatuto de la Función Pública, en cuanto señala que sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado (*Vid.* encabezamiento del artículo 37 de dicha Ley).

2. Normalizar o regularizar la situación de aquel personal contratado a tiempo indeterminado que se encuentran realizando funciones correspondientes a los cargos de carrera, a los fines de no contrariar lo dispuesto en el primer aparte del artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

- Del ámbito objetivo del recurso de apelación ejercido:

Esta Corte observa que el presente recurso contencioso administrativo funcional tiene por objeto la nulidad del acto administrativo de fecha 24 de mayo de 2006, a través del cual el Vicepresidente y Secretario del Cabildo Metropolitano de Caracas le notificaron al querellante que dicho organismo había aprobado su remoción del cargo de Asistente Administrativo de Comisión.

Como fundamento del recurso el recurrente esgrimió la incompetencia del funcionario que lo notificó del acto de remoción. Asimismo, alegó que “el mencionado cabildo no es competente para legislar en materia de función pública, por lo que no puede surtir efecto” el artículo 59 del Reglamento Interno del Cabildo Metropolitano de Caracas. De igual forma, expresó que el ente recurrido cambió “la calificación y el estatus del cargo que detent[ó] [...] [incurriendo] en una interpretación parcial y sesgada del artículo 21 de la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública”, para finalizar manifestando que “en la comunicación donde se [le] notific[ó] la remoción del cargo, solo se hace en forma genérica, además de que no está fundamentada en la existencia de manual descriptivo de cargo alguno, donde estén previamente establecidas las funciones del cargo, y que sea de libre nombramiento y remoción, siendo a todo evento una calificación infundada”.

Por su parte, en la oportunidad de la contestación a la querella, la parte querellada alegó en su defensa que el cargo ejercido por el querellante “se encuentra tipificado como de libre

nombramiento y remoción, ya que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 146 aparte primero señala ‘El ingreso de los funcionarios Públicos [sic] y las funcionarias Públicas [sic] a los cargos de carrera será por Concurso Público [sic] [...] y por esta razón el funcionario fue aprobado [sic] su cargo como Asistente Administrativo en fecha veintiséis (26) de marzo del dos mil dos (2002) entendiendo de esta manera que su nombramiento fue posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sin que haya cumplido el requisito exigido por la ley que es el Concurso Público [sic]’.

De igual forma, en la oportunidad de los informes orales ante esta Alzada, la representación de la parte querellada reiteró que no podría ser el cargo del actor uno de los catalogados como de carrera, ya que la Constitución y la ley establecen los requisitos taxativos para que un funcionario pueda ser considerado de carrera, entre ellos que haya ganado un concurso público, y que en este caso no se verifica esta situación, ya que su ingreso se efectuó por designación de una sesión del Cabildo Metropolitano de Caracas para ocupar un cargo que se encontraba ocupado por una ciudadana que previamente renunció al mismo, y que, por lo tanto el cargo ejercido por el querellante es de libre nombramiento y remoción.

Dicho lo anterior, esta Corte evidencia que el fundamento principal de la defensa de la parte querellada gira en torno a que, al no haber ingresado el actor a través de la figura del concurso público, establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no podría catalogársele como un funcionario de carrera y que, por ende, su cargo encuadraba dentro de los catalogados como de libre nombramiento y remoción.

Expuesto lo anterior, esta Corte observa que el acto administrativo cuya nulidad ha sido solicitada fundamentó la remoción del recurrente en el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, siendo el mismo del tenor siguiente:

“Cumpro con notificarle que el Cabildo del Distrito [sic] Metropolitano de Caracas, en el Punto Seis del Orden del Día, en la Sesión Ordinaria N° 17-2006 del día 23 de mayo de 2006, APROBO [sic] su Remoción, del cargo como ASISTENTE ADMINISTRATIVO DE COMISION [sic], código N° 0216, la misma se hará efectiva a partir de su notificación. En tal sentido, le informo que esta remoción se fundamenta en el artículo 19, 2° Aparte y artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, cuyo texto reza ... ‘Los Funcionarios o Funcionarias de la Administración Pública serán de Carrera o de Libre Nombramiento y Remoción’ [...]”. (Resaltado del acto administrativo citado)

Visto lo anterior, tal fundamentación legal fue complementada por la Administración en sede judicial, cuando argumentó que el querellante no cumplió con el requisito de ingreso a través de la figura del concurso público, establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No obstante lo anterior, siendo que la circunstancia en la cual la Administración apoya el fundamento de la remoción del querellante (la falta de concurso) no es una circunstancia que dependa del actor, sino una carga de la Administración, en este caso, del Cabildo Metropolitano de Caracas, sobre el cual recae la obligación de convocar los respectivos concursos para ocupar los distintos cargos de carrera de dicho organismo, es por lo que esta Corte pasa a verificar si la situación de marras encuadra en alguna de las excepciones a la tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso, a los fines de precisar si se le aplica dicha tesis o no al actor.

Así, en primer término se observa que el recurrente ocupaba el cargo de Asistente Administrativo, y al respecto, es menester traer a colación lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que señalan lo siguiente:

“Artículo 20. Los funcionarios o funcionarias públicos de libre nombramiento y remoción podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza. Los cargos de alto nivel son los siguientes:

1. El Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo.
2. Los ministros o ministras.
3. Los jefes o jefas de las oficinas nacionales o sus equivalentes.
4. Los comisionados o comisionadas presidenciales.
5. Los viceministros o viceministras.
6. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios.
7. Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales.
8. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía en los institutos autónomos.
9. Los registradores o registradoras y notarios o notarias públicos.
10. El Secretario o Secretaria General de Gobierno de los estados.
11. Los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía.
12. Las máximas autoridades de los institutos autónomos estadales y municipales, así como sus directores o directoras y funcionarios o funcionarias de similar jerarquía.

Artículo 21. Los cargos de confianza serán aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministras, de los directores o directoras generales y de los directores o directoras o sus equivalentes. También se considerarán cargos de confianza aquellos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley”.

De la lectura del artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, no se desprende ciertamente, que el cargo de “Asistente Administrativo” se encuentre dentro del catálogo de los cargos considerados de “Alto Nivel”.

Sin embargo, entiende esta Corte que, en atención a las funciones desempeñadas pudiera tener cobertura legal en los cargos calificados como de “Confianza”, los cuales son considerados igualmente dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 *eiusdem*, de allí que resulta indispensable analizar (dadas las particularidades del presente caso), las funciones ejercidas por el recurrente en el referido cargo.

En ese sentido, esta Corte observa que tampoco encuentra demostrado en autos que el actor desempeñara un cargo de confianza, ya que ello no se desprende del Registro de Asignación de Cargos del Personal Administrativo del Cabildo Metropolitano del año 2006, que riela a los folios 46 al 158 del expediente judicial, así como tampoco del Manual de Funciones de Alto Nivel y de Confianza, a los folios 160 al 176, instrumentos éstos traídos a los autos por la parte recurrida.

En efecto, de una revisión exhaustiva del primero de los mencionados instrumentos no se pueden corroborar las funciones ejercidas por el recurrente dentro del organismo recurrido, ya que las mismas no se desprenden de dicho Registro.



De igual forma, cabe destacar que del Manual de Funciones de Alto Nivel y de Confianza consignado por la Administración se desprenden las siguientes funciones, atribuidas al cargo de Asistente Administrativo: proporcionar al Coordinador de la Comisión y al Concejal el desarrollo de las actividades de la Comisión con el fin de contribuir a la celeridad y fluidez de las operaciones administrativas de la Comisión Permanente; revisar comprobantes, relaciones de egresos de la Comisión, así como los gastos de viajes del Concejal cuando a éste se le asigne una comisión especial (folio 173), funciones éstas de las cuales no se desprende un alto grado de confidencialidad hasta el punto de considerarlo un cargo de confianza y, por consecuencia, de libre nombramiento y remoción, no constando en autos el respectivo Registro de Información del Cargo del querellante.

En aplicación del artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en concordancia con las características generales del cargo antes transcrito, concluye esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que la Administración no demostró fehacientemente, ni en el acto administrativo, ni en el transcurso del presente proceso, que el funcionario recurrente ejerciera un cargo cuyas funciones fueran de confianza y que, por ende, ejerciera un cargo de libre nombramiento y remoción.

Por lo tanto, la situación del actor no encuadra dentro de la primera excepción a la tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso.

Asimismo, esta Corte no evidencia de autos que el Cabildo Metropolitano de Caracas, organismo en donde ingresó y egresó el actor, sea un organismo al cual no se le aplique la Ley del Estatuto de la Función Pública, caso en el cual, por habilitación constitucional y legal podría estar autorizado para autonormarse en materia de función pública y decidir cuáles cargos serían de libre nombramiento y remoción, lo cual conlleva a que no se verifique la segunda excepción a la tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso.

En segundo término, no consta de las actas procesales que el recurrente haya ingresado al cargo de Asistente Administrativo a través de un concurso y que, posterior a ello, no haya superado el período de prueba respectivo, razón por la cual no se evidencia la presencia de la segunda excepción.

En último término, de igual forma no constata este Órgano Jurisdiccional que el ingreso del querellante se haya verificado bajo la figura del contrato, por el contrario, consta al folio 2 del expediente administrativo Oficio N° 131/02 del 18 de marzo de 2002, por medio del cual el Jefe del Departamento de Recursos Humanos se dirigió al Secretario del Cabildo Metropolitano de Caracas con la finalidad de solicitar se sometiera a la consideración de la cámara edilicia el nombramiento del actor en el cargo de Asistente Administrativo, evidenciándose tal aprobación al folio 3 del mismo expediente administrativo, mediante Oficio N° 609 del 26 de marzo de 2002, a través del cual el Secretario del Cabildo Metropolitano de Caracas le hizo saber al recurrente que había sido aprobada su designación para el cargo aludido, de lo cual emerge la falta de cumplimiento de la cuarta excepción.

Por las consideraciones anteriores, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo estima que la actuación del organismo recurrido contradice flagrantemente los postulados constitucionales que fueron plenamente analizados en el presente fallo, transgrediendo con su actuación las bases fundamentales en que se sustenta el Estado Social de Derecho y de Justicia venezolano, el cual ha de procurar la protección estatal, como ya se dijo antes, de determinados grupos de la población del país, a quienes se reconoce no están en igualdad de condiciones (en este caso, los funcionarios públicos) con las otras personas con quienes se relacionan en una específica actividad (en este caso, los distintos órganos que componen la Administración Pública), disminuyendo en lo posible la existencia de discriminaciones a un determinado grupo.

En efecto, considera este Órgano Jurisdiccional que la Administración en el caso de marras incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho, al indicar en el acto administrativo impugnado que la remoción del querellante se basaba legalmente en el contenido del artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es decir, pretendiendo dar por demostrado con ello que éste ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, obviando su carga procesal de demostrar tal circunstancia. Así se decide.

Finalmente, esta Corte quiere dejar claro que el pronunciamiento anterior no implica en modo alguno que al querellante de marras se le esté reconociendo la condición de funcionario de carrera, ya que, como quedó demostrado en autos, éste no ingresó al cargo de Asistente de Comisión a través de la figura del concurso público. De manera tal que el Cabildo Metropolitano de Caracas puede abrir a concurso el indicado cargo, salvando evidentemente los parámetros indicados previamente.

En consecuencia, para evitar casos como el presente en casos sucesivos, se EXHORTA al Cabildo Metropolitano de Caracas acatar lo establecido en el artículo 53 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que consagra que los cargos de alto nivel y de confianza deben quedar expresamente indicados en los respectivos reglamentos orgánicos de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional.

Ello trae como consecuencia que este Sede Jurisdiccional declare PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, NULO el acto administrativo dictado en fecha 24 de mayo de 2006, por el Cabildo Metropolitano de Caracas, a través del cual el Vicepresidente de dicho órgano le notificó al recurrente de su remoción del cargo de Asistente Administrativo de Comisión.

En consecuencia, y conforme a los amplios poderes del Juez Contencioso Administrativo para restablecer la constitucionalidad de una determinada situación jurídica, por lo cual puede determinar de oficio, en ejercicio de sus poderes inquisitivos, la mejor manera de restablecer la situación jurídica infringida al accionante, sin que éste haya realizado pedimento expreso al respecto, se ORDENA su reincorporación al cargo de Asistente Administrativo de Comisión, hasta que sea provisto el mismo mediante el concurso público al que está obligado realizar el referido organismo, concurso público en el cual el recurrente tendrá no sólo el derecho a participar, sino que la Administración deberá, a través de los baremos que deben ser diseñados a tales fines, dar preferencia al quejoso en el mencionado concurso sobre los demás participantes, dada la experiencia que ya tiene en el ejercicio del referido cargo. Así se decide.

Asimismo, vista la declaración anterior, se ORDENA el pago al recurrente de los sueldos dejados de percibir desde su ilegal remoción hasta la fecha en que se verifique su efectiva reincorporación, así como el pago de todos los beneficios dejados de percibir y que no impliquen la prestación efectiva del servicio. Así se decide.

## 2. *Derechos: Jubilación*

**TSJ-SPA (0781)**

**9-7-2008**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Interpretación de los artículos 7 y 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. (Antonio Suárez y otros)

**El Salario base para el establecimiento de la Pensión de Jubilación no incluye la alícuota de utilidades de fin de año, ni la de Bono Vacacional.**

.....Precisado lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse acerca de la interpretación solicitada, para lo cual estima necesario realizar las siguientes consideraciones sobre la jubilación:

El beneficio de la jubilación es considerado como un derecho social enmarcado dentro de la Constitución y desarrollado en las leyes, el cual puede ser objeto de regulación por parte del Estado a fin de garantizar la protección e integridad del individuo que lo disfruta.

Tal derecho se encuentra consagrado en el Capítulo V titulado “*De los Derechos Sociales y de las Familias*”, específicamente en los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como parte del derecho a la seguridad social, enfocado, principalmente, hacia la vejez.

Los mencionados artículos disponen lo que a continuación se transcribe:

*“Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.*

(...omissis...)

*Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social (...).”*

De lo anterior se desprende que el carácter social de la jubilación -por estar necesariamente vinculada con las relaciones laborales, sean estas públicas o privadas- lleva a considerar que el fin primordial de su otorgamiento, es proporcionar al trabajador jubilado unas condiciones de vida similares a las que gozaba al momento de encontrarse activo. Asimismo, el carácter social se manifiesta igualmente por el hecho de que la jubilación comporta un beneficio para el cual se toma en cuenta la entrega, dedicación y vocación de servicio, cuando se ha llegado a una edad idónea para el retiro, de allí su concepción como un derecho inherente a los ancianos.

En este sentido, en sentencia N° 1556 de fecha 15 de octubre de 2003, caso *Héctor Augusto Serpa Arcas vs. Fiscal General de la República*, esta Sala señaló lo siguiente:

*“...el constituyente de 1999 previó una protección particular a la vejez y consagró en cabeza del Estado la obligación de asegurar la efectividad de los derechos que a tal efecto se establecen. Igualmente, recogió entre los derechos inherentes a los ancianos el beneficio a la jubilación, con el objeto de proporcionarles un medio de vida digno a los trabajadores durante su vejez o incapacidad, y así garantizarles un ingreso periódico tendiente a cubrir sus gastos de subsistencia.*

*En este contexto, el derecho a la jubilación nace de la relación laboral entre el trabajador y el ente público o privado para quien prestó el servicio y se obtiene una vez cumplidos los requisitos de edad y tiempo de servicio en el trabajo, establecidos en las leyes que regulan la materia. Este derecho, si bien se origina en el ámbito de la relación laboral, es considerado como un derecho social enmarcado dentro de la Constitución y desarrollado por las leyes, que puede ser objeto de regulación por parte del Estado, regulación tendiente a garantizar la protección e integridad del individuo que lo ostenta”.*

Así, el legislador, con el propósito de proteger y regular los principios fundamentales de este importante beneficio, dictó la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y

Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, que establece, entre otras cosas, cuáles son los elementos integrantes del sueldo mensual que servirán de base para el cálculo de la pensión de jubilación.

En efecto, los artículos 7 y 8 de la mencionada Ley, cuya interpretación se solicita, disponen lo siguiente:

*“Artículo 7. A los efectos de la presente Ley, se entiende por sueldo mensual del funcionario o funcionaria, empleado o empleada, el integrado por el sueldo básico y las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente. En el Reglamento de esta ley se podrán establecer otros elementos de sueldo, según las características del organismo o del empleo.”*

*Artículo 8. El sueldo base para el cálculo de la jubilación se obtendrá dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengado por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada durante los dos (2) últimos años de servicio activo”.*

Ahora bien, respecto a la interpretación solicitada, se observa que la duda de los recurrentes radica en determinar si los elementos salariales, tales como la bonificación de fin de año y el bono vacacional, pueden ser incorporados en el sueldo mensual para el cálculo de la pensión de jubilación del funcionario público, establecido en el artículo 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

En este sentido, indican que el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el 133 *eiusdem*, permite incorporar la bonificación de fin de año y el bono vacacional como elementos integrantes del salario a los fines del cálculo de la pensión de jubilación.

Sobre este particular, observa la Sala que los mencionados artículos 8 y 133 de la Ley Orgánica del Trabajo establecen lo siguiente:

*“Artículo 8. Los funcionarios o empleados públicos Nacionales, Estadales o Municipales se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.*

*(...omissis...)*

*Artículo 133. Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda”.*

Los artículos antes transcritos establecen por una parte la aplicación supletoria de las normas contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo a los funcionarios y empleados de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, en todo lo no regulado en su ley especial, y por la otra define el concepto de salario.

Precisado lo anterior, estima la Sala necesario determinar cuál es el régimen aplicable en materia de jubilación a los funcionarios al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal. Al respecto, el artículo 2 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.501 del 16 de agosto de 2006, dispone lo siguiente:

*“Artículo 2.- Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes órganos y entes:*

- 1. Los ministerios y demás organismos de la Administración Central de la República.*
- 2. La Procuraduría General de la República.*
- 3. Los estados y sus organismos descentralizados.*
- 4. Los municipios y sus organismos descentralizados.*
- 5. Los institutos autónomos y las empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tengan por lo menos el 50% de su capital.*
- 6. Las fundaciones del Estado.*
- 7. Las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas.*
- 8. Los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional y de los Estados y de los Municipios.”*

El artículo antes transcrito enumera los órganos y entes destinatarios de la Ley en cuestión, entre los que se encuentran los organismos e institutos autónomos en los cuales los recurrentes prestan sus servicios, esto es, el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI); el Instituto Autónomo Hospital Universitario de Caracas (HUC); la Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor del Distrito Capital; la Unidad Educativa Miguel Antonio Caro del Ministerio de Educación; la Dirección General del Cuerpo de Ingenieros del Ministerio de Infraestructura (MINFRA) y la Dirección del Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel.

Ahora bien, debe señalarse que la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, es una Ley especial que regula todo lo concerniente al otorgamiento de la jubilación y pensión de los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas de los organismos a que se refiere el artículo antes transcrito.

De esta manera, considera la Sala que a los fines de la interpretación solicitada debe atenderse a la noción de sueldo establecida en el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios y no al concepto de salario previsto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues, como bien se señaló, la primera es la ley especial que regula el beneficio de jubilación y pensión de los funcionarios de la Administración Pública.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a dilucidar la duda planteada por los solicitantes, y al respecto se aprecia que el artículo 7 de la mencionada Ley, establece los elementos que han de componer el sueldo mensual del funcionario público, el cual comprende: i) el sueldo básico, ii) las compensaciones por antigüedad y iii) las compensaciones por servicio eficiente.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, establece la forma de computar el sueldo base para el cálculo de la pensión de jubilación, el cual se obtiene dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengados por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada durante los dos (2) últimos años de servicio activo.

Ahora bien, resulta necesario analizar el contenido de la noción sueldo mensual empleada en el artículo 7 de la Ley bajo estudio, para lo cual se estima pertinente realizar algunas precisiones terminológicas, pues como bien señala el artículo 4 del Código Civil, *“... A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión entre sí y la intención del legislador...”*.

Así pues, el vocablo *Sueldo* significa conforme al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de G. Cabanellas y Alcalá-Zamora, “la remuneración mensual o anual asignada a un individuo por el desempeño de un cargo o empleo profesional”.

Por otra parte, entiende la Sala que la expresión “*compensación por antigüedad*” empleada por el Legislador en el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, se refiere a la prima otorgada al funcionario o empleado una vez haya cumplido con un tiempo determinado de servicio en la Administración, lo cual constituye una retribución por los años de trabajo en la función pública. Dicha compensación por su carácter regular y permanente, se incluye en el cómputo total de la remuneración mensual del funcionario o empleado.

En lo que respecta a la “*compensación por servicio eficiente*” ésta se refiere a la cantidad dineraria recibida por el funcionario en virtud del rendimiento demostrado en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, dicha prima recompensa la responsabilidad demostrada por el servidor público en el desempeño de sus labores, por lo cual una vez otorgada, igualmente forma parte integrante del sueldo.

Definidos los conceptos anteriores, pasa la Sala a determinar si la bonificación de fin de año y el bono vacacional pueden considerarse parte integrante del sueldo mensual a que se refiere el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

Al hilo de lo anterior, es menester precisar la naturaleza del bono vacacional y de fin de año. Así, el bono vacacional es considerado como una compensación otorgada a los funcionarios que hayan prestado sus servicios por un año ininterrumpido.

Sobre este particular, en sentencia N° 513 del 19 de marzo de 2002, caso *Luis Alberto Peña*, la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal se pronunció señalando lo siguiente:

*“Con relación al descanso, elemento importante a los fines de dilucidar el fondo de la nulidad propuesta, se debe señalar que, el mismo tiene como características propias la periodicidad, la efectividad y la continuidad, y su finalidad es que el trabajador cambie de ambiente, realice actividades reparadoras de su energía física y mental y rompa la monotonía de la labor diaria.*

*De manera que, la naturaleza jurídica de la vacación como derecho del trabajador, implica que es la salud física y mental del trabajador activo el bien jurídico tutelado, pues es éste trabajador el que sufre el desgaste psíquico y corporal producto de la labor diaria, por lo cual, siendo que la remuneración -segundo elemento de la vacación-, está establecida para garantizar, desde el aspecto económico, el efectivo disfrute del descanso.”*

Ciertamente, como se indicó en la sentencia parcialmente transcrita, el bono vacacional coadyuva al disfrute del período de descanso que le corresponde al trabajador, por lo cual es pagado anualmente al funcionario en la oportunidad en que efectivamente hace uso de dicho tiempo.

Ahora bien, los recurrentes pretenden se incluya el monto correspondiente al bono vacacional en la suma de los sueldos utilizados como base para el cálculo de la pensión de jubilación, lo cual hace necesario atender a lo previsto en el artículo 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. En este sentido, se aprecia que dicha norma dispone que el sueldo base para el cálculo de la jubilación “*se obtendrá dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengados por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada durante los dos (2) últimos años de servicio activo*”. (Resaltado de la Sala).

Como se observa, la intención del Legislador no fue incorporar las bonificaciones pagadas anualmente a los efectos del cálculo de la pensión jubilatoria, pues la norma es clara al establecer que el sueldo base para el cálculo de dicha pensión de jubilación es el devengado por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada, mes a mes en sus últimos dos años de servicio activo.

De esta manera, concluye la Sala que al ser el bono vacacional una compensación pagada una sola vez al año, queda excluida de los elementos integrantes del sueldo base para el cálculo de la pensión de jubilación.

Por otra parte, en lo que se refiere al bono de fin de año, resulta menester señalar que se trata de una cantidad de dinero recibida por todo funcionario o empleado público anualmente, independientemente de que sean activos o jubilados, calculada sobre la base de su sueldo mensual, siendo susceptible de aumentar o disminuir de un año a otro, y según lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, a los jubilados se les calculará en la misma forma en que se haga a los funcionarios o empleados activos.

En este orden de ideas, el mencionado artículo 25 dispone lo siguiente:

*“Artículo 25.- Los jubilados y jubiladas recibirán anualmente una bonificación de fin de año calculada en la misma forma en que se haga para los funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas activos o activas, la cual será pagada en la oportunidad en que lo determine el Ejecutivo Nacional.”*

Como se desprende de la norma transcrita, la bonificación de fin de año corresponde a los funcionarios jubilados en igual medida que al personal activo que labora en la Administración Pública.

En efecto, si bien dicha bonificación no es tomada en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación, sí es pagada a los jubilados de la misma forma en que se cancela a los funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas activos o activas, en la oportunidad en que lo determine el Ejecutivo Nacional.

Así pues, se trata de un beneficio del cual ya gozan los funcionarios jubilados, razón por la cual no puede pretenderse su inclusión dentro del sueldo base para el cómputo de dicha pensión.

En sintonía con lo expuesto y a mayor abundamiento sobre lo señalado, cabe mencionar la sentencia N° 1463 del 29 de septiembre de 2006, en la cual la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal, se pronunció con relación al tema objeto de análisis. En dicho fallo se indicó lo siguiente:

*“Ahora bien, la Sala Constitucional en decisión N° 3.476, de fecha 11 de diciembre de 2003, dejó establecido que la pensión de jubilación, por definición, debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, invocándose la concepción de naturaleza alimentaria con que está investida la pensión de jubilación, advirtiéndose inclusive que constitucionalmente está garantizada su equiparación al salario mínimo, toda vez que la misma permite al trabajador pensionado, por lo menos, la satisfacción de sus necesidades fundamentales y las de su núcleo familiar, dentro del principio de justicia social que informan al derecho del trabajo y a la seguridad social.*

*Así las cosas, dicha pensión debe estar en sintonía con los principios esenciales que informan la noción de salario, y en tal sentido, su base de cálculo debe sustentarse al menos, con la remuneración que le permite al trabajador y a su familia una existencia humana y digna, es decir, aquella que recibe de manera regular y permanente por la prestación de sus servicios, por lo que, más allá de la intención de las partes (individual o colectiva), debe atenderse a esta particular naturaleza jurídica de la pensión de jubilación.*

*Así, considera la Sala que la inclusión en el caso in commento de la alícuota de utilidades y de bono vacacional ordenado por el ad quem, excede los límites volitivos establecidos por las partes al suscribir la convención colectiva, no obstante, la remuneración que debe fungir como base de cálculo de la pensión de jubilación debe adecuarse a la noción de salario normal, ello, en el marco de las consideraciones precedentemente esbozadas. (...)*

*Como corolario de los razonamientos anteriormente indicados, y a los efectos de resolver la situación sub análisis, se concluye que el salario base para el establecimiento de la pensión de jubilación no incluye la alícuota de utilidades ni la de bono vacacional.” (Resaltado de esta decisión).*

Conforme a las razones anteriormente expuestas, tomando en consideración la actividad hermenéutica realizada en torno a la duda planteada por los solicitantes, estima la Sala que la inclusión de la bonificación de fin de año y del bono vacacional para el cálculo de la pensión de jubilación no prospera al no estar establecidos tales conceptos en la noción de sueldo mensual, prevista en el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, utilizada como base de cálculo de la pensión de jubilación conforme al artículo 8 de la citada Ley. Así se establece.

En atención al análisis precedente, y a los efectos del recurso de interpretación bajo estudio, se concluye que el salario base para el establecimiento de la pensión de jubilación no incluye la alícuota de utilidades de fin de año, ni la de bono vacacional. Así se declara.

Así, en los términos expuestos, quedan interpretados por la Sala los artículos 7 y 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. Así se declara.

3. *Responsabilidad administrativa: Sanciones accesorias dictadas por la Contraloría General de la República*

**TSJ-SC (1265)**

**5-8-2008**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara del Socorro Lucena Guédez vs. Procurador General de la República (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

**La Sala Constitucional declara la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Para declarar esa constitucionalidad la Sala establece, entre otras cosas, que no es necesario el establecimiento de un procedimiento distinto para la aplicación de la sanción accesoria, pues tanto la sanción principal como la accesoria provienen del mismo ilícito; y que si bien el artículo 65 de la Constitución plantea la prohibición de optar a un cargo público como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto.**

En el presente caso, se cuestiona el ejercicio de las facultades sancionatorias otorgadas por ley al Contralor General de la República, fundamentalmente la relativa a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

En tal sentido, la Sala observa:

El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece lo siguiente:



“**Artículo 105.** La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos, del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes...”.

En primer término, la parte recurrente alega en su escrito de alegatos, así como en audiencia oral y pública, que la aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, produjo la violación de su derecho a la defensa, al debido proceso, al principio de tipicidad, así como al principio *non bis in idem*.

En este orden de ideas, la Sala aprecia que el ejercicio de esa potestad sancionatoria solo puede verse materializada previa instauración de un procedimiento administrativo, concretamente el previsto en el Capítulo IV del Título III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual, en atención a lo establecido en el artículo 93 *eiusdem*, puede culminar con la declaratoria de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 105 de esa Ley.

El procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, está conformado básicamente por tres etapas, a saber: la primera de ellas una fase investigativa, la cual, a tenor de lo establecido en el artículo 77 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es ejercida sólo cuando existen méritos suficientes para ello, pudiendo en esta fase el órgano de control fiscal, ordenar la comparecencia de cualquier persona para tomar su declaración, solicitar declaraciones juradas de patrimonio a los funcionarios, empleados y obreros del sector público, a los particulares que hubiesen desempeñado tales funciones, a los contribuyentes o responsables, según las previsiones del Código Orgánico Tributario y a quienes en cualquier forma contraten, negocien, o celebren operaciones relacionadas con el patrimonio público o reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales.

Las investigaciones a que se refiere esta etapa tienen carácter reservado y de las actuaciones que se efectúen se formará un expediente y se dejará constancia de sus resultados en un informe en el cual el órgano de control fiscal, mediante auto motivado, podrá ordenar el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio del procedimiento previsto para la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda. Ahora bien, si en el curso de la investigación el órgano de control fiscal imputase a alguna persona actos, hechos u omisiones que comprometan su responsabilidad, éste órgano estará obligado a informarle de manera específica y clara de tales circunstancias, permitiéndosele el acceso inmediato al expediente, admitiendo la promoción de todos los medios probatorios indispensable para su defensa.

Una vez culminada la fase investigativa y en el caso de que el informe presentado por el órgano de control fiscal sugiera que existen elementos de certeza o pruebas que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas, se procederá al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en el artículo 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La segunda etapa del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, se inicia formalmente con el auto de apertura, el cual contendrá la identificación del sujeto presuntamente responsable y los correspondientes elementos probatorios, de cuyo contenido se comprometa, presumiblemente, su responsabilidad. El auto de apertura deberá ser notificado al imputado, a fin de ponerlo a derecho a los efectos del procedimiento, disponiendo de quince (15) días siguientes a su notificación, para proceder a señalar las pruebas que producirá en el acto público que se fijará mediante auto expreso el día hábil siguiente al vencimiento del plazo antes mencionado, y mediante el cual se indicará que en el décimo quinto (15°) día hábil siguiente, tendrá lugar el acto oral y público que se realizará ante el titular del órgano de control interno o su delegatario.

Luego de haberse realizado el acto oral y público, la autoridad competente (el órgano de control interno o su delegatario), procederá a decidir el mismo día o en el día hábil siguiente en forma oral y pública, si formula reparo al imputado, declara su responsabilidad administrativa, le impone una multa, lo absuelve o pronuncia el sobreseimiento, según corresponda. Dicha decisión deberá ser consignada por escrito en el expediente dentro de los cinco (5) días siguientes después de pronunciada de forma oral.

En los casos en que se acuerde no formular el reparo o revocarlo por no existir daño al patrimonio del ente (sea en sede administrativa o jurisdiccional), el órgano contralor deberá pronunciarse sobre la existencia de alguno de los supuestos de responsabilidad administrativa establecidos en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuyo caso el órgano de control fiscal que ventiló el procedimiento deberá sin más trámites declarar la responsabilidad administrativa, lo que implicará la imposición de una multa, de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 94 *eiusdem*.

Resulta imperioso destacar que una vez acordada en esta segunda etapa del procedimiento disciplinario alguna de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, como sanciones principales obtenidas a través de la instauración de un procedimiento previo en el cual se ha garantizado el derecho a la defensa y al debido proceso del administrado-investigado, el Contralor General de la República se encuentra facultado, en atención a lo establecido en el artículo 105 *eiusdem* para acordar una sanción accesoria, que puede consistir en la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable e imponer, en atención a la irregularidad cometida, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años.

Conforme a lo anterior y luego de una interpretación concatenada del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal con las disposiciones de la misma Ley que instrumentan su aplicación, encuentra la Sala que el mismo no revela en modo alguno violación al derecho a la defensa y al debido proceso, visto que el procedimiento descrito con anterioridad ofrece todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses. Así se declara.

Con relación a la violación del principio de tipicidad de las sanciones administrativas, este órgano jurisdiccional observa, que los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX).

Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza “*administrativa*” (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina “*potestades discrecionales*”, por oposición a las “*potestades vinculadas o regladas*”. En efecto, la “*potestad discrecional*” no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.

Ahora bien, esta potestad discrecional, para ser legal y legítima es necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal (en este caso la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente. Al respecto, SANTAMARÍA expone que el poder discrecional no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa (atribuida expresamente por una norma legal).

En este orden de ideas, GARCÍA DE ENTERRÍA argumenta que “*...no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico. Es falso, pues, la tesis, bastante común por otra parte, de que hay potestad discrecional, allí donde no hay norma...*”.

El núcleo de esa potestad discrecional es la libertad de selección, de opción, de escogencia, entre varias alternativas, todas justas.

En tal sentido, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige que la medida o providencia a juicio de la autoridad competente debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo cual es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que es inaceptable es pretender la declaratoria de nulidad de una norma general por el solo hecho de contener una potestad discrecional.

El control jurisdiccional del acto discrecional podría implicar la nulidad del acto discrecional, si se advierte incompetencia del ente que lo dicte, incongruencia fáctica (falso supuesto de hecho), incongruencia teleológica (desviación de poder) o incongruencia formal (vicio de procedimiento).

En relación a la potestad discrecional administrativa, esta Sala, en el fallo N° 1260/2002, precisó que:

*“...la discrecionalidad de la Administración sólo es admitida en la esfera del ejercicio de la potestad sancionatoria para determinar la gravedad de los hechos a los fines de la sanción, y siempre sometido a las reglas de la racionalidad y proporcionalidad. No abarca la discrecionalidad, en consecuencia, la posibilidad de tipificar el hecho ilícito, ni de desprender de una circunstancia determinados efectos en relación con los sujetos sometidos a un ordenamiento en el cual no exista una relación fija de supremacía especial.*

*En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina norma en blanco, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia”.*

Asimismo, en sentencia N° 1394/2001 de esta misma Sala Constitucional, al aludirse a la discrecionalidad como elemento distintivo entre la actividad sancionatoria administrativa y la penal, en la que se reitera la debida sujeción al bloque de la legalidad, reproduce el fallo de la Sala Político Administrativa del 04 de agosto de 1994, que sostiene que:

*“...es reiterada la diferencia que ha precisado el contencioso administrativo respecto de la jurisdicción penal. En efecto, la administración, en relación a la actividad sancionatoria, tiene como nota característica la discrecionalidad, la cual no puede equipararse en modo*

*alguno a la que prescribe el derecho penal, pues en este ordenamiento, cuando han de aplicarse reglas para aumentar o rebajar la pena, se cuenta previamente con la clara identificación de las circunstancias que atenúan o agravan el delito cometido...*

*Ahora bien, esto no significa que la sanción a imponer quede al arbitrio de la administración y que en su actividad sancionatoria pueda el funcionario evadir la legalidad del acto en incurrir en abuso de poder, sino que debe someterse a los límites establecidos en el precepto a aplicar...”.*

En consecuencia de lo expuesto, al estar debidamente tipificados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tanto los hechos lícitos (artículos 91 y 92), como las sanciones administrativas (artículos 93, 94 y 105); la potestad discrecional del órgano contralor no es una “*norma en blanco*”, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica; y así se declara.

En la disposición cuya nulidad se pretende -se insiste- no se evidencia violación al derecho de defensa. En efecto, el Capítulo IV (arts. 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), establece un procedimiento administrativo que garantiza el derecho de defensa del imputado de responsabilidad administrativa, en armonía con el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No es necesario -como bien lo dispone el artículo 105 *eiusdem*- el establecimiento de un procedimiento distinto para la aplicación de la sanción accesoria, pues tanto la sanción principal como la accesoria provienen del mismo ilícito demostrado durante el procedimiento de declaración de responsabilidad y el ente sancionador es siempre la Contraloría General de la República.

La situación sería diferente si el ente sancionador invocara un ilícito distinto para sustentar o aplicar la sanción accesoria, ya que en ese caso resultaría indispensable para el órgano sancionador la instauración de un nuevo procedimiento en el cual le garantizase al funcionario investigado su derecho al debido proceso y a la defensa.

En razón de lo anterior, no puede verse afectado el principio *non bis in idem*, ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el principio *non bis in idem*, esta Sala Constitucional precisó en la sentencia N° 1394/2001, cómo debe ser entendida su violación cuando se está en presencia de sanciones administrativas y penales. En efecto según este fallo:

*“...se debe destacar que siendo el principio non bis in idem, un límite insuperable, no pudiendo en ningún momento la Administración imponer su potestad sancionatoria cuando el asunto debe ser conocido por un juez penal. Así en una sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 30 de enero de 1981 (Curso de Derecho Administrativo, I y II, p. 171. García De Enterría) donde dicho Tribunal deduce ... que el non bis in idem -principio general del derecho- se aplica cuando se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento entre una conducta sancionable por la vía penal y administrativa y que se ubica íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución.*

*Es así, como de manera concreta se puede precisar que la violación al principio non bis in idem, se configura cuando dos tipos distintos de autoridades -autoridades administrativas que sancionan infracciones tipificadas en la legislación administrativa, y jueces que ejecutan el ius puniendi de conformidad con los delitos y faltas tipificadas en el Código Penal- a través de procedimientos distintos, sancionan repetidamente una misma conducta. Lo que significa de violentarse dicho principio, que se estaría aplicando el poder de la misma ma-*

*nera y doblemente, una infracción tipificada en la legislación administrativa y un ilícito tipificado en el Código penal. Situación que debe ser censurada y evitada en lo posible ya que el poder punitivo del Estado es único en base a un único ordenamiento jurídico, presidido por los principios Constitucionales, pudiendo sin embargo, estar atribuida las conductas ilícitas al Derecho Administrativo o al Derecho Penal.*

*En todo caso, se hace necesario que en la aplicación de la potestad sancionatoria de la Administración se le deba exigir el cumplimiento del principio de legalidad penal, no sólo, en la tipificación de la infracción, sino en los topes de las sanciones, identificando además, la naturaleza de la pena y la sanción sobre la idea común de la privación de un bien jurídico, en especial de rango constitucional.*

*Ello ocurre, sin lugar a dudas en el contenido del Código de Policía del estado Bolívar.*

*En definitiva, como acertadamente expone el catedrático español Alejandro Nieto: ...si el verdadero problema es de policía legislativa, lo que el Estado tiene que preguntarse, cuando decide reprimir un hecho, es si conviene tipificarlo como delito como infracción administrativa, ya que tiene en su mano ambas posibilidades, dándose por supuesto que salvo excepciones, es mejor no utilizarlas simultáneamente...”.*

De las consideraciones expuestas, esta Sala concluye que no existe violación al principio ***non bis in idem*** en la aplicación de las sanciones accesorias, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; y así se declara.

En lo concerniente a la imposibilidad de aplicar las sanciones accesorias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; es preciso indicar que el artículo 289 de la Carta Magna establece que la Contraloría General de la República, puede aplicar sanciones administrativas de conformidad con la ley (lo cual se precisa en el artículo 105 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

Al respecto, esta Sala Constitucional en su sentencia 2444 del 20 de octubre de 2004 (caso *Tulio Rafael Gudiño Chiraspó*), consideró que no podía ser destituido del cargo un funcionario de elección popular, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sin embargo, la sentencia *supra* fue objeto de una aclaratoria, solicitada por los representantes de la Contraloría General de la República, en decisión N° 1056 del 31 de mayo de 2005, que ratifica el fallo aclaratorio N° 174 del 8 de marzo de 2005, en los siguientes términos:

*“...La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347, del 17 de diciembre de 2001, ratificó la universalidad del ejercicio de la función contralora, y precisó en el artículo 9 los órganos y personas sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, esto es, entre otros, a todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, lo que incluye a aquellos cuya investidura sea producto de la elección popular. Esta Sala Constitucional decidió en su sentencia N° 2444 del 20 de octubre de 2004, en relación con los funcionarios públicos de elección popular, que si bien la declaratoria de responsabilidad administrativa apareja ineludiblemente la aplicación de la sanción de multa junto con otras sanciones, entre ellas: la suspensión del cargo sin goce de sueldo, la destitución y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, le asistía la razón -al accionante cuando cuestiona el acto de destitución impuesto por el Contralor con ocasión a la naturaleza comicial de su investidura-.*

*Esta conclusión se deriva del hecho cierto de que los derechos al sufragio activo y pasivo constituyen el eje del sistema democrático estatuido en nuestra Carta Magna, y la posibilidad de que el mandato conferido se interrumpa de manera definitiva a través de una sanción*

de naturaleza administrativa, implicaría -un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático-. En efecto, en materia de ejercicio de derechos, en este caso políticos, muy vinculados al carácter participativo del gobierno del Estado venezolano, las excepciones y/o restricciones son de derecho constitucional estricto y nuestra Constitución sólo dispone de dos medios para terminar anticipadamente el mandato o representación (salvo, por supuesto, la muerte o la renuncia). Estos son: el enjuiciamiento por delitos comunes o políticos -artículo 266- y la revocatoria del mandato -artículo 72-, una de las innovaciones de la nueva Carta Magna que confiere, precisamente, el carácter participativo a nuestra democracia.

En consecuencia, dicho fallo concluyó que en vista de que el acto administrativo accionado en amparo, es decir la Resolución N° 01-00-019 del 23 de enero de 2004, dictado por el Contralor General de la República -no fue producto del establecimiento de una responsabilidad penal, el Contralor General de la República se hallaba impedido de declarar la destitución del mencionado ciudadano-, por lo que declaró con lugar la acción de amparo ejercida, pero sólo con respecto a la destitución del cargo.

Ahora bien, mediante sentencia N° 174 del 8 de marzo de 2005, la Sala declaró parcialmente con lugar la aclaratoria solicitada en relación al fallo N° 2444, precisando que la inhabilitación para ejercer cualquier función pública contenida en las Resoluciones dictadas por el Contralor General de la República comienzan (sic) a surtir efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el representante popular sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones“ lo que impedía “al representante popular afectado optar a la reelección en el venidero proceso comicial-.

Esta aclaratoria es absolutamente congruente con las argumentaciones explanadas y se compadece con la naturaleza de la inhabilitación cuando se trata de cargos de investidura popular. Efectivamente, la doctrina española ha sido pacífica y conteste en el sentido de considerar la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo como una “inhabilitación especial” que priva al penado, o sancionado agrega la Sala, del derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena o, en este caso, de la sanción administrativa (Vid. Blecua Graña, R., Rodríguez-Villasante Prieto, J.L., y Otros, Comentarios al Código Penal Militar, Madrid, 1986; Díaz Roca, R., Derecho Penal General, Madrid, 1996; Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., y Prats Canut, M., Curso de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1996; Muñoz Conde, F., y García Aran, M., Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1996, y Vives Antón, T.S., y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996).

Teniendo en cuenta ello, no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular, por lo que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos tiene que ser entendida como inhabilitación para ejercer en el futuro cualquier función pública, sea esta originada por concurso, designación o elección; no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un máximo de quince años y la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses...”. (Subrayado de este fallo)

Es de advertir, en cuanto al fondo, que como expresa G. CABANELLAS en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII (R-S) p. 294, “la sanción administrativa puede implicar la inhabilitación para ejercer una profesión o actividad”.

Asimismo, en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atentan contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución de República Bolivariana de Venezuela), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general (v *Diccionario Jurídico* Espasa LEX, pp. 776 y 902).

De igual manera, el mismo *Diccionario de la Lengua Española* (p. 1277), si bien alude en su primera acepción a la inhabilitación como la “*pena o castigo que priva de algunos derechos*”, lo cual podría requerir un fallo judicial; en su segunda acepción refiere a la “*incapacitación para ejercer diversos empleos*”, lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa.

En efecto, si bien el artículo 65 del Constitución de República Bolivariana de Venezuela señala que “...no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones...”, esta norma no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo *stricto sensu* o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.

Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma sólo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos.

En este contexto, cabe destacar que tal determinación es un asunto de política legislativa que corresponde en todo caso al legislador nacional, según la orientación que este órgano, dentro de su autonomía, decida asignarle al *ius puniendi* del Estado; por lo que negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autonómico de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.

Al respecto, esta Sala, en sentencia N° 1260 del 11 de junio de 2002 (caso *Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, parágrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*) estableció que:

*“...Hay quienes han pretendido establecer como diferencia el hecho de que entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo que genera las disposiciones en las cuales se sustentan, quiere decir, que será el legislador a través de la creación de las normas que se desarrollarán tanto por la Administración como por la jurisdicción penal quien clasificará la potestad como penal o administrativa.*

*En consecuencia, será Derecho administrativo sancionador o Derecho penal, aquello que el legislador establezca como tal, independientemente del contenido normativo de las sanciones o penas que se establezcan.*

*Considera esta Sala que poco provecho se obtendría al pretender generar la discusión con base al órgano que ejecuta el ius puniendi (judicial o administrativo), ya que las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho sancionador son sólo relevantes en cuanto se refieren a su ámbito de aplicación, siendo en consecuencia necesario entrar a analizar la finalidad de las mismas, pues las diferencias que pudiesen existir en ese orden, serán las que permitan establecer los parámetros de interpretación de tales ramas del derecho.*

*Este ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia patria, la cual asume la tesis de la dualidad del ejercicio del ius puniendi del Estado, fijando como característica diferenciadora el fin último perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno del 9 de agosto de 1990 (caso *Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo*)).*

*En consecuencia, el objeto de estudio y aplicación del derecho administrativo sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad administrativa.*

*Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de hacer cumplir sus fines, ya que de lo contrario, la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el ius puniendi del Estado frente a la inobservancia de los particulares en cumplir con las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad...”.*

La actividad del Parlamento anteriormente anotada, sólo podría hallar límites en la Constitución, la cual, al no prohibir esta especial manifestación sancionatoria por parte de la Contraloría General de la República, y al encontrar ésta sustento expresamente en la ley que la rige, se ajusta tanto al principio de supremacía constitucional como al principio de legalidad, como pilares fundamentales del Estado de Derecho. Así se declara.

En relación a la presunta contradicción entre el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el artículo 42 constitucional, es preciso destacar que este último está contenido en la Sección Segunda (De la Ciudadanía) del Capítulo II (De la nacionalidad y de la ciudadanía) del Título III (De los derechos humanos, garantías y de los deberes) de la Constitución.

Es decir, que esta disposición no está en el Capítulo IV, referente a los derechos políticos. Esta observación preliminar es muy importante para determinar el alcance de la norma, pues el análisis que de ella se haga debe ser sistemático y no aislado. La Sección Segunda está referida a la ciudadanía, es decir, a la condición -en principio- privativa de los venezolanos de ejercer derechos políticos como el sufragio activo y el pasivo.

Las disposiciones de la Sección Segunda precisan, entre otras cosas, la igualdad entre venezolanos por nacimiento y por naturalización a los efectos de la titularidad de los derechos políticos, salvo las excepciones contempladas en el artículo 41 -que determina los cargos que solo pueden ser ejercidos por los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad- la inhabilitación política y la interdicción civil (art. 39).

Ahora bien, de lo señalado se deduce que un venezolano puede perder total o parcialmente, temporal o permanentemente, o no ser titular de algún derecho político (como se evidencia de lo previsto en los artículos 39 y 41). Pero también los extranjeros pueden ser titulares de derechos de ciudadanía, como puede advertirse del artículo 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que extiende el derecho activo de sufragio para elecciones parroquiales, municipales y estatales a los extranjeros con más de diez (10) años de residencia en el país.

En consecuencia de lo expuesto, la previsión contenida en el artículo 42 debe necesariamente vincularse e interpretarse en función de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. Literalmente, quien renuncia a la nacionalidad (originaria o adquirida) o la pierde (por revocatoria de la naturalización), pierde la ciudadanía, sea esta plena -en el caso de los venezolanos por nacimiento, mayores de edad, no entredichos ni inhabilitados- o parcial en el caso de naturalizados o extranjeros.

Lógicamente, la pérdida de esta nacionalidad -adquirida, pues si no es por renuncia la originaria no se pierde- debe darse por decisión judicial, así como la pérdida de los derechos de ciudadanía -parcial- que el ex-nacional detentaba antes de la revocatoria de la carta de naturaleza.

Lo expuesto se confirma en la imposibilidad de privación de nacionalidad venezolana por nacimiento, expresamente contenida en los artículos 35 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 12 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y en lo dispuesto en el artículo 36 *eiusdem* que precisa que la revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización solo puede hacerse mediante sentencia judicial, todo de conformidad con al artículo 35 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.



En conclusión, el artículo 42 *in fine* se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía por parte de los venezolanos por nacimiento que renuncien a su nacionalidad, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada su carta de naturaleza por sentencia judicial firme, que lógicamente implica –en virtud de dicho fallo– la pérdida de los derechos políticos. Es decir, que cuando el artículo 42 de la Constitución pauta que “*el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos, solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, en los casos que determine la ley*”, esta refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida (revocatoria de la carta de naturaleza), con fundamento en los artículos 35 de la Constitución y 36 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y así se declara.

Por lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violentar lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Sala Constitucional observa:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22-11-69 y ratificada por nuestro país el 09-08-1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.

Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

Por otra parte, en relación a los derechos políticos, el artículo 23.2, admite la “reglamentación” de los mismos mediante ley, en atención a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Esta disposición no alude a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación. En todo caso, de una manera general, el artículo 30 *eiusdem* admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Aunada a esta prescripción, el artículo 32.2 pauta que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

En función de lo expuesto, esta Sala considera que es posible, de conformidad con la “*Convención Americana sobre los Derechos Humanos*”, restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.

Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

En tal sentido, en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más “favorable” que la normativa constitucional interna?

Es imprescindible para resolver esta antinomia, de existir, tomar en consideración lo que esta Sala Constitucional ha resuelto a través de su jurisprudencia. En concreto, en la sentencia 1309/2001, se estableció que “...la interpretación debe tener una doble justificación: la interna o coherencia con el sistema jurídico; y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica...”.

En consecuencia, la interpretación está condicionada material e ideológicamente. El derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución); y la interpretación debe comprometerse si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional, que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).

Agrega el fallo *in commento* que, “En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia) y **no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado**. Aunque la teoría moderna del Derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual, la formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ello, como expresa Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde un punto de vista sistemático, **la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista**. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (Subrayado de este fallo).

Una vez más se advierte del texto de la sentencia invocada la especificidad de la interpretación de las normas constitucionales: la necesidad de asegurar la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución.

Asimismo, la sentencia 1309/2001 observa que “...la interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que **la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución** (verfassung konforme Auslegung von Gesetze)...”.

Esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) (RIPERT. *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1953, pp. 307 y ss); y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo público y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por tanto, según la sentencia 1309/2001, “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (*verfassungswidrig*) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse *ohne naturecht* (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 *eiusdem*” (subrayado de este fallo).

En conclusión, el fallo 1309/2001 reivindica la supremacía constitucional, la soberanía y la autodeterminación nacional y la reivindicación de la tradición de cultura como fuente de interpretación y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la “*interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista*”.

Con fundamento en las consideraciones expuestas y en la jurisprudencia citada, esta Sala concluye que la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.2 de la “Convención Americana sobre derechos humanos”. Esta prescripción es en un todo compatible con lo dispuesto en los artículos 19 y 156, cardinal 32 de la Constitución Nacional. Lo previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.

En concreto, es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 *eiusdem*); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e “*imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley*” (art. 289.3 *eiusdem*). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide.

Por último, en lo concerniente a la presunta aplicación retroactiva del artículo 105 de 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, por parte del Contralor General de la República, al imponerle a la recurrente la sanción de destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, cuando dichas sanciones no se encontraban vigentes para el momento en que se suscitaron los hechos objetos de investigación, esta Sala observa:

El artículo 117 de la Ley *in commento* (disposiciones transitorias) establece que “...*los procedimientos administrativos para la determinación de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la formulación de reparos, que se encuentran en curso para el momento de entrada en vigencia de esta Ley se seguirán tramitando conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995)*...”.

En el caso de autos, la apertura de la averiguación administrativa se produjo de acuerdo a lo dicho por la parte actora “...*el último día hábil de trabajo en la Contraloría General de la República en el año 2001*...”, concretamente el 21-12-2001, según se desprende del folio 65 del expediente, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, ya que la hoy vigente data del 1 de enero de 2002 (vid. artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

En razón de lo anterior, no existe duda de que la ley vigente para el momento del inicio de la investigación, tal como se ha, señalado era la ley hoy derogada del 13 de diciembre de 1995. No obstante, a pesar de que el acto emanado del Contralor General de la República (Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005), por medio del cual se confirmó la destitución y la inhabilitación impuestas a la recurrente alude al artículo 105 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el mismo también se fundamenta en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de 1995, de análogo contenido, aplicable *ratione temporis*, por lo que mal podría arribarse a la conclusión de que en el presente caso hubo una aplicación retroactiva de la ley, máxime cuando la sanción de inhabilitación impuesta no rebasó el límite establecido en la ley (derogada), aplicable en el tiempo al caso de autos. En consecuencia, no existió aplicación retroactiva de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, razón por la cual resulta forzoso para este órgano jurisdiccional desechar por manifiestamente infundado tal argumento; y así se decide.

Por las razones antes expuestas esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al encontrar que los argumentos de la parte recurrente no desvirtuaron la presunción de constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, declara sin lugar la demanda de nulidad interpuesta por la ciudadana Ziomara Del Socorro Lucena Guédez, contra la norma antes referida. Así se declara.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en el siguiente razonamiento:

1. Como punto previo, se observa que el artículo 20, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia preceptúa:

Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva. El Magistrado o Magistrada ponente deberá presentar el proyecto de decisión a los demás Magistrados o Magistradas, quienes deberán formular sus observaciones o manifestar su conformidad con el mismo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En caso de que surjan observaciones al proyecto de decisión, el Magistrado o Magistrada ponente deberá realizar las modificaciones formuladas que considere pertinentes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Al tercer día hábil siguiente, se volverá a presentar el proyecto de decisión corregido o los fundamentos que sostienen su criterio para mantener el proyecto original, para ser sometido a votación; el Presidente o Presidenta de la Sala será el último en votar. En caso de empate, se suspenderá la deliberación y se convocará a una segunda reunión para el día hábil siguiente. Si el empate persiste, se suspenderá nuevamente la discusión y se convocará a otra reunión para el día hábil siguiente, a fin de adoptar la decisión definitiva. De continuar el empate, el voto del Presidente o Presidenta de la Sala respectiva será considerado doble. El Magistrado o Magistrada que se encuentre en desacuerdo o disienta de la decisión, anunciará su voto salvado, que deberá consignar escrito (sic) en el que fundamente las razones, fácticas y jurídicas de su negativa, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Este escrito deberá ser firmado por todos los Magistrados o Magistradas de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia. En caso de que el proyecto no cuente con la aprobación de la mayoría de los miembros de la Sala, la ponencia deberá reasignarse a otro Magistrado o Magistrada de la Sala correspondiente, conforme al trámite previsto en el presente artículo (Destacado añadido).

No obstante la claridad del texto de la norma, se observa que, en el caso de autos, fue descatada con la divulgación de la sentencia de la que se discrepa en el sitio web de este Tribunal antes de la consignación de este voto salvado, pese a que el lapso al efecto vence el próximo 12 de agosto (3 días de despacho desde el martes 5 próximo pasado) y pese al acuerdo, al que se había llegado al respecto, con los demás miembros de la Sala.

2. Este disidente no comparte las razones de fondo que se sostuvieron en el acto jurisdiccional que precede para la declaratoria sin lugar de la demanda de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, divergentemente, considera que esa norma legal es contraria a elementales principios de nuestro Texto Fundamental, por las siguientes razones:

2.1. La mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al derecho a la defensa y al debido proceso y consideró que el procedimiento administrativo que se sigue ante la Contraloría General de la República y que culmina con la declaración de responsabilidad administrativa “*ofrece todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses*” frente a la sanción que, posteriormente a esa declaratoria, podrá imponer el Contralor General de la República de acuerdo con el artículo 105 que se impugnó.

El voto salvante considera, por el contrario, que la norma sí viola el derecho fundamental a la defensa y al debido procedimiento previo, por las siguientes razones:

2.1.1 El derecho fundamental al debido proceso es, por mandato del artículo 49 de la Constitución, de obligatoria observancia en *todas las actuaciones judiciales y administrativas*. De esta manera, al procedimiento administrativo han de aplicarse todos los atributos que ese precepto fundamental recoge en sus cardinales 1 al 8, como son el derecho a la defensa y asistencia jurídica, derecho a ser notificado, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser oído, derecho al juez natural, derecho a no ser obligado a confesarse culpable, prohibición de sanción sin ley previa, derecho a la cosa juzgada y derecho a la responsabilidad patrimonial ante el error, retardo u omisión en la tramitación de un proceso o procedimiento administrativo. Así lo dispone el propio artículo 49 de la Constitución, cuando afirma que “*el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente...*”.

En consecuencia, mal puede dictarse un acto administrativo que afecte la esfera jurídica de un particular sin que, previamente, se haya sustanciado el correspondiente trámite, de cuyo inicio se haya notificado a todos los interesados, especialmente, a quien se vea directamente afectado, y en el cual se haya dado a éstos oportunidad de defensa, esto es, de alegación y prueba en su favor, bajo pena de vulneración a ese derecho fundamental al debido procedimiento y, además, el derecho a la presunción de inocencia.

En la hipótesis de autos, cabe recordar que la norma cuya nulidad se demandó preceptúa que el Contralor General de la República podrá imponer las sanciones accesorias de suspensión sin goce de sueldo o de destitución, así como la de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en atención a “*la entidad del ilícito cometido*” o a “*la gravedad de la irregularidad cometida*”, a quienes hayan sido declarados responsables administrativamente, mediante decisión firme en sede administrativa; sanciones que habrán de imponerse, según el texto expreso de la norma, “*sin que medie ningún otro procedimiento*”.

Ahora bien, el derecho al debido procedimiento o al procedimiento previo es, se insiste, garantía fundamental del derecho a la defensa y, como tal, no puede ser relajado ni sustituido por otros medios de defensa. De esta manera, el control *ex post* del acto sancionador a través de las vías administrativas y jurisdiccionales que dispone la Ley no sustituye, en modo alguno, el derecho al **previo** procedimiento y a ser oído que tiene el sancionado **antes** de que se emita el acto definitivo; unos y otros son atributos esenciales de un mismo derecho fundamental, todos los que, como tales, deben ser observados a cabalidad.

En sentencia de 21 de mayo de 1996, con ocasión del juzgamiento en relación con la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia fundamental de la apertura de un procedimiento contradictorio y de la oportunidad del posible afectado para el planteamiento de sus alegatos *antes* de que se decida cualquier procedimiento administrativo –incluso constitutivo, se añade– o proceso judicial, ello como garantía inherente al derecho a la defensa y al debido proceso:

..., el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, cuya supuesta nulidad se analiza, faculta al Juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo procedimiento y sin informar previamente al presunto agraviante, de la existencia de una demanda en su contra.

(...) a juicio de la Corte, ello constituye una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de la República, por cuanto éste indica que el mandamiento de amparo debe ser producto de un procedimiento, de circunstancias a las que no hace ninguna referencia en el texto del artículo 22 *eiusdem*, como condición previa y necesaria para dictar tal mandamiento.

Por otra parte, es evidente que estamos ante una grosera y flagrante indefensión, ya que el nombrado artículo 22, choca abierta y directamente con la última parte del artículo 68 de la Constitución, el cual establece que “la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso” (Subrayado añadido).

Tampoco comparte el salvante el criterio que sostuvo la mayoría sentenciadora, en el sentido de que el previo procedimiento sería aquel que se tramita antes de que se dicte el acto que declara la responsabilidad administrativa y que, en esa oportunidad, el particular puede defenderse tanto de la declaratoria de responsabilidad como de las sanciones que eventualmente impondrá el Contralor General de la República.

En efecto, se discrepa de tal opinión porque ese procedimiento administrativo tiene un objetivo específico: la determinación de la incursión o no de determinado sujeto en alguna de las infracciones que tipifican los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –propias de la responsabilidad

administrativa- lo que dará lugar, en caso asertivo, a la imposición de la sanción de multa, de conformidad con el artículo 94 *eiusdem*, y a la declaratoria de responsabilidad administrativa del sujeto. En este supuesto, la defensa del interesado se dirige a la alegación y prueba en contra de la verificación de la conducta infractora que se le imputa.

A diferencia de ello, la imposición de las sanciones “complementarias” que recoge el artículo 105 *eiusdem* por parte del Contralor General de la República –unas típicamente disciplinarias y otra típicamente penal-, si bien tiene como presupuesto la previa declaratoria de la responsabilidad administrativa, procede o no según la ponderación de otros aspectos: “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*”; en consecuencia, poco importa ya la defensa que se ejerció para la demostración de la inexistencia de infracción administrativa, la cual ha sido declarada mediante acto administrativo; lo que al sancionado interesa ahora es la alegación y la prueba, con relación a la eventual imposición de una sanción, de “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*” para evitar tal nueva y adicional imposición y mal podía haberse defendido de este asunto en el curso del procedimiento que ya se sustanció, sin que con ello hubiera incurrido, inevitablemente, en una gran contradicción: la alegación de que no le es imputable una conducta ilícita y, a la par –aunque fuese de manera subsidiaria- el argumento de que, en todo caso, dicha conducta no fue “muy grave” o que el ilícito de que se trate es uno de “menor entidad”.

En consecuencia, sí sería indispensable el reconocimiento del derecho a la defensa al particular antes de que el Contralor General de la República impusiese la nueva sanción y, por ende, sí sería necesario que hubiese un nuevo procedimiento que otorgase plenamente al sancionado esa oportunidad de alegación y prueba a su favor, y así debió declararlo esta Sala. Debe añadirse, por otra parte, que ese nuevo procedimiento, además, debería satisfacer el principio de inmediación al que tanta preeminencia le dio el constituyente y que es consustancial con el sistema acusatorio por el que optaron, primero el legislador –del Código Orgánico Procesal Penal- y luego, el mismo constituyente, en materia sancionatoria penal, la cual, se insiste, es manifestación del mismo *ius puniendi* que el Estado ejerce a través de la potestad sancionatoria administrativa. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado en la audiencia preliminar, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.2. En segundo lugar, la sentencia que antecede desestimó la violación al principio de tipicidad de las sanciones administrativas, bajo el argumento de que en la norma que se impugnó están suficientemente tipificados tanto las sanciones administrativas como los hechos ilícitos que dan lugar a esas sanciones y que “*la potestad discrecional del órgano contralor no es una ‘norma en blanco’, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica*”.

Contrariamente a lo que sostuvo la mayoría sentenciadora, quien suscribe como disidente considera que sí se agravió el principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas, por las siguientes razones:

El principio de tipicidad es, junto con el principio de reserva legal, manifestación directa del principio de legalidad que debe, como tal, informar *siempre* el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sea que éste se ejerza a través de sanciones penales, sea a través de sanciones administrativas. Ello se deriva, claramente, del artículo 49, cardinal 6, de la Constitución, el cual dispone:

*Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...)*

*6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, -faltas o infracciones en leyes preexistentes* (Destacado añadido).

De esta manera, el principio de tipicidad o mandato de tipificación puede definirse como la determinación, en una norma de rango legal, de las conductas que se tildan de infracciones y de las sanciones correlativas a esas conductas, de manera tal que esa determinación normativa permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción que se impondrá.

El mandato constitucional de tipificación legal se exige, así, tanto para las conductas que se consideren infracciones administrativas como para las sanciones que a estas conductas corresponden.

Ahora bien, el incumplimiento con el principio de tipificación legal encuentra distintos grados o variantes: así, puede tratarse de una ausencia absoluta de tipificación, cuando la Ley silencia cualquier forma de ella, caso en el que la deja –inconstitucionalmente- en manos del reglamento o, peor aún, de la Administración con competencia para la aplicación de la sanción en el caso concreto. En segundo lugar, puede tratarse de una insuficiencia de tipificación legal, esto es, insuficiencia de *lex certa*, lo que se verifica cuando no hay descripción legal suficiente de los elementos esenciales de la infracción o de la sanción, imprecisión que no permite la predicción, con suficiente certeza, de cuáles son las conductas que se consideran infracciones y a qué sanción atenerse cuando estas conductas se consuman. Como afirmó ALEJANDRO NIETO “*la suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta (...) la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra*” (Cfr. *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 293).

No es el primer caso que se describió, ciertamente, el supuesto que se ha delatado, pues el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tipifica las distintas sanciones que habrán de imponerse de manera complementaria, “*según la gravedad de los hechos*”, en relación con las conductas infractoras que, a su vez, están tipificadas en los artículos 91 y 92 de la misma Ley, a los que hace alusión el artículo 105 en cuestión. De modo que puede afirmarse que sí hay tipificación en la norma jurídica; pero lo que se ha denunciado es el segundo supuesto, esto es, la insuficiencia de esa tipificación, pues, se establecería, de manera genérica, una gradación sumamente amplia de las sanciones “*accesorias*” que se pueden imponer, incluso en forma acumulada y, lo que es más grave, sucesiva –sin límite en el tiempo-, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, las cuales determina discrecionalmente el Contralor General de la República.



Debía, pues, determinarse hasta qué punto esa tipificación no exhaustiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal lesiona o no el principio de *lex certa*, esto es, la certeza y seguridad jurídica de los eventuales sancionados, al punto de que constituya o no inobservancia del precepto constitucional que recoge el mandato de tipificación legal.

Al respecto, se razonó que “...los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX). / Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza ‘administrativa’ (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina ‘potestades discrecionales’, por oposición a las ‘potestades vinculadas o regladas’. En efecto, la ‘potestad discrecional’ no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.”

En efecto, según se indicó con anterioridad, la tipificación de las infracciones se preceptúa en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la tipificación de las sanciones “complementarias” (suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas) a la sanción principal, la multa, está recogida en el 105 *eiusdem*, pero en forma que, en criterio del salvante, no cumple con el principio de tipicidad suficiente respecto del vínculo o enlace entre tales infracciones y las sanciones accesorias, pues el único nexo entre ellas es la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y la gravedad que, en cada caso concreto, presente la infracción que se cometió, según lo determine, sin la sustanciación de un procedimiento para ello, el Contralor General de la República.

Así, esa correlación entre la conducta que esté tipificada como infracción y la sanción que se impondrá dependerá, siempre, como se dijo, de la valoración que, en el caso concreto, realice el órgano administrativo sancionador de conceptos jurídicos indeterminados, como son la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, cuya apreciación ha de realizarse, como sucede cuando se analiza cualquier concepto de esta naturaleza, de manera racional; pero, en este caso, los conceptos en cuestión son de tal amplitud que impiden, *per se*, el cumplimiento con el principio de tipificación y, en consecuencia, impiden el cabal ejercicio del derecho a la defensa y del derecho a la certeza jurídica de los eventuales sancionados.

En efecto, por conceptos jurídicos indeterminados se entiende aquellos relativos a una “esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, p. 457).

A diferencia de lo que sostuvo la mayoría sentenciadora en el fallo que antecede, en el sentido de que el artículo bajo análisis otorgó al Contralor General de la República una potestad discrecional, la doctrina administrativista venezolana y extranjera han entendido, tradicionalmente, que la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados *no implica ejercicio de discrecionalidad administrativa*, pues no se trata de la existencia de varias alternativas todas ellas igualmente válidas, que puede escoger la Administración al momento de su actuación, sino de la apreciación de ciertos conceptos jurídicos que, si bien no pueden ser determinados por la norma jurídica *in abstracto* en tiempo y espacio, *sí pueden precisarse en cada caso concreto al momento de su aplicación*, concreción que corresponde al órgano aplicador, en este caso la Administración. La consecuencia fundamental de ello es que la errónea, irra-

cional, desproporcionada o irrazonable aplicación de tales conceptos en el marco de un caso concreto, es susceptible de revisión y control jurisdiccional pleno, al igual, por cierto, que en el caso del ejercicio de la potestad discrecional, que es controlable, no solamente respecto de los aspectos formales del acto en que se vierta y en los elementos reglados que lo integran sino, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la racionalidad y proporcionalidad de la decisión en sí.

En todo caso, aun desde esa limitada perspectiva, los actos administrativos que puede dictar el Contralor General de la República con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *sin necesidad de procedimiento previo*, violan uno de esos aspectos formales por *ausencia absoluta y total de procedimiento* en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, si la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es, como principio general, plausible en el ámbito de ejercicio de la mayoría de las formas de la actividad administrativa, es evidente que durante el ejercicio de su potestad sancionadora resulta sumamente cuestionable y, en consecuencia, debe evitarse la sustentación de sanciones administrativas en la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues ello implicaría, se insiste, a lo menos, una importante merma, si no violación al principio de certeza y seguridad jurídica, al derecho a la defensa y al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, derechos que recogió el artículo 49, en sus cardinales 1 y 6, respectivamente, de la Constitución de 1999.

En consecuencia, considera el salvante que la redacción del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal injuria el principio de tipicidad de las sanciones, pues carece de una gradación certera y concreta de correlación entre cada una de las posibles sanciones que pueden ser impuestas y las conductas ilícitas que tipifican los artículos 91 y 92 de la misma Ley, lo que implica que no está tipificado el vínculo o enlace entre la conducta infractora y la sanción graduada determinada que se imponga en cada caso. La certeza y seguridad jurídica ínsitas en la imposición de cualquier sanción, incluso aquellas de naturaleza administrativa, coliden frontalmente con la ilimitada apreciación que la norma otorgó al órgano sancionador para la determinación, en cada caso concreto, de la sanción que impondrá según la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, lo cual impide el cabal ejercicio del derecho a la defensa (artículo 49, cardinal 1, constitucional) y viola el derecho a la tipificación que otorgó el artículo 49, cardinal 6, *eiusdem* a los eventuales sancionados.

Muy lejos de la realización del análisis pertinente, la sentencia de la que se aparta el salvante se pierde en disquisiciones acerca de puntos que no fueron planteados, como una supuesta pretensión de nulidad “*por el solo hecho de contener una potestad discrecional*” que no fue planteado por los co-demandantes, como forma de elusión de resolución de los sólidos argumentos de la parte actora, no en cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la potestad discrecional sino a la violación del principio de tipicidad.

2.3 En tercer lugar, por lo que respecta a la denuncia de violación al principio *non bis in idem*, quien difiere no puede dejar de destacar que la sentencia que antecede se dedicó al análisis del supuesto de existencia o no de vulneración a este principio cardinal del derecho sancionador cuando se está en presencia de sanciones administrativas y penales pese a que, en el caso de autos, lo que se planteó fue la ilícita acumulación de varias sanciones administrativas por un mismo hecho, circunstancia que ni siquiera fue mencionada, en un nuevo ejercicio interpretativo que no se corresponde con lo que fue controvertido, de una manera que lo que busca es que se pierda de vista el verdadero objeto del proceso.

En todo caso, en criterio de quien se aparta del acto decisorio en cuestión, para que se pudiese concordar con los asertos que anteceden, el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tendría que

ofrecer dos garantías que no ofrece; en primer lugar, como en materia penal, ambos tipos de sanciones habrían de ser impuestas como consecuencia del mismo procedimiento y por la misma autoridad para que pudieran ser objeto, en conjunto, del mismo control administrativo y judicial y, en segundo lugar, debería establecer con claridad la posibilidad de imposición, o no, de más de una sanción accesoria, a través de más de un acto administrativo “complementario”.

En efecto, como se razonó *supra*, pese a que la mayoría determinó que ambos tipos de sanciones –principales y “acesorias”- son producto de un mismo procedimiento administrativo, ello no es cierto. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “acesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “acesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.4. En cuarto lugar, la mayoría sentenciadora desestimó la delación del agravio a los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Contención Americana sobre Derechos Humanos. Quien discrepa es de la opinión de que la norma que se impugnó sí contradice dichos preceptos constitucionales y considera que debió dárseles la siguiente interpretación:

2.4.1 Ya en anteriores oportunidades se ha pronunciado la Sala acerca del alcance subjetivo de la potestad sancionadora que al Contralor General de la República otorgó el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en relación con los funcionarios de elección popular. Así, ya la Sala ha expresado que esa Ley ratificó el principio de universalidad del ejercicio de la función contralora que recogen los artículos 287 y 289 de la Constitución de 1999 y que precisó, en su artículo 9, los órganos y personas sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, entre otros, todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, **“lo que incluye a aquellos cuya investidura sea producto de la elección popular”** (Sentencia N° 1056 de 31 de mayo de 2005). De esta manera, se parte de la premisa de que todos los funcionarios públicos, incluso aquellos que han sido electos popularmente, están incluidos en el ámbito de aplicación de esa Ley.

Ahora bien, esa inclusión, en modo alguno, puede significar una merma de los derechos fundamentales y de las prerrogativas que esa investidura popular confiere a ciertos funcionarios. Por esa razón, mediante fallo N° 2.444 de 20 de octubre de 2004, la Sala señaló:

*...ya ha tenido esta Sala oportunidad de pronunciarse acerca de cómo opera el control (en el caso a que se refiere la Sala el político) sobre los cargos de elección popular, con ocasión de la institución constitucional del referendo revocatorio, señalándose que existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución, que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la*

iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde (Vid. Sent. N° 812/2003 de 15 de abril).

*En esa oportunidad, para garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala desaplicó el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio, por ser opuesto a lo preceptuado en el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución. En este caso el conflicto es de igual naturaleza (Destacado añadido).*

Con fundamento en ese razonamiento, la Sala concluyó en esa oportunidad, que:

***La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esa circunstancia, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.***

***Ciertamente, lo expuesto no desdice de las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, sólo que dichas potestades deben guardar una proporcionalidad no sólo con los hechos, sino además con la naturaleza popular de la investidura del cargo, pues, de lo contrario, existiría un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático. No se trata de irresponsabilidad, no. A lo que hace referencia la Sala es a la necesidad de que las consecuencias jurídicas que deriven de esa responsabilidad no rompan con el carácter representativo del gobierno (Destacado añadido).***

Posteriormente, mediante decisión N° 174 de 8 de marzo de 2005, con ocasión de una aclaratoria que se solicitó respecto de la sentencia que anteriormente se citó, la Sala precisó que los límites de la potestad sancionadora que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se refieren a la suspensión y destitución de los funcionarios electos popularmente.

Asimismo, y aun cuando no fue objeto de un análisis de fondo la constitucionalidad de la sanción de inhabilitación que recoge esa norma legal, la Sala afirmó la “plena vigencia” de la sanción de inhabilitación y señaló que la eficacia de esa sanción quedaría en suspenso hasta cuando venciese el período para el cual hubiera sido electo el sancionado, o desde cuando cesare en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones:

*...en el fallo cuya aclaratoria se solicita se hizo señalamiento expreso de cuál era el alcance del amparo concedido, esto es: sólo con respecto a la destitución o suspensión del cargo, según sea el caso, lo cual no deja margen de dudas que la inhabilitación para ejercer alguna función pública contenida en el acto administrativo accionado en amparo se encuentra plenamente vigente, pero con algunas precisiones adicionales acerca de la oportunidad en que comienza a surtir sus efectos legales. /(...)*

*...el mandato constitucional contenido en la sentencia N° 2444/2004 y en esta aclaratoria implica que la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones, lo cual, como es lógico, descarta cualquier posibilidad que éste opte a la reelección como consecuencia inmediata de esa inhabilitación (Destacado añadido).*

Por último, en fallo N° 1056 de 31 de mayo de 2005 –con voto salvado de quien hoy también disiente-, nuevamente a través de aclaratoria, la Sala precisó que la única sanción

proscrita respecto de los funcionarios de elección popular es la destitución del cargo, ratificó que la inhabilitación tiene vigencia pero con eficacia a futuro –luego del vencimiento del período para el cual se haya elegido al funcionario-, y que la suspensión temporal procederá siempre que el funcionario no goce del beneficio de antejuicio de mérito:

*...no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular, por lo que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos tiene que ser entendida como inhabilitación para ejercer en el futuro cualquier función pública, sea esta originada por concurso, designación o elección; no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un máximo de quince años y la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses.*

*(...) respecto a la eventual suspensión de funcionarios de elección popular, con fundamento en la declaratoria de responsabilidad administrativa y en atención a la gravedad del ilícito cometido (artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), esta Sala debe hacer una distinción con fundamento en lo dispuesto en el artículo 266, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. (...)*

*Como quiera, en consecuencia, que la sanción de suspensión del ejercicio del cargo implica, a su vez, la imposibilidad de ejercer los derechos políticos que le corresponden a su investidura, lo cual sólo es posible, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 380 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando sean “cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento”; esta Sala considera que aquellos funcionarios de elección popular que se encuentren amparados por la institución del antejuicio de mérito; a saber: el Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los integrantes de la Asamblea Nacional, no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus cargos, hasta tanto este Tribunal Supremo de Justicia, en sala Plena, declare que hay mérito para su enjuiciamiento. Los demás funcionarios de elección popular a nivel estatal o municipal, por no gozar de esta prerrogativa, podrán ser suspendidos con base en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.*

En definitiva, las consideraciones que se mantuvieron en los veredictos anteriores se recogieron en el fallo N° 1581 de 12 de julio de 2005 –también con voto salvado de quien hoy disiente-, de la siguiente manera:

*Para determinar el alcance del ejercicio de la potestad sancionadora que tanto la Constitución como la ley atribuyen a la Contraloría General de la República, en aquellos casos en los cuales el sujeto pasivo de dicha potestad es un funcionario que ejerce un cargo de elección popular, es menester considerar lo siguiente:*

*Siendo la República Bolivariana de Venezuela un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que se constituye en una democracia participativa, electiva, descentralizada, alternativa, responsable, pluralista y de mandatos revocables, según informa el artículo 6 del Texto Constitucional, resulta consustancial a ello que el Poder Público sea ejercido por ciudadanos que hayan recibido, por voluntad del pueblo, el encargo de hacerlo; a esta delegación del poder que reside intransferiblemente en el pueblo, se le denomina mandato representativo.*

*Así pues, los sujetos que ejercen la representación política de los ciudadanos en los diversos órganos legislativos en los ámbitos nacional, estatal y local (diputados, legisladores y concejales), constituyen instrumentos de los ciudadanos para ejercer su derecho de participación en los asuntos públicos por medio de sus representantes elegidos, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Concebida así, la representación política es, ante todo, una creación normativa, una situación jurídica o cua-*

*lidad que existe siempre que el Texto Fundamental la atribuya y con las responsabilidades y limitaciones que la ley impone. En consecuencia, es el ejercicio de esta representación popular la que le permite a los sujetos que la ostentan ejercer potestades públicas en nombre de un colectivo (soberanía popular) vinculado políticamente a una entidad territorial en particular (República, Estado o Municipio).*

*Por lo antes dicho, para establecer los límites del ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, con respecto a dichos sujetos, en virtud de que la pérdida de su investidura y la suspensión en el ejercicio del cargo sólo puede producirse por las causas establecidas en la Constitución y en la ley, resulta ineludible el análisis del régimen constitucional y legal aplicable a esta categoría de funcionarios públicos.*

*En tal sentido, tenemos que, de acuerdo con el artículo 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el régimen de los integrantes de los consejos legislativos de los Estados se regirán por la normas que la Constitución establece para los diputados de la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables, y dispone que la ley nacional regulará el régimen y el funcionamiento de los aludidos órganos legislativos.*

*Por su parte, la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados no contempla dentro de su articulado normas que expresamente regulen dicha situación. Sin embargo, del análisis sistemático de la dogmática constitucional referida a los legisladores de los consejos legislativos de los Estados, puede inferirse que el cese en el ejercicio de los mencionados cargos de elección popular puede darse por las siguientes circunstancias: 1) la finalización del mandato por el transcurso del tiempo, por haber finalizado el período de cuatro años previsto en el artículo 162 de la Constitución; 2) por muerte del titular del cargo; 3) por renuncia voluntaria (numeral 20 del artículo 187 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 162 eiusdem; 4) por renuncia presunta cuando el parlamentario acepta un cargo público de los no exceptuados por el artículo 7 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, siempre que no suponga dedicación exclusiva; 5) por inhabilitación judicial sobrevenida, ya sea por pérdida de la ciudadanía, por inhabilitación política por haber sido condenados por delitos durante el ejercicio de sus funciones u otros que afecten el patrimonio público, supuesto de inelegibilidad prevista en el artículo 65 de la Constitución; y, 6) por la revocatoria de su mandato en virtud del referendo previsto en el artículo 72 eiusdem.*

*Además de las causas que conllevan a la pérdida de la investidura como legislador, antes señaladas, del examen de las competencias que el artículo 187 del Texto Fundamental confiere a la Asamblea Nacional tenemos que entre éstas, el numeral 20 de la norma aludida, prevé la posibilidad de separación temporal de un diputado del ejercicio del cargo, es decir, que la Constitución admite la suspensión momentánea del ejercicio de los cargos de representación popular. Aunque el artículo 15 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados no contemple expresamente dicha atribución dentro de las competencias de los órganos legislativos de los Estados, sin duda, tal posibilidad resultaría conforme a la Constitución en virtud de la aplicación supletoria del régimen establecido para los diputados de la Asamblea Nacional, previsto por el artículo 162 del Texto Fundamental.*

*Ahora bien, es importante hacer la distinción entre los efectos que tiene la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular que no tiene suplentes elegidos en los mismos comicios (como serían el Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los alcaldes), de aquellos que si lo tienen, ya que las consecuencias jurídicas que derivan de dicha situación son diferentes.*

*En efecto, el numeral 5 del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prevé para la elección de diputados nominales al Congreso de la República (hoy Asamblea Nacional) y a las Asambleas Legislativas (hoy Consejos Legislativos de los Estados) que “Cada organización política postulará tantos candidatos como cargos a elegir nominalmente en la circunscripción respectiva y dos (2) suplentes por cada uno (1) de ellos”. Por su parte, el artículo 15 eiusdem dispone para los candidatos a dichos cuerpos legislativos postulados por lista que “...una vez adjudicados los candidatos principales, se asignarán los suplentes en un número igual al doble de los principales, en el orden de lista”.*

*De este modo, el legislador dispuso la elección, en el mismo acto comicial, del doble de suplentes por cada parlamentario principal, tanto para los elegidos por votación nominal como para los elegidos mediante listas. De manera que, las contingencias que pudieran afectar el desempeño individual en el cargo de la persona favorecida por la voluntad del soberano, no afecte, por una parte, el normal desarrollo de las funciones del órgano legislativo y, por la otra, la representación política de los ciudadanos.*

*Así pues, la suspensión temporal en el ejercicio del cargo de diputado, legislador o concejal, en ningún caso puede asimilarse a los efectos producidos por la pérdida de la investidura o asemejarse a las consecuencias que produciría la suspensión del ejercicio del cargo del Presidente de la República, los gobernadores de Estado o los alcaldes, por cuanto, cada uno de los diputados a la Asamblea Nacional y legisladores integrantes de los Consejos Legislativos cuentan con sus respectivos suplentes, los cuales, han sido igualmente elegidos por votación popular y, en consecuencia, también ostentan el mandato representativo de los ciudadanos. Por consiguiente, la suspensión pro tempore del ejercicio del cargo, de ninguna manera, menoscaba el derecho a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos por medio de sus representantes elegidos, previsto en el artículo 62 de la Norma Fundamental, ni implica riesgo alguno de pérdida del equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático.*

*Así pues, de acuerdo con el sistema electoral previsto para elegir a los integrantes de los órganos legislativos de los distintos niveles del Poder Público (nacional, estatal y municipal), en virtud de que tanto los principales como los suplentes incorporan una representatividad popular directa, dicha circunstancia supone que la sustitución de los principales por sus respectivos suplentes, no altera el nexo elección-representación que sustenta el carácter representativo de dichos cargos, ni afecta la relación derivada de la elección popular y, por consiguiente, tal sucesión tampoco menoscaba el derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de sus representantes elegidos.*

En consecuencia, el criterio que ha sostenido esta Sala en relación con el alcance de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, en lo que respecta a los funcionarios de elección popular, es que tales funcionarios se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la potestad fiscalizadora de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. No obstante, en tales precedentes, la Sala no sentó criterio sobre el argumento que se trajo en esta oportunidad con relación a la violación de los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, se observa que el artículo 42 de la Constitución dispone:

Quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía. El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley (Subrayado añadido).

Quien suscribe este voto no puede menos que disentir enfáticamente de la interpretación que dio la mayoría sentenciadora a ese artículo constitucional, cuando afirmó que “... el artículo 42 in fine se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía por parte de los venezolanos por nacimiento que renuncien a su nacionalidad, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada su carta de naturaleza por sentencia judicial firme, que lógicamente implica –en virtud de ese fallo– la pérdida de los derechos políticos. Es decir que cuando el artículo 42 de la Constitución pauta que ‘el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos, solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, en los casos que determine la ley’, está refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida (revocatoria de la carta de naturaleza), con fundamento en los artículos 35 de la Constitución y 36 de la Ley de nacionalidad y Ciudadanía”.

Resulta sorprendente la inversión de las reglas universales de la interpretación; de las propias de la lógica formal y de las especiales atinentes a las normas constitucionales y a los derechos fundamentales.

En efecto, la mayoría, en forma difícil de entender, hizo una lectura “al revés” del articulado del Capítulo II del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículos 39 al 42), mediante la cual fue de lo particular a lo general para la restricción al máximo del ámbito de aplicación de la norma cuya violación se delató, en vez de ir de lo general a lo particular para desentrañar su sentido a través del contexto, pese a que estaba obligada a encontrar la interpretación más progresista y favorable al ejercicio de los derechos fundamentales que se encuentran en juego (derechos políticos) y, en forma inversamente proporcional, la interpretación más restrictiva del límite al ejercicio de tales derechos que recoge el artículo 42 constitucional cuando señala que el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En cambio, no ofrece dificultad alguna la comprensión de que la nacionalidad venezolana otorga a quienes la detentan la ciudadanía, la cual, a su vez, los hace titulares “*de derechos y deberes políticos*”, “*de acuerdo con e(sa) Constitución*” (artículo 39) -y no de conformidad con la ley (reserva constitucional)-, Constitución que, en el mismo artículo, sólo acepta como límites al ejercicio de la ciudadanía la inhabilitación política y la interdicción civil ¿Cuáles son esos derechos políticos? Los que se describen en el Capítulo IV “De los derechos políticos y el referendo popular”, Sección primera: de los derechos políticos y cualesquiera otros que se consideren inherentes a la persona humana.

Los artículos 40 y 41 precisan a quién y cómo pertenecen los derechos políticos (“a los venezolanos y venezolanas, salvo las excepciones establecidas en e(sa) Constitución”) y las diferencias a su respecto entre los venezolanos y venezolanas por nacimiento y por naturalización.

Por último, el constituyente cerró la sección que dedicó a la ciudadanía con el artículo 42 según el cual, como fue expuesto, quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía y el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, es decir, que la única manera de perder el derecho al ejercicio de los derechos políticos –atributos de la ciudadanía y, ésta, de la nacionalidad-, que es en lo que consiste una inhabilitación política (artículo 39), es que recaiga una sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En efecto, se insiste, para el salvante, la claridad de la norma constitucional no deja lugar a interpretaciones ambiguas: el ejercicio de los derechos políticos, esto es, de aquellos que recoge el Capítulo IV, Título III de la Constitución, como son el derecho a la participación política (artículo 62), el derecho al sufragio activo (artículos 63 y 64), el derecho al sufragio pasivo o derecho al ejercicio de cargos de elección popular (artículo 65) y todos los demás derechos que recoge ese Capítulo y que, aun cuando no estén expresamente contenidos en él, se consideren inherentes a la persona humana y sean de naturaleza política, *sólo pueden ser suspendidos por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley*, sentencia cuyo dispositivo contendrá, necesariamente, la inhabilitación política.

Esa norma se complementa, además, con los artículos 65 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero establece:

No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

Ahora bien, sostuvo la mayoría que esa norma no impide que existan otras causales de restricción, por ley, del ejercicio del derecho al ejercicio de cargos de elección popular. Por el contrario, el salvante considera que ese artículo 65 debe analizarse a la luz de la Exposición



de Motivos de la Constitución de 1999, la cual fue especialmente clara cuando dispuso, respecto de los derechos políticos, lo siguiente:

El derecho a desempeñar funciones públicas y ejercer cargos de elección popular se les otorga de manera igualitaria a los electores venezolanos y venezolanas, que sepan leer y escribir, **con las solas restricciones derivadas del propio texto constitucional, o de las condiciones de aptitud exigidas por las leyes, para determinados cargos.**

Como una respuesta a las demandas de los venezolanos ante las graves desviaciones del sistema político y a la corrupción desmedida, se incluye la prohibición de optar a cargos de elección popular a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos durante el tiempo en que ejercieron las funciones públicas, así como otros delitos que afecten el patrimonio público (Subrayado añadido).

En consecuencia, se concluye que las limitaciones al derecho fundamental al desempeño de funciones públicas y al ejercicio de cargos de elección popular constituyen, a no dudarlo, una típica materia de reserva constitucional que incluye una explícita proscripción al legislador de que se establezcan restricciones distintas de las que preceptuó la Constitución; por tanto, el legislador no podría disponer de mecanismos alternos al de sentencia judicial firme que implicasen la suspensión de derechos fundamentales de contenido político. La única excepción, que a este principio general admite el constituyente, es la posibilidad de que el legislador determine ciertas condiciones de *aptitud* (edad, conocimientos especializados, antigüedad, p.e.) para optar al ejercicio de determinados cargos públicos.

El incumplimiento con esa proscripción es, precisamente, la inconstitucionalidad que se verifica en el caso de autos, porque el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone, como mecanismo de limitación y hasta eliminación del ejercicio de derechos políticos –concretamente el derecho al ejercicio de cargos de elección popular–, la imposición de las sanciones administrativas de destitución, suspensión y de inhabilitación política a través de un acto administrativo del Contralor General de la República. En consecuencia, la limitación que impone el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal al derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular y al desempeño de funciones públicas, es una limitación que no sólo viola la prohibición expresa que preceptúa el artículo 42 de la Constitución –en el sentido de que no podrá suspenderse el ejercicio de los derechos políticos por causa distinta de sentencia judicial firme– sino que, además, colide con el artículo 65 *eiusdem*, pues, como refleja la Exposición de Motivos de la Constitución, la restricción a ese derecho fundamental es de la estricta reserva constitucional.

En vez del reconocimiento de tal inconstitucionalidad, se declaró que no sólo el Contralor General de la República podría establecer una inhabilitación, sino también, en general, “*un órgano administrativo stricto sensu*” o “*un órgano con autonomía funcional*”, porque la norma “*no excluye la posibilidad*”, pese a que, en otra parte del fallo (pp. 39 y 40), había hecho suya la sencilla explicación del tratadista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto al principio de legalidad: “*no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico.*”

Así, esta Sala fue más allá en el desconocimiento de las normas fundamentales y de la interpretación que les es propia e invirtió el dogma fundamental del Derecho: a los particulares se les permite todo lo que no les esté prohibido pero el Estado, el Poder, sometido como está al Principio de Legalidad, *sólo puede hacer lo que le está expresamente permitido, no puede ejercer potestades que no le hayan sido conferidas*. Si se sacan la supremacía constitucional y el principio de legalidad del juego democrático, se decreta a muerte el Estado de Derecho; si el poder no tiene límites, el Derecho Público carece de objeto y el Derecho Constitucional sólo tendrá sentido en el marco del estudio del Derecho Comparado.

Por el contrario, es necesaria la acotación de que esa exigencia constitucional, de que la suspensión del ejercicio de los derechos políticos sólo procede mediante sentencia judicial firme, debe entenderse necesariamente como sentencia condenatoria que recaiga en proceso penal, según lo preceptúa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999, según esta Sala ya ha reconocido, entre otras, en sentencia N° 340 de 9 de marzo de 2004.

Esa misma Convención expresa, además, cuáles son esas condiciones de *aptitud* que puede regular el legislador en relación con el derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular. Así, se lee del artículo 23 de esa Convención lo siguiente:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
  - a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
  - b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
  - c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal (Subrayado añadido).

La regulación que sobre las limitaciones a los derechos políticos asumió el Constituyente de 1999 coincide, además, con la que en esta materia se asume en el Derecho comparado. Así, cuando analizan, en su tratado, la potestad sancionatoria administrativa como expresión del *ius puniendi* del Estado, los autores españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ señalan:

..., no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. (...) Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad (...) y las privativas de otros derechos civiles y políticos" (Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Séptima edición, Madrid, 2000, Tomo II, pp. 164 y 165).

Se trata, además, de la interpretación que en nuestro ordenamiento jurídico se ha mantenido incluso antes de la vigencia del Texto Fundamental de 1999. Mediante fallo de 11 de agosto de 1998, la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia declaró la inadmisión de la solicitud que se le planteó en el sentido de que "*declare 'la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se aceptó la postulación del ciudadano HUGO CHAVEZ FRÍAS como candidato para el cargo de Presidente de la República de Venezuela'*", para lo cual el Pleno sostuvo que "*...visto que de acuerdo con el artículo 1° de la Enmienda n.° 1 de la Constitución de la República, en que se fundamenta la solicitud, no se llenan en este caso las exigencias contempladas en dicho Texto, por cuanto es público y notorio que el ciudadano Hugo Chávez Frías no ha sido condenado por sentencia definitivamente firme por ningún Tribunal de la República...*" (subrayado añadido).

Lo anterior abunda, entonces, en la inconstitucionalidad parcial del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en lo que se refiere a las sanciones de suspensión y destitución respecto de funcionarios electos mediante el ejercicio del sufragio y, asimismo, en lo que se refiere a la sanción de

inhabilitación política *de cualquier funcionario*, pues si se tratase de un funcionario electo popularmente, la sanción injuriaría el artículo 42 constitucional respecto de su derecho fundamental al ejercicio del cargo para el cual hubiese sido elegido así como el derecho al sufragio de quienes lo eligieron, y si se tratase de la inhabilitación política de funcionarios no elegidos de manera popular, la sanción de inhabilitación política implicaría un agravio a su derecho a la participación política que recogió el artículo 62 de la Constitución y el derecho al eventual desempeño de cargos de elección popular que reconoce el artículo 65 del Texto Fundamental. A la luz de la letra del artículo 42 constitucional, debe señalarse que la norma prohíbe la suspensión del goce y no sólo del ejercicio de los derechos de contenido político; en consecuencia, aunque el sancionado no fuese, al momento de la sanción, candidato a cargos de elección popular, su inhabilitación política resultaría inconstitucional.

En sintonía con las disposiciones constitucionales que se analizaron, el artículo 285.5 de la Carta Magna establece, entre las atribuciones del Ministerio Público: “*Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.*”

El término jurídico “acción” tiene, sin lugar a dudas, una connotación judicial, en virtud de que es el derecho de acceso a los tribunales para que sea declarado el derecho (*iurisdictio*); es, en las muy sencillas palabras de la Real Academia de la Lengua Española: “*v. Derecho que se tiene a pedir una cosa en juicio.*” (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, 1992). Así, esta atribución del Ministerio Público, en el marco del sistema, de normas que se comenta, refuerza la conclusión que se explicó respecto a la expresa voluntad del constituyente con relación a las limitaciones a los derechos políticos de los ciudadanos en general y de los funcionarios públicos en particular.

En consecuencia, quien disiente considera que es inconstitucional, tal como se dispuso en los precedentes que antes se citaron, la sanción de destitución de funcionarios electos popularmente que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, asimismo, se agrega en esta oportunidad, *son inconstitucionales las sanciones administrativas de suspensión respecto de los funcionarios de elección popular y la sanción administrativa de inhabilitación política respecto de cualquier funcionario público*, ambas recogidas también en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues se trata de limitaciones al ejercicio de derechos políticos mediante la imposición de sanciones administrativas, lo que contradice abiertamente la letra de los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

3. Por último, el salvante no puede menos que deplorar las consideraciones que, para la desestimación de la aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se realizaron en relación su aplicabilidad y vigencia y, en particular, con respecto a la interpretación que ha de dársele al artículo 23.2 *eiusdem*; y, asimismo, sobre la explicación de una serie de observaciones concernientes a los límites de la aplicación de las normas del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno.

En conexión con tal punto, conviene la realización de las siguientes reflexiones:

En primer lugar, el fallo del cual se difiere partió de la errónea premisa de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José) es una “*declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal*”.

El derecho internacional de los derechos humanos, pese a su corta existencia como cuerpo normativo autónomo, ha sufrido una evolución que, en palabras del juez de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, ha marcado los límites y nuevas fronteras del Derecho Internacional en su relación con los derechos internos de una manera explosiva y expansiva. En el devenir de esa evolución progresiva, se ha desarrollado un conjunto de técnicas normativas de reconocimiento a los derechos humanos, así como de mecanismos procesales para su protección, entre ellos: declaraciones, tratados, resoluciones de las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (*soft law*), resoluciones y decisiones de los organismos especializados cuando conocen de denuncias o solicitudes de los Estados o bien de los individuos (Consejo de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre muchos otros).

En un primer momento del proceso evolutivo que se conoce como la “*internacionalización de los derechos humanos*”, que tiene su punto de inicio en la conclusión del aciago período que se vivió durante la Segunda Guerra Mundial, la comunidad de Estados en su conjunto, “*considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de creencias*” (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948), optó por el reconocimiento expreso de los derechos que la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco) simplemente había enunciado como un objetivo básico de la cooperación interestatal en el seno de la Organización.

Ese primer paso fue dado a través de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que -como su nombre lo indica- fue, *ab initio*, un instrumento enunciator de un conjunto de principios carente de fuerza vinculante y normativa, pero que -posteriormente- adquiriría una enorme relevancia en la práctica de las Naciones Unidas, así como en el contexto de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de cada uno de los Estados, de que, en muchos particulares, su contenido ha cristalizado en costumbre jurídica internacional y, en otros, ha traducido en el convencimiento generalizado de que algunos de sus dispositivos constituyen normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*).

La evolución histórica de ese proceso no acabó allí; así, posteriormente, prosiguió la convicción de los miembros de la comunidad internacional de que el simple reconocimiento a los derechos no era suficiente para el alcance de la eficaz vigencia de los derechos de la persona y que, por ende, era necesaria la profundización de los compromisos que fueron adquiridos a través de la adopción de tratados o convenciones especializados en materia de derechos humanos que crearan organismos de tutela que pudieran asistir al individuo frente a las arbitrariedades del poder estatal. En un primer momento, esa etapa de avance en la positivización internacional se produjo a nivel regional (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales [1950] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [1969]) y, luego, se expandió al ámbito universal (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con sus dos protocolos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre muchas otras convenciones especiales).

En nuestro continente, se replicó esa misma dinámica de evolución en la cobertura normativa de los preceptos de tutela de los derechos humanos; así, muy tempranamente, en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá de 1948, la comunidad de Estados americanos adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y, dos décadas después, la Organización de Estados Americanos propiciaría la adopción del texto de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, la Convención), la cual —a diferencia de lo que la mayoría sentenciadora apuntó— es un auténtico tratado internacional de reconocimiento y protección de derechos humanos y, como tal, fuente generadora de obligaciones internacionales para los Estados parte en dicho instrumento. A este respecto, es suficiente la remisión a la letra del artículo 1.1 de la Convención, que dispone: “*Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar las libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*” (Resaltado añadido).

Esta cláusula se ha reconocido como la espina dorsal sobre la que descansa el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el fundamento para la determinación y consecuente responsabilidad internacional para aquellos Estados que incumplieren con alguna de las disposiciones de la convención.

En opinión de quien difiere del fallo que precede, la norma en referencia implica que la obligación de los Estados de cumplimiento con el pacto se mantendría inalterada aun en el supuesto de que dicho artículo no estuviere expresado en la Convención, pues éste es inmanente a todo tratado internacional ya que deviene de la suprema máxima *pacta sunt servanda*. De manera que, mal puede argüirse que el instrumento en referencia no obligue a alguna de las partes; en particular, como lo reconoce la mayoría sentenciadora, Venezuela depositó el instrumento de ratificación del tratado el 9 de agosto de 1977; así, desde ese momento, se comprometió a su ejecución de acuerdo con los principios del Derecho Internacional y dicha ejecución ha de hacerse a tenor de un comportamiento de buena fe.

En otro orden de ideas, el veredicto antecedente se fundó sobre la errónea base de que la norma del artículo 23 de la Constitución de 1999 no permisa la aplicación del artículo 23.2 de la Convención, pues su incorporación normativa al plano constitucional no es “*absoluta ni automática*”.

El salvante estima que la inteligencia del artículo 23 es precisamente la contraria. Las normas de los tratados internacionales se aplican *siempre*, pues lo contrario sería hecho generador indubitable de responsabilidad internacional. Ahora bien, el problema que entraña la aplicación del artículo 23 constitucional alude a la jerarquía normativa de los tratados internacionales y no, como ya se expresó, a si estos se aplican o no en el ámbito interno. Dispone el artículo en referencia que los tratados de derechos humanos podrán tener, incluso, una aplicación preeminente a las normas dogmáticas del Texto Magno cuando establezcan un régimen de tutela más favorable que éstas, es decir, se ubican -en ese supuesto- en un plano jerárquico superior a las normas constitucionales.

De igual manera, interesa resaltar que las normas de protección a los derechos humanos forman parte del denominado “bloque de la constitucionalidad” en alusión a las normas dispersas que, en su conjunto, deben integrarse al Texto Magno.

Así, si una norma de la Constitución fuese contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esa disposición, en sí misma, sería generadora de responsabilidad internacional en atención a lo que dispone el artículo 2 de la Convención: “*...Los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*” Asimismo, ha de tenerse en cuenta que es un principio de Derecho Internacional general que ningún Estado puede excusarse del cumplimiento con alguna obligación internacional sobre la base de las disposiciones de su derecho interno; así, cuando exista alguna contradicción entre la Constitución y la Convención, el Estado de que se trate debe procurar la reforma del Texto Constitucional para que cumpla con

la obligación que asumió en razón del artículo 2 de la última y ésta ha sido la experiencia de los países democráticos en nuestra región, como aconteció con el caso de la Constitución Política de Chile desde el juzgamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de la película “*La última Tentación de Cristo*” (Caso *Olmedo Bustos y otros contra Chile*) y de la Opinión Consultiva N° 4 sobre la “*Propuesta de la Modificación a la Constitución Política de Costa Rica*”.

Asimismo, quien disiente rechaza enérgicamente el criterio conforme al cual la Convención reconoce sólo libertades civiles y políticas “*de corte clásico*” en un régimen de “*democracia formal*” y que, en consecuencia, la Constitución establece –en general– un régimen más favorable para el goce de los derechos humanos, por cuanto la garantía del Estado Social de Derecho ha superado la tutela que esa “*interpretación globalizante y hegemónica*” del régimen internacional de los derechos humanos supuestamente propicia.

La mayoría sentenciadora olvida que el reconocimiento de los derechos debe, insoslayablemente, partir de la premisa de que estos son interdependientes y de que la división que de ellos se ha hecho por “generaciones” no es más que el reflejo de realidades históricas que se van sucediendo en el tiempo. La garantía del goce de todos los derechos humanos exige que los operadores jurídicos se aproximen a ellos con el auxilio de un enfoque holístico conforme al cual las distinciones entre categorías de derechos son odiosas para su cabal protección.

Esto fue entendido por René Cassin, uno de los grandes ideólogos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando sostuvo que la supuesta escisión entre dos esferas de derechos no era más que un ejercicio académico, una vez que la Declaración Universal incluyó, junto con los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales pues, para él, el reconocimiento de los derechos se resumía en la concreción de un “*impulso continuo de lo individual a lo social*” (“*un élan continu de l’individuel vers le social*”).

Para quien rinde este voto salvado todos los derechos humanos confluyen de manera armoniosa, de tal forma que la violación a uno de ellos probablemente acarrea la negación de otros; así, de igual forma, en lo que respecta a su garantía. Piénsese un instante, por ejemplo, qué significaría el derecho a la libertad de expresión sin el derecho a la educación, del derecho a la circulación sin el derecho a la vivienda o del derecho a la participación política sin el derecho al trabajo. Esta óptica del problema de los derechos ha sido asumida por la jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso sobre la base de las disposiciones de los artículos de la Convención que reconocen los derechos que el fallo antecedente impropriamente cataloga como de “*corte clásico*”, ello sin siquiera apoyarse en la cláusula del artículo 26 convencional.

Así, por ejemplo, se ha interpretado el artículo 4 *eiusdem* que reconoce el derecho a la vida como dimanante de una obligación de abstención para los estados que consiste en no privar arbitrariamente a nadie de su vida, pero también de una obligación positiva de garantía de las condiciones de vida que hagan propicia la dignidad humana (“derecho a una vida digna”, en palabras de la Corte); bajo la segunda perspectiva, se han tutelado derechos sociales de múltiples grupos marginados o en condiciones de vulnerabilidad que han acudido a las instancias del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y que han encontrado tutela conforme a las disposiciones de este tratado, el cual, erróneamente, según esta Sala, no sería capaz de proteger derechos sociales. (Cfr. Casos *Mayagna Awas Tigni vs Nicaragua*, *Moiwana vs. Suriname*, *Saramaka vs. Suriname*, *Yakye Axa vs. Paraguay*, *Albán Cornejo vs. Ecuador*, *Yani Bosico vs. República Dominicana*, entre tantos otros).

Asimismo, el argumento del fallo antecedente, conforme al cual la Convención no reconoce los derechos sociales, no es acertado por varias razones: i) Si bien Venezuela no es parte

del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el artículo 29.d) de la Convención preceptúa que ésta no podrá interpretarse en el sentido de “*excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”, de manera que, por cuanto tanto la Declaración -como otros tratados en los que Venezuela es parte (*verbigratia*, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)- contienen normas de protección a los derechos sociales, las mismas podrían integrarse hermenéuticamente a la Convención Americana; ii) Como ya se dijo, los derechos individuales tienen también un cariz social y así lo ha reconocido expresamente la Corte Interamericana en el caso del derecho a la libertad de expresión (Cfr. caso *Ivcher Bromstein vs. Perú*) y de los derechos políticos (Cfr. caso *Yatama vs. Nicaragua*).

En otro sentido, el salvante deplora que la Sala haya considerado que “*deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos*”, como justificación para la no aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando es lo cierto que el artículo 23 de la Constitución de 1999 sólo admite la prevalencia del derecho interno cuando éste contenga normas más favorables al goce o ejercicio de los derechos fundamentales, no así más favorables al interés general o colectivo (Cfr., además, el artículo 29 de dicha Convención).

Por último, sorprende sobremanera a quien rinde esta opinión las consideraciones de la mayoría sentenciadora en relación con la vinculación de las obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno, las cuales exacerban -a un grado superlativo-, la más cándida posición dentro de las doctrinas dualistas del Derecho Internacional, contemporáneamente en franco abandono.

Hoy día, es indudable que la Soberanía de los Estados pervive y debe pervivir como principio fundamental del Derecho Internacional; sin embargo, a nadie escapa que la noción contemporánea de dicho principio dista de manera ingente de la concepción sobre la que se fundó el derecho internacional clásico; es decir, un ámbito de poder absoluto e irrestricto sobre las personas que eran “*súbditas*” del Estado que se tratase. El mérito del remozamiento de la concepción del dogma de la Soberanía corre a cuenta, principalmente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues en nuestro tiempo, afortunadamente, ningún Estado puede creerse con título omnímodo que lo habilite para tratar como quiera a sus “*ciudadanos*”, pues siempre habrá de hacerlo con respeto y acatamiento a los estándares mínimos del Derecho Internacional. Esa concepción humanista dentro de la esfera jurídica internacional constituye uno de los logros más preciados de la historia de la humanidad y sobre la base del mismo los gobiernos y los pueblos deben proseguir las luchas progresivas para el alcance de las metas tendientes a saldar las deudas que aún aquejan la conciencia del hombre contemporáneo. Es lamentable que la mayoría sentenciadora no se haya apercibido de esta incommovible realidad.

Pero aún más lamentable es que se haya echado mano de tan insostenibles y artificiosos argumentos para la elusión de lo ineludible: la claridad meridiana de la norma Americana - que es de rango constitucional, entre nosotros, y es más restrictiva que la nacional respecto a un límite al ejercicio de derechos fundamentales y, por tanto, más favorable a éste-, que determina que el ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos y venezolanas (que derivan de la ciudadanía que les corresponde porque detentan esa nacionalidad) sólo puede ser reglamentado por la ley, “*exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*”, lo cual, cuando se incorpora al sistema de normas aplicable al problema de los lími-

tes constitucionales a dichos derechos políticos (artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), impone la interpretación según la cual la “*sentencia judicial*” a que se refiere el artículo 42 es una que recaiga en un proceso penal; del mismo modo que, como es obvio, la “*condena por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público*” a que se refiere el artículo 65 sólo puede hacerse a través de un fallo que se pronuncie en un proceso penal.

Y como la que se describió es la única forma constitucional de inhabilitación política, cualquiera otra, administrativa o judicial no penal, es inconstitucional, como lo es la que establece el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y así debió ser fallado por esta Sala Constitucional.

En otro orden de ideas, la mayoría sentenciadora reconoció que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un conjunto de parámetros aplicables al asunto *sub examine*. Así, según el criterio que prevaleció, la norma cuya inconstitucionalidad fue delatada se compadece con el artículo 23.2 de la Convención, por cuanto el artículo 30 *eiusdem* permite que se dicten leyes que restrinjan alguno de los derechos que recoge el instrumento internacional en cuestión por razones de salvaguardia del interés general.

Quien consigna esta opinión divergente estima que, en efecto, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es perfectamente posible que los Estados impongan restricciones legítimas a los derechos en ella reconocidos, tal como lo dispone el artículo 30 en mención; sin embargo, este supuesto no se cumple en el caso de autos, pues la norma del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece una restricción que excede los límites permisibles por la Convención Americana, en tanto que es frontalmente contraria a la disposición del artículo 23.2 *eiusdem*.

La Sala parte de la errónea premisa conforme a la cual existiría una especie de contradicción irresoluble entre los derechos individuales y el interés general y, de esa forma, pareciera concluirse que las restricciones a éstos son, en todos los casos, válidas, siempre que se esgriman, a su favor, razones de alguna hipotética vinculación con dicho interés general. Este equívoco argumental desconoce que las mismas razones de preeminencia del bien común, en muchos casos, podrían, muy por el contrario, exigir una lógica totalmente opuesta; es decir, que se sobreponga un determinado derecho individual sobre otros derechos individuales o incluso sociales, como podría ser el caso del derecho a manifestar públicamente y el derecho a la libertad de circulación, por ejemplo. En buen derecho, las limitaciones –en general– han de imponerse sólo por razones de estricta necesidad y conforme al principio de proporcionalidad; así, el interés general puede justificar cierta aplicación restrictiva a una exigencia subjetiva en concreto, pero, al mismo tiempo, puede, eventualmente, demandar la preferencia por otra exigencia del mismo carácter, siempre con apego a los términos de la regla convencional que define la limitación o que habilita al Estado para la restricción.

Por supuesto que la Convención reconoce a los órganos legislativos nacionales la exclusiva función del establecimiento de los límites al ejercicio de los Derechos Humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país, ya que, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana, a través de los procedimientos legislativos de este tipo se permite a las minorías:

... expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que **una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria a los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder** (Opinión Consultiva OC6-86,



“*La Expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Resaltado añadido)

Quien disiente comparte la apreciación del órgano jurisdiccional de control interamericano, en cuanto a que la configuración normativa del régimen de los Derechos Humanos sólo compete al órgano legislativo nacional, conforme a los procedimientos constitucionales, pero que, al mismo tiempo, dicho desarrollo legislativo resultante debe corresponderse con los estándares y parámetros mínimos que fija la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo preceptúa el artículo 2 *eiusdem*. Así, en el supuesto de que se dicte una Ley (aún en invocación del interés general) contraria a las obligaciones que asumió el Estado a través de la Convención Americana, corresponde, en primera instancia, a los órganos jurisdiccionales nacionales (en concreto, a esta Sala Constitucional, en ejercicio del control constitucional concentrado, así como a todos los jueces de la República a través del control difuso) el ejercicio del control posterior para la supresión de dicho obstáculo para el goce de los derechos en una sociedad democrática.

Asimismo, las leyes que restrinjan derechos deben responder objetivamente a la tutela del interés general y ello significa que tales restricciones deben expedirse en función del bien común, elemento integrante del orden público en un Estado Democrático. El contenido de ambos conceptos, orden público y bien común, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los Derechos Humanos, deben ser objeto de una interpretación que se ciña a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC5-85. “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”).

Por ello, las restricciones a que se contrae el artículo 30 deben respetar el objeto y las obligaciones concretas que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así, aparece como totalmente infortunado el planteamiento según el cual el artículo 23.2 *eiusdem* no se aplica al caso *sub examine* pues supuestamente se produjo una legítima restricción a su contenido, por cuanto el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece una restricción a aquella disposición Americana que no se compadece con los estándares mínimos que se desprenden de ella, pues la habilitación que la misma hace sólo permite al legislador que opte por cualquier restricción siempre que se la haga en atención a “*razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal*”.

En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser declarada con lugar, con inclusión, por vía de consecuencia, de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares cuya declaratoria de nulidad también se pretendía, por ausencia de base legal.

Queda así expresado el criterio del magistrado que rinde este voto salvado.

**TSJ-SC (1266)**

**6-8-2008**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

**La Sala Constitucional confirma la constitucionalidad de del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.**

Los accionantes en nulidad impugnan el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, alegando -*grosso modo*- la lesión del derecho al debido proceso, contenido en los distintos cardinales del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y el derecho al ejercicio de los derechos políticos contenido en el artículo 42 *eiusdem*.

En ambos casos, el argumento de los accionantes desarrolla distintos tópicos en torno a la forma en que la norma impugnada transgrede la Carta Magna. En el primero se adentran a considerar la trasgresión de los principios que rigen el denominado Derecho Administrativo Sancionador, tales como el debido procedimiento, la proporcionalidad, el principio de tipicidad, la presunción de inocencia y el *non bis in idem*; mientras que en el segundo, insisten en que la inhabilitación, como una manifestación de la limitación del ejercicio de los derechos políticos, específicamente el sufragio pasivo, sólo puede ser declarada por sentencia condenatoria penal.

La norma impugnada es del siguiente tenor:

Artículo 105. La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes.

En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.

Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula.

#### 1.- Antecedentes Legislativos

El artículo 105, antes transcrito contempla que la declaratoria de responsabilidad administrativa acarrea la imposición de multa por el órgano de control fiscal; la suspensión del ejercicio del cargo o la destitución del funcionario declarado responsable; así como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impuesta por el Contralor General de la República, sin necesidad de cumplir otro procedimiento para ello.

Un estudio histórico de nuestra legislación patria evidencia que la norma impugnada se repite con un contenido originario similar, es decir, la posibilidad de que la declaratoria de responsabilidad administrativa acarreea múltiples sanciones administrativas, como la multa, la destitución y/o suspensión, y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Así, la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.712 Extraordinario del 6 de enero de ese año, estipulaba en su artículo 84 lo siguiente:

Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el térmi-

no de treinta días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá conducir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados.

La Ley citada fue objeto de reforma en 1984, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 3.482 Extraordinario del 14 de diciembre de ese mismo año. Entre los artículos modificados se encontraba el arriba transcrito, el cual, en esa oportunidad, quedó del siguiente tenor:

Artículo 84. Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonadamente la sanción disciplinaria que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres (3) años, que fijará el funcionario competente de acuerdo a la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados. Esta sanción de inhabilitación podrá ser aplicada, en el supuesto indicado, aun cuando el declarado responsable se haya separado de la función pública, en cuyo caso, el funcionario competente para imponerla será el máximo jerarca del organismo en el cual ocurrieron los hechos.

Sin embargo, el antecedente normativo inmediato de la disposición que hoy se impugna se encuentra en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de ese año; lo cual resulta significativo porque permite evidenciar la evolución conceptual de la norma que se mantiene en su sentido originario, conformando una tradición legislativa. Así, en los artículos 121 y 122, de la citada ley de 1995 se lee:

Artículo 121. Las averiguaciones administrativas terminarán con una decisión que podrá ser de absolución, de sobreseimiento o de responsabilidad administrativa, según el caso. Cuando la decisión fuere de responsabilidad administrativa, el inculcado será sancionado con multa de doce (12) a cien (100) salarios mínimos urbanos.

Artículo 122. Una vez firme la decisión de responsabilidad en vía administrativa y sin perjuicio del recurso jurisdiccional que pueda interponerse contra esa decisión, la Contraloría remitirá el auto correspondiente y demás documentos al organismo donde ocurrieron los hechos irregulares o en el cual esté prestando servicios el funcionario, para que la máxima autoridad jerárquica, en el término de treinta (30) días continuos, le imponga, sin otro procedimiento, la sanción de destitución.

El Contralor General de la República o la máxima autoridad del respectivo organismo, de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, podrá imponer, además, la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un período no mayor de tres (3) años.

Si el declarado responsable, se ha separado de la función pública, el Contralor podrá aplicar la sanción de inhabilitación, hasta por un período igual al señalado en este artículo.

La decisión que imponga la inhabilitación también será remitida a la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República para que surta los efectos correspondientes y sea incorporada al expediente respectivo en el registro que dicha Oficina llevará de los funcionarios y empleados públicos a que se contrae el artículo 84 de esta Ley.

En las normas reseñadas se patentiza que el legislador de 1975, de 1984 y de 1995 estableció que competía únicamente al órgano contralor declarar la responsabilidad administrativa mediante un procedimiento de control fiscal que era un proceso «*mero-declarativo*». Las consecuencias sancionatorias de esa declaratoria eran competencia de la máxima autoridad

del funcionario incurso en responsabilidad cuando dicho funcionario aún estaba en servicio, porque si el funcionario declarado responsable se encontraba separado de la función pública, correspondía al Contralor General de la República aplicar la sanción de inhabilitación.

Tal distinción se explica por el criterio doctrinario imperante para la época, según el cual la potestad sancionatoria era una manifestación del principio de jerarquía administrativa; de modo que, correspondía sancionar a la autoridad que ejercía la potestad jerárquica.

Para entonces, el Contralor General de la República aplicaba directamente las multas coercitivas, según el artículo 93 de la Ley de 1975 o, artículo 94 de la Ley de 1984; manteniendo una competencia residual para imponer la sanción de inhabilitación cuando el funcionario no estuviera en la función pública; fuera de tales supuestos, una vez declarada la responsabilidad administrativa el jerarca del funcionario declarado responsable contraía la *obligación* de destituir al funcionario; y además, imponerle la sanción de inhabilitación que razonadamente estimase según el mérito y el grado de la responsabilidad administrativa declarada previamente por el Contralor General de la República.

El hecho es que por tratarse de la concreción de la responsabilidad administrativa declarada por el Contralor General de la República previo procedimiento, el acto de la máxima autoridad jerárquica del funcionario responsable no exigía otro procedimiento adicional.

Así era entendido pacíficamente según se desprende de lo afirmado por SILVA CIMMA (*Control Público. Filosofía. Principios*, 1976, pp. 351-352), para entonces asesor de la Contraloría General de la República:

El inciso segundo del artículo en estudio -se refiere al artículo 84 de la Ley de 1975- prescribe (*sic*) que la destitución aplicada en virtud de una declaratoria de responsabilidad decidida por la Contraloría “podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados”.

Por su parte, el N° 5 del artículo 61 de la Ley de Carrera Administrativa estatuye que es causal de destitución la condena penal que implique privación de libertad, o el “auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República”. Esto ha hecho pensar a más de alguien que la referida Ley, en consonancia con la actual disposición orgánica recién comentada, habrían dado en este caso a la Contraloría una potestad disciplinaria directa y de propia decisión. Ello no es así. El auto de culpabilidad que menciona la Ley de Carrera Administrativa no es otra cosa que el auto de responsabilidad que hemos analizado, y cuyos alcances quedan, a nuestro juicio, suficientemente bien aclarados a la luz del análisis del artículo 84 de la Ley. La Contraloría declara privativamente la responsabilidad y el jerarca competente aplica la sanción. Si resuelve “destituir”, lo estará haciendo en virtud de un auto de responsabilidad o de culpabilidad emanado de la Contraloría, y esa será la causal de destitución (artículo 61 N° 5 de la Ley de Carrera Administrativa); y si decide además disponer una inhabilitación para el ejercicio de la función pública, también podrá hacerlo en uso del artículo 84, inciso 2° de la Ley de la Contraloría, pero en ambos casos, quien resuelve y aplica la medida disciplinaria será el jerarca competente de la administración activa y no la Contraloría.

De manera que, producto de la evolución política-administrativa, fue la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, la que atribuye al Contralor General de la República por primera vez, la potestad de imponer directamente sanciones pecuniarias con ocasión de la declaratoria de responsabilidad administrativa, manteniendo también una competencia residual para la aplicación de la sanción de inhabilitación cuando el funcionario declarado responsable no estuviera en desempeño de la función pública.

Es este contexto evolutivo del régimen sancionatorio del control fiscal el que signa la redacción del artículo 105 de la hoy vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en el que aún se notan resquicios de lo

que fue esta distinción de potestades que antaño signó el régimen de control fiscal en Venezuela; sólo que esta vez, esa distinción se incardina en el establecimiento del Sistema Nacional de Control Fiscal. De modo pues que la norma impugnada forma parte de la tradición republicana del país.

## 2.- La nueva ubicación constitucional de la Contraloría General de la República.-

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Contraloría General de la República deja de ser un órgano público de la Administración con autonomía funcional como lo eran también el Consejo de la Judicatura y el Consejo Supremo Electoral. La Constitución Nacional de 1961 establecía en su artículo 236, que “*La Contraloría General de la República es órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones*”. Otra es la ubicación que en la estructura del Estado le asigna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

En efecto, el artículo 273 de la Carta Magna, Título V, Capítulo IV, Sección I, prevé la existencia del denominado Poder Ciudadano, el cual es ejercido por el Consejo Moral Republicano cuyos órganos integrantes son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. Esta conformación constitucional evoca el concepto del Poder Moral propuesto en 1819 en el Congreso de Angostura, que aprobara para la Gran Colombia, la Constitución promovida por el Libertador.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 274 constitucional, la existencia de esta nueva rama del Poder Público tiene entre otras atribuciones la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, y velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público.

En el marco normativo constitucional descrito *supra* se inscribe la labor de la Contraloría General de la República; y por ello es que resulta necesario destacar el nuevo rol que la Constitución le otorga al ente contralor; bien puede afirmarse que en la actualidad el organismo desempeña un doble rol, a saber: Máximo Órgano Contralor de la República e integrante del Poder Ciudadano. A esto habría que agregar el mandato del Constituyente de 1999 mediante el cual dio rango constitucional a la regulación de un único Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuyo vértice se encuentra la Contraloría General de la República.

Es de reconocer que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 fue producto de un esfuerzo institucional del máximo órgano contralor del país en pro de alcanzar una visión sistémica del control fiscal. Así, en 1997 cumplida la *vacatio legis* contenida en el artículo 137 de esa Ley, se logró la transferencia del llamado control previo a la Administración Pública activa, lo que constituyó un importante paso hacia la consolidación del futuro sistema nacional de control fiscal (el control *posteriori* y el control externo), que sin lugar a dudas significó un cambio de paradigma en la concepción del control fiscal.

Después se suceden en el país los acontecimientos político-institucionales de 1999, ampliamente conocidos, resultado de la Asamblea Nacional Constituyente y la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; acontecimientos que en el ámbito del control fiscal tuvieron como colofón la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en el año 2001.

Entre las novedades que incorpora la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal por mandato constitucional está la

creación del Sistema Nacional de Control Fiscal. En el artículo 4 de la mencionada Ley se dice que el Sistema Nacional de Control Fiscal es el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, interactúan coordinadamente a fin de lograr la **unidad** de dirección de los sistemas y procedimientos de control, que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a la Ley; así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública.

De ese modo, el contexto institucional y normativo referente a la Contraloría General de la República previsto en la Constitución de 1999 y en la Ley Orgánica que lo rige, incide sobre la lectura que debe dársele al contenido y alcance del artículo 105 impugnado. En ese sentido es necesario tener en cuenta que:

- El Constituyente de 1999 atribuyó a la Contraloría General de la República un doble rol: Máximo Órgano Contralor de la República e integrante del Poder Ciudadano.
- Se adoptó la visión sistémica de la actividad contralora y prueba de ello es la elevación a nivel constitucional de la exigencia del establecimiento de un Sistema Nacional de Control Fiscal (artículo 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).
- Se promulgó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en el año 2001, dando así respuesta a los imperativos constitucionales de 1999.

En definitiva, es en el contexto de la evolución constitucional, institucional y normativa antes descrita en el que debe insertarse la existencia y funcionamiento de la Contraloría General de la República.

En América Latina es posible evidenciar en algunas Constituciones Políticas, las modalidades de inhabilitación para el ejercicio de la Función Pública; así los casos de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú sirven para ilustrar el examen comparado. En ellas puede apreciarse que la actividad de control fiscal y la posible suspensión e inhabilitación de funcionarios públicos está confiada a órganos diferenciados, porque el órgano contralor es sólo de carácter auxiliar del Poder Legislativo; y además, en todos esos países es posible evidenciar la naturaleza política, administrativa o penal de dichos controles.

En el caso venezolano se confieren tales facultades de manera concurrente y simultánea a la Contraloría General de la República, que es consecuencia de la evolución normativa, institucional y constitucional que ha experimentado la actividad contralora en el País.

En definitiva, se puede concluir que en Venezuela si bien la norma atributiva de sanciones a la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario público no constituye la novedad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; sí lo es en cambio, la ubicación que adquiere en la Constitución de 1999 la Contraloría General de la República, superando con creces la noción de órgano con autonomía funcional, adscrito al Congreso de la República, que regía en el marco de la Constitución de 1961.

3.- Argumentos de los accionantes para impugnar el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de control Fiscal.-

### 3.1 De la lesión al debido proceso.-

Los accionantes alegan que la norma impugnada infringe el requerimiento constitucional del debido proceso (en este caso procedimiento), pues le permite al Contralor General de la República, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar la suspensión o la destitución, y además la inhabilitación del declarado responsable administrativamente.

La pretendida trasgresión del aludido requerimiento constitucional lo hallan los accionantes en el hecho de que, a su entender, la declaratoria de responsabilidad administrativa es sancionada con la multa prevista en el artículo 94, sanción para la cual se sigue el denominado “*procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades*” contenido en los artículos 96 y siguientes de la aludida Ley. Esta tesis pareciera afianzarla el hecho de que la sanción de multa es impuesta por el órgano de control fiscal, el cual, según el artículo 26 *eiusdem*, en muchas de las ocasiones suele ser un órgano distinto al Contralor General de la República.

Siguiendo este hilo conductual, a entender de los accionantes, si el Contralor General de la República aspira imponer una sanción (suspensión, destitución o inhabilitación) debe iniciar un nuevo procedimiento.

La Sala observa, tal como se describió en el apartado correspondiente, que la coetilla: «*sin que medie ningún otro procedimiento*», igual que en las leyes precedentes, alude a la atribución de declarar la responsabilidad administrativa del funcionario a través de un procedimiento de naturaleza compleja, pues la atribución de declarar la responsabilidad administrativa estaba escindida de la potestad de imponer las sanciones que se derivan de esa declaratoria. Para entonces, al igual que ahora, la concreción de la responsabilidad administrativa no exigía un nuevo procedimiento, pues se trataba precisamente de materializar la sanción derivada de la responsabilidad administrativa declarada por el Contralor General de la República, conforme al procedimiento previo estipulado en la ley.

Ahora bien, en el impugnado artículo 105 de la Ley impugnada se repite la misma situación, sólo que esa diferenciación de potestades se hace dentro del Sistema Nacional de Control Fiscal. El órgano de control fiscal sustancia y decide el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad administrativa del funcionario, y con base en ello impone la multa a que se contrae el artículo 94 *eiusdem*, única sanción que se le permite imponer al órgano de control fiscal decidor; y el Contralor General de la República, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 105 *eiusdem*, impone la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación. De esta manera, se trata de la manifestación en dos actos administrativos de la misma potestad sancionatoria, lo cual configura lo que la doctrina denomina «*procedimiento complejo*». Así entonces, tal como se ha establecido en sentencia de la Sala N° 1117/2006, el procedimiento complejo configura la manifestación de la potestad sancionatoria en dos fases vinculadas entre sí, en la cual la declaratoria de responsabilidad administrativa es presupuesto necesario de la imposición de la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación; todo tramitado en un procedimiento único aunque como se dijo de naturaleza compleja porque cada una de esas fases se cumplen de forma independiente y eficaz por sí mismos ante sendos órganos que, en su conjunto, forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Ahora bien, que ese procedimiento complejo pueda atentar contra el principio *non bis in idem* es un asunto distinto que se analizará de seguidas; pero en definitiva, la Sala considera que la norma impugnada no transgrede el derecho constitucional al debido procedimiento, el cual necesariamente debe cumplirse para establecer la responsabilidad administrativa. Las sanciones que corresponden a la declaratoria de responsabilidad administrativa no ameritan un nuevo procedimiento porque estas son consecuencias del acto que declara la responsabilidad administrativa.

Ciertamente, queda por resolver lo sostenido por uno de los accionantes en torno al derecho de los funcionarios de cuestionar la valoración realizada por el Contralor General de la República en tales actos, respecto a «*la entidad del ilícito cometido*» (para la suspensión o destitución) o a la «*gravedad de la irregularidad cometida*» (para la inhabilitación); lo cual, a entender del accionante, sólo pueden hacerlo si media un procedimiento administrativo; pero ese es un asunto que será tratado cuando se analice la pretendida trasgresión del principio de

tipicidad. Respecto del alegato de la lesión al principio del debido proceso la Sala declara que las sanciones impuestas por el Contralor General de la República son consecuencia, al igual que la multa, de la declaratoria de la responsabilidad administrativa por lo cual no se amerita un nuevo procedimiento. El procedimiento se estima consumado para establecer la responsabilidad administrativa. Así se declara.

### 3.2. De la trasgresión al principio *non bis in idem*

Alegan los accionantes que declarada la responsabilidad administrativa por el órgano de control fiscal, éste impone la multa a que se contrae el artículo 94 de la Ley. No obstante, el expediente pasa al Contralor General de la República para la imposición de “*nuevas sanciones*” como la de suspensión, destitución o inhabilitación del cargo público; lo cual, a criterio de los accionantes, transgrede la prohibición constitucional de ser sancionado dos veces por el mismo delito o hechos, contemplado en el artículo 49.7 constitucional, cuyo texto es del siguiente tenor:

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

(...)

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

El principio de *non bis in idem*, que comporta la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho es de arraigo penal. La traspolación de sus dos ámbitos (el sustancial y el procesal) al derecho administrativo sancionador ha ocasionado no pocas disfuncionalidades de las que apenas la doctrina y la jurisprudencia comienzan a dar cuenta; pues como se ha sostenido, los principios que rigen el *ius puniendi* del Estado en el Derecho Administrativo Sancionador ha sufrido adaptaciones que han modificado los escenarios que se perfilaron totalmente esclarecidos en el Derecho Penal, a más de doscientos años de advenimiento del principio de la legalidad penal con ocasión de la Revolución Francesa.

Para que se verifique el *non bis in idem* debe existir identidad de sujetos, de hechos y de fundamento jurídico. En época temprana, su ámbito de aplicación en el derecho administrativo sancionador fue en contraposición al derecho penal; sin embargo, en consonancia con lo que ha sido nuestra tradición republicana, la jurisprudencia de este Máximo Tribunal distinguió entre los bienes jurídicos afectados por una conducta antijurídica para afirmar que la responsabilidad civil, penal y administrativa parten de intereses jurídicos distintos, de suerte que el establecimiento de esas responsabilidades con base en los mismos hechos no implicaba la trasgresión del aludido principio. Sin embargo, le ha correspondido a la Sala perfeccionar el aludido precedente en el fallo N° 1636/2002, en el cual se indicó, lo siguiente:

Unos mismos hechos que se imputan a una persona, como ya la Sala lo observó, pueden en principio originar sanciones disciplinarias y penales, pero para cumplir con el principio *non bis in idem*, debe evitarse una doble y coetánea persecución, debiendo darse preferencia a la persecución penal, ya que la sanción, con las penas accesorias, puede involucrar las penas disciplinarias, o resultar una cuestión prejudicial con relación a ellas, tal como lo previene la letra h) del artículo 239 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. Además que la administración no podría desconocer los hechos probados ante los órganos de la jurisdicción penal.

Por ello, si los hechos pueden ser calificados penalmente, el proceso disciplinario debe quedar en suspenso o perder sus efectos, de estar ya decidido, a fin de evitar que se impida a la función jurisdiccional realizar su fin natural, y tal desnaturalización -que tiene que ser evitada- que pueda provenir de razones dolosas, culposas o hasta de azar, debe ceder ante la posibilidad cierta de una persecución penal.



En el derecho común se ha evitado tal duplicidad mediante la institución de la prejudicialidad, donde impera la sentencia penal condenatoria, debido a sus efectos “*adversus omnes*”, sobre la de los tribunales civiles, laborales, etc.

Este principio también existe en materia disciplinaria, y no puede desnaturalizarse, aplicando primero el procedimiento sancionatorio y luego el penal. De allí que el artículo 288 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, ordene a los Consejos de Investigación, abstenerse de todo lo que puede significar decisión penal, aun en los casos que exijan medidas para restablecer la disciplina.

Ello se agrava si el procedimiento administrativo deroga un privilegio constitucional utilizable en el proceso penal posterior (cursivas y resaltado del texto citado).

El criterio transcrito luego fue ratificado en el fallo N° 384/2003, consolidándose así el criterio de la Sala de que, ciertamente, es posible que se establezca la responsabilidad penal y administrativa con base en los mismos hechos; pero es menester evitar una coetánea persecución. Si los hechos cuestionados constituyen a la vez ilícitos administrativos y penales, se hace deferencia a favor del proceso judicial penal cuyo resultado condicionará la suerte del procedimiento administrativo, pues ello, en contraposición a la circunstancia de que existiendo infracciones las mismas sean sólo administrativas y no penales, lo que no obsta para la aplicación de múltiples sanciones administrativas, ello en atención al grado de responsabilidad administrativa y a la entidad de la infracción cometida. En ese sentido, se ha indicado que la potestad sancionatoria es una potestad administrativa que si bien deriva en esencia del *ius puniendi* del Estado, la aplicación de los principios que informan el Derecho Penal está sometido a matices en el derecho administrativo sancionador. Así entonces, la aplicación del principio *non bis in idem* en la esfera estrictamente administrativa opera de distinta manera, al no contraponerla de cara al derecho penal. El contenido básico de este principio transita instituciones jurídicas sensibles y dispuestas al cometido estatal, lo que ha llevado a los ordenamientos jurídicos a admitir excepciones a esta prohibición.

En efecto, esta Sala ha sostenido desde el fallo N° 1260/2002 que «...*si bien el Derecho Sancionatorio se nutre de los principios básicos del Derecho Penal que regula el ius puniendi del Estado contra las infracciones al orden jurídico cuyo ejercicio implica la imposición de penas corporales y que se efectúa a través de la jurisdicción penal; sin embargo, tales principios no tienen la misma rigidez que presentan en su fuente originaria, por cuanto están adaptados a las actividades de la Administración*».

Indudablemente, que lo expuesto no implica el desconocimiento del núcleo fundamental de este principio, que determina que dentro de la esfera estrictamente administrativa no es posible la imposición de dos o más sanciones de la misma naturaleza y del mismo o de distinto orden jurídico; ni dos o más procedimientos administrativos; pero ello no impide la multiplicidad de sanciones de distinta naturaleza, como las que contempla el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En efecto, sanciones contempladas por regímenes jurídicos distintos, en dos o más leyes, no pueden confluír respecto a los mismos hechos. Igualmente está prohibida la imposición de la misma sanción más de una vez, por ejemplo: dos suspensiones, dos destituciones, pero es una opción válida la acumulación de sanciones pecuniarias e interdictivas, pues en su conjunto constituyen la sanción como unidad.

En ese sentido, la sanción, como manifestación externa del *ius puniendi* de la Administración por el acaecimiento de una infracción administrativa, es de diversa naturaleza. Fundamentalmente pueden ser las sanciones pecuniarias como la multa, o interdictivas como la suspensión, la destitución o la inhabilitación. Las pecuniarias recaen sobre el patrimonio del infractor, mientras que las interdictivas le restringen o impiden el ejercicio de ciertas actividades. Ahora bien, la técnica de establecimiento de sanciones administrativas indudablemen-

te está restringida por el principio de *non bis in idem*, pero no se encuentra completamente anulada. De ordinario, la imposición de sanciones pivota entre ambas, el legislador escoge unas u otras como materialización del principio de correlatividad numérica de la sanción; sin embargo, el principio de correlatividad numérica de la sanción no es un principio absoluto, el legislador excepcionalmente puede prescribir varias sanciones interdictivas o también establecer sanciones pecuniarias con interdictivas para sancionar las mismas infracciones administrativas. Este escenario es el resultado de la ponderación realizada por el legislador respecto a cuál es el tipo de sanción que produce la aflicción necesaria para lograr el efecto represivo o disuasivo de la sanción. En este caso, el legislador concluye que la aflicción no se logra con la sanción única, ante lo cual añade una o varias sanciones, con el requerimiento para cumplir con el principio de *non bis in idem* de que sean de distinta naturaleza.

El bien jurídico tutelado por el legislador tras una opción de esa naturaleza se inscribe dentro de los valores de la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público. En el modelo de Estado social de Derecho y de Justicia adoptado constitucionalmente, es necesario que el legislador se proponga la eficacia del sistema nacional de control fiscal mediante el establecimiento de sanciones que garanticen coercitivamente la funcionalidad del control fiscal.

Así, en la norma cuya constitucionalidad se impugna se contemplan diversas sanciones imponibles como producto del procedimiento administrativo sustanciado para el establecimiento de una infracción legal en el ejercicio de la función pública. Se trata, por tanto, de un supuesto excepcional que debe cumplir con el test de la proporcionalidad, y ser ponderada la gravedad de la infracción, requerimiento que encuentra la Sala cumplido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; pues la imposición conjunta de multa y sanciones interdictivas es el resultado de un juicio valorativo que pondera la gravedad de la falta por parte del órgano sancionador, sin perjuicio del control jurisdiccional.

De ese modo, tratándose de múltiples sanciones de naturaleza distinta, pecuniaria e interdictiva; de conformidad con el razonamiento expuesto, la Sala considera cumplida el requerimiento constitucional para no estimar como lesionado el principio de *non bis in idem*, y por tanto, no trasgredida la norma contenida en el artículo 49.7 constitucional. Así se declara.

### 3.3. De la trasgresión del principio de tipicidad

Alegan también los accionantes que la norma impugnada transgrede el principio de tipicidad.

El principio de tipicidad exige una *lex certa* que ofrezca seguridad jurídica a los ciudadanos acerca de las consecuencias gravosas de la infracción administrativa. No obstante, con ocasión de la vigencia matizada del *ius puniendi* del Estado en el derecho administrativo sancionador, se ha aceptado estándares deontológicos de conducta que canalizan la verificación de la infracción administrativa a través de la descripción normativa de actos, hechos u omisiones generados de responsabilidad administrativa; de ninguna manera podrían asimilarse a lo que en el derecho penal se denominan "*leyes penales en blanco*".

En efecto, en el régimen disciplinario, sub especie del sancionatorio, es necesario en buena medida la estimación de ilícitos que sancionan conductas que sólo pueden ser valoradas como antijurídicas aplicando criterios de *ética pública*, de *moral administrativa*, de *buena gestión* y de legalidad en el uso del patrimonio público (artículo 274 de la Constitución) y no únicamente jurídicos. Esta flexión del principio de tipicidad obedece a que en el derecho administrativo sancionador dentro del régimen de la función pública se mimetiza con la necesidad del funcionamiento regular de la Administración, lo que exige de parámetros valorativos que recaen sobre hechos que no sólo son altamente casuísticos, imposible de abarcar con

una disposición específica para cada supuesto; sino que, además forman parte de un esquema de funcionamiento administrativo adecuado a la consecución del interés público en el que se incardina valores de todo tipo. Este criterio ha sido sostenido por la doctrina nacional y extranjera. Para ENTRENA CUESTA (*Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I/2, 1998, p. 331) por ejemplo:

Constituye falta administrativa cualquier incumplimiento por parte de los funcionarios de los deberes que les afectan. De aquí la dificultad de señalar en concreto cuáles sean las faltas sancionables; dificultad que corre paralela con la de enumerar los deberes funcionariales (...). Por ello, constituye un lugar común en la doctrina la afirmación de que se aplica con menor rigor en esta materia el principio *nullum crime sine lege*.

El hecho es que, en el ámbito administrativo la implementación de lo que la doctrina llama “conceptos jurídicos indeterminados” no está proscrita; antes más, son empleados para la verificación de la gradación de la sanción, pero no de la infracción en sí misma. Se trata entonces de un criterio que ofrece al órgano sancionador un margen de apreciación que no riñe con el principio de tipicidad, pues en él debe llenarse, a través de un examen pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación desde los valores comprometidos en el concepto, las máximas exigidas para justificar el por qué de la sanción impuesta.

Lo importante para que no se incurra en el quebrantamiento del principio de tipicidad es que el ilícito o la infracción se encuentren perfectamente definidos, así como también la sanción. Así lo ha sostenido la Sala en el fallo N° 1798/2005, en el cual indicó, lo siguiente:

Ahora bien, en el Derecho Administrativo Sancionatorio, ciertamente, el principio de tipicidad no tiene la misma rigidez que en el ámbito penal, cuando se permite que el propio legislador, en una norma en la que la conducta prohibida no se recoge íntegramente, delegue a otras normas la regulación de algunos elementos que completen la descripción del ilícito administrativo; no obstante, su aplicación con ciertas matizaciones, debe siempre respetar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, uno de cuyos atributos es precisamente, conforme al artículo 49, cardinal 6 de la Constitución de 1999, la garantía de tipificación legal de las infracciones y sanciones.

La matización que se acepta respecto a la aplicación de tal principio, permite, solamente, que las descripciones genéricas de las conductas sancionables a las que acude el legislador para dejar a la Administración la determinación de ciertos aspectos de las mismas, exige, evidentemente, que se establezca en la ley cuál es esa conducta, es decir, que se tipifique, delimitando claramente el ámbito normativo conferido a la Administración, con el propósito de que las normas que esta dicte mantengan su regulación dentro de los parámetros o límites impuestos, vale decir, el reenvío será admisible siempre que sea expreso, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma, que la norma señale la sanción y contenga el núcleo esencial de la prohibición y que, además, proporcione la necesaria certeza para precisar suficientemente la conducta prohibida.

En el caso del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se estipula que la declaratoria de responsabilidad administrativa será sancionada con la multa prevista en el artículo 94 de la Ley, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados siguiendo lo dispuesto en el artículo 66 y siguientes del Reglamento de la Ley (*Gaceta Oficial* N° 37.169 del 29 de marzo de 2001); y que el Contralor impondrá la sanción de suspensión sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable en atención a la *entidad del ilícito cometido*; y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años atendiendo a la *gravedad de la irregularidad*. Los conceptos jurídicos indeterminados allí expresados ofrecen un margen de apreciación discrecional al órgano de control fiscal para la gradación de la sanción atendiendo a la entidad de la infracción y de sus efectos.

Se trata de la adecuación de las consecuencias sancionatorias. Ahora bien, como todo concepto jurídico indeterminado, la insuficiencia de los motivos de la sanción impuesta y no otra acarrearía la nulidad del acto sancionatorio; pero no la inconstitucionalidad de la norma, pues ello, es una técnica legislativa ampliamente conocida y aplicada por nuestro legislador que obedece a que los elementos disciplinarios abarcan en algunos casos conceptos meta-jurídicos que es menester valorar de forma deontológica, tal como sería el caso del artículo 100 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (“*según la gravedad de la falta*”), por tomar un ejemplo del régimen común. El régimen de control fiscal es ejemplo de ellos, el contexto en el cual se produce la conducta ilícita y los efectos finales para la administración y la transparencia de la gestión fiscal sólo pueden ser valorados a través de un margen de apreciación por parte del órgano de control fiscal. Los motivos por los cuales selecciona la norma obviamente tienen que trasladarse a la motivación del acto; y ese será el elemento a controlar judicialmente en el juicio contencioso administrativo de nulidad del acto. Por tanto, para la Sala la norma en estos términos *supra* analizados está ajustada a la Constitución. Así se declara.

#### 3.4. De la trasgresión del principio de proporcionalidad

Alegan los accionantes que cuando la norma impugnada por un lado sanciona con multa la infracción administrativa como sanción principal; y, por el otro, sanciona con suspensión (hasta por 24 meses) destitución del cargo o inhabilitación (hasta por 15 años) como penas «*accessorias*», se está trasgrediendo el principio de proporcionalidad de la sanción.

En tal sentido, cabe afirmar que el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria implica la adecuación de la sanción impuesta a la infracción cometida; esto es, a los hechos antijurídicos. Como se sostuvo en párrafos precedentes, la proporcionalidad es el parámetro exigido para aquilatar el alcance de la discrecionalidad del órgano de control fiscal en la gradación de la sanción, por cuanto en su imposición, entendida como un todo, es que debe exteriorizarse o motivarse la relación que existe entre el hecho antijurídico y el *quantum* de la sanción.

Dicho esto, la Sala observa que la norma impugnada en modo alguno implica contravención al principio de proporcionalidad de las sanciones, pues las sanciones contempladas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal guardan relación con la gravedad de la conducta y la relevancia que tiene para la función pública el hecho cometido; vale decir, que para su imposición se considera tanto la entidad del daño como el grado de responsabilidad.

Por otra parte, no es válido tampoco el argumento de los accionantes de que se transgrede la proporcionalidad intra-sanción porque no existe correspondencia entre la sanción principal y lo que ellos denominan accesorias. En ese sentido, serían sanciones principales aquellas que no dependen de otras para su imposición; a diferencia de las accesorias que presuponen la imposición de una principal. La Sala observa que en el caso de la norma contenida en el artículo 105 no es exacta la relación de dependencia entre la multa y la suspensión, la destitución o la inhabilitación, como lo pretenden los accionantes; sino que esa relación de dependencia existe entre la declaratoria de responsabilidad administrativa y la multiplicidad de sanciones; que, como se ha venido sosteniendo a lo largo del fallo, son propiamente consecuencias principales todas ellas de la declaratoria de responsabilidad administrativa.

En efecto, se lee en el precepto impugnado que «[l]a *declaratoria de responsabilidad administrativa (...)*, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo (...) o la destitución del declarado responsable (...); e imponer,

*atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.*

De la lectura del texto se desprende que ninguna de las sanciones dependen unas de las otras; por el contrario, la suspensión, la destitución y la inhabilitación pudieran no imponerse si el Contralor General de la República estima que la entidad de la infracción cometida o la gravedad de la irregularidad no lo amerita; por su parte, la multa sí es la consecuencia obligatoria de la declaratoria de la responsabilidad administrativa, pues su falta de imposición por parte del funcionario competente reñiría con el principio administrativo de la irrenunciabilidad de la competencia.

En consecuencia, por las razones *supra* expuestas la Sala considera que la disposición normativa impugnada en modo alguno vulnera el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas por cuanto su prescripción apunta a la corrección de las conductas infractoras del funcionario desde distintas aristas haciendo hincapié en la relevancia del hecho cometido, el grado de responsabilidad y la afectación al patrimonio público.

#### 3.4. De la trasgresión a la presunción de inocencia

Alegan los accionantes que la norma impugnada estipula que declarada la responsabilidad e impuestas las sanciones, ellas serán ejecutadas por el órgano encargado de la designación del funcionario declarado responsable. Que, además tratándose de una materia sancionatoria, los actos sancionatorios de la Administración Pública, no deberían estar investidos de autotutela administrativa (ejecutoriedad), pues esos actos en modo alguno satisfacen de manera directa e inmediata un interés público o general, siendo su única finalidad castigar la infracción cometida en contra del patrimonio público. En definitiva, alegan que impuesta la sanción, su ejecución inmediata transgrede la presunción de inocencia, principio contenido en el artículo 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con el argumento expuesto, considera la Sala que los accionantes pretenden trasladar las exigencias de la cláusula constitucional contenida en el artículo 49.2 a la potestad administrativa de autotutela. El derecho a la presunción de inocencia efectivamente rige a cabalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Su contenido esencial es que a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio o disciplinario debe llevarse a cabo una actividad probatoria destinada a comprobar la culpabilidad del funcionario, sin adelantar opinión en cuanto al mérito del asunto. Se trata de un derecho que incide directamente sobre cómo se desarrolla la fase probatoria del procedimiento sancionador. De ese modo, la presunción de inocencia lo que exige es que el acto que declare la responsabilidad administrativa sea el único que determine la inculpabilidad del funcionario investigado; los actos que le preceden a la declaratoria de responsabilidad deben contar con la objetividad suficiente para que aun estableciendo los hechos, no se produzca un pronunciamiento intempestivo sobre el mérito del asunto.

En definitiva, la declaratoria de responsabilidad administrativa es el acto final que se dicta con base en el acervo probatorio demostrativo tanto de la existencia de la infracción como de la participación y de la culpabilidad del funcionario. Siendo ello así, el acto que declara la responsabilidad administrativa agotado los recursos administrativos correspondientes adquiere firmeza y por tanto se hace ejecutable inmediatamente sin perjuicio del control jurisdiccional que puede instar el interesado.

En efecto, el acto ejecutable como todo acto administrativo con control jurisdiccional mediante el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad, cuyo ejercicio permite restablecer de inmediato la situación jurídica vulnerada -a juicio del Juez-, particularmente a través de las medidas cautelares como la suspensión de los efectos del acto u otras cautelares innominadas conforme lo dispone la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, o

también mediante el ejercicio conjunto del recurso de nulidad con acción de amparo constitucional.

En definitiva, el Juez contencioso-administrativo, al conocer dichos recursos, puede adoptar las medidas que juzgue necesarias para asegurar el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva infringida, conforme lo dispone el artículo 259 de la Constitución; razón por la cual, siendo que el principio de presunción de inocencia tiene incidencia sobre la actividad probatoria del procedimiento sancionador y no sobre la potestad de autotutela de la Administración, la Sala desecha este alegato. Así se declara.

### 3.5. De la trasgresión de los derechos políticos

En el caso que ocupa la atención de la Sala, también se ha controvertido lo dispuesto por el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal alegándose la contravención de algunas disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referidas al tema de la inhabilitación para acceder a cargos de elección popular.

En tal sentido, se observa que la cualidad de ciudadano da lugar al derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, mediante el reconocimiento de actividades destinadas a facilitar su intervención en forma democrática, a saber: el sufragio (tanto activo como pasivo), los plebiscitos, referendos, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y normativa, la revocatoria del mandato, la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, etcétera.

Así, el sufragio pasivo, derecho que los accionantes alegan como lesionados por la norma impugnada, al constituir un derecho fundamental que trae consigo el cumplimiento de los fines estatales exige que el desempeño de funciones públicas esté rodeado de garantías suficientes que provean al ejercicio del derecho, sin injerencias negativas que antepongan los intereses particulares en desmedro de los de carácter general y de sus verdaderos objetivos; pero también implica que se articule en torno al derecho un régimen de inhabilitaciones, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con la fijación de reglas que determinen los requisitos y condiciones personales y profesionales necesarios para su acceso, a fin de que dicho ejercicio sea el resultado de decisiones objetivas acordes con la función de buen servicio a la colectividad que garanticen que el desempeño del cargo público por parte de la persona a quien se designa o elige, tenga como resultado un adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, en otras palabras, que se cumpla con la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público.

Ahora bien, los artículos 42 y 65 constitucional, que los accionantes estiman como vulnerados, disponen expresamente:

Artículo 42. Quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía. El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

Artículo 65. No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

Atendiendo al contenido de las normas citadas es menester señalar que la potestad sancionatoria del Contralor General de la República está referida al ámbito administrativo; es decir, que no es una sanción política como ocurre en otros ordenamientos constitucionales

latinoamericanos, en virtud de que la sanción de inhabilitación se ciñe a la función administrativa vista la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República y sus funciones constitucionales, que apuntan a la fiscalización, supervisión y control de la gestión pública, funciones que se insertan en el Sistema Nacional de Control Fiscal; ello es la garantía del postulado constitucional establecido en el artículo 141 de la Carta Magna.

En efecto, la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cualquier función pública surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indistintamente de cuál sea el origen; esto es, por concurso, designación o elección popular. De ese modo, la inhabilitación decretada en uso de la potestad otorgada por el artículo 105 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal limita o inhabilita, durante la vigencia de la sanción, la aptitud para el manejo de la cosa pública por causa de haber incurrido en infracciones administrativas comprobadas mediante el procedimiento de control fiscal. Esta inhabilitación se extiende a toda función administrativa, incluso las que derivan del cargo de elección popular, en virtud de que la función de gobierno supone necesariamente la aptitud para el ejercicio de funciones públicas. El rol de gobernante no puede escindirse de la de funcionario, y sobre ambos recaen exigencias constitucionales en pro de la correcta gestión pública, que es menester armonizar.

Es de advertir que la sentencia penal a que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela suspende el ejercicio de los derechos políticos, la impuesta en cambio por el Contralor General de la República inhabilita para el ejercicio de funciones públicas, en uso de la facultad que le confiere el artículo 289.3 constitucional, y que desarrolla el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, que como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público, como sería la restricción derivada de la mayoría o de los extranjeros para determinados cargos públicos, debiéndose recalcar que es **cualquier funcionario público, incluso los de elección popular**, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión necesaria tampoco gobernante.

Con base en esta distinción, y entendido que son dos inhabilitaciones diferentes que dimanen de varios preceptos constitucionales, cuales son los artículos 42, 65 y 289.3, corresponde a los órganos de la Administración Pública no permitir el ejercicio de cargos públicos a ciudadanos sancionados, es decir no designarlos o no permitir su concurso; y al Poder Electoral velar porque no se fragüe un fraude a los electores permitiendo la postulación, el concurso y la elección de un ciudadano que está impedido para ejercer las funciones administrativas ínsitas a las funciones de gobierno.

Aceptar que ello no es así, como lo pretenden los accionantes, desnaturalizaría la coercibilidad de la potestad sancionatoria del control fiscal; y burlaría por completo el cometido estatal de velar por la ética pública, la moral administrativa, la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público contenido en el artículo 274 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; pues la inhabilitación se tornaría inejecutable primero con ocasión de las aspiraciones electorales, y luego en virtud de las prerrogativas procesales de las que gozan algunos cargos, avalando una espiral de impunidad que acrecentaría los viejos vicios que han deformado la visión que tenemos los venezolanos acerca de lo que es y debe ser la cosa pública.

Así entendido, el texto de la disposición impugnada es conforme con la Constitución; y también es compatible con la vigencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala ha armonizado la sanción de inhabilitación con el ejercicio de los derechos políticos, específicamente con el diferimiento de la ejecución

cuando el sancionado ejerce cargo de elección popular. Así, en el fallo N° 2444/2004, se indicó, lo siguiente:

Ya con respecto al fondo, comparte la Sala parte de lo expuesto por los representantes del Contralor General de la República. La inmunidad parlamentaria sólo es aplicable a los procesos penales y, por ende, no se puede pretender su extensión al ámbito administrativo. No obstante, le asiste la razón al accionante cuando cuestiona el acto de destitución impuesta por el Contralor con ocasión a la naturaleza comicial de su investidura.

En efecto, ya ha tenido esta Sala oportunidad de pronunciarse acerca de cómo opera el control (en el caso a que se refiere la Sala el político) sobre los cargos de elección popular, con ocasión de la institución constitucional del referendo revocatorio, señalándose que existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución, que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde (*Vid.* Sent. N° 812/2003 de 15 de abril).

En esa oportunidad, para garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala desaplicó el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio, por ser opuesto a lo preceptuado en el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución. En este caso el conflicto es de igual naturaleza.

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objetos de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esas circunstancias, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

Ciertamente, lo expuesto no desdice de las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, sólo que dichas potestades deben guardar una proporcionalidad no sólo con los hechos, sino además con la naturaleza popular de la investidura del cargo, pues, de lo contrario, existiría un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático. No se trata de irresponsabilidad, no. A lo que hace referencia la Sala es a la necesidad de que las consecuencias jurídicas que deriven de esa responsabilidad no rompan con el carácter representativo del gobierno.

Por ello, y visto que el acto accionado en amparo no fue producto del establecimiento de una responsabilidad penal, el Contralor General de la República se hallaba impedido de declarar la destitución del mencionado ciudadano y, por tanto, declara con lugar la acción de amparo ejercida, pero sólo con respecto a la destitución del cargo.

Posteriormente, mediante aclaratoria de esa decisión, se precisó la oportunidad a partir de la cual comenzaba a regir la sanción. En esa ocasión, en la sentencia N° 174/2005, se indicó lo siguiente:

En tal sentido, la sentencia N° 2444/2004 señaló que la destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio, porque existe un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático y se rompa el carácter representativo del sistema de gobierno; sin embargo, aunque ello proscriba la posibilidad que el Contralor General de la República destituya o suspenda a cualquier ciudadano que ejerza un cargo de representación popular, se aclaró que lo expuesto no conduce a la irresponsabilidad del gobernante, sino a la debida



proporcionalidad que deben guardar las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, con los hechos y con la naturaleza popular de la investidura del cargo, esto es, al hecho de que las sanciones que se impongan con ocasión de ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentren límites en la condición de representante popular del sancionado.

La consecuencia práctica de este postulado es que la sanción impuesta no puede entorpecer las funciones del representante popular en el período para el cual fue electo -así los hechos que hayan originado la sanción se hubieran producido en ese período-, con la lógica excepción del establecimiento de una responsabilidad penal. Se trata, pues, de una sanción cuyos efectos deben comenzar a verificarse una vez vencido el período.

En el caso de autos aunque el acto administrativo accionado en amparo, y el de todos los representantes populares que demostraron encontrarse en la misma situación de hecho del accionante, resolvió “(...) *la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres (03) años, contados a partir de la notificación de [esa] Resolución*” (corchetes añadido), el mandato constitucional contenido en la sentencia N° 2444/2004 y en esta aclaratoria implica que la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones, lo cual, como es lógico, descarta cualquier posibilidad que éste opte a la reelección como consecuencia inmediata de esa inhabilitación. Por tanto, se declara en estos términos parcialmente con lugar la aclaratoria solicitada.

Por los argumentos expuestos *ut supra* esta Sala considera que el artículo 105 es compatible con las normas contenidas en los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 23.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Siendo ello así, y desechados todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por los accionantes, la Sala declara la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Así se decide.

#### 4. De la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares

Visto que esta Sala, en la sentencia N° 825/2004, declaró que sólo podía conocer de la nulidad de actos de efectos particulares con base en la ausencia legal, en virtud de que:

...el fuero atrayente de la jurisdicción contencioso-administrativa hacia la jurisdicción constitucional que permite el artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia -cuya interpretación conforme a la Constitución de 1999 debe hacerse en atención a la atribución de competencias que aquella hace en razón del rango legal o sub-legal del acto impugnado y no en razón del vicio atribuido al mismo- está limitado a un supuesto muy concreto, como es la denuncia del vicio de ausencia de base legal en el acto administrativo (acto particular), en virtud de la denunciada inconstitucionalidad de la norma legal (acto general) que le sirvió de fundamento, sin que sea posible alegar o denunciar junto con el vicio mencionado cualquier otro que afecte la validez del acto administrativo recurrido, como son la incompetencia, la ausencia total y absoluta del procedimiento establecido en la ley, la desviación de poder o el falso supuesto, ya que ninguno de éstos tendría su origen en la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada sino en otras circunstancias de hecho o de derecho, cuyo análisis en sede judicial no compete a la jurisdicción constitucional, habilitada únicamente, según el mencionado artículo 132, para declarar la conformidad o inconvención del acto de rango legal impugnado con la norma constitucional, la nulidad de dicho acto de existir tal contrariedad, y, una vez efectuado lo anterior, para declarar la nulidad del acto administrativo recurrido por ausencia de base legal.

Visto que, una vez declarada la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, fundamento normativo de los actos administrativos impugnados, decae el fundamento jurídico del vicio de ausencia de base legal, la Sala se declara incompetente para conocer de los recursos

de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por el Contralor General de la República. Así se decide.

*Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en el siguiente razonamiento:

1. Como puntos previos, se observa:

1.1 El artículo 20, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia preceptúa:

Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva. El Magistrado o Magistrada ponente deberá presentar el proyecto de decisión a los demás Magistrados o Magistradas, quienes deberán formular sus observaciones o manifestar su conformidad con el mismo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En caso de que surjan observaciones al proyecto de decisión, el Magistrado o Magistrada ponente deberá realizar las modificaciones formuladas que considere pertinentes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Al tercer día hábil siguiente, se volverá a presentar el proyecto de decisión corregido o los fundamentos que sostienen su criterio para mantener el proyecto original, para ser sometido a votación; el Presidente o Presidenta de la Sala será el último en votar. En caso de empate, se suspenderá la deliberación y se convocará a una segunda reunión para el día hábil siguiente. Si el empate persiste, se suspenderá nuevamente la discusión y se convocará a otra reunión para el día hábil siguiente, a fin de adoptar la decisión definitiva. De continuar el empate, el voto del Presidente o Presidenta de la Sala respectiva será considerado doble. -El Magistrado o Magistrada que se encuentre en desacuerdo o disienta de la decisión, anunciará su voto salvado, que deberá consignar escrito (*sic*) en el que fundamente las razones, fácticas y jurídicas de su negativa, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.- Este escrito deberá ser firmado por todos los Magistrados o Magistradas de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia. En caso de que el proyecto no cuente con la aprobación de la mayoría de los miembros de la Sala, la ponencia deberá reasignarse a otro Magistrado o Magistrada de la Sala correspondiente, conforme al trámite previsto en el presente artículo (Destacado añadido).

No obstante la claridad del texto de la norma, se observa que, en el caso de autos, fue desacatada con la divulgación de la sentencia de la que se discrepa en el sitio web de este Tribunal antes de la consignación de este voto salvado, pese a que el lapso al efecto vence el próximo 13 de agosto (3 días de despacho desde el miércoles 6 próximo pasado) y pese al acuerdo, al que se había llegado al respecto, con los demás miembros de la Sala.

1.2 En segundo lugar, se pone en evidencia que la narrativa del veredicto anterior no reflejó los alegatos de quienes asistieron a la audiencia preliminar que se realizó en este proceso el 31 de julio de 2008. En esa oportunidad, tanto de forma verbal como a través de los escritos que consignaron algunas de las partes en juicio, se expusieron una serie de argumentos que, como no están reflejados en la parte narrativa del acto decisorio, no se tomaron en cuenta para la motivación del juzgamiento, todo lo cual implicó la inobservancia del artículo 243, cardinales 3 y 4, del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 244 *eiusdem*, de aplicación a las decisiones de la Sala de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

2. Este disidente no comparte las razones de fondo que se sostuvieron en el acto jurisdiccional que precede para la declaratoria sin lugar de la demanda de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, divergentemente, considera que esa norma legal es contraria a elementales principios de nuestro Texto Fundamental, por las siguientes razones:

2.1 La mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al derecho a la defensa y al debido proceso y consideró que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal “*no transgrede el derecho constitucional al debido procedimiento, el cual necesariamente debe cumplirse para establecer la responsabilidad administrativa. Las sanciones que corresponden a la declaratoria de res-*

*ponsabilidad administrativa no ameritan un nuevo procedimiento porque estas son consecuencias del acto que declara la responsabilidad administrativa”.*

2.1.1 Quien difiere reitera su voto salvado al acto decisorio de esta Sala N° 1265, del 5 de agosto de 2008, mediante el cual se desestimó, también, la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. En ese voto salvado se expusieron las consideraciones que llevaron a la conclusión de que esa norma sí viola el derecho fundamental a la defensa y al debido procedimiento previo, por las siguientes razones:

El derecho fundamental al debido proceso es, por mandato del artículo 49 de la Constitución, de obligatoria observancia en *todas las actuaciones judiciales y administrativas*. De esta manera, al procedimiento administrativo han de aplicarse todos los atributos que ese precepto fundamental recoge en sus cardinales 1 al 8, como son el derecho a la defensa y asistencia jurídica, derecho a ser notificado, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser oído, derecho al juez natural, derecho a no ser obligado a confesarse culpable, prohibición de sanción sin ley previa, derecho a la cosa juzgada y derecho a la responsabilidad patrimonial ante el error, retardo u omisión en la tramitación de un proceso o procedimiento administrativo. Así lo dispone el propio artículo 49 de la Constitución, cuando afirma que *“el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente...”*.

En consecuencia, mal puede dictarse un acto administrativo que afecte la esfera jurídica de un particular sin que, previamente, se haya sustanciado el correspondiente trámite, de cuyo inicio se haya notificado a todos los interesados, especialmente, a quien se vea directamente afectado, y en el cual se haya dado a éstos oportunidad de defensa, esto es, de alegación y prueba en su favor, bajo pena de vulneración a ese derecho fundamental al debido procedimiento y, además, el derecho a la presunción de inocencia.

En la hipótesis de autos, cabe recordar que la norma cuya nulidad se demandó preceptúa que el Contralor General de la República podrá imponer las sanciones accesorias de suspensión sin goce de sueldo o de destitución, así como la de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en atención a *“la entidad del ilícito cometido”* o a *“la gravedad de la irregularidad cometida”*, a quienes hayan sido declarados responsables administrativamente, mediante decisión firme en sede administrativa; sanciones que habrán de imponerse, según el texto expreso de la norma, *“sin que medie ningún otro procedimiento”*.

Ahora bien, el derecho al debido procedimiento o al procedimiento previo es, se insiste, garantía fundamental del derecho a la defensa y, como tal, no puede ser relajado ni sustituido por otros medios de defensa. De esta manera, el control *ex post* del acto sancionador a través de las vías administrativas y jurisdiccionales que dispone la Ley no sustituye, en modo alguno, el derecho al **previo** procedimiento y a ser oído que tiene el sancionado **antes** de que se emita el acto definitivo; unos y otros son atributos esenciales de un mismo derecho fundamental, todos los que, como tales, deben ser observados a cabalidad.

En sentencia de 21 de mayo de 1996, con ocasión del juzgamiento en relación con la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia fundamental de la apertura de un procedimiento contradictorio y de la oportunidad del posible afectado para el planteamiento de sus alegatos *antes* de que se decida cualquier procedimiento administrativo –incluso constitutivo, se añada- o proceso judicial, ello como garantía inherente al derecho a la defensa y al debido proceso:

*“... el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, cuya supuesta nulidad se analiza, faculta al Juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo procedimiento y sin informar previamente al presunto agravante, de la existencia de una demanda en su contra.*

*(...) a juicio de la Corte, ello constituye una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de la República, por cuanto éste indica que el mandamiento de amparo debe ser producto de un procedimiento, de circunstancias a las que no hace ninguna referencia*

en el texto del artículo 22 *eiusdem*, como condición previa y necesaria para dictar tal mandamiento.

Por otra parte, es evidente que estamos ante una grosera y flagrante indefensión, ya que el nombrado artículo 22, choca abierta y directamente con la última parte del artículo 68 de la Constitución, el cual establece que 'la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso' (Subrayado añadido).

Tampoco comparte el salvante el criterio que sostuvo la mayoría sentenciadora, en el sentido de que el previo procedimiento sería aquel que se tramita antes de que se dicte el acto que declara la responsabilidad administrativa y que, en esa oportunidad, el particular puede defenderse tanto de la declaratoria de responsabilidad como de las sanciones que eventualmente impondrá el Contralor General de la República.

En efecto, se discrepa de tal opinión porque ese procedimiento administrativo tiene un objetivo específico: la determinación de la incursión o no de determinado sujeto en alguna de las infracciones que tipifican los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –propias de la responsabilidad administrativa– lo que dará lugar, en caso asertivo, a la imposición de la sanción de multa, de conformidad con el artículo 94 *eiusdem*, y a la declaratoria de responsabilidad administrativa del sujeto. En este supuesto, la defensa del interesado se dirige a la alegación y prueba en contra de la verificación de la conducta infractora que se le imputa.

A diferencia de ello, la imposición de las sanciones “complementarias” que recoge el artículo 105 *eiusdem* por parte del Contralor General de la República –unas típicamente disciplinarias y otra típicamente penal–, si bien tiene como presupuesto la previa declaratoria de la responsabilidad administrativa, procede o no según la ponderación de otros aspectos: “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*”; en consecuencia, poco importa ya la defensa que se ejerció para la demostración de la inexistencia de infracción administrativa, la cual ha sido declarada mediante acto administrativo; lo que al sancionado interesa ahora es la alegación y la prueba, con relación a la eventual imposición de una sanción, de “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*” para evitar tal nueva y adicional imposición y mal podía haberse defendido de este asunto en el curso del procedimiento que ya se sustanció, sin que con ello hubiera incurrido, inevitablemente, en una gran contradicción: la alegación de que no le es imputable una conducta ilícita y, a la par –aunque fuese de manera subsidiaria– el argumento de que, en todo caso, dicha conducta no fue “muy grave” o que el ilícito de que se trate es uno de “menor entidad”.

En consecuencia, sí sería indispensable el reconocimiento del derecho a la defensa al particular antes de que el Contralor General de la República impusiese la nueva sanción y, por ende, sí sería necesario que hubiese un nuevo procedimiento que otorgase plenamente al sancionado esa oportunidad de alegación y prueba a su favor, y así debió declararlo esta Sala. Debe añadirse, por otra parte, que ese nuevo procedimiento, además, debería satisfacer el principio de inmediación al que tanta preeminencia le dio el constituyente y que es consustancial con el sistema acusatorio por el que optaron, primero el legislador –del Código Orgánico Procesal Penal– y luego, el mismo constituyente, en materia sancionatoria penal, la cual, se insiste, es manifestación del mismo *ius puniendi* que el Estado ejerce a través de la potestad sancionatoria administrativa. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado en la audiencia preliminar, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución–, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.1.2 Asimismo, en el veredicto que precede se afirmó que el procedimiento administrativo sancionador que se sigue ante la Contraloría General de la República en esos casos es un procedimiento administrativo complejo, en el que se emiten dos actos administrativos que son manifestación de la misma potestad sancionadora. Para ello se invocó el precedente de esta Sala N° 1117/2006. Ahora bien, se advierte que en ese antecedente la Sala se refirió a lo que calificó como un “acto complejo” y frente a lo cual quien hoy disiente salvó su voto y expuso el concepto que en doctrina y jurisprudencia se asume de procedimiento complejo:

El carácter complejo del procedimiento deriva de que está conformado por dos fases, cada una de las cuales puede considerarse, a su vez, como un trámite autónomo, que concluyen con sendos actos definitivos directamente coligados entre sí, de manera que el acto posterior requiere de la existencia del anterior. Ejemplo típico de procedimiento complejo es el electoral, el cual comienza con la convocatoria a elecciones y culmina con la adjudicación del cargo al candidato ganador; no obstante, entre uno y otro se suceden una serie de actos que recaen en el marco de tramitaciones consecutivas -postulación, votación, escrutinios-, cada una de las cuales, si bien depende de las anteriores, implica la emanación de actos definitivos, todos los cuales constituyen un único procedimiento complejo: el procedimiento electoral.

Lo que caracteriza a los procedimientos complejos, concepto que ha sido desarrollado desde el Derecho Administrativo, pero aplicable a la generalidad de las tramitaciones que están legalmente dispuestas para el ejercicio de las distintas funciones públicas, es que cada uno de sus actos es independiente, eficaz *per se* y, por ende, revisable sin necesidad de que se emitan el o los actos posteriores (subrayado añadido).

De este modo quien difiere pone en evidencia que la consideración como un procedimiento complejo, del procedimiento administrativo sancionador que se tramita ante la Contraloría General de la República para la declaratoria de responsabilidad administrativa, llevaba a la conclusión de que sí se requería una nueva fase procedimental antes de que se impusiera la sanción por parte del Contralor General de la República de acuerdo con el artículo 105 que se impugnó, pues como se señaló en la cita anterior, lo que caracteriza a los procedimientos complejos es que en ellos se dictan varios actos administrativos definitivos y coligados entre sí, pero cada uno está precedido de su propia fase procedimental. Por ello, junto con la exigencia del respeto al derecho a la defensa y debido proceso, debieron concluir en la estimatoria de ese alegato de inconstitucionalidad.

2.2 En segundo lugar, se desechó la delación de injuria al principio *non bis in idem* en los siguientes términos:

En ese sentido, la sanción, como manifestación externa del *ius puniendi* de la Administración por el acaecimiento de una infracción administrativa, es de diversa naturaleza. Fundamentalmente pueden ser las sanciones pecuniarias como la multa, o interdictivas como la suspensión, la destitución o la inhabilitación. Las pecuniarias recaen sobre el patrimonio del infractor, mientras que las interdictivas le restringen o impiden el ejercicio de ciertas actividades. Ahora bien, la técnica de establecimiento de sanciones administrativas indudablemente está restringida por el principio de *non bis in idem*, pero no se encuentra completamente anulada. De ordinario, la imposición de sanciones pivota entre ambas, el legislador escoge unas u otras como materialización del principio de correlatividad numérica de la sanción; sin embargo, el principio de correlatividad numérica de la sanción no es un principio absoluto, el legislador excepcionalmente puede prescribir varias sanciones interdictivas o también establecer sanciones pecuniarias con interdictivas para sancionar las mismas infracciones administrativas. Este escenario es el resultado de la ponderación realizada por el legislador respecto a cuál es el tipo de sanción que produce la aflicción necesaria para lograr el efecto represivo o disuasivo de la sanción. En este caso, el legislador concluye que la aflicción no se logra con la sanción única, ante lo cual añade una o varias sanciones, con el requerimiento para cumplir con el principio de *non bis in idem* de que sean de distinta naturaleza.

El bien jurídico tutelado por el legislador tras una opción de esa naturaleza se inscribe dentro de los valores de la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público. En el modelo de Estado social de Derecho y de Justicia adoptado constitucionalmente, es necesario que el legislador se proponga la eficacia del sistema nacional de control fiscal

mediante el establecimiento de sanciones que garanticen coercitivamente la funcionalidad del control fiscal.

Así, en la norma cuya constitucionalidad se impugna se contemplan diversas sanciones imponibles como producto del procedimiento administrativo sustanciado para el establecimiento de una infracción legal en el ejercicio de la función pública. Se trata, por tanto, de un supuesto excepcional que debe cumplir con el test de la proporcionalidad, y ser ponderada la gravedad de la infracción, requerimiento que encuentra la Sala cumplido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; pues la imposición conjunta de multa y sanciones interdictivas es el resultado de un juicio valorativo que pondera la gravedad de la falta por parte del órgano sancionador, sin perjuicio del control jurisdiccional.

En los mismos términos en que se expresó el voto salvado a la sentencia N° 1265 de 5 de agosto de 2008, se reitera que:

Para que se pudiese concordar con los asertos que anteceden, el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tendría que ofrecer dos garantías que no ofrece; en primer lugar, como en materia penal, ambos tipos de sanciones habrían de ser impuestas como consecuencia del mismo procedimiento y por la misma autoridad para que pudieran ser objeto, en conjunto, del mismo control administrativo y judicial y, en segundo lugar, debería establecer con claridad la posibilidad de imposición, o no, de más de una sanción accesoria, a través de más de un acto administrativo “complementario”.

En efecto, como se razonó *supra*, pese a que la mayoría determinó que ambos tipos de sanciones –principales y “accesorias”- son producto de un mismo procedimiento administrativo, ello no es cierto. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.3 El acto de juzgamiento que precede desestimó el alegato de injuria al principio de tipicidad de las sanciones administrativas, bajo el argumento de que, en la norma que se impugnó, están suficientemente tipificados tanto las sanciones administrativas como los hechos ilícitos que dan lugar a esas sanciones y que, si bien la norma incluye ciertos conceptos jurídicos indeterminados –como la gravedad de la irregularidad- que deberá apreciar el órgano sancionador –el Contralor General de la República-, la inclusión de los mismos no resulta –para la mayoría sentenciadora- inconstitucional, sino que, en todo caso, su incorrecta apreciación sería causal de ilegalidad del acto administrativo.

Contrariamente a lo que sostuvo la mayoría sentenciadora, quien suscribe como disidente considera, tal como expuso en su voto salvado al fallo N° 1265/08 de esta Sala, que sí se agravó el principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas, por las siguientes razones:

El principio de tipicidad es, junto con el principio de reserva legal, manifestación directa del principio de legalidad que debe, como tal, informar *siempre* el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sea que éste se ejerza a través de sanciones penales, sea a través de sanciones administra-

tivas. Ello se deriva, claramente, del artículo 49, cardinal 6, de la Constitución, el cual dispone:

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

*6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes” (Destacado añadido).*

De esta manera, el principio de tipicidad o mandato de tipificación puede definirse como la determinación, en una norma de rango legal, de las conductas que se tildan de infracciones y de las sanciones correlativas a esas conductas, de manera tal que esa determinación normativa permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción que se impondrá.

El mandato constitucional de tipificación legal se exige, así, tanto para las conductas que se consideren infracciones administrativas como para las sanciones que a estas conductas corresponden.

Ahora bien, el incumplimiento con el principio de tipificación legal encuentra distintos grados o variantes: así, puede tratarse de una ausencia absoluta de tipificación, cuando la Ley silencia cualquier forma de ella, caso en el que la deja –inconstitucionalmente– en manos del reglamento o, peor aún, de la Administración con competencia para la aplicación de la sanción en el caso concreto. En segundo lugar, puede tratarse de una insuficiencia de tipificación legal, esto es, insuficiencia de *lex certa*, lo que se verifica cuando no hay descripción legal suficiente de los elementos esenciales de la infracción o de la sanción, imprecisión que no permite la predicción, con suficiente certeza, de cuáles son las conductas que se consideran infracciones y a qué sanción atenerse cuando estas conductas se consuman. Como afirmó ALEJANDRO NIETO *“la suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta (...) la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”* (Cfr. *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 293).

No es el primer caso que se describió, ciertamente, el supuesto que se ha delatado, pues el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tipifica las distintas sanciones que habrán de imponerse de manera complementaria, *“según la gravedad de los hechos”*, en relación con las conductas infractoras que, a su vez, están tipificadas en los artículos 91 y 92 de la misma Ley, a los que hace alusión el artículo 105 en cuestión. De modo que puede afirmarse que sí hay tipificación en la norma jurídica; pero lo que se ha denunciado es el segundo supuesto, esto es, la insuficiencia de esa tipificación, pues, se establecería, de manera genérica, una gradación sumamente amplia de las sanciones “accesorias” que se pueden imponer, incluso en forma acumulada y, lo que es más grave, sucesiva –sin límite en el tiempo–, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, las cuales determina discrecionalmente el Contralor General de la República.

Debía, pues, determinarse hasta qué punto esa tipificación no exhaustiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal lesiona o no el principio de *lex certa*, esto es, la certeza y seguridad jurídica de los eventuales sancionados, al punto de que constituya o no inobservancia del precepto constitucional que recoge el mandato de tipificación legal. (...)

Otro aspecto que debe puntualizarse es que, según se indicó con anterioridad, la tipificación de las infracciones se preceptúa en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la tipificación de las sanciones “complementarias” (suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas) a la sanción principal, la multa, está recogida en el 105 *eiusdem*, en forma que, en criterio del salvante, no cumple con el principio de tipicidad suficiente respecto del vínculo o enlace entre tales infracciones y las sanciones accesorias, pues el único nexo entre ellas es la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y la gravedad que, en cada caso concreto, presente la infracción que se cometió, según lo determine, sin la sustanciación de un procedimiento para ello, el Contralor General de la República.

Así, esa correlación entre la conducta que esté tipificada como infracción y la sanción que se impondrá dependerá, siempre, como se dijo, de la valoración que, en el caso concreto, realice el órgano administrativo sancionador de conceptos jurídicos indeterminados, como son la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, cuya apreciación ha de realizarse, como sucede cuando se analiza cualquier concepto de esta naturaleza, de manera racional; pero, en este caso, los conceptos en cuestión son de tal amplitud que impiden, *per se*, el cumplimiento con el principio de tipificación y, en consecuencia, impiden el cabal ejercicio del derecho a la defensa y del derecho a la certeza jurídica de los eventuales sancionados.

En efecto, por conceptos jurídicos indeterminados se entiende aquellos relativos a una “esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, p. 457).

A diferencia de lo que sostuvo la mayoría sentenciadora en el fallo que antecede, en el sentido de que el artículo bajo análisis otorgó al Contralor General de la República una potestad discrecional, la doctrina administrativista venezolana y extranjera han entendido, tradicionalmente, que la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados *no implica ejercicio de discrecionalidad administrativa*, pues no se trata de la existencia de varias alternativas todas ellas igualmente válidas, que puede escoger la Administración al momento de su actuación, sino de la apreciación de ciertos conceptos jurídicos que, si bien no pueden ser determinados por la norma jurídica *in abstracto* en tiempo y espacio, *sí pueden precisarse en cada caso concreto al momento de su aplicación*, concreción que corresponde al órgano aplicador, en este caso la Administración. La consecuencia fundamental de ello es que la errónea, irracional, desproporcionada o irrazonable aplicación de tales conceptos en el marco de un caso concreto, es susceptible de revisión y control jurisdiccional pleno, al igual, por cierto, que en el caso del ejercicio de la potestad discrecional, que es controlable, no solamente, respecto de los aspectos formales del acto en que se vierta y en los elementos reglados que lo integran sino, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la racionalidad y proporcionalidad de la decisión en sí.

En todo caso, aún desde esa limitada perspectiva, los actos administrativos que puede dictar el Contraloría General de la República con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *sin necesidad de procedimiento previo*, violan uno de esos aspectos formales por *ausencia absoluta y total de procedimiento* en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, si la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es, como principio general, plausible en el ámbito de ejercicio de la mayoría de las formas de la actividad administrativa, es evidente que durante el ejercicio de su potestad sancionadora resulta sumamente cuestionable y, en consecuencia, debe evitarse la sustentación de sanciones administrativas en la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues ello implicaría, se insiste, a lo menos, una importante merma, si no violación al principio de certeza y seguridad jurídica, al derecho a la defensa y al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, derechos que recogió el artículo 49, en sus cardinales 1 y 6, respectivamente, de la Constitución de 1999.

En consecuencia, considera el salvante que la redacción del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal injuria el principio de tipicidad de las sanciones, pues carece de una gradación certera y concreta de correlación entre cada una de las posibles sanciones que pueden ser impuestas y las conductas ilícitas que tipifican los artículos 91 y 92 de la misma Ley, lo que implica que no está tipificado el vínculo o enlace entre la conducta infractora y la sanción graduada determinada que se imponga en cada caso.

La certeza y seguridad jurídica ínsitas en la imposición de cualquier sanción, incluso aquellas de naturaleza administrativa, coliden frontalmente con la ilimitada apreciación que la norma otorgó al órgano sancionador para la determinación, en cada caso concreto, de la sanción que impondrá según la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, lo cual impide el cabal ejercicio del derecho a la defensa (artículo 49, cardinal 1, consti-



tucional) y viola el derecho a la tipificación que otorgó el artículo 49, cardinal 6, *eiusdem* a los eventuales sancionados.

2.4 En cuarto lugar, la mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al principio de proporcionalidad, para lo cual consideró que las sanciones que preceptúa el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal “*guardan relación con la gravedad de la conducta y la relevancia que tiene para la función pública el hecho cometido*”. En este sentido, el acto decisorio agregó que las sanciones que recogió esa norma no son accesorias ni dependientes de la sanción de multa, por lo que la proporcionalidad no se debe entre ellas sino de ellas frente a las conductas infractoras y afirmó:

...ninguna de las sanciones dependen unas de otras; por el contrario, la suspensión, la destitución y la inhabilitación pudieran no imponerse si el Contralor General de la República estima que la entidad de la infracción cometida o la gravedad de la irregularidad no lo amerita; por su parte la multa sí es la consecuencia obligatoria de la declaratoria de responsabilidad administrativa, pues su falta de imposición por parte del funcionario competente reñiría con el principio administrativo de la irrenunciabilidad de la competencia.

Quien difiere observa que la sentencia contradice el veredicto que suscribió la mayoría sentenciadora N° 1265/08, que antes se citó, en el que se juzgó una demanda de idéntica naturaleza a la de autos –la nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal-. En ese reciente pronunciamiento se afirmó que ese precepto no es violatorio del principio del *non bis in idem* “*ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico*”.

De esta manera, la mayoría de magistrados sostuvo, en el primero de los fallos, el carácter accesorio de las sanciones que recoge el artículo 105 que se impugnó para la desestimación de la violación al principio *non bis in idem*; no obstante, en este nuevo veredicto es el argumento diametralmente contrario –la no accesoriedad de las sanciones- el que se sostuvo como afincamiento de que las sanciones –suspensión, destitución, inhabilitación-, que impone el Contralor General de la República no son desproporcionadas frente a la sanción de multa que se impone en el auto de responsabilidad administrativa.

En consecuencia, el salvante es de la opinión que la Sala debió ser coherente y mantener una uniformidad de criterio, lo que habría derivado o bien en la estimación del alegato de agravio al principio *non bis in idem* en el primer veredicto, o bien, en la estimación de la violación del principio de proporcionalidad entre las sanciones que se imponen, tal como se alegó en la segunda sentencia y, en consecuencia, en la nulidad del precepto que se impugnó.

2.5 También desestimó la mayoría la delación de la injuria a los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Contención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, la sentencia que precede afirmó que la sanción que se impone de acuerdo con el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal no es una sanción política, sino administrativa y que “*surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indistintamente de cuál sea el origen; esto es, por concurso, designación o elección popular*”. Asimismo, el fallo expresó:

...la sentencia penal a que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República de Venezuela inhabilita para el ejercicio de los derechos políticos. En cambio el Contralor General de la República no inhabilita políticamente, sino que la inhabilitación es para el ejercicio de funciones públicas (...) es decir, que como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público, como sería la restricción derivada de la mayoría o de los extranjeros para determinados cargos públicos, debiéndose recalcar

que es cualquier funcionario público, incluso los de elección popular, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión necesaria tampoco gobernante (subrayado añadido).

Ya quien rinde esta opinión divergente de la que prevaleció para la aprobación del juzgamiento antecedente, tuvo oportunidad de establecer su criterio en relación con la violación a los derechos políticos de las venezolanas y venezolanos por parte de la norma objeto de la demanda de autos, la cual reitera:

...no ofrece dificultad alguna la comprensión de que la nacionalidad venezolana otorga a quienes la detentan la ciudadanía, la cual, a su vez, los hace titulares “de derechos y deberes políticos”, “de acuerdo con -e(sa) Constitución-” (artículo 39) y no de conformidad con la ley (reserva constitucional), Constitución que, en el mismo artículo, sólo acepta como límites al ejercicio de la ciudadanía la inhabilitación política y la interdicción civil ¿Cuáles son esos derechos políticos? Los que se describen en el Capítulo IV “De los derechos políticos y el referendo popular”, Sección primera: de los derechos políticos y cualesquiera otros que se consideren inherentes a la persona humana.

Los artículos 40 y 41 precisan a quién y cómo pertenecen los derechos políticos (“a los venezolanos y venezolanas, salvo las excepciones establecidas en e(sa) Constitución”) y las diferencias a su respecto entre los venezolanos y venezolanas por nacimiento y por naturalización.

Por último, el constituyente cerró la sección que dedicó a la ciudadanía con el artículo 42 según el cual, como fue expuesto, quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía y el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, es decir, que la única manera de perder el derecho al ejercicio de los derechos políticos –atributos de la ciudadanía y, ésta, de la nacionalidad-, que es en lo que consiste una inhabilitación política (artículo 39), es que recaiga una sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En efecto, se insiste, para el salvante, la claridad de la norma constitucional no deja lugar a interpretaciones ambiguas: el ejercicio de los derechos políticos, esto es, de aquellos que recoge el Capítulo IV, Título III de la Constitución, como son el derecho a la participación política (artículo 62), el derecho al sufragio activo (artículos 63 y 64), el derecho al sufragio pasivo o derecho al ejercicio de cargos de elección popular (artículo 65) y todos los demás derechos que recoge ese Capítulo y que, aún cuando no estén expresamente contenidos en él, se consideren inherentes a la persona humana y sean de naturaleza política, sólo pueden ser suspendidos por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, sentencia cuyo dispositivo contendrá, necesariamente, la inhabilitación política.

Esa norma se complementa, además, con los artículos 65 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero establece:

“No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito”.

Ahora bien, sostuvo la mayoría que esa norma no impide que existan otras causales de restricción, por ley, del ejercicio del derecho al ejercicio de cargos de elección popular. Por el contrario, el salvante considera que ese artículo 65 debe analizarse a la luz de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, la cual fue especialmente clara cuando dispuso, respecto de los derechos políticos, lo siguiente:

“El derecho a desempeñar funciones públicas y ejercer cargos de elección popular se les otorga de manera igualitaria a los electores venezolanos y venezolanas, que sepan leer y escribir, con las solas restricciones derivadas del propio texto constitucional, o de las condiciones de aptitud exigidas por las leyes, para determinados cargos.”

Como una respuesta a las demandas de los venezolanos ante las graves desviaciones del sistema político y a la corrupción desmedida, se incluye la prohibición de optar a cargos de

elección popular a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos durante el tiempo en que ejercieron las funciones públicas, así como otros delitos que afecten el patrimonio público” (Subrayado añadido).

En consecuencia, se concluye que las limitaciones al derecho fundamental al desempeño de funciones públicas y al ejercicio de cargos de elección popular constituyen, a no dudarlo, una típica materia de reserva constitucional que incluye una explícita proscripción al legislador de que se establezcan restricciones distintas de las que preceptuó la Constitución; por tanto, el legislador no podría disponer de mecanismos alternos al de sentencia judicial firme que implicasen la suspensión de derechos fundamentales de contenido político. La única excepción, que a este principio general admite el constituyente, es la posibilidad de que el legislador determine ciertas condiciones de aptitud (edad, conocimientos especializados, antigüedad, p.e.) para optar al ejercicio de determinados cargos públicos.

El incumplimiento con esa proscripción es, precisamente, la inconstitucionalidad que se verifica en el caso de autos, porque el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone, como mecanismo de limitación y hasta eliminación del ejercicio de derechos políticos –concretamente el derecho al ejercicio de cargos de elección popular-, la imposición de las sanciones administrativas de destitución, suspensión y de inhabilitación política a través de un acto administrativo del Contralor General de la República. En consecuencia, la limitación que impone el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal al derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular y al desempeño de funciones públicas, es una limitación que no sólo viola la prohibición expresa que preceptúa el artículo 42 de la Constitución –en el sentido de que no podrá suspenderse el ejercicio de los derechos políticos por causa distinta de sentencia judicial firme- sino que, además, colide con el artículo 65 *eiusdem*, pues, como refleja la Exposición de Motivos de la Constitución, la restricción a ese derecho fundamental es de la estricta reserva constitucional. Así se declara.

En vez del reconocimiento de tal inconstitucionalidad, se declaró que no sólo el Contralor General de la República podría establecer una inhabilitación, sino también, en general, “*un órgano administrativo stricto sensu*” o “*un órgano con autonomía funcional*”, porque la norma “*no excluye la posibilidad*”, pese a que, en otra parte del fallo (pp.39 y 40), había hecho suya la sencilla explicación del tratadista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto al principio de legalidad: “*no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico.*”

Así, esta Sala fue más allá en el desconocimiento de las normas fundamentales y de la interpretación que les es propia e invirtió el dogma fundamental del Derecho: a los particulares se les permite todo lo que no les esté prohibido pero el Estado, el Poder, sometido como está al Principio de Legalidad, *sólo puede hacer lo que le está expresamente permitido*, no puede ejercer potestades que no le hayan sido conferidas. Si se sacan la supremacía constitucional y el principio de legalidad del juego democrático, se decreta a muerte el Estado de Derecho; si el poder no tiene límites, el Derecho Público carece de objeto y el Derecho Constitucional sólo tendrá sentido en el marco del estudio del Derecho Comparado.

Por el contrario, es necesaria la acotación de que esa exigencia constitucional, de que la suspensión del ejercicio de los derechos políticos sólo procede mediante sentencia judicial firme, debe entenderse necesariamente como sentencia condenatoria que recaiga en proceso penal, según lo preceptúa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999, según esta Sala ya ha reconocido, entre otras, en sentencia N° 340 de 9 de marzo de 2004. Esa misma Convención expresa, además, cuáles son esas condiciones de aptitud que puede regular el legislador en relación con el derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular. Así, se lee del artículo 23 de esa Convención lo siguiente:

“1 Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

- b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, **o condena, por juez competente, en proceso penal**” (Subrayado añadido).

La regulación que sobre las limitaciones a los derechos políticos asumió el Constituyente de 1999 coincide, además, con la que en esta materia se asume en el Derecho comparado. Así, cuando analizan, en su tratado, la potestad sancionatoria administrativa como expresión del *ius punnedi* del Estado, los autores españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ señalan:

“... no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. (...) **Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas** privativas de libertad (...) **y las privativas de otros derechos civiles y políticos**”. (Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Séptima edición, Madrid, 2000, Tomo II, pp. 164 y 165).

Se trata, además, de la interpretación que en nuestro ordenamiento jurídico se ha mantenido incluso antes de la vigencia del Texto Fundamental de 1999. Mediante fallo de 11 de agosto de 1998, la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia declaró la inadmisión de la solicitud que se le planteó en el sentido de que “*declare ‘la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se aceptó la postulación del ciudadano HUGO CHAVEZ FRÍAS como candidato para el cargo de Presidente de la República de Venezuela’*”, para lo cual el Pleno sostuvo que “... visto que de acuerdo con el artículo 1° de la Enmienda n.° 1 de la Constitución de la República, en que se fundamenta la solicitud, no se llenan en este caso las exigencias contempladas en dicho Texto, por cuanto es público y notorio que el ciudadano Hugo Chávez Frías *no ha sido condenado por sentencia definitivamente firme por ningún Tribunal de la República...*” (Subrayado añadido).

Lo anterior abunda, entonces, en la inconstitucionalidad parcial del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en lo que se refiere a las sanciones de suspensión y destitución respecto de funcionarios electos mediante el ejercicio del sufragio y, asimismo, en lo que se refiere a la sanción de inhabilitación política *de cualquier funcionario*, pues si se tratase de un funcionario electo popularmente, la sanción injuriaría el artículo 42 constitucional respecto de su derecho fundamental al ejercicio del cargo para el cual hubiese sido elegido así como el derecho al sufragio de quienes lo eligieron, y si se tratase de la inhabilitación política de funcionarios no elegidos de manera popular, la sanción de inhabilitación política implicaría un agravio a su derecho a la participación política que recogió el artículo 62 de la Constitución y el derecho al eventual desempeño de cargos de elección popular que reconoce el artículo 65 del Texto Fundamental. A la luz de la letra del artículo 42 constitucional, debe señalarse que la norma prohíbe la suspensión del goce y no sólo del ejercicio de los derechos de contenido político; en consecuencia, aunque el sancionado no fuese, al momento de la sanción, candidato a cargos de elección popular, su inhabilitación política resultaría inconstitucional.

En sintonía con las disposiciones constitucionales que se analizaron, el artículo 285.5 de la Carta Magna establece, entre las atribuciones del Ministerio Público: “*Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones*”.

El término jurídico “acción” tiene, sin lugar a dudas, una connotación judicial, en virtud de que es el derecho de acceso a los tribunales para que sea declarado el derecho (*iurisdictio*); es, en las muy sencillas palabras de la Real Academia de la Lengua Española: “*Ver. Derecho que se tiene a pedir una cosa en juicio*” (*Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992).

Así, esta atribución del Ministerio Público, en el marco del sistema, de normas que se comenta, refuerza la conclusión que se explicó respecto a la expresa voluntad del constituyente con relación a las limitaciones a los derechos políticos de los ciudadanos en general y de los funcionarios públicos en particular.

En consecuencia, quien disiente considera que es inconstitucional, tal como se dispuso en los precedentes que antes se citaron, la sanción de destitución de funcionarios electos popularmente que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, asimismo, se agrega en esta oportunidad, *son inconstitucionales las sanciones administrativas de suspensión respecto de los funcionarios de elección popular y la sanción administrativa de inhabilitación política respecto de cualquier funcionario público*, ambas recogidas también en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues se trata de limitaciones al ejercicio de derechos políticos mediante la imposición de sanciones administrativas, lo que contradice abiertamente la letra de los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

3. Por último, se observa que el veredicto antecedente, luego de la desestimación de la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, señaló que “*la Sala se declara incompetente para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por el Contralor General de la República*”, pues la competencia de la Sala para la anulación de tales actos administrativos se limita al análisis del vicio de ausencia de base legal de los mismos, vicio que no se verificó –para la mayoría– en este caso.

Quien disiente comparte el criterio que sostuvo el acto jurisdiccional en el sentido de que la posibilidad acumulación de la pretensión de nulidad de un acto administrativo a la de nulidad del acto legal que le sirve de fundamento, procede en la medida en que el motivo de impugnación que se plantee respecto del acto administrativo sea el vicio de ausencia de base legal, lo que, además, es jurisprudencia de esta Sala como lo demuestran los precedentes N° 2193/03, N° 2706/03, N° 2794/05 y N° 1452/04, entre otras.

No obstante, en lo que se discrepa es en que la declaratoria de incompetencia de la Sala implica forzosamente la declinatoria al órgano jurisdiccional con competencia para el conocimiento del asunto, en este caso la Sala Político-Administrativa, pues lo contrario sería la ausencia de control jurisdiccional de tales actos, ante la ya evidente extinción de los plazos de caducidad para la interposición de una demanda de nulidad en contra de tales actos administrativos ante dicha Sala. En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser declarada con lugar, con inclusión, por vía de consecuencia, de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares cuya declaratoria de nulidad también se pretendía, por ausencia de base legal. Asimismo, puesto que se optó por la desestimatoria de la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, este juzgador debió declinar en la Sala Político-Administrativa el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que también fueron objeto de impugnación.

Queda así expresado el criterio del magistrado que rinde este voto salvado.

**TSJ-SPA (0947)**

**12-8-2008**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Enrique Mendoza D'Ascoli vs. Contraloría General de la República.

**Las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.**

En lo relativo al argumento de la parte actora conforme al cual afirma la existencia de jurisprudencia de este Máximo Tribunal que orientan a establecer el cumplimiento de los presupuestos necesarios para otorgar la medida cautelar peticionada, se observa:

Como ya se precisó en este fallo, la procedencia de la medida cautelar de suspensión de efectos establecida en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela, exige la concurrencia en el caso concreto de los requisitos relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, “*teniendo en cuenta las circunstancias del caso*”. Ahora, la situación jurídico fáctica sobre la cual recayó decisión cautelar de suspensión de efectos de fecha 2 de mayo de 1991 (caso *Hildo Hernández*), dictada por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, es sustancialmente disímil a la del presente asunto, ya que no está de modo alguno referida a la aplicabilidad, alcances y efectos de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas establecida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que se produce como consecuencia de la previa declaratoria de responsabilidad administrativa.

En tal sentido cabe destacar, como esa misma decisión lo expresó, que la protección anticipada otorgada en esa situación respondía a “las circunstancias del caso”, que como se vio inmediatamente antes, no son análogas a la presente. Razonamientos que conducen a concluir, que dicho antecedente en nada obra a favor de la pretensión del recurrente de suspensión de efectos del acto impugnado.

En cuanto a las decisiones N° 1420 del 27 de julio de 2004 y 1116 del 29 de mayo de 2006, dictadas ambas por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, conforme a las cuales, a propósito del amparo cautelar solicitado en el recurso de nulidad ejercido contra el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se suspendió la aplicación de esa norma “*respecto de los recurrentes, en el marco del caso concreto que se planteó (...) hasta cuando se sentencie la pretensión principal de nulidad*”; si bien guardan aspectos sustantivamente vinculados con el presente, particularmente los referentes a los presupuestos causales, manera de aplicabilidad (desde su ámbito procedimental), y efectos que produce la sanción de inhabilitación establecida en el mencionado artículo; es preciso desestimar definitivamente, en la actualidad, que orientan a otorgar la cautela peticionada a favor del ciudadano Enrique Mendoza D'Ascoli, toda vez que por decisión de reciente data, a saber, la N° 1265 del 5 de agosto de 2008 (Exp. N° 05-1853), la misma Sala Constitucional estableció categóricamente el carácter constitucional de ese precepto normativo, por considerar, entre otros aspectos, que:

(i) El procedimiento administrativo llevado por la Contraloría General de la República para el establecimiento de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos

investigados, comprende tres etapas que garantizan el derecho a la defensa y el debido proceso de los imputados administrativamente; guardando así plena y efectiva compatibilidad con lo previsto en el artículo 49 constitucional.

(ii) El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no puede reputarse como una norma penal en blanco debido a que la garantía de la tipicidad está plenamente satisfecha, en virtud de que el propio texto legal cuestionado prevé los hechos y conductas acreedoras de sanciones.

(iii) La Contraloría General de la República no debe desarrollar otro procedimiento adicional para la imposición de las sanciones accesorias como la inhabilitación, esto debido a que, con el sano desarrollo del procedimiento principal -tendente a la comprobación de la responsabilidad administrativa del imputado- se garantizan los derechos que asisten a los funcionarios públicos cuestionados.

(iv) No se ve tampoco afectado el principio *non bis in idem*, ya que no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Valga acotar, que lo proferido por la Sala Constitucional en la comentada decisión se compadece perfectamente con lo que esta Sala Política-Administrativa ha venido sosteniendo pacífica y reiteradamente con relación a los alcances del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en las sentencias siguientes: N° 00868 del 21-07-04; N° 00217 del 07-02-07; 00738 del 17-05-07; N° 00808 del 30-05-07; N° 01383 del 01-08-07; N° 00595 del 14-05-08; y 00742 del 19-06-08, entre otras; de cuyo contenido se desprende que:

(i) La imposición de las sanciones disciplinarias a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, requiere como único presupuesto la declaratoria de responsabilidad administrativa. Es decir, dichas sanciones, aparte de la pecuniaria, son consecuencias jurídicas que, según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, “*sin que medie ningún otro procedimiento*”, porque se erigen como actos-consecuencias, que resultan de un procedimiento o *iter* previo, preparatorio y necesario para su aplicación, el de la determinación de la responsabilidad administrativa, que es en el que se comprueba el ilícito administrativo y se determina dicha responsabilidad.

(ii) En tal sentido, las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

(iii) Por virtud de lo anterior, iniciar un nuevo procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones establecidas en dicha norma sería un contrasentido, pues además de que se iniciaría con base en los mismos hechos, se desnaturalizaría el tratamiento de la sanción como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad.

Con fundamento en lo señalado, debe esta Sala estimar que no existe presunción de buen derecho favorable al recurrente, en lo que concierne al aspecto analizado, ya que, como se ha visto, la jurisprudencia invocada por la representación judicial del actor no resulta aplicable a su favor. Así se establece.





# ÍNDICE



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Amparo. 564
- Admisibilidad. 571
  - Admisibilidad. Corrección y omisiones del libelo. 571
  - Admisibilidad. Legitimación. Carácter personalísimo. 575
  - Diferencia con la acción de habeas data. 564
  - Objeto. 567
    - Omisiones administrativas. 567
    - Vías de hecho. Inadmisibilidad. 569
  - Sentencia. 575
- Acción de Colisión de Leyes. 556
- Acción de Inconstitucionalidad. 553
- Admisibilidad. Requisitos del libelo. 553
  - Medidas Cautelares. 555
- Actos Administrativos. 538
- Requisitos de forma. Motivación. 538
  - Vicios de fondo. 541
    - Incompetencia. 541
    - Usurpación de funciones. 541
- Administración Descentralizada. 486
- Corporaciones de Derecho Público no estatales. Corporativos. Colegios Profesionales. 493
  - Fundaciones del Estado. Régimen jurídico. 486
- Administración Pública.
- Principio de proporcionalidad. 482
  - Régimen. Potestad Sancionatoria. 481
- Alcaldes. Requisitos de postulación. 501

-C-

- Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial. Constitución. 494

- Concejos Municipales. Funciones del Secretario Municipal. 502
- Contencioso Administrativo. Concepción. 455
- Contencioso Administrativo. 546
- Perención. 551
  - Regulación del procedimiento. Reducción de lapsos. 546
  - Sentencia. 549
  - Suspensión de efectos del acto administrativo. 549
- Contencioso Administrativo Electoral. Intervención de terceros. 551
- Contencioso Administrativo especial. 551
- Contraloría General de la República. Competencia. 501
- Contraloría General de la República. Naturaleza jurídica. 499
- Contratos Administrativos. 542
- Caducidad. 544
  - Cláusulas exorbitantes. 543
  - Consentimiento. 542
  - Modificación. 542

-D-

- Derecho a la defensa. 475
- Derechos Económicos. Derecho a la calidad de bienes y servicios. 504
- Derechos Económicos. Régimen. 504
- Derechos Humanos. Régimen General. Tratados. 474
- Derechos Laborales. Derecho a la estabilidad laboral. 477
- Derechos Sociales. 477

-E-

- Estado. Responsabilidad Patrimonial. 473

-F-

Funcionarios Públicos. 576

- Derechos. Jubilación. 602
- Ingreso a la administración pública. Ingreso sin concurso público. Estabilidad provisional. 576

-G-

Gaceta Municipal. 502

Garantías Constitucionales. Regulación por una Ley ordinaria. 474

Garantías del debido proceso. Derecho a la defensa. 475

-I-

Impuestos Municipales. Impuesto a las Actividades Económicas. 535

-L-

Leyes orgánicas (objeto de regulación). 463

Leyes orgánicas. Derogación 468

Leyes orgánicas. Interpretación. 468

-O-

Ordenamiento Jurídico. 463

- Leyes orgánicas (objeto de regulación). 463
- Interpretación de la Ley. 468

-P-

Poder Ciudadano. 499

Poder Discrecional. 535

Poder Judicial. 494

Poder Judicial. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial. Constitución. 494

Poder Municipal. 501

Poder Público Nacional. Régimen. 481

Principio de legalidad tributaria. 527

Principio de proporcionalidad. 482

Principios Fundamentales del Estado. 458

Procedimiento Administrativo. Principio de la Legalidad. 537

-R-

Régimen Tributario. Principios generales. 527

Responsabilidad administrativa. Sanciones accesorias dictadas por la Contraloría General de la República. 608

Revisión de Sentencias en materia constitucional. 562

-S-

Sanciones Administrativas Tributarias. 530

Sentencia. 549, 575

- Apelación. Escrito de fundamentos. 575
- Vicio de Incongruencia. 549

-T-

Tutela Judicial efectiva. 475



