

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Jesús María **ALVARADO ANDRADE**, 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 **FAUNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henríque **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henríque **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PEREZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **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 ORDÓÑEZ**, 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@blegal.com

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

Email: fejv@cantv.net

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: revistade-derechopublico@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.

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

Sobre los fundamentos y principios de la autonomía local: Democracia, transparencia, participación, legalidad, experiencia y eficacia, por Armando **RODRIGUEZ** 7

La jurisdicción constitucional venezolana como instrumento de control ilegítimo de la libertad de información: El caso "Globovisión", por Eduardo **MEIER GARCÍA** 25

Comentarios Monográficos

Control Judicial y Arbitraje Internacional conforme al Derecho Administrativo Global, por José Antonio **MUCI BORJAS** 71

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el segundo trimestre de 2010, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 89

Comentarios Legislativos

La justicia administrativa socialista, según el Legislador, por Antonio **SILVA ARANGUREN** 99

<i>Aproximación general al nuevo régimen del contencioso administrativo conforme a la ley orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa de 2010</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	102
--	-----

Jurisprudencia

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): segundo trimestre de 2010</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianna VILLEGAS SALAZAR	133
--	-----

ÍNDICE

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

ESTUDIOS

Artículos

Sobre los fundamentos y principios de la autonomía local: Democracia, transparencia, participación, legalidad, experiencia y eficacia

Armando Rodríguez García

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Coordinador del Postgrado en Derecho Administrativo*

Resumen: *La institucionalidad pública se genera a través de la confluencia de un conjunto de factores de diversa índole que representan la expresión de las demandas sociales para la satisfacción de necesidades colectivas, dentro del marco de valores culturales presentes en la Sociedad, no como efecto de decisiones singulares y personalistas; por ello, lo esencial de las instituciones se ubica en los principios que acompañan su origen y evolución, y en consecuencia, su estudio y adecuada comprensión impone el conocimiento y la permanente revisión de los mismos, para evitar el análisis superficial y contingente anclado en la exégesis de las decisiones normativas. En este sentido, la institución municipal constituye un ejemplo paradigmático de institucionalidad pública, que ancla sus raíces en etapas históricas anteriores al surgimiento del Estado -y en cierta forma es un aporte significativo a su existencia-, proyectando su presencia y su eficacia a través del tiempo, mediante las adaptaciones y ajustes que encuentran soporte, precisamente, sus principios fundamentales, asociados a categorías tales como autonomía y democracia, que en definitiva son expresión de la libertad, como valor esencial de la naturaleza humana, de donde deriva su intemporalidad imperecedera, que recobra vigor frente a las amenazas de diversa índole, profundidad y extensión que han aparecido esporádicamente, teniendo por lo general su origen en apetitos totalitarios, con consecuencias perturbadoras para los ciudadanos y las comunidades.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. AUTONOMÍA Y DEMOCRACIA. TÉRMINOS INTEMPORALES EN EL PANORAMA DE LA INSTITUCIONALIDAD LOCAL
- III. NATURALEZA, VALOR Y ALCANCE DE LA AUTONOMÍA LOCAL
- IV. PRINCIPIOS Y ELEMENTOS DE ADMINISTRACIÓN QUE ACOMPAÑAN A LA AUTONOMÍA Y LA DEMOCRACIA LOCAL
- V. LAS ESTRUCTURAS LOCALES COMO INSTITUCIÓN ESENCIAL Y PROTAGÓNICA EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS AMERICANAS
- VI. LAS AMENAZAS A LA AUTONOMÍA Y LA DEMOCRACIA LOCAL: LOS RIESGOS DE LA INSTITUCIONALIDAD MUNICIPAL

I. INTRODUCCIÓN

La aproximación al tema de los Fundamentos y Principios de la autonomía local, nos coloca frente a una cuestión medular, que impregna de manera general -aunque en buena medida imperceptible- a la vida misma de la institucionalidad municipal, por tratarse, precisamente de lo que se encuentra en sus bases. Tal como enseñaban los escolásticos, “*Principium est primum*”, es decir, lo *primero*, lo que actúa como origen de todo cuanto le sigue, y en nuestro caso, la autonomía es, en sí misma un principio cardinal de la concepción municipalista, que descansa en categorías racionales, y se estructura sobre ese soporte.

Claro está, que la dilatada presencia de sus manifestaciones organizativas y funcionales empuja directamente a la revisión de tales principios dentro de una percepción evolutiva, de transformación y adaptación a los tiempos, sin perder por ello identidad, antes bien, fortaleciendo su esencia de base fundacional que es efectiva, en la medida en que se mantiene como sólido soporte para el edificio que se construye cada día, con ampliaciones y modificaciones dispuestas para servir mejor a los requerimientos de sus usuarios.

En tal sentido podemos entender que la autonomía, en sí misma, configura un pilar esencial en esos cimientos, que se configura mediante el añadido de un conjunto de elementos cuya interacción conduce a la fortaleza del hormigón institucional.

A la revisión de esa mezcla y el valor de sus componentes se dedican las siguientes reflexiones, sin dejar de abordar, aunque de manera referencial, los riesgos que pesan sobre la edificación por la influencia de factores externos o internos, para verificar que tanto en la técnica preventiva como en la curativa, está presente la oportuna mirada a los Principios.

II. AUTONOMÍA Y DEMOCRACIA. TÉRMINOS INTEMPORALES EN EL PANORAMA DE LA INSTITUCIONALIDAD LOCAL

Hablar de *autonomía* y *democracia* en el ambiente que configura la institucionalidad pública local constituye un tópico usual para la investigación en la ciencia jurídica y, particularmente, para el campo del Derecho Público, en especial el Derecho constitucional y el Derecho administrativo. Sin embargo, no por ello resulta un asunto carente de interés y permanente vigencia. La autonomía y la democracia local no son términos banales ni categorías intrascendentes; antes bien, por tratarse de elementos esenciales para la existencia y la trayectoria de una instancia pública que se proyecta con mayor antigüedad que el propio Estado, mantienen por igual la robustez de su perfil conceptual y su validez práctica, lo que puede entenderse como el resultado de la necesidad y utilidad de su presencia.

Desde el punto de vista del significado gramatical de los vocablos -como es usual con las palabras-, ambos términos tienen, en sí mismos, una valoración propia y un alcance distinto, en atención al contexto en el cual se empleen; adicionalmente, en atención a su naturaleza polisémica resultan válidamente aplicables para designar nociones diferentes, aún cuando puedan tener cercanía o relación, pues en definitiva, tal cualidad gramatical no significa ambigüedad, antes bien, existe, en ambos casos, un cierto grado de analogía constante entre los distintos significados que pueden designar.

Así, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española¹ el vocablo *autonomía* registra cuando menos cinco acepciones o significados, dentro de los cuales incumbe de manera directa a éste análisis el que implica: “*Potestad que dentro de un Estado pueden*

¹ Diccionario de la Lengua Española. *Op. cit.*

gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno”.

De su parte, en sus dos acepciones, el término democracia designa, primero, a la “Doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno”, y en segundo lugar, a la situación de “Predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado”.

En cualquier caso, la aproximación semántica o gramatical, si bien no resulta un dato suficiente por sí mismo, para satisfacer interrogantes de carácter científico, no es menos cierto que, de ordinario, nos ofrece pistas interesantes y nada despreciables para iniciar o complementar una tarea de comprensión, o un esfuerzo de expresión, del objeto que ocupa nuestra atención.

Esa particular valoración se hace aún mayor cuando -como veremos que sucede en el presente caso- la acepción gramatical guarda estrecha sintonía con la naturaleza de las cosas y permite identificar sus componentes esenciales, que no pueden desvirtuarse por medio de asignaciones arbitrarias de contenido, pues no se trata de ejercicios de logomaquia, sino de la valoración conceptual de fondo que deriva de una carga intelectual mucho más amplia, rica y extensa, lo que cobra especial significado en el caso de las nociones que ahora abordamos, no sin advertir la variabilidad del contexto en el que las categorías sujetas a revisión han aparecido a lo largo del tiempo, y en consecuencia, la relatividad de su alcance.

La advertencia consignada como punto de partida no intenta ser un ejercicio retórico, ni mucho menos un refugio, un parapeto del discurso; tampoco debe entenderse como la proclama de una licencia auto asignada para transitar un extenso lago de ambigüedades. Mas bien, se pretende sentar una base, un soporte o anclaje argumental que apunta a reconocer y destacar la naturaleza constitutiva de estos conceptos en la configuración de la institución municipal.

Tal circunstancia implica, en su propia existencia, la realización de una trayectoria histórica de alcance varias veces secular, además de una cobertura prácticamente ecuménica, por lo que una institución que presenta cualidades expansivas de esa magnitud en lo temporal y en lo espacial, amén de su complejidad intrínseca, es necesariamente una categoría cargada de relatividad, tanto en relación con el contexto en que puede ubicarse, como en cuanto al momento histórico en el que se pretenda formular una evaluación analítica concreta.

Precisamente por esa relatividad de necesaria advertencia al manejar el municipio como categoría institucional -y con mayor razón cuando el enfoque empleado en tal manejo se inscribe en el campo del Derecho, en tanto disciplina científica y mucho más aún cuando se hace referencia a ordenamientos positivos-, es que destacamos el carácter esencial de las nociones de autonomía y democracia que lo acompañan -o tal vez mejor, que lo integran o conforman- y que por su cualidad de *factores esenciales* les atribuimos intemporalidad, como una nota de singular alcance y valoración, por contraste con posibles elementos contingentes que de algún modo aparezcan en la vida de las entidades locales, no exenta de tensión y conflicto por ser un espacio de ejercicio del poder.

Desde este punto de mira -y sin la pretensión de abordar aquí la realización de un estudio histórico, sobre lo cual remitimos a la autoridad de los muy valiosos y documentados trabajos disponibles- encontramos que la etapa que abarca la Edad Media es un momento cronológicamente clave para la comprensión del municipio contemporáneo y con ello, el tema de la pertenencia y constante actualidad de las nociones de autonomía y democracia a su configuración nuclear.

Para ello debemos regresar al manejo de las palabras y su significado, advirtiendo que, a pesar de la igualdad del término y raíz etimológica, suscribimos que no hay identidad entre el *municipium* romano y el municipio actual, la institución municipal contemporánea, que se desarrolla a partir de la Edad Media, incluso como un precedente a la formación del Estado que pasa a ser, sin lugar a dudas, la estructura política de mayor trascendencia para el quehacer práctico y de mayor interés para el mundo científico.

No se trata de una continuación institucional pura y simple, que sufre una etapa accidental de decaimiento; si bien la denominación y algunas de los ingredientes instrumentales y tareas funcionales se reconstituyen en sus denominaciones y contenidos, es lo cierto que el municipio moderno, surgido a partir de la baja Edad Media, obedece a circunstancias totalmente diferentes a las imperantes en el diseño y aplicación práctica del *municipium*, por lo que sus categorías esenciales, sus componentes genéticos, vienen a ser diferentes.

Entendemos que en este punto de la cuestión opera el fenómeno que Toynbee ha identificado como la *inmortalidad de los Imperios o Estados universales*, para identificar la presencia de una ilusión, la pervivencia de una suerte de fantasma, a través de su vigencia ideal y los intentos de restauración, en los momentos en que se consuma efectivamente la desaparición de esa civilización; es la creencia mítica que intenta compensar una situación real. En este sentido afirma Arnold Toynbee que: "...Los Estados universales son síntomas de desintegración social, pero al mismo tiempo son intentos de contener y desafiar esa desintegración. La tenacidad con que los Estados universales se aferran a la vida, una vez establecidos, es uno de sus rasgos más salientes, pero es menester no confundirlo con un signo de verdadera vitalidad; es más bien la obstinación del anciano que se niega a morir. En verdad, los Estados universales muestran una fuerte tendencia a comportarse como si fueran fines en sí mismos, siendo así que en verdad sólo representan una fase de un proceso de desintegración social, de suerte que si tienen alguna significación más, únicamente pueden tenerla en virtud de ser medios para llegar a algún fin que está fuera y más allá de ellos. Y más adelante, el autor alude a lo que denomina como la *condición conductora* de los Estados universales cuando indica: "...el hecho de que se incluyan los restos sobrevivientes de la sociedad desplazada en la Estructura política del Estado universal, no consigue restaurar lo que ya había perecido ni impedir los progresivos colapsos de lo que aún queda; de manera que la amenaza de ese inmenso vacío social que se extiende constantemente impulsa al gobierno del Estado universal a obrar contra sus propias inclinaciones, y a construir instituciones, a manera de válvulas de contención, para llenar el vacío".² Este fue, precisamente, el caso que presentó la cultura medieval de occidente, en relación con Roma y su influencia.

Por ello, siguiendo a García-Pelayo se puede puntualizar que: "...La cultura occidental es una cultura filial que tiene tras sí el patrimonio de la cultura antigua y esta cultura no ofrecía substancialmente más que dos formas políticas: la *polis* y el *imperio mundi* en el que se veía el cumplimiento natural de la evolución de las cosas. Es una cultura cristiana, y el cristianismo, aunque originariamente orientado contra el imperio romano, articuló a éste a su teología de la historia considerándolo de un lado como el marco político creado por la Providencia para que a la sombra de su paz y su derecho pudiera expandirse el Evangelio y, por otro, y en virtud de la interpretación *ad hoc* de la visión de los cuatro imperios de Daniel como la última y definitiva de las formas políticas. (...) Así pues, desde el interior de su propio mundo cultural el Imperio romano se mostraba a occidente como la más excelsa de las formas políticas a la que articula al orden de la Providencia y de la gracia, y por eso nada

² Arnold J. Toynbee: *Estudio de la Historia*. Alianza Editorial, Vol. 2. p. 294 y 307, Madrid, 1970.

tiene de extraño que se aspira a la *renovatio* de ese Imperio y por tanto que el orbe cristiano se considera a sí mismo como un *Imperio mundi*”³.

Esta etapa histórica encierra transformaciones de singular importancia en la construcción de las instituciones actuales, así como en la elaboración primaria de las concepciones ideológicas conducentes a la modulación del pensamiento que a la postre servirá para abrir el espacio social a las concepciones que instalan las nuevas estructuras de la modernidad. Uno de los temas de mayor impacto, por sus efectos desencadenantes en el área del Derecho y las instituciones políticas en general, es la evolución que partiendo de la idea geocéntrica del Derecho se orienta a la construcción de una concepción *iuscéntrica* de la Sociedad.

De nuevo se presenta García-Pelayo⁴ como una referencia necesaria por la precisión y contundencia de su mensaje, en diversos pasajes de su ensayo, que debemos conectar, para identificar, en una primera etapa, la presencia absoluta y determinante de la concepción teocéntrica de la Sociedad, “... La sociedad occidental de la alta Edad Media era una sociedad geocéntrica. No sólo se consideraba a sí misma fundada históricamente por la persona de Cristo, sino que su realidad institucional se sustentaba básicamente sobre los sacramentos, ya que el bautismo era condición necesaria para pertenecer a ella se integraba permanentemente mediante la eucaristía –por lo que la sociedad medieval ha podido ser definida e nuestro tiempo como el <<Cristo continuado y socializado>>- de modo que la excomunión, simultáneamente a la exclusión de la gracia sacramental, significaba la exclusión de la relación social...”; que luego, “...A partir del siglo XIII, pero como consecuencia de un movimiento iniciado en la centuria anterior y que forma parte el fenómeno designado por Haskins como el <<renacimiento del siglo XII>>, la idea geocéntrica de la sociedad comienza a ceder paso a la iuscéntrica, es decir, centrada en torno al Derecho ya que el mismo rey, que se dispone a dar efectividad a la idea de lo público frente a la privatización de los poderes feudales, es concebido no solo como la *lex animata* sino también -mediante la transferencia a la dignidad real de los poderes que el derecho romano atribuía a la dignidad imperial- como el creador mismo de los preceptos legales y no sólo como el guardián del Derecho...”.

Se pone de manifiesto así, un trayecto entre dos posturas de pensamiento francamente distantes, que van cambiando en el predominio de la concepción del hombre, a lo largo de varios siglos, y en paralelo con las transformaciones que presenta la sociedad, lo que alcanza, desde luego a sus instancias institucionales, todo ello, influenciado decisivamente por el entorno que ofrece el habitat, las condiciones de vida y desarrollo que contribuyen a moldear las respuestas prácticas e intelectuales. “Desde el punto de vista de sus formas políticas y sociales, la alta Edad Media transcurrió bajo la tensión entre el universalismo y el localismo, es decir, la vida del hombre se desplegaba entre dos polaridades, pues, por un lado, se sentía miembro de una comunidad universal, mientras que, por el otro, su existencia diaria se desarrollaba dentro de ámbitos espacial y socialmente muy restringidos y que apenas rebosaban el horizonte más inmediato (...) Se sentía miembro de una comunidad universal constituida por la Iglesia, a la que se concebía como una entidad única y total que abarcaba en su seno a clérigos y laicos y que imprimía su sello a todos los aspectos vitales (...) Pero junto a estos momentos universalistas estaban muy presentes los localistas, pues la mayor parte de la vida social se desarrollaba en general dentro de ámbitos muy reducidos y distantes, ordenándose

³ Manuel García-Pelayo: *Formas políticas de la Alta Edad Media*. Fundación Manuel García-Pelayo. Cuaderno N° 7. Caracas, 2003. p. 22-23.

⁴ Manuel García-Pelayo: *La idea medieval del Derecho*. Fundación Manuel García-Pelayo. Cuaderno N° 8. Caracas, 2004.

en pequeñas comunidades autónomas con escasas o nulas relaciones entre sí, lo que daba a la sociedad una acentuada estructura pluralista...⁵

Esas pequeñas comunidades, instaladas bajo un patrón de aislamiento producto del deterioro sufrido por el formidable sistema vial producido por Roma en su proceso de expansión, desencadenan el fortalecimiento del *localismo*, que impone la concentración de la vida y la solución de sus dificultades desde y dentro de las comunidades, en el espacio urbano que identifica un territorio propio de actuación para un grupo concreto de habitantes, que se identifican en razón de su pertenencia a esa comunidad, lo que significa igualmente el surgimiento de los vínculos de *vecindad* como germen del nuevo municipio, surgido de la misma esencia de la vida local, y no como fórmula organizativa de la administración imperial; "...fue en las ciudades medievales donde nacieron las catedrales, la pintura, el teatro, la Universidad; donde la vida alcanzó un nivel superior y más completo que el campo, y donde germinaron y comenzaron a desplegar una serie de actitudes destinadas a lograr primacía en el mundo moderno (...) es característica de la ciudad medieval la conciencia de un "nosotros", de una comunidad y unidad substancial por encima de las diferencias entre los grupos componentes...de este **substratum** social comunitario fundamentado sobre un "nosotros", se derivó la forma política del municipio, desconocida, en cambio, en la ciudad oriental..."⁶

En lo atinente a las formas políticas, la ciudad mercantil medieval es un elemento fundamental para la aparición de la constitución estamental, al dar entrada al estado llano, lo que en sí mismo es una expresión de democrática; pero además, la forma urbana de la edad media, se asienta, en buena medida, en el ejercicio de la autonomía para el manejo de sus asuntos por sus mismos habitantes, aunque con diferentes grados de autonomía; en su escenario nace la política en su sentido moderno, la diplomacia y la administración burocrática, todo lo cual desemboca, con la quiebra de los supuestos tradicionales en el marco teórico del Estado (*Stato*), como evolución de las *Signorías* italianas.

Esa evolución tiene igualmente una expresión en el Derecho, que tal como se indicó antes, alcanza un significativo avance en cuanto a la abstracción y la racionalización de sus formas, que pasan a regular las nuevas condiciones de vida de la población marcadas ahora por la objetivación y la homogeneización social, dando pie a la regulación de relaciones con la colectividad, y no solo aquellas que tienen por objeto relaciones entre individuos, con la aparición de un instrumento capital para el desenvolvimiento futuro del municipalismo como lo es la Carta de la ciudad. En efecto, para regular la convivencia de una pluralidad de personas, es necesario abstraer de la conducta de cada cual lo que es digno de regulación jurídica o, dicho de otro modo, señalar como típicos unos determinados actos o conductas no teniendo, por consiguiente, en cuenta lo que cada hombre tenga de genuinamente personal, ni tampoco la particularidad de casos o situaciones, sino lo que tienen de común y lo genérico de las situaciones.

El destinatario de la Carta es una pluralidad y, por tanto, sus preceptos han de tener carácter de generalidad frente a la individualidad de las normas del contrato feudal o de otras instrumentaciones jurídicas. Sujeto de la Carta es una "individualidad colectiva" o una "totalidad individual", la que sólo puede organizarse como tal bajo el supuesto de reducir la pluralidad de sus componentes a una unidad de decisión y de acción por medio del Derecho. La

⁵ *Ibidem*. pp. 14-15.

⁶ Manuel García-Pelayo: "La Ciudad Mercantil Medieval". En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 76, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1190, p. 132.

Carta, pues, ha de tener un carácter general porque se dirige a una pluralidad de destinatarios, pero también porque sólo mediante tal generalidad se reduce la pluralidad a unidad dando lugar así a la ciudad como individualidad colectiva o total.”⁷

La circunstancia ya mencionada del localismo derivado del patrón de asentamiento poblado al atomizado y disperso, con muy limitadas posibilidades de comunicación, genera un mapa con tal variedad de localidades que remarca la diversidad, por lo que surge como constante de orden primario las particularidades propias de cada comunidad, hasta que comienzan a aparecer los perfiles regionales o nacionales como identidad de mayor escala, y es aquí, donde aparece la autonomía como una cualidad natural, necesaria, pues la opción inicial y eficiente está en la resolución de los asuntos domésticos por los propios vecinos, lo que sin lugar a dudas, comporta una conducta autónoma, sustentada en el soporte más sólido y legítimamente que es la exigencia derivada de la contundente realidad de las cosas.

Surgen entonces, diversos modelos de ciudades, con sus correspondientes establecimientos de gobierno local, tales como las llamadas ciudades libres en la zona de la actual Alemania e Italia, que ostentan frente al Emperador un status similar al de los Príncipes, siendo sufragáneas, pero con autonomía interior y exterior, que permite la constitución de alianzas; las ciudades realengas, con autonomía interna, pero total subordinación al poder real, que configuran un decisivo apoyo territorial, militar y económico al reino que se hace paralelo al ejercicio de un buen grado de poder político, a través de su participación en las Asambleas estamentales; y finalmente, las llamadas villas francas o ciudades señoriales que encuentran sus notas distintivas en la fórmula de repartir el poder entre el señor, bien fuera laico o eclesiástico, y el municipio.⁸

Refiriéndose a la evolución municipal en el espacio geográfico de la España actual, el Decano Adolfo Posada, expresa que “... el hecho es que en los siglos medievales surge o se afirma, el núcleo vecinal con una intensa y amplia autonomía, y se produce un régimen merced al cual dicho núcleo -rural o urbano- resulta comprendido en una más amplia organización política. El fuero municipal (la carta) expresa o resume en este período medieval -como hoy las leyes municipales y las cartas en algunos países, verbigracia Estados Unidos- la solución del problema de equilibrio que entraña todo régimen municipal...”⁹

De su parte, el Profesor Enrique Orduña Rebollo, experto municipalista, afirma sin vacilación, que “El origen histórico del municipio está íntimamente ligado al concepto de autonomía municipal. En efecto, aquellos municipios que nacieron libres en la Hispania medieval al norte de los ríos Duero, Arga, Gallego o Llobregat entre los siglos X y XI, por la decidida voluntad de sus habitantes, procuraron siempre mantener tal condición, en defensa de su autonomía, para lo cual trataron de vincularse al Rey, y así evitar su dependencia de la jurisdicción nobiliaria, más restrictiva e inmediata que a real, con lo que se fijaba la diferencia entre los municipios de realengo y de señorío (...) A partir del siglo XII, los fueros breves originarios se transformaron en fueros extensos, verdadero producto de la autonomía municipal, al contener un Derecho consuetudinario vivo, a la vez que se perfilaba el principio de garantía de dicha autonomía, puesto que contenía los privilegios en que se fundamentaba la

⁷ Manuel García-Pelayo: “La Ciudad Mercantil Medieval”. *Op. cit.* p.139.

⁸ *Ibidem.* p. 142.

⁹ Adolfo Posada: “El régimen municipal de la ciudad moderna”. Edición facsímil, con Estudio Preliminar a cargo de Enrique Orduña Rebollo y Enrique Orduña Prada. Federación Española de Municipios y Provincias. Madrid, p. 49.

misma, así como las normas para la elección de los cargos municipales o la nómina de sus atribuciones, lo que confería la condición de Derecho municipal propio de gran validez, que se repetiría de unas ciudades a otras, con variaciones características de sus peculiaridades geográficas, sociales, etc.”¹⁰ Pero para no abusar en referencias y sucumbir a la tentación de extender el análisis histórico, bástenos recordar que tales cualidades de autonomía y democracia que acompañan al surgimiento del municipio moderno, en forma generalizada, ocurre de manera similar, tanto en el municipio continental europeo, que de ordinario se identifica, precisamente, como de modelo autonómico, como a las entidades locales identificadas bajo el patrón modular del *self government* (autogobierno), que se maneja en el régimen local inglés y norteamericano.¹¹

En conclusión, dando la entrada racional y lógica al enfoque histórico por su peso específico, se confirma que las nociones de autonomía y democracia son consustanciales a la existencia misma de las entidades locales, en cualquiera de los modelos que puedan servir como patrón de organización y funcionamiento; de allí que la posibilidad de universalizar el conocimiento sobre el fenómeno de la vida local y su institucionalidad, comporte comúnmente manejar estos conceptos como categorías de referencia usual. Ahora bien, por su propia naturaleza, el municipio es una realidad localizada en un entorno nacional específico, lo que le asigna particularidades que excluyen la identidad absoluta. De igual manera, la dinámica social y política relativiza tales particularidades, no solo en el espacio de una nación determinada, sino en los espacios temporales, todo lo cual conduce a reducir las afirmaciones a fórmulas generales y generalizables, lo que no les resta valor y vigencia.

En este sentido, entendemos que no hay contradicción entre el enfoque que se ha planteado y la advertencia certera que hacía Fernando Albi, cuando afirmaba que “El municipalismo clásico ha pretendido enlazar también, de forma inseparable, las ideas de autonomía y democracia. Se parte de un notorio error de enfoque, según el cual un gobierno democrático local ha de ser necesariamente autónomo (...) a nuestro juicio, autonomía y democracia son dos ideas que en modo alguno pueden considerarse como necesariamente coincidentes.

Han existido municipios dotados de una amplia independencia funcional, pero desprovistos de contenido democrático, como ocurrió en la Alemania nazi; y tenemos el ejemplo de la democrática Francia, con un régimen local que se ha basado siempre en una rígida centralización...”¹².

Si bien es cierto que en la práctica es posible encontrar múltiples ejemplos de manifestaciones funcionalmente, e incluso formalmente autonómicas dentro de estructuras poco democráticas del ejercicio del poder, o incluso, a la inversa, de conductas democráticas en el entorno de estructuras desprovistas formalmente de autonomía, no lo es menos, que en un

¹⁰ Enrique Orduña Rebollo: “Defensa de la autonomía municipal iberoamericana”. En prensa. Sobre el mismo tema y del mismo autor, véanse: “Democracia directa municipal Concejos y Cabildos Abiertos”. Federación Española de Municipios y Provincias, Editorial Civitas, Madrid, 1994. “Historia del Municipalismo Español”, Iustel, Madrid, 2005. “Municipio, Democracia, Autonomía y Desarrollo Local”, en II Jornadas de Derecho Administrativo y Municipio. Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2005.

¹¹ Al respecto puede verse W.E Jackson: “La estructura del régimen local inglés” Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1962. Jewell Cass Phillips: “Régimen y administración municipal de los Estados Unidos de Norteamérica”. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1963

¹² Fernando Albi: “La crisis del Municipalismo”. Instituto de Estudios de Administración Local”. Madrid, 1966. p. 78.

arquetipo conceptual, apuntalado hoy día con la difusión y profusión de valores que adquieren rango de universalidad -y junto a ello de derechos fundamentales-, tal cual sucede con la democracia como forma avanzada y superior de vida colectiva, se impregna cualquier modalidad de organización dispuesta para el ejercicio del poder público, pero con mucho mayor razón e intensidad, la que descansa más directamente en la estructura social local, en la comunidad acotada en espacios de convivencia más inmediata, aún cuando, ciertamente, no se trate de aquellas comunidades aisladas y sujetas a un metabolismo endógeno, en virtud de las nuevas formas de vida urbana.

III. NATURALEZA, VALOR Y ALCANCE DE LA AUTONOMÍA LOCAL

No es inusual observar en el campo de la doctrina jurídico pública la tendencia a centrar el tema de la autonomía local en los aspectos de orden cuantitativo, esto es, en la extensión -mayor o menor- de las materias que pueden conformar el espectro sustantivo para el ejercicio de las facultades autonómicas, dejando en un plano de menos relevancia el aspecto cualitativo, las condiciones jurídicas que sustentan y rodean esas facultades, más que la amplitud que exhibe como contenido.

En cuanto a este asunto, optamos por ocupar una posición diferente, que otorga prevalencia a los aspectos de orden cualitativo, más que al contenido sustantivo, a la extensión numérica del elenco de materias que aparecen listadas como de la competencia municipal en un determinado cuerpo legal, de un momento dado. Es importante precisar que esta perspectiva no pretende restarle valor al asunto competencial, el cual, sin duda es un elemento destacable, neurálgico, pues en definitiva la autonomía local viene a ser una técnica de integración de competencias, mediante su articulación en el seno del ordenamiento jurídico general del Estado.

Tal como afirmaba García de Enterría, incluso antes de la transformación del Estado español en un Estado de Autonomías: "...La autonomía municipal es sabido que se define en el moderno Estado de Derecho, constitutivamente centralizado, no como una zona exenta de actuación, tal como ha sido en otras épocas históricas, sino como una competencia articulada en el seno del ordenamiento general.

Más que de una autonomía en el puro sentido, debería hablarse en rigor de una competencia autonómica insertada en el cuadro del orden jurídico común y unitario."¹³

Y es que, sin entrar al debatido tema de una definición conceptual de la autonomía local, que es un tema debatido, precisamente, por su importancia desde el punto de vista intelectual tanto como desde la percepción pragmática de su utilidad, es lo cierto -y no parece haber mayor desacuerdo en ello-, que "La autonomía propiamente dicha se ofrece siempre como el "status" jurídico de un sujeto de Derecho Público, determinativo de una manera de ser que afecta a sus posibilidades de obrar.

En este sentido constituye una capacidad legal no originaria -como la soberanía que es un atributo necesario-, sino derivada, o sea, conferida por la Constitución o Ley. Por lo demás, toda autonomía es reductible, en último término, al ejercicio de poderes calificados -de distintos órdenes- que versan únicamente sobre determinadas materias. El número mayor o menor de poderes y materias marca la extensión de la autonomía.

¹³ Eduardo García de Enterría: *La ordenación jurídica de los transportes madrileños*, Madrid, 1954.

Ahora bien, la peculiaridad distintiva de los poderes autónomos estriba en que excluyen cualquier otro que de alguna manera condicione -al menos ordinariamente- sus decisiones, salvo por la vía jurisdiccional.”¹⁴

Tratándose entonces, de la situación jurídica de un sujeto de Derecho Público, para determinar una manera de obrar a través de las potestades públicas que posee, es lógico admitir, en nuestro criterio, la variabilidad de las materias a las cuales aplique esas facultades, sin que ello altere el modo de actuar, que viene a ser lo fundamental, de allí la práctica de asegurar su ejercicio mediante la consagración formal de técnicas protección jurídica, fundamentalmente de carácter jurisdiccional que se convierten en una garantía institucional expresada en una doble dirección, por una parte, como mecanismo de control sobre sus decisiones, con lo cual se excluye la subordinación a otra instancia administrativa, y de otro lado, como el ejercicio de acciones dispuestas para la protección de los derechos y situaciones jurídicas subjetivas.

Adicionalmente, parece este un momento conveniente para recordar que el entorno de la autonomía local ha estado permanentemente signado por una constante pugna con las instancias centrales del Estado en razón de ser un espacio de poder de primera línea en relación con la percepción y la sensibilidad del ciudadano, de donde destaca, más aún, la trascendencia de fondo que tiene la protección de las facultades autonómicas.

De este modo lo entiende el Profesor Luciano Parejo Alfonso, al indicar que “La cuestión central que suscita la autonomía o, si se prefiere, el autogobierno municipal es, con todo, la de su consistencia. Debe resistirse la tendencia natural a identificar su sustancia con su extensión, es decir, la cantidad de competencias que están incluidas en él. Pues por más que la dimensión cuantitativa no sea despreciable, en modo alguno es la determinante, ya que en realidad, el autogobierno es una cualidad, precisamente la que se traduce en capacidad de gestión bajo la propia responsabilidad, es decir, sin sujeción a directrices ajenas u obediencia únicamente a las propias opciones; naturalmente siempre en la esfera de acción.”

En cuanto a su alcance, también los dispositivos normativos afincan el énfasis en su consistencia, en sus sustancia de “status” derivado de disposiciones constitucionales o legales, según sea el caso de cada derecho positivo, pero destacando la protección jurídica de tal manera de ser que afecta las posibilidades de obrar de un sujeto territorial de Derecho Público, pues en definitiva, se trata de la autonomía, de una manifestación de libertad de acción de los ciudadanos de una comunidad sobre los asuntos de su interés inmediato como tal comunidad.

Tal vez la nota más directamente asociada al tema que nos ocupa, viene dada por el proceso de consolidación institucional que, dentro de las propias estructuras públicas -y más concretamente por lo que incumbe a las estructuras o instituciones territoriales-, se inserta, bajo la fórmula de las garantías institucionales, en los textos fundamentales, protegiendo, de esta manera, a la propia institucionalidad, para beneficio de los logros y objetivos de carácter social que debe cumplir, es decir, preservando al Estado mismo, en tanto instrumento de la Sociedad.

Resulta altamente ilustrativa la expresión que al respecto ofrece el Profesor Parejo, cuando afirma que: “...la finalidad de la garantía institucional es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características

¹⁴ Antonio Moles Caubet: “Los límites de la Autonomía Municipal”. En *Estudios de Derecho Público*. cit. p. 235.

de una institución, en la medida en que éstas han pasado a ser -como resultado de la evolución histórica de dicha institución- esenciales e identificativas de la misma.”¹⁵

Como un ejemplo de tal aserto, se puede traer el caso de Venezuela, cuya vigente Constitución (promulgada en 1.999) consagra el principio de la autonomía local en términos similares a su antecedente inmediato, la Constitución de 1961, al disponer:

“Artículo 168. Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la Ley. La autonomía municipal comprende:

1. La elección de sus autoridades.
2. La gestión de las materias de su competencia.
3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando la participación ciudadana el proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley.

Los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con esta Constitución y con la ley.”

Como se puede observar fácilmente, el texto constitucional recoge los datos básicos de la autonomía, en particular la garantía institucional expresada en la protección jurisdiccional a la que hemos aludido antes. Sin embargo, es forzoso aceptar y subrayar, que esta única disposición constitucional no encapsula en su totalidad el régimen de la autonomía local en Venezuela, ni siquiera alcanza a completar sus postulados fundamentales, pues a tal efecto, tendremos que acudir a la integración de otras normas contenidas en el mismo texto fundamental, tales como las que expresan los principios de gobierno democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables (artículo 6); el principio de legalidad (artículo 137); o los principios de imparcialidad, honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad (artículo 141) que se extienden a toda la estructura la estructura y manifestaciones del Estado, pues se trata de principios informadores de la totalidad de su ordenamiento jurídico lo que a su vez debe vincularse al haz de derechos y garantías ciudadanas e institucionales, que configuran barreras contra el ejercicio arbitrario del poder. Tampoco es excluible del análisis e interpretación constitucional, el conjunto de antecedentes institucionales e históricos que conforman el perfil integral de una categoría jurídico-política, que no dimana del postulado normativo formal, ni puede ser negada en su esencia, por un instrumento de tal naturaleza.

En un sentido similar -pero ya en el ámbito de las regulaciones supranacionales, lo que habla de su universalidad- percibimos el pronunciamiento contenido en el artículo 3 de la Carta Europea de Autonomía Local, dada en Estrasburgo en octubre de 1985, lo que abona a favor de la percepción que pone de relieve un alto grado de uniformidad de criterio sobre la

¹⁵ Luciano Parejo Alfonso: “Garantía Institucional y Autonomías Locales”. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1891, p. 23.

naturaleza y alcance de la autonomía local, a pesar de la ausencia de una definición unívoca y formalmente establecida¹⁶.

De esta manera se reafirma que, la naturaleza de la autonomía local se ubica en el terreno de los principios y no en la contingencia cuantitativa que puede ofrecer un listado de competencias más o menos extenso; y como tal, su alcance es integral, total, irradia a cualquier manifestación de su contenido, con lo cual, no queda limitada a su aparición literal en una disposición normativa, ni desde luego, la reducida expresión de un ejercicio exegético o gramatical de un postulado legal. La ciencia jurídica va más allá, y el científico del derecho está obligado a integrar los elementos concurrentes, a producir la alquimia requerida en la construcción científica, dentro de los cuales, en el caso que nos ocupa, juega un papel esencial, el componente histórico, la valoración creativa de la institucionalidad local, que permite proyectar su presencia futura en términos de eficiencia social. En términos de Ortega, "... Toda historia nace del rebote de nuestra curiosidad afanosa por el futuro y provenir, que nos lanza y nos hace descubrir el pretérito... el arsenal de nuestros medios es lo que nos ha pasado ya, y por eso volvemos la vista atrás precisamente, porque lo primero es mirar hacia adelante"¹⁷

IV. PRINCIPIOS Y ELEMENTOS DE ADMINISTRACIÓN QUE ACOMPAÑAN A LA AUTONOMÍA Y LA DEMOCRACIA LOCAL

Para servir adecuadamente a la colectividad que explica, justifica y legitima su existencia, la administración local -al igual que la Administración pública en general, aunque incorporando en este caso el mayor grado de cercanía con los ciudadanos, por la cotidianeidad de los asuntos de su interés que le corresponde manejar como responsabilidad- debe ser, además de autónoma, profundamente democrática, pues ese valor está inyectado en la esencia de su institucionalidad, pero también, porque ello es un indicador de su modernidad, de su actualidad, con independencia -que no desprecio- de su antigüedad cronológica, pues esto la pone en sintonía con "el protagonismo de la sociedad y la alternancia política en un contexto creciente de globalización, que exige una adecuada puesta al día de la Administración pública para servir con eficacia el interés general que le compete como institución. La "buena Administración" enlaza con la gobernanza, un término surgido en el ámbito de la gestión empresarial que se ha incorporado al sector público y que pone el acento en la negociación"¹⁸

Siendo la autonomía una cualidad que acompaña al municipio por razones como sujeto de Derecho Público para garantizar su actuación a favor de interés colectivo, por lo que en realidad viene a ser una prerrogativa de la sociedad local que encarna su entidad representativa, lleva consigo un alto grado de responsabilidad en su respeto, preservación y mantenimiento, no solo a través de la puesta en práctica de los mecanismos jurídicos de protección y

¹⁶ "Artículo 3.- Concepto de la autonomía local:

1. Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

2. Este derecho se ejerce por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal, y que puedan disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, la referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la Ley."

¹⁷ José Ortega y Gasset: "La interpretación de la Historia Universal". Madrid, 1960. p. 64.

¹⁸ José Luís Meilán Gil: "Administración Pública para la Democracia". *Anuario da Facultad de Dereito de Universidade de Coruña*. Nº 11. La Coruña 2007. p. 493.

garantía, sino mediante su ejercicio efectivo, con actos y conductas de los titulares de los cargos municipales, que no dejen lugar a dudas de tal condición, y por sobre todo, con el despliegue de una función administrativa practicada con estricto apego a los cánones éticos, de pulcritud, eficacia y comportamiento democrático que demanda la sociedad contemporánea.

En estrecha asociación con la autonomía aparece un conjunto de elementos de necesaria observancia por parte del actuar administrativo local, para lograr darle a la autonomía un sentido genuino que se une a la producción de efectos prácticos de su desempeño, que son en definitiva los resultados por los cuales esperan legítimamente los ciudadanos. Sin que su enumeración implique un orden jerárquico o de prelación, podemos apuntar en ese complejo de elementos para la administración, algunos tales como imparcialidad, participación, eficacia, eficiencia, transparencia y responsabilidad, que de una u otra forma se encuentran expresados en disposiciones normativas de los ordenamientos jurídicos positivos, o inmersos en los Principios Generales que los impregnan, con igual o mayor fuerza obligante, aún cuando no adopten la forma sacramental de regla de derecho.

La *imparcialidad* es una condición necesaria para la correcta práctica administrativa, que deriva de una premisa de elemental lógica, ya que no puede esperarse que el servidor público pueda actuar válida y legítimamente orientando sus decisiones en razón de un objetivo parcial, de una finalidad distinta al servicio de los ciudadanos, que es para lo único que está investido de poder y, es bueno siempre recordarlo, *limitado* en el ejercicio del poder.

Es un elemento que contacta con la necesidad de una administración sana y equilibrada como soporte al adecuado funcionamiento social en general, atemperando los supuestos de conflicto mediante la reducción de los costos transaccionales. Implica neutralidad en la actuación -lo que hace evidente la asociación de este elemento con la *honestidad* en la actividad-, para no favorecer ni perjudicar a nadie, sacando provecho del conociendo más profundo de los asuntos y el dominio del poder de decisión, lo que coloca a este elemento directamente en el campo de las coloraciones partidistas, pues determina que el funcionario administrativo sirve, como tal, al Estado, o lo que a estos efectos es igual, a la colectividad, y no a parcialidad política alguna. Desde luego, desde este punto de vista, la imparcialidad no está reñida con la orientación política que practique el equipo de gobierno en turno, lo que permite imponer legítimamente un sello o estilo determinado, mediante el énfasis en los modos y tendencias de la acción gubernativa; pero tal circunstancia no permite subordinar la administración a la tendencia partidista, lo que resulta pernicioso y aberrante, además de demostrar ausencia de parámetros éticos en el manejo del quehacer político.

La imparcialidad implica *profesionalización* de la gestión, y con ello, se procura la *eficacia* y *eficiencia* de la administración, como un objetivo de primer orden a alcanzar, lo que también se procura a través de la necesaria actualización y modernización de los sistemas, organización, procedimientos y métodos de actuación. En la actualidad, un dato de necesaria consideración es la incorporación de nuevas tecnologías que permita mayor seguridad y velocidad en las tramitaciones. Es profundamente importante mantener el interés del ciudadano por la administración -en particular, en el campo de la administración local-, y en este sentido, la profesionalización del funcionario y de la institución, por igual, juegan papel primordial.

Todo ello apunta y contribuye a la eficiencia de la autonomía como soporte jurídico y político de actuación para los entes locales, lo que en definitiva se traduce en democracia y estímulo a la participación ciudadana, en todos los ámbitos de la actuación local, pero con particular presencia en el área de los servicios públicos.

V. LAS ESTRUCTURAS LOCALES COMO INSTITUCIÓN ESENCIAL Y PROTAGÓNICA EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS AMERICANAS

No cabe duda que la institucionalidad -y fundamentalmente la social, la de lo colectivo-, no deriva exclusiva ni decisivamente de la consagración en un acto formal; antes bien, en su esencia subyace la presencia participativa de los individuos y la expresión más o menos extensa, pero en todo caso legitimante, de su tránsito en el tiempo, esto es, su huella histórica.

En el caso de la institucionalidad local, en tanto producto de la vida comunal con los atributos que necesaria e inevitablemente la acompañan, el componente histórico tiene un sitial mucho más destacado que en cualquier otra expresión de las instituciones vinculadas con el ejercicio del poder político.

El solo dato de la magnitud que representa la producción intelectual relativa a las instituciones locales, particularmente el Municipio, da cuenta de su peso específico y de su valor fundamental y trascendente como figura emblemática de la vida local, de la construcción y desarrollo de la sociedad, en la cultura occidental.

Ello impone reconocer que cualquier aproximación seria a los temas relacionados con las estructuras locales en el mundo occidental, pasa por incorporar, aún cuando ello sea de manera implícita, la trayectoria histórica de las instituciones locales, que tiene como eje vertebrador la construcción del municipalismo en la península Ibérica y su posterior transformación y desarrollo como *municipalismo iberoamericano*.

En este sentido resulta una obra fundamental -y por ello de necesaria referencia en el tratamiento del tema-, el reciente trabajo del Profesor Enrique Orduña Rebollo, publicado de manera conjunta por la Federación Española de Municipios y Provincias, el Instituto Nacional de Administración Pública, y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales que recoge detallada y magistralmente la historia de la organización territorial española¹⁹.

Al tiempo que hacemos la remisión general a la obra, destacamos como excelente síntesis en total y absoluta coincidencia con lo que ahora se indica, las palabras que, en el Prólogo, emplea el Profesor Luciano Parejo Alfonso: “...*Puede decirse, pues, que entre nosotros el Municipio funde en molde o fórmula propios la idea helena de gobierno <<democrático>> (basado en la participación-intervención de todos los vecinos) y la romana de la magistratura Estos rasgos esenciales del Municipio, que se trasladaron al continente americano y luego operaron - bajo la forma de imagen romántica e idealizada - en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado constitucional (recuérdese la insistencia en la constitución de cada población significativa en Ayuntamiento) y a todo lo largo del siglo XIX y principios del XX, explican la importancia política de la cuestión y la vida municipales y su protagonismo en los momentos de desfallecimiento de las estructuras políticas superiores como cauce primario de participación en los asuntos públicos. Y por ello también las tensiones básicas en el proceso de consolidación, hasta hoy, de la institución, que, girando en torno al binomio autonomía-control, versan sobre los términos de la integración del Municipio en la estructura territorial del Estado como un todo ...*”²⁰ (Destacados nuestros).

¹⁹ Enrique Orduña Rebollo: *Municipios y Provincias*. Ed. Federación Española de Municipios y Provincias, Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

²⁰ *Municipio y Provincias*, cit. Prólogo, pp. XXIV y XXV

De esta manera, es forzoso concluir que el Municipio, como expresión emblemática de la institucionalidad comunal, está indisolublemente anclado en el núcleo originario de las naciones americanas, por su condición de antecedente organizativo propio de los asentamientos poblacionales existentes para el momento de producirse el trascendental cambio político, y además, por configurar el epicentro institucional de los movimientos dirigidos a la configuración de los nuevos Estados, es decir, la raíz misma de las nacientes repúblicas.

VI. LAS AMENAZAS A LA AUTONOMÍA Y LA DEMOCRACIA LOCAL: LOS RIESGOS DE LA INSTITUCIONALIDAD MUNICIPAL

La cuestión municipal ha sido, históricamente, una crónica contentiva del relato acerca de presiones sobre la institución municipal que apuntan directamente hacia la autonomía, en tanto pilar primario de su estructura conceptual y funcional. Con diferentes orígenes, razones y grados de intensidad, pero prácticamente en forma constante, se presentan acciones u omisiones dirigidas a debilitar el libre juego de la gestión local, al punto que podría decirse que se trata de una nota característica asociada al municipio en todas sus expresiones y en cualquier latitud, de la que da cuenta, con abundancia y detalle, la literatura especializada.

Regularmente esa presión proviene de otros centros de poder, como efecto de la tensión generada por la presencia de actores diversos en el escenario político, dentro del cual, las instituciones locales, por su naturaleza y trayectoria histórica manejan un conjunto de asuntos de interés inmediato, propios de la cotidianidad de las personas.

Es lo que conduce a identificar al municipio como la administración más cercana al ciudadano, expresión ésta que tiende a confundirse con la idea de cercanía física o espacial, pero que, en realidad envuelve un mayor nivel de abstracción en su significado, que pone de relieve, precisamente el carácter de institucionalidad que la colectividad social genera a través del municipio para el manejo de sus asuntos comunes, los que no encuentran solución eficiente en las relaciones interpersonales, de manera objetiva, imparcial, transparente y responsable, mediante la institucionalización de agentes (funcionarios y electos), que asumen la condición de mandatarios y está sujetos plenamente al derecho, en sus actuaciones y de cara a sus mandantes.

Las presiones y amenazas sobre la autonomía municipal y la democracia local adquieren grados y modalidades diversas que van desde las más burdas y directas, hasta mecanismos más clandestinos, aparentemente sutiles y sofisticados, que actúan desde dentro, apoyándose en la institucionalidad formal, para producir una implosión, tal como sucede con el llamado “municipalismo libertario”²¹, propuesto, entre otros por Murray Bookchin, partiendo del reconocimiento del fracaso del movimiento obrero y sindical como medio eficaz para los objetivos de redención social y manumisión planteados por el marxismo, y apoyándose en la perspectiva de los movimientos sociales del tercer cuarto del siglo XX, que destacan el mayo francés del 68 y el surgimiento de los movimientos ecologistas estadounidenses y su pronto declive, apunta a la construcción de una suerte de “participación libertaria” en la vida y la gestión local, inspirada en las perspectivas del anarquismo, en particular las anarcosindicalistas españolas, apunta a la idea de una organización política basada en *instituciones asamblea-*

²¹ Vid. Murray Bookchin: “Social Anarchism or Lifestyle Anarchism”. AK Press. 1995. “The ecology of freedom: the emergence and dissolution of hierarchy” (1982). *La ecología de la libertad: el surgimiento y la disolución de la jerarquía*. Ed. Colectivo Los Arenalejos. Madrid (Mostotes) 1999.

rias de índole vecinal que, practicando la “democracia directa” se federarían en una confederación de municipios o comunas libres, siendo entonces, una alternativa al Estado.

De este modo, se entiende que una “revolución” implica una dualidad de “poderes”, el sindicato, el soviét el consejo o la comuna, todos ellos orientados contra el Estado, con lo cual el municipalismo libertario se constituye como una política orgánica, que emerge de la base de la asociación humana y se dirige a la creación de un “cuerpo político “auténtico” de formas de participación ciudadana...

Tales planteamientos presuponen necesariamente la destrucción de la institucionalidad, para la edificación de la “fórmula redentora”, que en este caso es, precisamente la ausencia de instituciones.

El asunto se hace más curioso aún, cuando el movimiento proviene de la misma institucionalidad y se dispara mediante el empleo de los instrumentos formales, básicamente los de corte jurídico (actos, leyes, sentencias), que operan como distractivos de la atención, como verdaderos camuflajes de las intenciones finales, en razón de la confianza que inspiran en los ciudadanos. Parafraseando la expresión de Alejandro Nieto, ocurre en estos casos que la Ley (y también la jurisprudencia) termina sirviendo de Celestina para violar la justicia y para destruir la institucionalidad consustancial con el Estado de Derecho²², para vender la idea de un protagonismo democrático directo y el “participacionismo” como reedición de ese municipalismo libertario –simple y puro anarquismo-, que apunta a la construcción del Estado comunal. Es, en definitiva la falsa imagen, el espejismo, de la participación local y el “comunismo”, empleado como anestésico para destruir la institucionalidad local.

Caben acá de nuevo, las reflexiones sobre la participación y sus espacios, en razón del orden político y el orden administrativo, de gerencia. En el primer caso, debe haber una presencia amplia, indiscriminada, plegada a la participación, para fortalecer verdaderamente la vida local, reemplazar periódicamente a los gobernantes y limitar sus poderes, como método para el ejercicio de una verdadera democracia. En el segundo espacio, no se debe sustituir a los agentes administrativos por la supuesta participación, como “empoderamiento” popular, pues se cultiva el anonimato y con ello la carencia de mecanismos de control para la determinación de la responsabilidad de los administradores en el cumplimiento de metas y objetivos; la gestión de administración pública es un espacio para la eficiencia, más que para la práctica política.

De su parte, **la política moderna, inteligente, racional y progresista, es conflicto, pero solo para la superación del conflicto**, y en escenarios propios de sistemas complejos, como sucede con la sociedad contemporánea en todos sus ámbitos y más aún en el de la administración local, se impone el manejo racional, científico de los asuntos, y no tiene cabida ni perspectivas de futuro la “autogestión”, aunque se ofrezca como revolución.

Ya hace algún tiempo lo advirtió Ludwig von Bertalanffy: “En tiempos en que cualquier novedad, por trivial que sea, es saludada llamándola revolucionaria, está uno harto de aplicar éste rótulo a los adelantos científicos. En vista de que a minifalda y el cabello largo se designan como una revolución en la adolescencia, y cualquier nuevo modelo de automóvil o de

²² Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 123 y ss.

potingue lanzado por la industria farmacéutica constituyen revoluciones también, la palabra es una muletilla publicitaria que no merece consideración seria...²³

Ciertamente, propuestas de ese talante, sometidas a un brete dogmatiquero, que operan como vector para el poder totalitario, carecen de futuro por anacrónicas, pero pueden resultar profundamente dañinas. Como antídoto surgen, una vez más, los principios y fundamentos, susceptibles de actualización permanente, a través del intercambio de experiencias y saberes.

²³ Ludwig von Bertalanffy: “Teoría General de los Sistemas”, Fondo de Cultura Económica, 17ª reimpresión, México 2009, p. 16.

La jurisdicción constitucional venezolana como instrumento de control ilegítimo de la libertad de información: El caso ‘Globovisión’

Eduardo Meier García

*Master Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Universidad Carlos III de Madrid
Miembro de la “Asociación Iberoamericana de
Constitucionalismo y Democracia*

Resumen: *En el ‘Caso Globovisión’ la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha disfrazado nuevamente la utilización salvaje y arbitraria del poder. Lejos de declarar la manifiesta inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, incurre en claro ‘abuso in iudicando’, al decidir no sólo más de lo que se le pide, sino utilizar aquellas consideraciones que no son parte del fallo (obiter dicta), para legitimar un régimen velado de censura previa y autocensura y así echarle el cerrojo a todo medio de comunicación independiente, criminalizar las expresiones críticas o disidentes contra el gobierno nacional e impedir la denuncia frente a la inseguridad, el desempleo, la inflación, la precariedad de los servicios públicos y convertir en delito cualquier comunicado, información u opinión, como causa eficiente para luego sancionar con la suspensión o la revocatoria de la habilitación administrativa por las opiniones o informaciones vertidas por terceros. Con este fallo se vulneran normas y estándares nacionales e internacionales sobre libertades informativas y se pretende hacer trascender la responsabilidad penal individual por actos u omisiones propios de personas naturales, a las personas jurídicas titulares de la concesión de explotación audiovisual, además de evidenciarse una Sala Constitucional que responde más a premisas discontinuas e incoherentes, a valoraciones político partidistas antes que jurídicas, y a la existencia de fidelidades impropias que a procesos lógicos, estandarizados y sustentados sobre reglas o métodos jurídico-constitucionales apoyados en la fidelidad a la Constitución.*

- I. UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A LA MEDIDA DEL PODER Y DESAFIANTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- II. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA
- III. UN CASO SIMILAR: IVCHER RONSTEIN VS. PERU
- IV. ¿JUECES O LEGISLADORES? Y EL TRANSPERSONALISMO TOTALITARIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL
- V. EL ARTÍCULO 171.6 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y SU INTERPRETACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONTRARIAN LAS NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN
- VI. EL DESGOBIERNO DE LOS JUECES

- VII. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONSTITUYEN UNA SANCION IMPROPIA
 - VIII. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONSTITUYE UN REGIMEN DE CENSURA PREVIA
 - IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: EXCEPCIONES AL DERECHO DE EMISIÓN Y ACCESO A LA INFORMACION
- I. UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A LA MEDIDA DEL PODER Y DESAFIANTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El proceso de comunicación pública es tan antiguo como la organización social, al igual que la *libertad de información* es una de las libertades más señeras de la historia del constitucionalismo contemporáneo, lo que no significa que como *derecho*, el *derecho a la información* haya sido reconocido y garantizado en todo momento y en todo lugar. Por el contrario, el poder siempre ha sido reacio a tolerar que toda la población participe del fenómeno comunicacional, desarrollándose a lo largo de la historia actitudes hostiles a la información, entre ellos, episodios traumáticos como la oprobiosa destrucción de la Biblioteca de Alejandría¹, o en la actualidad, la utilización de mecanismos más sofisticados, como la aparición de un poder judicial parcializado, de una justicia que lejos de ser independiente, autónoma e imparcial, actúa como una auténtica forma de control indirecto del ejercicio de las libertades de expresión e información.

El derecho a la información no sólo se ha convertido en un valor político en alza, sino en un derecho que pretende penetrar el poder y acabar con la opacidad, iluminando el debate público con más y mejor información para los ciudadanos, en forma de transparencia, de acceso libre, de rendición de cuentas, de eficiencia, de mejores oportunidades, en fin, de mayor participación ciudadana en el ejercicio del poder público, lo que se traduce normalmente en una vida democrática más frondosa y en una mayor legitimidad de los gobernantes.

Como lo puntualiza acertadamente la doctrina, "...‘el derecho a ser informado’ cobra una especial significación, ya que si la discusión es consustancial a la democracia, al ser las decisiones democráticas el fruto del acuerdo que se obtiene tras la confrontación de las diferentes posiciones, que sobre una cuestión de ‘interés público’, se expresan y debaten, parece obvio que el ciudadano difícilmente podrá participar en ese ‘gobierno a través de la discusión’ si desconoce lo que es objeto de la misma.”²

En no pocas ocasiones la última palabra sobre las cuestiones de interés público que se expresan y debaten en la sociedad la tiene la ‘jurisdicción constitucional’³, por eso la ‘justicia

¹ Torres DEL MORAL, Antonio y NAVAS CASTILLO, Florentina. “Encuadramiento terminológico y evolución histórica de las libertades Informativas”, En: *Libertades Informativas*, Antonio Torres del Moral (Director), COLEX, Madrid, 2009, pp. 15 y ss.

² NAVAS CASTILLO, Antonia y NAVAS CASTILLO, Florentina. “El derecho de información de los ciudadanos en el ámbito parlamentario”, En: *Libertades Informativas*, Antonio Torres del Moral (Director), COLEX, Madrid, 2009, p. 939.

³ La expresión *jurisdicción constitucional*, obedece a una noción orgánica que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial que tiene en forma exclusiva la potestad de anular con efectos generales (*erga omnes*) y normalmente vinculantes, ciertos actos estatales por razones de inconstitucionalidad. La Jurisdicción Constitucional corresponde a los Tribunales o Cortes Constitucionales (muchas, incluso, ubicadas fuera del Poder Judicial). No obstante, en Venezuela, la Ju-

constitucional' requiere de decisiones imparciales, en la que los jueces asumen con naturalidad la fidelidad a la Constitución y al 'constitucionalismo de los derechos' y especialmente en el caso del derecho fundamental a la libertad de información, cuya reafirmación judicial debe conllevar el respeto a una máxima libertad posible y una mínima restricción necesaria.

Los derechos fundamentales a las libertades de información y expresión y sus múltiples corolarios (los derechos de réplica y rectificación, el derecho de acceso a la información pública, entre otros) no deben verse desplazados por necesidades coyunturales, que por su centralidad para la vida democrática merecen una protección especial en su eventual confrontación con otros derechos, y que por las mismas razones, distintas expresiones merecen distinto grado de protección como es el caso de las críticas a los funcionarios públicos que merecen la máxima protección dentro de una categorías de derechos ya de por sí merecedora de una protección especialísima.⁴

Como señala Roberto CUÉLLAR refiriéndose a la libertad de expresión, "...el poder judicial debe desempeñar un rol protagónico como garante de este derecho humano fundamental pero, paradójicamente, en muchos casos las limitaciones ilegítimas a este derecho provienen de sentencias judiciales lo que produce un doble resultado disvalioso. En primer lugar, la limitación en sí misma del libre debate de ideas y opiniones que, como se ha sido dicho reiteradamente, constituye la esencia de la vida democrática. En segundo lugar, estas decisiones erradas hacen incurrir a los Estados en responsabilidad internacional."⁵

Los jueces, especialmente los que se dicen portadores de la última palabra, de la norma de cierre del sistema, como son los jueces constitucionales deberían madurar la idea según la cual las restricciones a la libertades de información y de expresión deben limitarse a la protección de intereses sociales evidentes y derechos individuales imperativos, y no deben nunca proteger instituciones particulares ni nociones abstractas, vagas, amplias e imprecisas como la 'moral de la Nación', 'el orden público', 'la honra de la Fuerzas Armadas', 'el prestigio de los funcionarios públicos' o 'la seguridad de la República', entre otros.

risdicción Constitucional siempre ha estado integrada al Poder Judicial (antes de la Constitución de 1999, a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, o a su Sala Político-Administrativa, *ratione materiae*), y hoy día, concretamente a la Sala Constitucional al Tribunal Supremo Justicia. La "**justicia constitucional**", por su parte, es la que ejercen todos los jueces y tribunales, colegiados o unipersonales, de la República, a través del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por medio de la desaplicación de las normas contrarias a la Constitución y la acción de amparo constitucional. Vid. DUQUE CORREDOR, Román. "*La interpretación vinculante de la jurisdicción constitucional y los poderes correctivos de los jueces*". En: *Orientaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*, Barquisimeto, XXVII Jornadas Domínguez Escovar, 2002; BREWER-CARÍAS, Allan. "*La justicia constitucional en la nueva Constitución*". En: *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35 a 44; ESCOVAR LEÓN, Ramón. *El precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Colección Derecho Constitucional, Caracas, 2005. Este último, siguiendo a EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Court Constituionelle D' Autriche*, Paris, Economica Presses Universitaires D' 2 Aix-Marseille, 1986, p. 2, utiliza los términos **jurisdicción constitucional** y "**justicia constitucional**" como sinónimos.

⁴ GARGARELLA, Roberto, "Constitucionalismo y libertad de expresión". En: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II. Derechos. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 744.

⁵ CUÉLLAR, Roberto. En "Pórticos" al Libro: *La libertad de expresión amenazada (sentencia 1.013)*, AA.VV, Ediciones Conjuntas con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, San José, 2001, p.5.

No obstante, la sentencia N° 834 de 18 de junio de 2009 (Caso: *Globovisión*) dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano (SC/TSJ) resulta, cuando menos, obsecuente con los intereses del Poder Ejecutivo Nacional. Los Magistrados le hacen la plana a los dictados del Presidente de la República, que busca por cualquier vía ‘echarle el cerrojo’ al canal del televisión ‘Globovisión’, utilizando renovados subterfugios legales –más no jurídicos y menos racionales o razonables- como lo hizo con Radio Caracas Televisión (RCTV), otro canal de televisión crítico con el gobierno, ‘clausurado’ el 27 de mayo de 2007 porque las autoridades administrativas no le renovaron la licencia con la que venía transmitiendo en frecuencia abierta desde 1953.⁶ En aquella ocasión, los jueces constitucionales lejos de actuar como guardianes de la Constitución fueron garantes de la plena impunidad, demostrando sus fidelidades impropias y estar cooptados por el partido de gobierno. Como señala BREWER-CARIÁS se trata de una muestra del grave quiebre y del progresivo deterioro de la democracia y del Estado de Derecho en Venezuela, así como de la lamentable pérdida del rol fundamental del Poder Judicial como garante del mismo, que da cuenta de una Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que “...*en lugar de proteger los derechos constitucionales a la libertad de expresión plural del pensamiento, al debido proceso y a la propiedad privada, han conspirado, como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para aniquilarlos, secuestrarlos y violarlos, cubriendo con un velo mal cosido de juridicidad, las arbitrariedades gubernamentales*”⁷.

Sin embargo, este caso no es el primero ni el último en que se ven comprometidas las libertades informativas por una inidónea actuación del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, y desde luego, contraria a los principios democráticos y a la tutela real y efectiva de los derechos humanos.

En efecto, en una Sentencia de la SC/TSJ del 17 de mayo del 2000 (Caso: *Faitha Nahmens y Ben Ami Fihman*), en el que se decidió una acción de amparo interpuesta por la periodista y el Director de la Revista ‘*Exceso*’. Los mismos denunciaban acoso judicial en un juicio penal por difamación en su contra, ante la falta de pronunciamiento oportuno sobre la alegada prescripción de la acción penal. Frente a la solicitud de la querellante que pretendía la detención preventiva de los periodistas, se vieron obligados -ante la ausencia de garantías nacionales, y la convocatoria de audiencias que ponían en riesgo la libertad de los procesados y generaban una clara indefensión- a acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en consecuencia decretó unas medidas cautelares a favor de los periodistas, abriendo un caso contra el Estado venezolano dónde se denunciaba la violación de los derechos humanos a la libertad de expresión y al debido proceso, por lo que la SC/TSJ, anticipándose a lo que sería la asunción de criterios más radicales frente al Derecho y los órganos internacionales, consideró:

“...*inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que*

⁶ Para un análisis completo sobre el Caso de Radio Caracas Televisión (RCTV), Vid: BREWER-CARIÁS, Allan R. “El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El Caso RCTV”. *Revista de Derecho Público*, N° 110 (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, p.p. 7-32.

⁷ Brewer-Carías, Allan R. “El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El Caso RCTV”,...*ob.cit.*, .p. 29.

sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo disponen la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), que dispone que la petición sobre denuncias o quejas de violación de dicha Convención por un Estado parte, requerirá que “se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”, lo cual fue pretermitido en el caso de autos, por no haber ocurrido retardo judicial imputable a esta Sala según lo indicado en la parte narrativa de este fallo”.

Más tarde, en la sentencia SC/TSJ N° 1.013 (Caso: *Elías Santana*) 12 de junio de 2001, la Sala hace una particular interpretación de los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al fijar su “interpretación vinculante” sobre los artículo 57 y 58 de la Constitución venezolana relativos a las libertades informativas,⁸ convalida los *delitos de opinión*, tan rechazados por Sistema Interamericano⁹ como por las Naciones Unidas.¹⁰

⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000. Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

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

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

⁹ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Relatoría para la Libertad de Expresión. CIDH-OEA: “11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”. Aprobado durante el 108 período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. “INTERPRETACIÓN: 50. Como ha sido señalado anteriormente, el pleno ejercicio de la libertad de expresión es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público. La CIDH se pronunció claramente la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana: La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. (...) Estas leyes invierten directamente los parámetros de una sociedad democrática en que los funcionarios públicos deben estar sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. La protección de los principios democráticos exige la eliminación de estas leyes en los países en que aún subsisten. Por su estructura y utilización, estas leyes representan enclaves autoritarios heredados de épocas pasadas de los que es necesario desprenderse”. *Vid.* <http://www.cidh.oas.org/relatoria>. Ver igualmente: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos CIDH, OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9, rev (1995).

¹⁰ Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios y el Relator Especial de la

Se señala en un pasaje de la Sentencia que:

“(…) Consecuencia de las normas citadas, todas de rango constitucional, es que la libertad de expresión genera responsabilidades, que deben ser expresamente fijadas por la ley, y que deben asegurar: 1. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás (artículos 444 y 446 del Código Penal, 1196 del Código Civil, por ejemplo). 2. La protección de la seguridad nacional (artículo 144 del Código Penal), el orden público, o la salud o la moral pública. (...) Una serie de delitos y hechos ilícitos que pudieran cometerse mediante la libertad de expresión, irrespetando los derechos de los demás, originarían por tanto responsabilidades ulteriores a quienes se expresan, y los perjuicios a las personas derivadas de la libertad de expresión, no dependen de su difusión, sino del hecho de la expresión irrespetuosa”.

Posteriormente, en la sentencia SC/TSJ N° 1.411 (Caso: *Ley del Ejercicio del Periodismo*) del 27 de julio de 2004, la Sala Constitucional luego de citar la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre, de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH), validó la **colegiación obligatoria** en franco desacato y abierto desconocimiento del **acquis conventionnel** de la Corte IDH, asumiendo para ello una interpretación errada de la opinión unánime interamericana, según la cual:

“...la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y que la Ley N° 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹¹

Por el contrario, en la sentencia *sub examine* (SC/TSJ N° 1.411) el juez constitucional venezolano comienza por señalar que:

“...en todo caso, basará su decisión en la Constitución venezolana, sin necesidad de extenderse más en lo relacionado con los criterios de la Comisión y la Corte, por cuanto en realidad el problema se centra no en las normas contenidas en tratados internacionales –que por ser sobre derechos humanos tienen también rango constitucional entre nosotros–, sino en la norma constitucional venezolana que permite la colegiación”.

OEA para la Libertad de Expresión (2000). “Todos los Estados miembros deben revisar su legislación sobre difamación para que la misma no restrinja el derecho a la libertad de expresión y sea compatible con sus obligaciones internacionales. Como mínimo, la legislación sobre difamación debe cumplir las siguientes pautas: Debe considerarse la posibilidad de derogar las leyes penales sobre difamación y adoptar en su lugar leyes civiles, conforme a pautas internacionales pertinentes. Debe prohibirse que el Estado, en relación con objetos tales como banderas o símbolos, organismos públicos y autoridades públicas de cualquier tipo inicien acciones por difamación. Las leyes sobre difamación deben reflejar la importancia de un debate abierto sobre cuestiones de interés público, así como el principio de que las figuras públicas están obligadas a someterse a una crítica más intensa que los ciudadanos privados; en especial deben derogarse las leyes que brindan protección especial a las figuras públicas, como las leyes sobre desacato.(...)”

¹¹ Corte IDH. ‘La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 solicitada por el Gobierno de Costa Rica, de 13 de noviembre de 1985.

La Sala Constitucional venezolana argumenta que:

“...el establecimiento de un sistema de colegiación obligatoria para los periodistas profesionales, no puede conducir a implementar un marco jurídico que sea excluyente del resto de la colectividad, circunscribiendo ciertos actos como propios del ejercicio profesional del periodismo. Sin embargo, lo afirmado no debe interpretarse en el sentido de que las personas que no hayan cumplido con formación universitaria y que ejerzan la actividad periodística sólo con base en los conocimientos obtenidos por su propia experiencia, puedan acceder al Colegio Nacional de Periodistas, pues evidentemente, este Ente sólo agrupa a los licenciados universitarios en esta área. Por tanto, el ejercicio empírico y no profesional del periodismo no puede llevar a que sean colegiados por esa entidad, ni tampoco que el ejercicio no profesional de la actividad pueda dirigirse al detrimento de las potestades que tiene el Colegio Nacional de Periodistas establecidas en la Constitución y en la ley que rige su materia, las cuales abarcan la potestad para agrupar y organizar a sus asociados (periodistas profesionales), así como el ejercer su potestad organizativa y reglamentaria, e inclusive, la potestad disciplinaria sobre sus agremiados. Todos pueden de una u otra manera ejercer el derecho a la libertad de expresión, aunque ello trastoque tangencialmente la actividad propia del periodismo, pero tampoco puede considerarse que su desenvolvimiento sea equiparable al ejercicio profesional realizado por licenciados especializados en esta área de la comunicación social”. Para finalizar indicando que: “...colegiación obligatoria no constituye per se contravención a los derechos relativos a la libertad de expresión, establecidos en nuestra Constitución, así como en el anteriormente referido ordenamiento supranacional.”¹²

Más recientemente, la Sala Constitucional del TSJ en Sentencia N° 745 del 15 de julio de 2010 (Caso: *Asociación Civil Espacio Público*) declaró improcedente *in limine litis*, la acción de amparo interpuesta en contra de la negativa del Contralor General de la República Bolivariana de Venezuela de dar respuesta oportuna y adecuada a las peticiones de la precitada Asociación Civil en el sentido de conocer el *“...salario base y otras erogaciones que devengan el Contralor General de la República y las remuneraciones del resto del personal de la Contraloría General de la República; señalando que el salario de los funcionarios públicos es un dato que pertenece a su intimidad y que, por tanto, no está protegido por el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos y el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública.*

Señala la Sala Constitucional en su *“test de constitucionalidad”* que:

“...la parte accionante no acredita cómo la información solicitada sería de utilidad para la participación ciudadana en pro de la transparencia de la gestión pública. En otras palabras, no parece proporcional la magnitud de la información solicitada en pro de la transparencia de la gestión fiscal, ni siquiera las acciones concretas para las cuales se utilizaría la información solicitada. Razón por la cual [...] no existe un título legítimo para tolerar la invasión en el derecho constitucional a la intimidad del Contralor General de la República y el resto de los funcionarios adscritos al órgano contralor.”¹³

En esta ocasión, la Sala Constitucional del TSJ *“ESTABLEC[IÓ] COMO CRITERIO VINCULANTE que en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que él o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la*

¹² Sentencia SC/TSJ N° 1.411 (Caso: *Ley del Ejercicio del Periodismo*) del 27 de julio de 2004.

¹³ Sentencia SC/TSJ N° 745 (Caso: *Asociación Civil Espacio Público*) del 15 de julio de 2010.

*información; y ii) que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada”.*¹⁴

Sin dudas, esta es otra decisión negadora o reduccionista del Derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵, toda persona, sin necesidad de acreditar un interés especial, tiene el derecho humano de acceso a la información que el Estado administre o produzca o que deba administrar o producir. En este sentido, el Estado tiene la obligación internacional de suministrar al público información de forma oficiosa y continua, y establecer mecanismos ágiles y eficientes de acceso a la información que sea solicitada. Dado que se trata de una de las formas protegidas del derecho a la libertad de expresión, las restricciones al derecho de acceso deben respetar los mismos criterios que se usan para evaluar cualquier otra restricción de este derecho.

En efecto, “[...] *la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.*”¹⁶

En consecuencia, el derecho de acceso a la información está sujeto a un régimen estricto y excepcional de limitaciones, que deben estar previstas taxativa y previamente en la ley, perseguir fines imperativos, ser estrictamente necesarias y proporcionales respecto de los fines que persiguen, y estar sujetas a la posibilidad de ser controvertidas judicialmente.¹⁷

La Corte IDH recuerda que el “...control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control.

¹⁴ Sentencia SC/TSJ N° 745, *cit.*

¹⁵ *Cfr.* Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁶ *Cfr.* Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. *cit.* parr. 77.

¹⁷ La Agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes. Relatoría para la Libertad de Expresión. CIDH-OEA, 2009-2011. En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=159&IID=2>

*Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.*¹⁸

En términos generales, este conjunto de restricciones judiciales a las libertades informativas, contenidas en las Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, nos hace pensar en la existencia de juicios que responden más a premisas discontinuas e incoherentes, a valoraciones político partidistas antes que jurídicas, y a la existencia de fidelidades impropias que a procesos lógicos, estandarizados y sustentados sobre reglas o métodos jurídico-constitucionales apoyados en la fidelidad a la Constitución.

Como veremos a lo largo de esta investigación, las posiciones negadoras o reduccionistas de los derechos fundamentales, en este caso, que pretenden erigirse como impedimentos ilegítimos o restricciones jurisdiccionales a las libertades de expresión e información, y a todos los derechos consustancias e instrumentales derivados, se colocan en las antípodas de la razón y a contrapelo de un Derecho que hoy se sustenta sobre tres pilares: (i) la legitimidad de los gobernantes, (ii) la intangibilidad los derechos humanos de los sujetos y (iii) el principio de la rendición de cuentas (*accountability*), y a espaldas de un poder político que ha sido penetrado y transformado por el Derecho, especialmente por esa nueva dimensión conocida como Derecho internacional de los derechos humanos, que impone a los Estados la obligación jurídica general y frente a todos (*omnium et erga omnes*) de reconocer la dignidad humana y respetar los derechos fundamentales de la persona.

1. *El constitucionalismo frente a la libertad de información*

Las restricciones judiciales ilegítimas a derechos fundamentales como son los atinentes a la libertad de expresión y a la libertad de información, tan relevantes y consustanciales a la juridificación y democratización del Estado, contrarían abiertamente el constitucionalismo contemporáneo, por lo inidóneo e injusto que resultan los compromisos políticos de los jueces de máximo nivel, porque la primera y última fidelidad de los jueces debería ser la fidelidad a la Constitución, a la que todos los jueces juran al aceptar su cargo, todas las demás fidelidades, especialmente las político-partidistas, deben ceder, “*porque si no se puede asumir la Constitución como hábito mental y moral propio es inclusive mejor declinar la actividad jurisdiccional*”, porque las fidelidades impropias, los credos, las obligaciones absolutas, asociativas, gremiales, clientelares o corporativas surgen y se manifiestan, exigen lealtad, piden al juez pagar el precio del nombramiento. Por eso, cuando se observan ciertas sentencias constitucionalmente inmotivadas o artificiosamente argumentadas no se puede soslayar que las mismas dependen de las fidelidades impropias.¹⁹

Asimismo, las restricciones judiciales a los derechos fundamentales contrarían abiertamente el constitucionalismo contemporáneo en el que el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución,²⁰ pero no por cualquier tipo de Texto Fundamental, sino por aquella *Constitución material*, no sólo promotora de la prudencia política y del diálogo deliberativo, eficaz y consustancial a los principios democráticos, sino condicionante y decididamente preferente de los derechos y libertades (*Preferred freedom*), de la afirmación de la

¹⁸ Cfr. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile. cit.*, parr. 87.

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción Manuel Martínez Neira, Mínima Trotta, Trotta, Madrid, 2008, p.80.

²⁰ COMANDUCCI, Paolo. “Constitucionalización y Neoconstitucionalización”, En: *Constitución y Teoría del Derecho*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, México, 2007, p.73.

trascendencia de la persona sobre el Estado y la sociedad (personalismo humanista)²¹ y del principio *pro homine* o *pro personae*²² que impondría el criterio jurisprudencial más favorable a la persona, con independencia del tribunal (nacional o internacional) del que proceda.

En efecto, el constitucionalismo parece imponer una *Constitución material* de los Estados y más allá de éstos, que supone un cuestionamiento a la idea ya clásica de supremacía constitucional y da una creciente “visibilidad a los derechos fundamentales” y a “un marco constitucional múltiple y dialéctico”,²³ dominado por un *bloque de constitucionalidad* en materia de derechos fundamentales formado por la Constitución, por la jurisprudencia constitucional y por un estándar mínimo, denominado *acquis conventionnel*, conformado por los textos convencionales y la jurisprudencia internacional sobre la materia.²⁴

Esa *Constitución del constitucionalismo* debe obedecer a procesos lógicos, estandarizados y sustentados sobre reglas o métodos jurídico-constitucionales apoyados en la fidelidad a la Constitución y con la idea misma de democracia constitucional y supremacía iusfundamental de los derechos, que hace incompatible la existencia de poderes absolutos e infalibles.

Sin embargo, siguiendo a Mauro BARBERIS, es pertinente advertir sobre las positivizaciones reales y las aparentes, ejemplificada esta última en las Constituciones <fachada> de muchos países del Tercer Mundo o en la prevalencia de doctrinas del “derecho constitucional” contrarias a estos valores del constitucionalismo,²⁵ que terminan convirtiéndolo todo en declaraciones de buenas intenciones, agotando toda forma de tutela de los derechos y sacrificando lo que es verdaderamente importante, esto es, la protección individual de los derechos fundamentales.

Ciertamente, en ningún caso la aceptación y promoción del Derecho internacional de los derechos humanos puede significar obsecuencia ciega a la jurisprudencia y recomendaciones de los sistemas regionales de protección. Insistimos, en ningún caso podemos referirnos a una

²¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (biblioteca universitaria guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 147-148.

²² Se entiende por “...*pro personae* [...] un método de indagación del sentido último de las disposiciones jurídicas [...], para los fines de la aplicación no jurisdiccional o jurisdiccional de aquéllas, y en este sentido es un “principio de interpretación” ampliamente acreditado, pero al mismo tiempo significa un criterio riguroso para la elaboración de las disposiciones que nacional e internacionalmente se expidan sobre [determinada] materia, y en tal virtud es también un “principio de regulación”. Cfr. Corte IDH. Caso: *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas) Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

²³ CASCAJO CASTRO, José Luis. “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”. En: ***La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho***, Tomo VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores) Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, p. 204.

²⁴ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Prólogo de Enoch Albertí. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección: Estudios Constitucionales, Director: Francisco Rubio Llorente, Madrid, 2008 p.p.4 y 406 y s.s.

²⁵ BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 39. Para BARBERIS, Carl Schmitt puede calificarse como constitucionalista sólo en el sentido de doctrinario del derecho constitucional. *Ibidem.*, p.39.

interpretación conforme a la autoridad “externa”²⁶ como un dogma de fe, como una verdad incontrovertible que sustituye al juez nacional, pero, por qué negar la evidencia, qué duda cabe sobre el carácter democratizador y tuitivo de los derechos que se le atribuyen al canon europeo y al canon americano, en cada caso, y en ese sentido, la argumentación ‘*ab exemplo*’ es eficaz y la obediencia reflexiva a las sentencias del TEDH y de la Corte IDH se manifestaría a través del (i) cumplimiento de los efectos directos (*inter partes*) que de ellas se derivan (ejecución *stricto sensu*) y también por medio del (ii) seguimiento de sus efectos indirectos o interpretativos que son *pro futuro*, *erga omnes* y obligatorios, lo que significa que afectan tanto al Estado Parte responsable de la violación como al resto de los Estados Parte, los cuales deben iniciar un proceso de compatibilización, de armonización y de concurrencia con el estándar de protección cuando una sentencia hace patente tal necesidad. Sin embargo, que el Estado se sometiera al Derecho fue una verdadera conquista, una auténtica transformación del *Ancien Régime* atribuida a la Revolución Francesa (*Déclaration des Droits de l’homme et du Citoyen*, de 1789).

Es una conquista, ciertamente, pero no ha sido suficiente, si se contrasta con los altos grados de iniquidad y arbitrariedad, impunidad y violaciones graves a los derechos humanos que todavía persisten, incluso en el desempeño de la ‘justicia’ de algunos operadores jurídicos, bien sean jueces unipersonales o colegiados, de instancia, o más grave aún, pertenecientes a los tribunales supremos o cortes constitucionales, en cuyo caso sus decisiones suelen convertirse en las normas de cierre del sistema.

En línea con lo anterior, se suele decir que los hombres y los Estados o los gobiernos que los representan son inducidos a buscar la justicia, “... *a moverse hacia sistemas de ‘justicia superior’, no solamente en el interior de los países donde se tienen varias formas de justicia constitucional, sino también a nivel trasnacional*”²⁷ y en este empeño se accede a la jurisdicción internacional, lo que se conoce como Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

En otras palabras, del mismo modo que el proceso de juridificación y democratización del Estado ha significado un mayor disfrute de los derechos fundamentales, cabe precisar igualmente que, en la mayor deferencia o en la resistencia que se tenga -especialmente los jueces- en la apertura del derecho interno al Derecho internacional de los derechos humanos, subyace una especie de barómetro del funcionamiento democrático del Estado, que en términos reales puede incidir sobre los principios democráticos, sobre la dignidad y la universalidad de los derechos del hombre, y arrojar luces sobre la constatación de la vigencia real -que no conceptual o normativa- del Estado de Derecho o Estado constitucional y del constitucionalismo, más allá de los prejuicios o visiones aparentes.

Aunque sería idóneo que los derechos humanos se disfrutasen sin necesidad de instar continuamente a los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos,²⁸ o lo

²⁶ GARGARELLA, siguiendo a SAGÜÉS, en: GARGARELLA, Roberto “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”. En: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 236.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, prólogo, Héctor Fix Zamudio; presentación, Fernando Serrano Migallón, Porrúa: Facultad de Derecho UNAM, 2007, p: 239.

²⁸ DULITZKY, Ariel. “Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los sistemas federales. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”. En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La ex-*

que es lo mismo, que los sistemas regionales gozaran de carácter subsidiario, de modo que los tribunales internos y toda la organización judicial nacional funcione como los primeros y principales protectores de los derechos reconocidos en las respectivas cartas o tratados.²⁹ No obstante la realidad impone otra cosa.

La realidad es fecunda en casos de incumplimiento del derecho interno, de las obligaciones internacionales y del deber estatal de protección jurisdiccional frente a los casos anteriores, que facultan a las personas agraviadas a buscar justicia allende las fronteras del Estado, ante la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud de un tratado.

De allí que la protección internacional de los derechos humanos forme parte de un proceso de internacionalización, aún en fase embrionaria, como subraya PECES-BARBA,³⁰ porque una identificación de los derechos humanos sería incompleta sin su dimensión internacional que se hace visible en "...la práctica de los Estados [y en] la jurisprudencia interna e internacional..."³¹ lo que ha supuesto un avance para la humanidad, no obstante quede mucho por hacer para perfeccionar los controles internacionales de verificación y sanción de los incumplimientos de las obligaciones contraídas por los Estados. En este proceso de "internacionalización de los derechos"³² el discurso judicial es imprescindible, de modo que la dialéctica de

perencia de una década, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 9. *Vid.* igualmente: DULITZKY, Ariel. "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado". En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.p.33-74. Realmente resulta paradójico que sean los países con un sistema constitucional más perfeccionado y protector de los derechos los que se sometan a estas instancias supranacionales con capacidad para supervisar la actuación de los órganos nacionales, lo que no responde, desde luego a una necesidad de disponer de varias instancias de control externo que sea consustancial a los sistemas constitucionales modernos. Antes bien, la existencia de una diversidad de niveles sólo parece justificable en cuanto que cada uno de ellos tenga su propia razón de ser. *Ver.*: Balaguer Callejón, Francisco. "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional". En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 1, Enero-Junio, 2004, p.p. 25-46.

²⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Hacia una mayor efectividad del mecanismo de garantía instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", En: *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Luis Martín Rebollo (Director), Gobierno de Aragón- Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Isac Artes Gráficas, SL, Zaragoza, 2008, p.244.

³⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1.era Reimpresión, 1999, p. 154.

³¹ PECES-BARBA, Gregorio. *ob.cit.*, 1999, p.p.173-175. El proceso de internacionalización, aún en fase embrionaria, arranca en el siglo XX, en los años posteriores a la segunda guerra mundial cuando, a pesar de la guerra fría, de las diferentes concepciones de los derechos humanos que tenían los países capitalistas y socialistas y las circunstancias surgidas de la descolonización, se va a producir una importante eclosión de la tarea convencional internacional en el orden a la protección de los Derechos humanos, reflejada en la multitud de tratados sectoriales sobre el reconocimiento y protección internacional de Derechos fundamentales. Esto no obsta para que se le critique, como lo hace Carrillo Salcedo, citado por Peces-Barba, que el elevado número de tratados y convenios facilita solapamientos, lagunas incoherencias y contradicciones entre normas convencionales internacionales y regionales, que producen una inflación normativa que socava la aspiración de globalidad, a lo que se debe añadir el bajo desarrollo de los controles internacionales para verificar y sancionar los incumplimientos de las obligaciones de los Estados.

³² Cuando la doctrina se refiere a los distintos procesos históricos que han transformado los derechos humanos fundamentales, se suele referir a la existencia de cuatro grandes procesos: (i) positivación, (ii) generalización, (iii) internacionalización y (iv) especificación. La internacionalización de

los jueces a favor o no de la jerarquía superior de los derechos es determinante para la aceptación y el arraigo del DIDH en todos los confines y aguas adentro de los Estados.

La frecuencia y -especialmente- la calidad de la argumentación judicial, conduce, necesariamente, a que los Estados, sus individuos e instituciones cumplan con el DIDH, y por ende, ejecuten lo prescrito por los órganos de protección en forma de opiniones consultivas, decisiones cautelares o definitivas.

En efecto, en estas líneas tendremos la oportunidad de analizar cómo los jueces supremos venezolanos, en su condición de intérpretes constitucionales últimos, se han colocado a la zaga del derecho internacional contemporáneo, cuando parecía comenzar a concretarse el deber de solidaridad entre los Estados a fin de garantizar el reconocimiento y la protección efectiva y universal de los derechos humanos,³³ y con ello, una toma de conciencia sobre el necesario cambio de posicionamiento del principio constitucional de soberanía estatal frente al ordenamiento internacional, dando paso a lo que Fernando MARIÑO señala como <<desformalización>> de la soberanía³⁴ y CARRILLO SALCEDO describe como el proceso de internacionalización de los derechos humanos y libertades públicas, que interesan hoy no sólo en el plano de las Constituciones de los Estados sino también en el Derecho Internacional, ya que la protección de los derechos humanos, en cuanto garantía de la integridad moral y física

los derechos humanos constituye un proceso político y jurídico que se desarrolla luego de la segunda posguerra, en el que la decisión de la comunidad de Estados converge en incluir el trato que un Estado dé a sus nacionales y, en general, a todas las personas bajo su jurisdicción entre las cuestiones de interés común. La decisión queda reflejada en la Carta de las Naciones Unidas que institucionaliza la sociedad internacional transformándola en comunidad al poner en común una serie de objetivos que la organización debe propiciar y para lo cual instaura una política de cooperación internacional. Los Estados nacionales y otros sujetos de derecho internacional convienen en la celebración de declaraciones, acuerdos y pactos internacionales y regionales, como los celebrados en el marco de la creación de las Naciones Unidas, que principalmente tendrán injerencia en los asuntos internos de los Estados, con acento en la vigilancia sobre los derechos humanos. Ver: PECES-BARBA, Gregorio. *ob.cit.*, 1999, p.p. 154-179; Asimismo, BOBBIO, Norberto. *El tercero ausente*, Editorial Cátedra, Madrid, Traducción de Pepa Linares, Madrid, 1997. Igualmente: PINTO, Mónica. “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 9.

³³ En este sentido el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, contempla que: [t]odos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55, que, a su vez: [c]on el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

³⁴ En términos generales, puede afirmarse que la señalada <<desformalización>> de la soberanía ha recibido expresión definitiva en la formación y consolidación de dos de los principios fundamentales del orden jurídico internacional contemporáneo: el de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos y el de respeto a los derechos humanos fundamentales. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho Internacional Público. Parte General*, Trotta, Madrid, 1999, p.93

de cada persona, ha quedado recogida tanto en los ordenamientos constitucionales estatales como en el orden jurídico internacional.³⁵

Hoy es indiscutible el papel instrumental que tienen los medios de comunicación en la formación de la opinión pública, así como el carácter consustancial de la opinión pública plural y libre con la democracia, porque "...no hay democracia donde no hay defensa de la opinión pública, ni opinión pública efectiva donde no hay democracia".³⁶

La experiencia ha demostrado que penalizar las expresiones crea más problemas de los que resuelve,³⁷ así como criminalizar al informador genera un clima de hostilidad y desasosiego, porque en una sociedad democrática no se debe castigar la crítica al gobierno con una injerencia penal injustificada y desproporcionada, que, por lo general, conlleva los dos efectos nefastos de la judicialización de la política y la politización de la justicia, y que tarde o temprano se revierte en contra de su artífice, como una auténtica espada de Damocles de doble filo.

2. *La obligación de respetar el derecho internacional de los derechos humanos en Venezuela*

En este asunto es fundamental recordar que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.³⁸

Así, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los Estados Parte asumen los deberes de (i) investigar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ocurridas en su jurisdicción, (ii) identificar y sancionar a los responsables en el ámbito interno, y (iii) reparar integralmente a las víctimas (*restitutio in integrum*), esto es, no sólo indemnizarlas, sino restituirles en el goce de los derechos y esferas jurídicas lesionadas, con el restablecimiento de la situación más parecida al *status* previo a la violación; asumiendo, igualmente, la garantía de no repetición, que supone el compromiso *pro futuro* de evitar actos antijurídicos en menoscabo de los derechos humanos, como expresión concreta y garantía general de recepción -y dinámica aplicación- de los valores superiores compartidos por la comunidad internacional, dispuestos a la conservación y defensa eficaz de los derechos y del orden público internacional.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA)³⁹, observó que:

³⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. En: "prologo al libro *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de Carlos VILLÁN DURÁN, Trotta, Madrid, 2006, p.23.

³⁶ CALLEJO, Javier. "El instituto sociológico de la opinión pública". En: *Libertades Informativas*, Antonio Torres del Moral (Director), COLEX, Madrid, 2009, p.123.

³⁷ TORRES DEL MORAL, Antonio. "Sistemática constitucional y cuestiones generales", En: *Libertades Informativas*, Antonio Torres del Moral (Director), COLEX, Madrid, 2009, p.85.

³⁸ Cfr. Caso *Velásquez Rodríguez*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 7, párr. 25; Caso *Zambrano Vélez y otros*, *supra* nota 18, párr. 131, y Caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*, *supra* nota 12, párr. 156.

³⁹ Fuentes: Informe Anual 2008, tercer volumen del Informe Anual de la CIDH (febrero de 2009) RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA); <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=724&IID=2>

“256 [...]. ...el actual ambiente de hostilidad y polarización, se ve impulsado con el inicio de procesos administrativos que buscarían responsabilizar a medios de comunicación independientes del gobierno, por opiniones expresadas en programas transmitidos en directo por personas que no pertenecen al canal. El 13 de octubre de 2008, Rafael Poleo, invitado a un programa de opinión del canal Globovisión que se emitía en vivo, sostuvo que el Presidente de Venezuela “va a terminar como Mussolini: colgado y con la cabeza para abajo”. Inmediatamente, el conductor del programa le pidió moderación.

En aplicación del artículo 29 numeral 1 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) inició un expediente administrativo en contra del canal por supuesta instigación al magnicidio y emitió una medida cautelar ordenando al canal abstenerse de difundir en cualquier horario mensajes que violen la Ley. Para el momento en que se realiza este informe, 1 de diciembre de 2008, aun se encuentra pendiente una decisión definitiva en este proceso.

257. Posteriormente CONATEL inició un nuevo proceso administrativo en contra de Globovisión. En la madrugada del 24 de noviembre de 2008, luego del cierre de la jornada electoral, este medio transmitió las declaraciones del entonces candidato a la gobernación del Estado de Carabobo en las que sostuvo que “de aquí de Carabobo queremos exigir resultados al CNE, de inmediato, pero como siguen retrasando el proceso, le quiero pedir a todo el pueblo carabobeño, a todos ustedes que me acompañan, que nos vayamos a la Junta Electoral a reclamar el triunfo de Carabobo”. Ese mismo día en la noche, el presidente Hugo Chávez pidió al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) iniciar una investigación en contra de un canal sin especificar, por haberse adelantado a los resultados de las elecciones. Posteriormente uno de los rectores del Consejo Nacional Electoral (CNE) informó que ningún medio de comunicación incurrió en delito electoral. Aclaró además que el único ente competente para sancionar administrativamente en temas electorales es el Poder Electoral. No obstante estas declaraciones, CONATEL consideró que la transmisión podría constituir una violación a lo establecido en el artículo 29 numeral 1 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión al difundir mensajes que presuntamente inciten alteraciones del orden público. Este mismo artículo establece que el supuesto de reincidencia podría implicar la revocatoria definitiva de la concesión de Globovisión”.

258. Sumado a las investigaciones mencionadas en numerales anteriores, se ha informado la existencia de un proceso adicional en contra de comunicadores independientes o críticos del gobierno. (...)

259. La CIDH reconoce el legítimo deber del Estado de investigar situaciones que atenten contra la seguridad del mismo. No obstante, en temas de tanta gravedad, las investigaciones y acusaciones públicas provenientes de altas autoridades, deberían estar soportadas en pruebas suficientes y contundentes y no en la emisión de opiniones críticas o incluso ofensivas contra funcionarios del gobierno, como parece ser el presente caso, según la información pública que se encuentra en la página oficial. Lo anterior adquiere aun más relevancia si se toma en cuenta que las amenazas de muerte y ataques violentos contra comunicadores y medios críticos al gobierno, se han producido con la excusa de hacer justicia privada contra quienes supuestamente han promovido los crímenes que se mencionan en el párrafo anterior.

260. Sobre este tema, el Estado indica que luego de pasar por la Comisión de la Asamblea Nacional, “el Ministerio Público tiene a cargo las averiguaciones penales respectivas, motivo por el cual no puede hablarse de intimidación o ataques al canal Globovisión”.

261. La CIDH sigue viendo con preocupación algunos contenidos de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. Llama la atención a la CIDH que artículos como el 29 numeral 1 sanciones de la mayor gravedad respecto de situaciones que son definidas de manera vaga o genérica. También preocupa a la CIDH que su aplicación pueda llevar a res-

ponsabilizar a un medio de comunicación por la conducta realizada por un tercero, ajeno al canal en un programa transmitido en directo, o por la transmisión del discurso de un político.

262. La CIDH recuerda que el principio 5 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala que “las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”; y que, como ya lo había indicado con anterioridad la CIDH, “las restricciones definidas de maneras vagas y combinadas con sanciones altamente punitivas crean condiciones para la autocensura en los medios”.

[...]

268. La CIDH considera que las conductas reseñadas en la presente sección no propician un clima de tolerancia en el cual se favorezca la activa participación e intercambio de ideas de los diversos sectores de la sociedad venezolana. Los numerosos actos violentos de intimidación provenientes de grupos privados contra periodistas y medios de comunicación, sumados a las declaraciones descalificatorias de altos funcionarios públicos, y a la apertura sistemática de procesos administrativos fundados en normas legales que permiten un alto nivel de discrecionalidad al momento de ser aplicadas y que amparan la imposición de sanciones drásticas, entre otras, configuran un escenario restrictivo que inhibe el libre ejercicio de la libertad de expresión como condición de una democracia vigorosa fundada en el pluralismo y la deliberación pública”.

A pesar de las diáfanos advertencias y expresas recomendaciones de la CIDH-OEA ⁴⁰, cuya observancia es indispensable para seguir avanzando en la protección, garantía y promo-

⁴⁰ “10. La Relatoría Especial promueve la observancia de sus recomendaciones para seguir avanzando en la protección, garantía y promoción del derecho a la libertad de expresión en toda la región. En este contexto, la Relatoría Especial reitera las más importantes recomendaciones formuladas en sus informes anuales anteriores, en especial aquellas relacionadas con los problemas y desafíos mencionados en los capítulos II y IV de este Informe Anual. En consecuencia, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros de la OEA:

- a. Realizar investigaciones serias, imparciales y efectivas sobre los asesinatos, agresiones, amenazas y actos de intimidación cometidos contra periodistas y trabajadores de medios de comunicación social. También deben investigarse estos crímenes cuando son cometidos con el propósito de silenciar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de cualquier individuo.
- b. Juzgar por tribunales imparciales e independientes a todos los responsables de los asesinatos, agresiones, amenazas y actos de intimidación por causa del ejercicio de la libertad de expresión, y reparar adecuadamente a sus víctimas y familiares.
- c. Condenar públicamente estos hechos para prevenir acciones que fomenten estos crímenes”.
- d. Adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de quienes son agredidos y amenazados por el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, ya sea que estos actos provengan de agentes del Estado o que sean cometidos por particulares.
- e. Adoptar las medidas necesarias para que los comunicadores sociales en situación de riesgo que debieron desplazarse o exiliarse puedan retornar a sus hogares en condiciones de seguridad. Si estas personas no desearan regresar, los Estados deben adoptar medidas para que puedan permanecer en el lugar elegido en condiciones dignas, con medidas de seguridad y con el apoyo económico necesario para conservar su trabajo y sus relaciones familiares.
- f. Promover la derogación de las leyes que consagran el desacato, cualquiera sea la forma en la que se presenten, dado que estas normas son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático.
- g. Promover la modificación de las leyes sobre difamación criminal a fin de eliminar la utilización de procesos penales para proteger el honor y la reputación cuando se difunde información sobre

ción de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información en toda la región, el Gobierno venezolano no sólo las obvió abiertamente, sino que:

“El 28 de mayo de 2009 el Presidente Hugo Chávez exigió a las autoridades públicas actuar contra Globovisión o que renunciaran a sus cargos. Exhortó específicamente a Diosdado Cabello, Ministro de Obras Públicas y Vivienda, al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), al Tribunal Supremo de Justicia y a la Fiscalía General de la República.

Acatando esta orden, el 5 de junio de 2009, Diosdado Cabello anunció que había ordenado a CONATEL abrir un nuevo procedimiento administrativo contra Globovisión y que había solicitado a la Fiscalía el inicio de investigaciones penales contra el canal, para luego proceder a revocar la concesión de Globovisión en base al artículo 171 numeral 6 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El 16 de junio de 2009 CONATEL notificó a Globovisión de la apertura del nuevo procedimiento sancionatorio y suspendió el mismo hasta que la jurisdicción penal determinara la responsabilidad penal de Globovisión, para entonces proceder a revocar la concesión sobre el referido artículo 171 numeral 6 de la Ley. El oficio de CONATEL hace referencia a que la Fiscalía debe determinar primero la "responsabilidad penal de Globovisión".⁴¹

“El Ministro del Poder Popular de Obras Públicas y Vivienda, Diosdado Cabello, como autoridad del ente de telecomunicaciones CONATEL, declaró que la empresa mediática Globovisión, podría estar amparando la comisión de varios delitos, violando el artículo 171 de la Ley de Telecomunicaciones.

Cabello explicó que ante los presuntos excesos que han cometido en esta planta privada de televisión, se ha solicitado a la Fiscalía General de la República la averiguación, ya que de hallarse los elementos suficientes, CONATEL podría revocar la concesión de esta planta.

“Nosotros no somos competentes para determinar si hubo o no comisión de delitos, por esto solicitamos a la Fiscalía que se abrieran averiguaciones penales sobre este tema. Si después que ellos llamen a los señalados e implicados se determina que hay delito, nosotros tenemos el artículo 171 que está allí”, explicó.

asuntos de interés público, sobre funcionarios públicos o sobre candidatos a ejercer cargos públicos.

h. Incorporar en sus ordenamientos jurídicos estándares diferenciados para evaluar la responsabilidad ulterior de quienes difunden opiniones o ideas sobre asuntos de interés general o de crítica política, incluyendo el estándar de la “real malicia” y la estricta proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones, de forma tal que los procesos seguidos por esta causa no generen un efecto silenciador que afecte el debate democrático.

i. Promover la modificación de las leyes sobre injuria de ideas o de instituciones a fin de eliminar el uso de procesos penales para inhibir el libre debate democrático sobre todos los asuntos.

j. Eliminar cualquier norma que habilite la censura previa por parte de cualquier órgano estatal, y también cualquier calificativo que pueda implicar censura a la libertad de expresión, tales como las exigencias previas de veracidad, oportunidad e imparcialidad en la información.

Fuentes: Informe Anual 2008, tercer volumen del Informe Anual de la CIDH (febrero de 2009) RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA); <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=724&IID=2>

⁴¹ Fuente: <http://www.globovision.com/news.php?nid=119765>

Aseguró que los miembros de este canal privado alegarán que se trata de una retaliación política, “simplemente porque a otros medios no se les hace, pero esos mismos son respetuosos de lo que está ocurriendo en Venezuela”, recalcó.

“Algunos medios están jugando con la salud mental de los venezolanos”, recordó el director encargado de CONATEL.”⁴²

“Sin embargo, para esa fecha, en Venezuela no se había aceptado la posibilidad de que personas jurídicas fuesen penalmente responsables. En consecuencia, faltaba un eslabón, por ello el 18 de junio de 2009 la Sala Constitucional del TSJ dictó la sentencia Nº 834 interpretando el mencionado artículo 171 numeral 6 y determinó por primera vez en su historia, que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables. Con ello, el TSJ validó la actuación de CONATEL y abrió la posibilidad de que se determine que Globovisión delinque. Así, la revocatoria de la concesión ordenada por Chávez ya cuenta con la participación de todos los órganos a los cuales “exhortó”: el Ministro Cabello, CONATEL, la Fiscal y el TSJ. Se supo que ante el “exhorto” que hizo Chávez a Luisa Estela Morales, en el TSJ estuvieron apurados sacando esta sentencia, luego de 6 años, para poder darle sustento jurídico a toda la estrategia para cerrar a Globovisión.”⁴³

Sólo esto explica que sea ahora, cuando la voz oficial y única clama por el cierre de Globovisión, que se decida esta demanda de nulidad interpuesta hace más de seis años, lo que corroboran, una vez más, tres circunstancias:

1. Que el resto de los poderes públicos actúan por órdenes expresas o implícitas del Poder Ejecutivo, por el Presidente de la República, porque, o han sido cooptados o puestos en sus cargos por él o son operadores políticos del partido oficial y único de Venezuela; **2.** La manifiesta falta de autonomía, independencia y objetividad del Poder Judicial venezolano, y, **3.** Que después de 10 años en el poder, el proyecto político que encarna el Presidente de la República no sólo moldeó todos los poderes del Estado a su imagen y semejanza, acabó con los necesarios pesos y contrapesos del poder (check and balances), sino que introdujo como única forma de legitimar el poder: la más primitiva y maniquea dialéctica irreconciliable del amigo/enemigo. Esa misma dialéctica irreconciliable y excluyente se le aplica los medios de comunicación que muestren un atisbo de crítica e independencia.

En efecto, la Sala Constitucional, bajo la ponencia de Carmen Zuleta de Merchán, y con el único voto salvado de Pedro Rondón Haaz, declaró sin lugar la acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta el 29 de enero de 2003 por **GLOBOVISIÓN** y **RCTV**, contra los artículos 171.6; 183, parágrafo único; 208, 1 y 8, y 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 36.970 del 12 de junio de 2000; y contra los Decretos Presidenciales núms. 2.427 del 1 de febrero de 1984 y el 2.625 del 5 de noviembre de 1992, contentivos del Reglamento de Radiocomunicaciones y del Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión.

Con esta Sentencia la Sala Constitucional, como en anteriores ocasiones, incurre en el abuso *in iudicando*, al decidir no sólo más de lo que se le pide (*ultra petita*), sino de utilizar aquellas consideraciones que no son parte del fallo, elucubraciones que se les antojan al juez, que porque es juez las vierte en la sentencia (*obiter dicta*), pero que no son necesarias, porque no cuentan con el poder vinculante en esta causa (*causa petendi*), es decir, no forman parte

⁴² Fuente: Radio Nacional de Venezuela. <http://www.rnv.gov.ve/noticias/index.php?act=ST&f=2&t=100210>

⁴³ Fuente: Globovisión. <http://www.globovision.com/news.php?nid=119765>

del fallo (*dictum*), y lejos de aclarar el asunto algunas veces enredan o generan confusión, o se dejan caer deliberadamente para futuras actuaciones, para establecer un régimen velado de censura previa y autocensura que afecta visiblemente a los medios de comunicación audiovisual.

II. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA

Uno de los asuntos que más han preocupado a los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos,⁴⁴ es el relativo a la necesaria independencia del Poder Judicial en Venezuela, que la Corte IDH ha calificado de “esencial para el ejercicio de la función judicial”⁴⁵ y que en el caso venezolano se hace más crítico, como lo advierte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), dado que “...la falta de independencia y autonomía del poder judicial frente al poder político constituye uno de los puntos más débiles de la democracia venezolana, situación que conspira gravemente contra el libre ejercicio de los derechos humanos en Venezuela”.⁴⁶

A juicio de la CIDH la consecuencia de esa falta de independencia son más que visibles, al haber permitido que en Venezuela se utilice el poder punitivo del Estado para criminalizar a los defensores de derechos humanos, judicializar la protesta social pacífica y perseguir penalmente a los disidentes políticos⁴⁷.

La preocupación por la independencia judicial y su relación consustancial con los derechos humanos no ha sido ajena a los foros especializados. En la Declaración y el Programa de Acción de Viena, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁸ se señala que:

“[c]ada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos en cargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial

⁴⁴ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) de 30 de junio de 2009, Serie C N° 197. Igualmente, durante el 138 período de sesiones, la Comisión recibió información actualizada sobre la situación de la jueza María Lourdes Afiuni Mora, quien se encuentra privada de libertad y para quien el 11 de enero de 2010 se otorgaron medidas cautelares, tras recibir una solicitud en que se indicaba que la habían amenazado con quemarla viva en la cárcel. En su informe *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, la CIDH informó sobre la situación de la jueza Afiuni Mora, quien el 10 de diciembre de 2009 ordenó la liberación de una persona que había estado privada de libertad por más de dos años, plazo máximo de detención preventiva contemplado en la ley. El presidente Hugo Chávez dijo al día siguiente en cadena de radio y televisión que pedía 30 años de prisión para la magistrada, y un día más tarde la jueza fue imputada por graves delitos por el Ministerio Público. *Vid.* Comunicado de prensa, N° 36/10, CIDH expresa preocupación por uso del poder punitivo del estado para silenciar opositores en Venezuela.

⁴⁵ Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, párr. 171, y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 145.

⁴⁶ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54, 30 diciembre 2009, párrafo 1154.

⁴⁷ *Ibidem.*, párrafo 1154.

⁴⁸ A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, párr. 27.

y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible. En este contexto, las instituciones que se ocupan de la administración de justicia deben estar adecuadamente financiadas, y la comunidad internacional debe prever un nivel más elevado de asistencia técnica y financiera. Incumbe a las Naciones Unidas establecer con carácter prioritario programas especiales de servicios de asesoramiento para lograr así una administración de justicia fuerte e independiente”.

Por su parte, la Corte IDH ha dicho con prístina e indefectible razón, que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces,⁴⁹ destacando que uno de los elementos esenciales para prevenir el abuso de poder por parte de otros órganos del Estado es el funcionamiento adecuado del poder judicial. De modo que un poder judicial independiente es indispensable como contralor de la constitucionalidad de los actos de otros poderes del Estado, así como también como órgano encargado de administrar justicia⁵⁰.

El ejercicio autónomo de la actividad jurisdiccional debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación⁵¹.

Ha reiterado la Corte IDH que el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática⁵², según la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura⁵³, las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento⁵⁴, la inamovilidad en el cargo⁵⁵ y la garantía contra presiones externas.⁵⁶

⁴⁹ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 73, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 55.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 73, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 55.

⁵¹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, cit.*, párr. 55.

⁵² Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, cit.*, párr. 171.

⁵³ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

⁵⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 75; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 156, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 138. Corte Eu-

La CIDH ha identificado que existen normas que permiten un alto grado de subjetividad al juzgar la conducta de los jueces y que, en virtud de dichas normas, y a veces incluso sin fundamento legal alguno, órganos disciplinarios excepcionales que no ofrecen garantías de imparcialidad, como la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, han resuelto la revocación de la designación de cientos de jueces sin que medie un procedimiento adecuado. Todo lo anterior constituye una constante amenaza a la independencia del poder judicial venezolano, y en consecuencia ha debilitado uno de los pilares del Estado de Derecho. La Comisión advierte que el Estado de Derecho y la democracia en Venezuela no podrán consolidarse mientras no exista un poder judicial independiente y capaz de investigar debidamente las violaciones a los derechos humanos.

Por su parte, los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”⁵⁷. Asimismo, dichos principios establecen que la judicatura “tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley”⁵⁸ y que “[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial.”⁵⁹

En el más reciente Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54, de 30 diciembre 2009, se señala que “[l]a vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del Estado de Derecho”⁶⁰

La CIDH ha identificado que existen normas que permiten un alto grado de subjetividad al juzgar la conducta de los jueces y que, en virtud de dichas normas, y a veces incluso sin

ropea de Derechos Humanos. *Case of Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 June 1984, Series A N° 80, párr. 78; *Case of Langborger v. Sweden*, Judgment of 22 January 1989, Series A N° 155, párr. 32. Principio 10 de los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

⁵⁵ *Cfr.* Corte IDH. Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 75; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 156, y Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 138. Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

⁵⁶ *Cfr.* Corte IDH. Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 75, y Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, NOTA, párr. 156. Corte Europea de Derechos Humanos. *Case of Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 June 1984, Series A N° 80, párr. 78; *Case of Langborger v. Sweden*, Judgment of 22 January 1989, Series A N° 155, párr. 32. Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

⁵⁷ *Cfr.* Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

⁵⁸ *Cfr.* Principio 3 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

⁵⁹ *Cfr.* Principio 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

⁶⁰ Esta situación se había advertido con anterioridad. CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*. 24 de octubre de 2003, párr. 150.

fundamento legal alguno, órganos disciplinarios excepcionales que no ofrecen garantías de imparcialidad, como la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, han resuelto la revocación de la designación de cientos de jueces sin que medie un procedimiento adecuado. Todo lo anterior constituye una constante amenaza a la independencia del poder judicial venezolano, y en consecuencia ha debilitado uno de los pilares del Estado de Derecho. La Comisión advierte que el Estado de Derecho y la democracia en Venezuela no podrán consolidarse mientras no exista un poder judicial independiente y capaz de investigar debidamente las violaciones a los derechos humanos⁶¹.

La propia CIDH ha establecido que, entre las garantías necesarias para asegurar el cumplimiento adecuado e independiente de las funciones judiciales se encuentran los mecanismos de designación de los jueces, la estabilidad en su cargo y la capacitación profesional adecuada. Asimismo, se requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, esto es, que estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen. Reconoce igualmente que en los últimos años ha prestado especial atención a la situación de la administración de justicia en Venezuela, particularmente a través del Informe de seguimiento de su Informe sobre Venezuela del año 2003, de los informes incluidos en el capítulo IV de su Informe Anual, de las audiencias celebradas durante los períodos de sesiones y de los casos elevados ante la Corte IDH.⁶²

La CIDH ha manifestado su preocupación por aspectos que afectan la independencia e imparcialidad del poder judicial, en particular por los altos porcentajes de jueces y fiscales en situación de provisionalidad y el incumplimiento de algunos de los procedimientos legales y constitucionales en el proceso para su designación y destitución. La Comisión también ha recibido información sobre presuntas injerencias del poder ejecutivo en las decisiones judiciales.

Como señala MONTERO AROCA, significando en primer término que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que es la función judicial, sólo puede cumplirse efectivamente si el juez es independiente, de modo que la apreciación conjunta de la independencia y la imparcialidad que hace por su parte el TEDH descansa en un grave error conceptual, al tratarse de notas relativas a las personas que integran los órganos judiciales de naturaleza y fines distintos. La independencia no se refiere propiamente a cada juez en relación con un caso concreto, sino en considerar objetivamente si en el estatuto jurídico de los jueces de un Estado se establecen garantías suficientes que permitan a estos jueces colocarse en una posición de resistir las presiones externas o exteriores, no es algo que exista o deje de existir en relación con un caso en particular, tiene más bien un carácter absoluto, y significan en términos generales que los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional quedan sometidos única y exclusivamente a la ley.⁶³

⁶¹ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54, 30 diciembre 2009, párrafo 1153.

⁶² *Ibidem.*, párrafo 184.

⁶³ MONTERO AROCA, Juan. “La imparcialidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, p.p.791-792.

Por su parte la imparcialidad al no ser una característica absoluta de los jueces, como sí lo es la independencia, ha de referirse a cada juez y en cada proceso que se somete a su decisión.⁶⁴

El principio de independencia judicial garantiza a su vez la imparcialidad como “(...) cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización (...)”⁶⁵ La imparcialidad por su parte, es un principio nuclear tanto en la impartición de justicia, como en proceso judicial, tan fundamental es que sin su presencia, mal puede hablarse de proceso judicial. Tanto la imparcialidad como la independencia apuntan como idea fundamental vinculada al concepto de justicia, a la imparcialidad y la equidad, y por lo tanto exige la eliminación de distinciones arbitrarias, procurando la igualdad.

La independencia constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, como señala la propia Corte IDH, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte IDH ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.⁶⁶

La independencia es sin dudas el principio, la característica y el elemento más importante de la administración de justicia. De modo que no se concibe la función jurisdiccional sin la eliminación de preferencias y tratos arbitrarios, por cuanto la justicia, en palabras de GOLDSCHMIDT, *se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa.*⁶⁷

Por su parte, la imparcialidad se articula como una garantía consustancial al concepto de jurisdicción y de justicia, un prerequisite para la sana administración de justicia que, junto a la independencia, y la autonomía funcional y financiera constituyen los tres elementos del trípode fundamental de la justicia, que se complementan y vinculan, formando el presupuesto jurídico para buena marcha del Poder Judicial en un Estado constitucional, en el que el juez actúa sin injerencias extrañas, sin estar subordinado o dependiente de otros poderes del Estado, de influencias económicas o políticas, de corporaciones o de individualidades influyentes, en fin, de factores externos o exteriores.

La Corte IDH ha dicho que el juzgamiento de civiles por tribunales militares “sin rostro” viola el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal natural, competente, independiente e imparcial. Al no conocerse la identidad del juez “se compromete la posibilidad de determinar su independencia e imparcialidad, lo cual fue reforzado por lo previsto en el artículo 13 letra

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, Editorial EJE, Buenos Aires, (Trad. Héctor Fix Zamudio). 1960, p. 60. Ver también CAPELLETTI, M. “Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation”. En: *Fundamental Guarantees*, con D. Tallon, Milano, 1972, p.664.

⁶⁶ *Cfr.* El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N° 8, párr. 30, y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 20.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, W. “La imparcialidad como principio básico del proceso”. En: *Revista de Derecho Procesal*, I, 1950, pp. 430 y ss.

(h) del [D]ecreto [Ley N°] 25475 que except[uaba] la recusación de los funcionarios que act[uaran] en [estos] procedimientos”.⁶⁸

Ha constatado igualmente que “de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.”⁶⁹

El Caso: *Tribunal Constitucional vs. Perú* es paradigmático en esta materia, incluso muy similar al Caso: *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, Sentencia del 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

La Corte IDH señaló en el caso peruano que la independencia de los jueces debe analizarse en relación con la posibilidad del Tribunal Constitucional de dictar decisiones contrarias a los poderes Ejecutivo y Legislativo, como también al carácter que debe tener el Congreso al actuar como juez en el procedimiento de destitución de magistrados. Cualquier acto estatal que afecte esa independencia y autonomía resulta contrario al artículo 8 de la Convención; que prevé la inamovilidad de los jueces, y en caso de que un juez tenga que ser removido, sólo es procedente luego de un procedimiento establecido en la Constitución, pues ello, además de evitar la arbitrariedad, garantiza la independencia de los jueces ante los demás poderes del Estado y ante los cambios político electorales. En el caso en estudio se dio “[u]na confabulación de los tres poderes públicos”, pues la iniciativa de adopción de la Ley No. 26.657, que plasmaba la posibilidad del Poder Ejecutivo de permanecer en el poder a través de la figura de la reelección, fue luego avalada por el Poder Legislativo al adoptar, mediante una mayoría oficialista, tanto dicha ley como la decisión de destitución de los magistrados. Finalmente, el Poder Judicial convalidó las decisiones anteriores al rechazar los amparos que fueron presentados. Asimismo, estimó que el fracaso de los recursos interpuestos contra la decisión del Congreso que destituyó a los magistrados del Tribunal Constitucional se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas. Está probado que quienes integraron el Tribunal Constitucional y conocieron el amparo de los magistrados destituidos, fueron las mismas personas que participaron o se vieron involucradas en el procedimiento de acusación constitucional en el Congreso. Señaló la Corte IDH que de conformidad con los criterios y exigencias esgrimidas por este Tribunal sobre la imparcialidad del juez, puede afirmarse que en la decisión de los amparos en el caso en análisis no se reunieron las exigencias de imparcialidad por parte del Tribunal que conoció los citados amparos. Por lo tanto, los recursos intentados

⁶⁸ Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119

⁶⁹ Cfr. Corte IDH. Caso: *Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párr. 114; y Corte IDH. Caso: *Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, párr. 130. Caso *Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párr. 63.t); Caso *Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, párr. 86.1; Caso *Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C N° 34, párr. 42; Caso *Loyza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C N° 33, párr. 46.1); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 101/01, Casos N° 10.247 y otros, párrs. 160 a 171; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, 1993, Documento OEA/Ser.L/V/II.83. Doc.31, 12 de marzo de 1993, párr. 16.

por las supuestas víctimas no eran capaces de producir el resultado para el que habían sido concebidos y estaban condenados al fracaso, como en la práctica sucedió.⁷⁰

La Corte IDH ha señalado asimismo que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.⁷¹

No cabe duda que cuando la fuerza normativa de la Constitución no representa un límite a la política y son insuficientes los controles de los poderes constituidos, cuando no funcionan en la práctica los pesos y contrapesos democráticos (*checks and balances*) por la falta de independencia y autonomía de los Poderes Públicos y la rigidez constitución expresada en el control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos de poder público y en la supremacía e indisponibilidad de los derechos fundamentales, se ve circunscrita por la política, entonces, muy a pesar de los criterios irracionales, políticamente comprometidos e inconstitucionales de la Sala Constitucional del TSJ, es cuando hace entrada el DIDH.

Es cuando basta recordar, parafraseando a ZAGREBELSKY, que los jueces también son y serán juzgados, y no les está dado actuar como apéndices de los otros poderes o de los partidos políticos, como transmisores de sus caprichos, cuando los objetivos, como es el caso de la desaplicación del DIDH en Venezuela, al declara la inejecución de las decisiones de la Corte IDH e ignorar las recomendaciones de la CIDH, no pueden perseguirse legítimamente ni siquiera modificando la propia Constitución, porque constituyen una clara violación a los principios esenciales del Estado de derecho, a los principios democráticos y al principio de protección preferente de los derechos humanos.

De modo que en este escenario de interpretación política, descontextualizada e irracional de la Constitución y del andamiaje jurídico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la justicia constitucional venezolana, concretamente la *jurisdicción constitucional* personificada en la Sala Constitucional del TSJ, aunque sobreviviase se transformaría en una farsa constitucional, en un encubrimiento de la voluntad del más fuerte.⁷²

⁷⁰ Corte IDH. Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71.

⁷¹ *Cfr.* Corte IDH. Caso *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

⁷² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción Manuel Martínez Neira, Minima Trotta, Trotta, Madrid, 2008, p.106.

III. UN CASO SIMILAR: IVCHER BRONSTEIN VS. PERÚ

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú)*, en sentencia de 6 de febrero de 2001 se pronunció sobre una situación que pone en evidencia cómo los tribunales internos, de un poder judicial cooptado por los intereses del gobierno, concretamente del poder Ejecutivo, opera más bien como instrumento eficaz de vulneración o limitación de las libertades informativas, coartando la libertad de expresión, coadyuvando en una especie de censura directa o indirecta, silenciando las críticas racionales y las opiniones discrepantes, lo que ocurre justamente cuando un medio, comunicador o periodista no es obsecuente con el poder al denunciar las graves violaciones a derechos humanos, los asuntos de corrupción o el manejo tendencioso, sectorial y corporativo del poder público. Es el caso que, el Estado peruano privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, Director y Presidente del Directorio del Canal 2 'Frecuencia Latina' de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho Canal y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción. El señor Ivcher Bronstein interpuso una serie de recursos ante los tribunales internos con el fin, principalmente, de defender los derechos que le correspondían como ciudadano peruano y como accionista de la Compañía.

Los tribunales internos que resolvieron los recursos judiciales presentados por el Ivcher Bronstein no fueron efectivos, al no satisfacer los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal, lo que hubiera permitido la obtención de una decisión ajustada a Derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que las circunstancias generales de este caso indican que los recursos judiciales interpuestos por el señor Ivcher para defender sus derechos accionarios no fueron sencillos y rápidos y que, por el contrario, las denuncias civiles y penales de que fueron objeto tanto el señor Ivcher como su familia, funcionarios de sus empresas y abogados, como consecuencia de las cuales se restringió la libertad de algunos y se desalentó la permanencia en el país de otros, reflejan un cuadro de persecución y denegación de justicia, con lo cual el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein. Recordó igualmente el Tribunal hemisférico que el artículo 13 de la Convención Americana dispone, en sus numerales 1, 2 y 3, que: **1.** Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. **2.** El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. **3.** No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Como corolario de lo anterior, la Corte precisó el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en el sentido de que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

le. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultativa OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 30; y Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 6, párr. 64.)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que estas dos dimensiones (dimensión individual y dimensión social) deben garantizarse en forma simultánea. Al efecto señaló:

*“147. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente (Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 6, párr. 65.)*

*148. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia (Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 6, párr. 67.)*

149. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. La importancia de este derecho destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.”

La Corte IDH recordó el carácter fundamental de que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad.

Así lo ha entendido este Tribunal al señalar que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto.

La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse (Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 69.)

La Corte Interamericana recomienda que al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron (*Cfr. La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)).

Tomando esto en consideración, la Corte analiza si en el contexto del caso hubo una violación al derecho a la libertad de expresión del señor Ivcher Bronstein, señalando:

“156. En el caso que nos ocupa, se ha establecido que en el año 1997 el señor Ivcher era el accionista mayoritario de la Compañía, empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana; [...] En abril de 1997, el Canal 2 difundió, en su programa Contrapunto, reportajes de interés nacional, como las denuncias sobre las posibles torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército [...] y los supuestos ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú.

157. [...] Tanto el señor Ivcher como los periodistas que laboraban en el programa Contrapunto tenían el derecho pleno de investigar y difundir, por esa vía, hechos de interés público como los denunciados entre los meses de abril y julio de 1997, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión protegido por el artículo 13 de la Convención.

158. De igual manera se ha demostrado que, como consecuencia de la línea editorial asumida por el Canal 2, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias de diverso tipo. [...]

163. Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática”.

En una suerte de diálogo inter-sistemático la Corte Interamericana señala que la Corte Europea de Derechos Humanos también ha reconocido que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁷³. Las libertades informativas no sólo implica que compete a los medios de comunicación la tarea de transmitir información e ideas relativas a asuntos de interés público, sino también que el público tiene el derecho a recibirlas⁷⁴.

En efecto, la Corte Europea ha puesto énfasis en que el artículo 10.2 de la Convención Europea, referente a la libertad de expresión, deja un margen muy reducido a cualquier res-

⁷³ *Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), párr. 69; Eur. Court H.R., Handyside case, judgment of 7 December 1976, Series A N° 24, párr. 49; Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A N° 30, párrs. 59 y 65; Eur. Court H.R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A N° 90, párr. 55; Eur. Court H.R., Lingens judgment of 8 July 1986, Series A N° 103, párr. 41; Eur. Court H.R. Müller and Others judgment of 24 May 1988, Series A N° 133, párr. 33; y Eur. Court HR, Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment of 20 September 1994, Series A N° 295-A, párr. 49.*

⁷⁴ *Cfr. Eur. Court H.R., The Sunday Times case, párr. 65.*

tricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público⁷⁵. Según dicho Tribunal:

“[...] los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública⁷⁶. (traducción de la Corte IDH)”

IV. ¿JUECES O LEGISLADORES? Y EL TRANSPERSONALISMO TOTALITARIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Los Magistrados de la Sala Constitucional con la Sentencia N° 834 de 18 de junio de 2009, antes que jueces lucen como legisladores, o en el peor de los casos constituyentes, usurpando funciones propias del legislador, cuando pretenden introducir como regla general la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cosa que debe preverse en el Código Penal. Lo contrario es deslegalizar, descodificar e incluso ‘desconstitucionalizar’ reglas imprescindibles para la democracia y el Estado de Derecho, toda vez que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes (Art. 49. 6 de la Constitución)

Los jueces (comenzando por la Sala Constitucional del TSJ) tiene el deber de asegurar y consolidar la “sociedad democrática”⁷⁷ como modo de preservar “...las justas exigencias de la democracia”⁷⁸, antes que prestarse a imponer una razón de Estado (enmascarada en formas de seguridad del Estado o de la Nación, orden público, paz social, inviolabilidad de la nación, soberanía, no injerencia externa, gobernabilidad, autodeterminación de los pueblos, etc.), que sólo obedece a la experimentación e improvisación, le sigue los pasos al ensayo y error de los gobiernos de turno y de la imposición del autoritarismo, del signo que sea

No puede olvidarse que los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares y sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto evidente entre derechos y, en ese caso, el interés común [la soberanía, la autodeterminación nacional, como expresiones del interés general] no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De modo más gráfico, puede decirse, como lo hace BARRANCO, que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía al interés privado sobre el interés común en el ámbito en el que el derecho abarca.⁷⁹

En efecto, se le escapa a la Sala Constitucional del TSJ venezolano que el eje de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos reside hoy, como afirman ATIENZA y RUIZ MANERO, “en que éstos sean capaces de perseguir y de lograr objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos, dado que el logro de este difícil equilibrio- que

⁷⁵ Cfr. Eur. Court H.R., case of Sürek and Özdemir v. Turkey, supra nota 102, párr. 60.

⁷⁶ Cfr. Eur. Court H.R., Case of Sürek and Özdemir v. Turkey, supra nota 102, párr. 60.

⁷⁷ Caso *Lingens c. Austria*, sentencia del TEDH de 8 de julio de 1986, serie A, N° 103, párrafo 42.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. OEA. OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985, serie A, párrafo 44.

⁷⁹ BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho, Boletín Oficial del Estado*, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, p. 213.

viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo- dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas de los principios jurídicos”.⁸⁰

En otra Sentencia de la Sala Constitucional, los Magistrados señalan que “...el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, 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*)”, y más adelante indican que “...la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el 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”.⁸¹

Se le escapa igualmente a la Sala Constitucional que la Constitución del Estado constitucional, la Constitución del constitucionalismo no puede establecer una especie de ‘proto-constitución’ cuya prioridad, preeminencia o superioridad,⁸² esté “puesta al servicio de una política que subyace tras el proyecto axiológico del texto constitucional”, y no se corresponda con la prioridad de los derechos fundamentales, con la condición de posiciones preferentes que éstos asumen en todo ordenamiento democrático.

Los derechos tutelados por el Derecho internacional de los derechos humanos sí que tienen validez universal y, en ese sentido, son principios absolutos pero jamás supra-históricos, sólo recuérdese las cruentas, trágicas y muy heterogéneas circunstancias que han movilizad o inducido a la recepción de los derechos humanos en todo el mundo: dos guerras mundiales, ingentes guerras civiles, crímenes de guerra, tiranías, dictaduras y totalitarismos de todo signo, violaciones graves a los derechos humanos: discriminación y exclusión política, racial, religiosa, social, de género, económica, persecuciones, desplazamientos, desapariciones forzadas, torturas, genocidios, crímenes de lesa humanidad... y un largo etcétera.

Se debe precisar igualmente que confunde la Sala Constitucional del TSJ venezolano, el “racionalismo individualista” con el “personalismo humanista”⁸³ en el que, por el contrario,

⁸⁰ ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel, Ariel Derecho, 3ª edición, Barcelona, 2005, p.50.

⁸¹ Sentencia de la SC/TSJ N° 1309, de 19 de julio de 2001, Exp. 01-1362 Caso: *Hermann Escarrá*, Ponente: José M. Delgado Ocando.

⁸² Vid. DRAE, 22ª edición.

⁸³ BUSTAMANTE ALARCÓN siguiendo Emmanuel MOUNIER (“Manifiesto al servicio del personalismo” (1936). En: Emmanuel Mounier, Obras. Traducción de Enrique Molina, Editorial Laia, Barcelona, 1974, Tomo I, 1931-1939, p.555) señala que “[e]l personalismo es una corriente humanista que ve al ser humano como persona, y a cada persona como poseedora de una eminente dignidad. Agrupa a toda postura que resalte su valor, que lo considere como un ser valioso, único, un fin en sí mismo. Es una actitud ante la vida, una concepción del mundo y del ser humano que en palabras de uno de sus exponentes, reúne “a toda doctrina, a toda civilización que afirma el primado de la persona sobre los mecanismos colectivos que sostienen su desarrollo. Una civilización que sin caer en el individualismo tiene como meta última “el poner a cada persona en estado de poder vivir como persona, es decir, de poder acceder al máximo de iniciativa, de responsabilidad, de vida espiritual”. Vid. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Entre la moral, la política y el derecho. El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba”. Director: Rafael de Asis

subyace la idea de los derechos humanos, donde la opción en defensa y promoción de la persona, postula que ésta nunca puede ser cosificada o instrumentalizada, utilizada como objeto, ni como simple medio y considera que las instituciones sociales, políticas y jurídicas (la familia, el Estado, el Derecho, etc.), en general toda obra u organización humana (el arte, la ciencia, los diferentes colectivos, etc.), y por extensión el resto de la naturaleza, son medios para su desarrollo.⁸⁴

Desde el punto de vista personalista es evidente que la persona es anterior y trasciende al Estado, pero eso tenemos que convertirlo en vigente, en regla de Derecho.⁸⁵ De allí que para PECES-BARBA "...la fundamentación personalista y humanista de la doctrina de los derechos humanos, [r]epresenta el intento de cristalización jurídica de la afirmación de que el hombre trasciende al Estado, que no se agota en él ni en la sociedad, aunque necesite de ambos para su desarrollo, [i]mpide el totalitarismo, la disolución del individuo en la colectividad. El que una sociedad sea personalista supone que el hombre tiene autonomía y un destino que supera y no se agota en el de la sociedad.

Toda persona, por muy indigente que sea, lleva en sí misma unas raíces de independencia, base de un desarrollo integral, que no se puede encontrar en ninguna sociedad. Ser personalista supone en definitiva ser antiautoritario, y ésta es la primera condición, la primera garantía del ejercicio de los derechos fundamentales."⁸⁶

Por el contrario, para la Sala Constitucional del TSJ venezolano "...[l]a nueva teoría es *combate por la supremacía del orden social valorativo*", que según ellos entienden "...sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"⁸⁷.

Más allá de lo que se quiera decir con este enunciado y con la carga institucional implícita en este tipo de sentencias de máxima instancia, cuando se afirma la existencia de una "*nueva teoría*" en la que prima el "*combate por la supremacía del orden social valorativo*", sí que se está optando y amparándose en la elección de una interpretación ideológica conocida como *transpersonalismo*: "que agrupa a toda tendencia que considera a la persona como simple integrante de una masa, un producto efímero de escasa o nula importancia, una cosa, un medio, y como tal susceptible de ser instrumentalizado al servicio de realizaciones que estima superiores: el Estado, la comunidad, la ciencia, etc. (se incluyen aquí los diversos utilitarismos: el estatal-colectivo que subordina al individuo, el de la felicidad de la mayoría a costa de la minoría, y el individual-egoísta que busca la mayor felicidad propia aunque con eso se afecte u olvide el bienestar de los demás)."⁸⁸

En fin, "ni individualismo egoísta, ni transpersonalismo totalitario", señala PECES-BARBA⁸⁹ de modo que "...el bien común sería un límite extrínseco al ejercicio de los dere-

Roig. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Getafe, 2008, p.p.160-161.

⁸⁴ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Entre la moral...*ob. cit.*, 2008, p.161.

⁸⁵ PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales I. Teoría general*. (Biblioteca universitaria Guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 134 y ss.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Sentencia de la SC/TSJ N°1309, de 19 de julio de 2001, Exp. 01-1362 Caso: *Hermann Escarrá*, Ponente: José M. Delgado Ocando.

⁸⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *ob. cit.*, 2008, p.161.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 172

chos fundamentales, pero enmarcado siempre dentro de los márgenes del equilibrio personalista, siendo lo más importante de este límite su correcta caracterización para no caer en un individualismo egoísta –restricción al límite hasta hacerlo prácticamente inexistente- o en un transpersonalismo totalitario –extensión y consiguiente absorción de la persona por una comunidad con fines en sí que agoten e integren a los fines del hombre”.⁹⁰

En la Sentencia SC/TSJ Nº 834 de 18 de junio de 2009, la Sala Constitucional al subrogarse ilegítimamente en la posición del legislador lo hace con una postura transpersonalista, instrumentalizando los principios garantistas de la dogmática penal –cuya función es la tutela concreta de derechos fundamentales y de la libertad personal- que deben ceder ante supuestos problemas sociales.

Más que resolver el fondo del asunto, la Sala Constitucional se muestra preocupada por introducir deliberadamente una serie de consideraciones que facilitarían futuras actuaciones, abonando el terreno para sancionar penalmente a personas jurídicas, haciendo trascender la sanción penal objetiva, que en ciertos supuestos podría recaer sobre los directivos y accionistas de una persona jurídica, sobre la persona colectiva (que es una ficción no volitiva, ni consciente).

Establecen en la Sentencia que:

“...la discusión dogmática cede ante los problemas sociales, siendo el resultado de un cambio de paradigma que permite reorientar el concepto de imputación en la teoría del delito fracturando las estructuras ontológicas del Derecho Penal para concluir que las personas jurídicas ostentan la capacidad de culpabilidad penal –imputabilidad [...], siendo que la tutela penal abarca a todas las personas, ya sean estas naturales o jurídicas; aceptar lo contrario y aferrarse al principio tradicional societas delinquere non potest [las empresas o sociedades no pueden delinquir] implicaría -frente a novedosas formas de criminalidad- dotar de impunidad a los entes colectivos y convertirlos así en gérmenes para la sociedad. [...] pues la sanción está destinada al prestador del servicio de telecomunicaciones una vez que se ha comprobado la infracción administrativa o penal según sea el caso”.

Parece ser que a los Magistrados de la Sala Constitucional les disgusta la discusión dogmática que pueda poner en entredicho el proyecto político con el que se identifican, por eso pretenden hacerla ceder ante problemas sociales, como las supuestas “novedosas formas de criminalidad” en que incurrirían los prestadores del servicio de telecomunicaciones, sin importar que con ello se expongan principios fundamentales para el “ethos democrático”⁹¹ y el valor axiológico de los derechos y la dignidad humanos, se sacrifique el modelo de Estado de derecho y de democracia, vitales para la ordenación y control del poder político, incluso fundamentales para la paz social y la supervivencia de la propia humanidad.

⁹⁰ PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales I. Teoría general*. (Biblioteca universitaria Guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, p.p. 148-149.

⁹¹ “Las sociedades democráticas avanzadas han de encontrar su hábitat propio en la cultura de los derechos fundamentales. Esta cultura recoge la herencia ética del universalismo de los derechos humanos positivizados en los textos constitucionales (...) “La cultura de los derechos fundamentales se asienta en la idea de un humanismo cosmopolita que propugna los valores y derechos de la persona como garantías universales” SALGUERO, Manuel. “La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia”, en: *Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”*, Nº 7, Año IV, enero, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 446-447.

Lo que sí es cierto es que la historia del derecho, inclusive en la época más reciente, ha evidenciado épocas de desbordamiento en que regímenes teóricamente democráticos han mostrado un desempeño funesto para los derechos humanos, y en ello los jueces han tenido gran responsabilidad pretendiendo transformar la justicia y la verdad en escepticismo, resentimiento y, luego en violencia, utilizando la sensible función de administrar justicia para imponer una verdad oficial o corporativa, convirtiéndose en comisarios políticos, en bárbaros ejecutores de intereses ajenos al Derecho, en fin, utilizando la coacción institucional como fuerza bruta e ilegítima, tal vez más desgarradora y despiadada que la violencia en sí misma.

Tan graves son estas manifestaciones del servilismo político de la Sala Constitucional del TSJ, como la utilización de las "...ondas de radio en los casos de los *"medios de comunicación del odio"*, en Ruanda, que ya cuenta con sentencia condenatoria por parte del Tribunal Penal Internacional" (como paradójicamente advierten en la Sentencia N° 834 que comentamos). Seguramente en Ruanda no hubo un Poder Judicial fuerte y autónomo, como no lo hay en Venezuela, para ponerle coto al uso abusivo y partidario de los medios de comunicación del Estado, a las constantes e interminables cadenas oficiales de transmisión obligatoria en radio y televisión; a la persecución penal y fiscal de los medios de comunicación y sus periodistas independientes, no partidarios o de línea editorial distinta de la oficial; al ambiente de intimidación contra los medios de comunicación independientes; a la violencia contra periodistas, camarógrafos y demás comunicadores, ejecutada por grupos parapoliciales que actúan con la aquiescencia del Estado.

V. EL ARTÍCULO 171.6 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y SU INTERPRETACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONTRARIAN LAS NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo 171. 6. de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones contempla: Sin perjuicio de las multas que corresponda aplicar de conformidad con lo previsto en esta Ley, será sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, según el caso: "(...) El que utilice o permita el uso de los servicios de telecomunicaciones para los cuales está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos."

Este artículo no está en consonancia con los estándares sobre libertad de expresión establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y en la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo no trata de evaluar la responsabilidad ulterior⁹² de quienes difunden opiniones o ideas sobre asuntos de interés general o de crítica política, sino prevé una censura previa o autocensura, como consecuencia de la amenaza real de ser sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, ante procesos penales seguidos por utilizar o

⁹² "Una de las características principales de la protección de la libertad de expresión en el hemisferio consiste en que esta libertad no admite censura previa. El artículo 13, párrafo segundo, de la Convención Americana prevé que la libertad de expresión no puede restringirse *a priori* por ningún medio ni bajo ninguna excusa, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores. Vid. GROSSMAN, Claudio. "La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". En: *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 46, San José, C. R., julio-diciembre, 2007, p.176

permitir el uso de los servicios de telecomunicaciones para los cuales se está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos.

Tal amenaza de revocatoria de la habilitación genera un efecto silenciador que afecta el debate democrático, robusto, plural y libre, inhibiendo las expresiones críticas, incluso la mera información de hechos circunstanciales que puedan ser percibidos como adversos al desempeño del gobierno. Otros canales de televisión venezolanos que transmiten en señal abierta a nivel nacional, como 'Venevisión' o 'Televén', han dejado de informar noticias y de transmitir imágenes aparentemente adversas al gobierno o han moderado o cambiado su línea editorial, que antes era crítica y exigente con el poder, como consecuencia de la amenaza latente de ser sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa.

Estamos en presencia del uso de procesos penales para inhibir el libre debate democrático sobre todos los asuntos, que no sólo tiene un efecto nefasto sobre el debate democrático, sino sobre las libertades inherentes a la dignidad humana, al pluralismo cultural e ideológico y al respeto a las minorías y a la disidencia política.

Los estándares sobre libertad de expresión recomiendan eliminar cualquier norma que habilite la censura previa por parte de cualquier órgano estatal, y también cualquier calificativo que pueda implicar censura a la libertad de expresión, tales como las exigencias previas de veracidad, oportunidad e imparcialidad en la información.

Según los estándares sobre libertad de expresión, los órganos del Estado deben abstenerse de utilizar el poder público para castigar o premiar a medios y comunicadores en relación con su línea editorial o la cobertura de cierta información, ya sea a través de la asignación discriminatoria y arbitraria de la publicidad oficial, procesos administrativos, presiones u otros medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

También se insta desde los estándares internacionales sobre libertad de expresión, a procurar el debate democrático a través de declaraciones, prácticas y políticas públicas que promuevan la tolerancia y el respeto a los periodistas y comunicadores, cualquiera sea su pensamiento o ideas. En este sentido, abstenerse de hacer declaraciones públicas que puedan incentivar la violencia contra comunicadores o medios de comunicación.

Quizás más importante aún, y a los efectos prácticos ante la desviación y abuso de poder manifiesto por parte del Gobierno para cerrar Globovisión, es que los estándares internacionales constriñen a los Estados a establecer regulaciones claras que garanticen el ejercicio legítimo de la protesta social y que impidan la aplicación de restricciones desproporcionadas que puedan ser utilizadas para inhibir o reprimir expresiones críticas o disidentes.

No puede criminalizarse las expresiones críticas o disidentes contra el gobierno nacional, por parte de sectores que discrepan de su política, incluso si tales opiniones corresponden a invitados a programas de opinión en los medios de comunicación, y convertir en delito cualquier comunicado, información u opinión, como causa eficiente para luego sancionar con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión.

Este proceder violenta normas y estándares nacionales e internacionales sobre libertad de expresión, promueve la censura previa y abona e induce a la autocensura; vulnera normas constitucionales e internacionales al tratar de hacer trascender la responsabilidad penal individual por actos u omisiones propios de personas naturales a las personas jurídicas que goza de la concesión, por cuanto la libertad personal es inviolable, en consecuencia:[...]La pena no puede trascender de la persona condenada. (Artículo 44. 3. Constitución venezolana).

VI. EL DESGOBIERNO DE LOS JUECES

Los jueces de la Sala Constitucional venezolana indican en el fallo, al referirse al **artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**, que se *“trata de una medida de gobernabilidad que se toma en atención a la evidente facilidad para la articulación de agentes desestabilizadores que puede generar la divulgación de un comunicado en contra de los intereses de la Nación, el orden público o la seguridad, mermando la capacidad de respuesta de los órganos estatales en ese sentido”*.

Sin dudas esta posición trasluce una visión del Derecho y en concreto el derecho penal, como derecho penal del enemigo, como derecho penal de la disidencia, en el que se atiende más al sujeto y no al acto antijurídico. El sujeto, el agente desestabilizador, que se insinúa tiene facilidades para divulgar sus contenidos en los medios de comunicación privados, los cuales, ergo, serían también agentes desestabilizadores.

No es la primera vez que este Tribunal Supremo de Justicia, utilizando la fórmula *pseudo-legitimadora* del "gobierno los jueces", ha dado la espalda a los derechos humanos, pretendiendo imponer un 'proyecto político' que viene acompañado de la exclusión, el miedo y la desesperanza, cuando les tocaba corroborar y promover la existencia de un Estado democrático de Derecho y de justicia.

El artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ, lo que prevé es una fórmula de imposición de la típica razón de estado, que coadyuva con un poder salvaje e ilimitado, una estrategia de fuerza y de sumisión refrendada por el Tribunal Supremo de Justicia que avala que: *“hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, todo ello de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*.

VII. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONSTITUYEN UNA SANCIÓN IMPROPIA

En efecto, estamos en presencia de una sanción impropia o atípica, aquellas que, aunque no tienen un origen y finalidad sancionadora, es decir, aunque no han sido concebidas como las consecuencias jurídicas de un ilícito, generan resultados intimidatorios, al contener un carácter gravoso que tiene como resultado una desventaja para el sujeto afectado, como es precisamente *“suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones”*.

El artículo 209 de la Ley contiene una sanción velada o camuflada, que más allá de que se les denomine como sanciones anómalas, impropias, indirectas o atípicas, generan otros efectos jurídicos directa o indirectamente relacionados, como es el caso de la autocensura de los informantes para evitar sanciones, y el consecuente perjuicio de todos los ciudadanos que

no podrán beneficiarse del intercambio de ideas, situación que en algunos casos comenzaba a constatarse desde el año 2003 en el país, debiendo los periodistas cambiar sus tareas específicas.⁹³

VIII. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONSTITUYE UN RÉGIMEN DE CENSURA PREVIA

El artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.-y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ, contiene un régimen de censura previa en manos del Ejecutivo Nacional, quien puede decidir:

1. Qué información (comunicado) no será publicada o transmitida por los medios de comunicación. Estimando, cualitativa y cuantitativamente qué se publica o no en uno o varios medios.

2. Si la información es antijurídica o no (objeto de sanción o de pena); cosa que está reservada constitucional y legalmente a los jueces, que en el ámbito de sus competencias están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones (Arts. 255 y 334 de la Constitución); por cuanto corresponde a los tribunales juzgar y ejecutar, o hacer ejecutar lo juzgado (Art. 2 del Código Orgánico Procesal Penal).

3. Si la divulgación de la información pueda llegar a afectar “los intereses de la Nación, el orden público o la seguridad y defensa del país” (*sic*), cuando la verdad es que como lo ha admitido el propio Tribunal Supremo se trataría de “una medida anticipativa a los posibles efectos negativos que pudiera causar la masificación del contenido [de un] comunicado”. Luce más como la posibilidad de confrontar y controlar *a priori* aquello que le es hostil, desagradable o incómodo al Poder Ejecutivo del gobierno de turno, que impide publicar o transmitir el comunicado si discrepa con la línea comunicacional oficial.

Con razón en la Declaración de Chapultepec (Adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994) se rechazó con vehemencia a quienes postulan que libertad y progreso, libertad y orden, libertad y estabilidad, libertad y justicia, libertad y gobernabilidad, son valores contrapuestos.

Libertad y orden no son valores contrapuestos y sólo es posible mantener una sociedad libre, si se garantiza a los ciudadanos y grupos su derecho a recibir información imparcial y oportuna, la libre expresión y circulación de ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir (Declaración de Chapultepec).

Estima la Sala Constitucional que la norma en cuestión lejos de disponer una sanción, confiere una facultad al Ejecutivo Nacional. No obstante, es de recordar que en ese supuesto, también este tipo de posiciones jurídicas, en las que se ejercen títulos de potestad por la Administración, con un claro interés general, pueden conllevar un carácter usualmente gravoso, exigiendo, al igual que las sanciones, de un procedimiento administrativo previo en el que se

⁹³ *Vid.* CIDH-OEA, Relatoría para la Libertad de Expresión, Derecho a la Libertad de Expresión y Pensamiento en Venezuela, 2003.

le notifique al interesado, se le otorgue el derecho al juez natural, el derecho a la presunción de inocencia, se le facilite ejercer los derechos a ser oído y al debido proceso y las demás garantías que le son consustanciales, en fin, se garantice el derecho a la defensa.

La prohibición de la censura previa implica el reconocimiento del peligro que acarrea la creación de “filtros” que decidan que pueden escuchar, ver o leer los individuos. Dicho peligro no desaparece simplemente con la adopción de requisitos específicos para permitirle ejercicio de la censura en ciertos casos excepcionales. Expresiones tales como “seguridad nacional”, “moral” o “buenas costumbres” son fácilmente utilizables como pretextos para eliminar o limitar seriamente la libre expresión de ideas.⁹⁴

1. *Una censura previa que obvia la legalidad y la tipicidad*

La Sentencia N° 834 de la Sala Constitucional del TSJ, obvia deliberadamente el derecho de los sujetos afectados a conocer cuáles serían los supuestos de hecho que hacen procedente la suspensión de la transmisión de un comunicado en uno o varios medios de comunicación, y niegan la garantía subjetiva que se traduce en la oportunidad de defenderse, y contar con las vías y medios suficientes para exponer su versión de los hechos, aportando alegatos y pruebas para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Ciertamente, el **artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ**, lo configura como una norma abierta, excesivamente indeterminada, al punto que reconoce su falta de certeza al prever su propia aplicación condicionada: “hasta tanto se dicte la ley correspondiente”, lo que contraviene el principio de exhaustividad o tipicidad sancionadora, al ser una regulación deficiente e incompleta, esto es, adolecer de los elementos necesarios para satisfacer la legalidad penal (**nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia**, scripta, stricta, publica et certa), que si bien no es absoluta en materia sancionatoria, sí que exige un mayor grado de concreción y de certeza de los actos dañosos (antijurídicos o no), que permitan a los sujetos calcular y anticiparse a las posibles secuelas de sus actos.

2. *Una censura previa que genera indefensión*

El **artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ**, no señala ni el procedimiento o procedimientos a seguir, ni hace la debida remisión a las normas adjetivas, tampoco señala los recursos administrativos cautelares y de fondo, mucho menos señala la extensión temporal, personal y material; puede suspenderse una, varias o todas las comunicaciones, se pueden suspender en cualesquiera de los medios de comunicación, incluso conjuntamente, y peor aún, se puede suspender *sine die*, por cuanto no se indica un límite de tiempo, como tampoco se señala los supuestos de hecho y la circunstancias típicas en que procedería la suspensión.

3. *Una censura previa con la que se viola la libertad de expresión y la libertad de información*

Dicha suspensión, contemplada en el **artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ**, también implica una trasgresión a la libertad de expresión, del artículo 57 de la Constitución de Venezuela.

⁹⁴ GROSSMAN, Claudio. “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *ob.cit.*, p.176

La Sala Constitucional ha desoído la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, como lo prevé la Constitución vigente y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ha obviado los principios interpretativos de todo el bloque o sistema de valores constitucionales. En efecto, no estamos en presencia de una delimitación o desarrollo del derecho a la información (pasivo y activo), sino de una restricción o limitación del mismo, sin que se haya ponderado con otro u otros derechos fundamentales o humanos, sino que se ha contrastado insuficiente e inadecuadamente con conceptos jurídicos indeterminados, como “los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.”, dándosele preeminencia a la “razón de Estado” por encima del valor axiológico y la cultura de los derechos humanos que, muy a pesar de la propia Sala Constitucional, le da forma y sustancia a la Constitución de 1999, orientan la aplicación preferentemente de los derechos constitucionales o humanos (*pro personae*), dado el reconocimiento de los derechos como posiciones preferentes (*preferred position*), susceptibles de protección en cualquier momento y en todas las circunstancias, como es el caso, del derecho de los medios y de cualquier persona natural o jurídica a informar y del derecho de los ciudadanos de acceder a la información.

“No se trata de contraponer los derechos fundamentales y esos bienes [“los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.”], siendo los primeros expresión de pretensiones individuales, y los segundos expresión del interés de la comunidad, puesto que [...] los derechos cumplen una primera función, objetiva, como desarrollo de los valores y al servicio igualmente de la comunidad y del Ordenamiento jurídico en su conjunto. Ambos bienes y derechos en una organización jurídica democrática se encuentran realizando las mismas funciones al servicio del individuo y de la comunidad, o al servicio de la comunidad, con el objetivo último de favorecer al individuo, y formando parte de una organización que debe ser interpretada sistemáticamente, en una interpretación que nunca se cierra, que siempre permanece abierta, y donde deben ponderarse los efectos de cada derecho con los bienes constitucionales, para valorar sus límites y su alcance en cada supuesto.

Debe partirse además de la finalidad última común de bienes y derechos, al servicio de la persona, porque ambos traen causa de los mismos valores superiores, raíz de su significado ético”.⁹⁵

Asimismo, los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, el interés común no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De modo más gráfico, puede decirse que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía.⁹⁶

⁹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, reimpresión de 1999, Teoría General, *op. cit.*, 1995, pp. 592-593.

⁹⁶ BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho, Boletín Oficial del Estado*, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, p. 213.

La Sala Constitucional insiste en la necesidad y la urgencia de paliar potenciales efectos negativos, lo que justifica -según explican- que la medida o medida sea dictada *inaudita parte*; con un control que opera *a posteriori*, no sólo por el fin de la medida, sino también por las propias características de la suspensión, que se contrae específicamente a impedir la divulgación extendida del comunicado. Así mismo, que la norma legal habilita suspender la transmisión de comunicados realizados por agentes distintos al medio de telecomunicación como un accidente del hecho de que cursa en ese medio, a fin de garantizar los intereses de la Nación, el orden público o la seguridad.

La Sala Constitucional tampoco considera que el **artículo 183 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones** viole los principios de proporcionalidad y razonabilidad de los poderes públicos, permitiendo que el Estado, por medio de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ejerza medidas cautelares en contra de los operadores, que pueden ser dictadas -como lo avaló el máximo tribunal de la República- obviando los requisitos tradicionales para su otorgamiento, como son el *fumus boni iuris* y un *periculum in mora*. De modo que la administración del ámbito de las telecomunicaciones en Venezuela, (CONATEL) puede: **1.** Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras de [la] Ley. **2.** Ordenar la realización de actos o actuaciones en materia de Servicio Universal, interconexión, derecho de vía, restablecimiento de servicios, facturación de servicios, seguridad y defensa. **3.** Proceder a la incautación de los equipos empleados y clausura de los recintos o establecimientos donde se opere, cuando se trate de actividades presuntamente clandestinas que impliquen el uso del espectro radioeléctrico. Tales medidas podrán ser dictadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con carácter provisionalísimo, en el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio **sin cumplir con los extremos** a que se refiere el artículo 182 de [la] Ley⁹⁷, cuando razones de urgencia así lo ameriten (Parágrafo Único del artículo **183 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**).

Se trata sin dudas de una potestad exorbitante y desproporcionada, sin justificación racional alguna contra la que se hacen inidóneos e infructuosos cualquier tipo de recursos o medios de tutela, con la que no sólo se estaría concretando la limitación de los derechos constitucionales a la libertad económica, a la propiedad y a las libertades de expresión e información, sino al debido proceso y al derecho a la defensa, al no aplicarse el test de racionalidad y el canon proporcionalidad, que es justamente la forma en que este tipo de medidas provisionalísimas se revisten de la mínima legitimidad necesaria y la validez exigible.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: EXCEPCIONES AL DERECHO DE EMISIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

La Sala Constitucional del TSJ falsea nuevamente la realidad, al señalar que el artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no desconoce derecho alguno, “sino que pondera los dos bienes jurídicos constitucionales en juego delimitando el alcance del derecho a transmitir comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones cuando se afecte los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la

⁹⁷ El artículo 182. dispone: “En el curso de los procedimientos administrativos sancionatorios la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá dictar las medidas cautelares a que se refiere esta Sección, a cuyos efectos deberá realizar una ponderación entre los perjuicios graves que pudiesen sufrir los operadores y usuarios afectados por la conducta del presunto infractor, respecto de los perjuicios que implicaría para éste la adopción de dicha medida, todo ello en atención a la presunción de buen derecho que emergiere de la situación”.

seguridad”-advirtiendo que- “[s]i ello no fuera así, las consecuencias indeseables o perjudiciales de las comunicaciones se harían irreparables jurídica y socialmente”.

Por otra parte, la Sala Constitucional insiste en que “...el manejo de información sensible a los intereses de la Nación, al orden público o a la seguridad es un bien jurídico constitucional al igual que el derecho a informar, que se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil a los efectos de dar cumplimiento a los principios estipulados en el artículo 326 de la Carta Magna”.⁹⁸

Y falsea la realidad la Sala Constitucional porque lo que realmente se pondera en este caso es, por una parte, el derecho constitucional y humano a informar y estar informado y por la otra, “[los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.]”, bienes jurídicos procedimentales y vinculados a la razón de Estado.

Recordemos que los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, “[los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.]”, no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro [porque no hay derechos contrapuestos, sólo el derecho fundamental a informar. [Además] [l]as cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular [...] puede decirse que cuando se reconoce un derecho [como el derecho a la libertad de información], lo que se está haciendo es otorgándole primacía a este derecho,⁹⁹ [sobre conceptos jurídicos indeterminados, que apuntan a la razón de Estado, como serían “los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad].”

Olvida la Sala Constitucional que sólo por normas legítimas de nivel constitucional o con rango de ley acordes con los principios que orientan una sociedad democrática, se regularán las excepciones al acceso a la información en forma limitada y siempre que sean necesarias para la protección de la seguridad nacional [...] Las restricciones por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto.¹⁰⁰

También pasa por alto la Sala Constitucional venezolana que, sin perjuicio de la prohibición de la censura previa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y siempre que se ajusten a los requisitos de legalidad, necesidad, realidad o inminencia y propósito

⁹⁸ Artículo 326. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para 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 y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.

⁹⁹ BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *ob.cit.*, 2001, p. 213.

¹⁰⁰ Principios de Lima, 16 de noviembre de 2000. Suscritas por los Relatores Especiales para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU y de la OEA, entre otros.

válido¹⁰¹, sólo permite las siguientes excepciones: 1) la censura de los espectáculos públicos, con el exclusivo propósito de regular el acceso a ella para protección moral de la infancia y la adolescencia, y 2) la prohibición de propaganda en favor de la guerra o apología del odio racial, moral o religioso que constituyan incitaciones a la violencia contra personas o grupos.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en artículo 13.4 establece que “[s]in perjuicio de lo establecido en el inciso 2, los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”); y en el art. 13.5 que “[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religiosos que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985 (criterio ratificado en el fallo conocido como “La Última Tentación de Cristo”. *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* -Sentencia de 5 de febrero de 2001), precisó que la censura previa constituye una violación extrema del derecho a la libertad de expresión porque “*por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias... En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática*”. En esta oportunidad expresó que la censura previa “... *es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*”

El Estado venezolano temeroso de la intervención del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ante sus continuos desafueros e iniquidades, ya se ha aventurado a tratar de deslegitimar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sido reconocida por Venezuela¹⁰², al igual que como Estado Parte de la OEA ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰³

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha iniciado un deliberado proceso¹⁰⁴ de desaplicación -inconstitucional e inconvencional- del Derecho internacional de los

¹⁰¹ GROSSMAN, Claudio. “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *ob.cit.*, p.179.

¹⁰² Veintiún Estados Partes han reconocido la competencia contenciosa de la Corte: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados. Fuente: http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm

¹⁰³ Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Fuente: http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm

¹⁰⁴ Uno de los últimos capítulos de esta ‘Crónica de un incumplimiento anunciado’, pero al peor estilo del realismo mágico del brillante Gabriel García Márquez, es una nota de prensa publicada en la

derechos humanos, con una serie de decisiones que se perfilan como interpretaciones inconsecuentes con el *corpus iure* de los derechos humanos. Son interpretaciones inconventionales, al contrariar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y pretender avalar situaciones fácticas previamente declaradas antijurídicas por decisiones estimatorias y por opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y finalmente son manifiestamente inconstitucionales, porque la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desde sus normas de apertura (artículos 19, 22, 23, 30 y 31

página web del Tribunal Supremo de Justicia del lunes 15 de Junio de 2009 intitulada: “Se Consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros”, donde se lee:

“Del contenido de las sentencias N° 97/09, 1.942/03, 1.541/08 y 1.939/08 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debe concluirse que:

1.- Es falso que con base a las mismas, se afirme que el Poder Judicial venezolano no tiene potestad soberana para decidir las controversias sobre contratos de interés público suscritos por la República o someta las controversias derivadas de los mismos a los tribunales extranjeros, por el contrario, las mencionadas sentencias reiteran que el Estado es absolutamente soberano, por lo que no puede someterse a tribunales extranjeros en tanto no exista una manifestación válida, expresa e inequívoca para dirimir sus conflictos en órganos jurisdiccionales extranjeros.

[...]3.- Las sentencias reiteran, que en el caso de arbitrajes de inversión o la aprobación de cualquier otro mecanismo que suponga el sometimiento a una jurisdicción internacional -vgr. Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunales subregionales como el Tribunal Andino, centros de arbitraje, conciliaciones, entre otros-, su validez y eficacia requiere, no solo de la manifestación de voluntad del Presidente de la República, sino además de una ley aprobatoria del tratado por parte de la Asamblea Nacional. 4.- Al reafirmarse en los términos expuestos el principio de soberanía y autodeterminación de la República en las sentencias antes mencionadas, es posible que el Estado Venezolano de acuerdo a las normas aplicables, pueda denunciar o modificar los convenios suscritos -antes de 1999- con otras naciones en los cuales se sometió la resolución de controversias a órganos internacionales. Muestra de ello, es la sentencia N° 1.939/08, en la cual la Sala Constitucional exhortó al Ejecutivo Nacional para que denunciara la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sometió a la República a la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ante la evidente usurpación de funciones en que incurrió la misma.

[...]8.- Las sentencias reiteraron las consideraciones formuladas en la sentencia N° 1942/03, respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales, según la cual: “(...) como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos (...) las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos (...). En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal. El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales (...). El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscriptores [sic] de los Convenios o Tratados. Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...)”. (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1942/03).9.- Conforme a lo anterior, se reafirmó que toda decisión o laudo internacional, puede ser objeto de control constitucional, si se pretende ejecutar en Venezuela, tal y como lo asentó la Sala Constitucional en el fallo N° 1.939/08, en el caso: “Corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”, y en la decisión N° 1.541/08, que a su vez ratifica la sentencia N° 1.942/03”.

CRBV), contempla que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional; y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y en las leyes de la República, con lo cual se interpretarán y aplicarán de forma que suponga una mayor efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución o en los tratados (*efecto útil*); que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales (incluyendo a la Sala Constitucional del TSJ) y demás órganos del Poder Público (*self executing*); otorgan el derecho a *dirigir* peticiones ante los órganos internacionales con el objeto de solicitar protección a los derechos humanos, y a *exigir*, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley (y *a fortiori*, en los términos establecidos en la CADH, y según la interpretación y aplicación de sus órganos competentes), las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales, como es el caso de las sentencias estimatorias de la Corte IDH.

Además, es de precisar que toda esta suerte de impedimentos jurisdiccionales al *derecho a la información* se coloca en las antípodas del *derecho internacional post-contemporáneo*, que gira en torno a la dialéctica entre el poder y la legitimidad, que puede inducir un modelo universal de democracia a partir de la asunción de que el principio democrático se sustenta sobre tres pilares: (i) la legitimidad de los gobernantes, (ii) la intangibilidad los derechos humanos de los sujetos y (iii) el principio de la rendición de cuentas (*accountability*).

Así, con respecto a (i) la *legitimidad de los gobernantes*, si bien no existe a nivel universal una obligación internacional que exija a los Estados promover y dotarse de un gobierno democrático, y no reemplazarlos por otros de carácter autoritario, el sistema internacional se está moviendo hacia un compromiso claramente democrático con gobiernos nacionales validados por estándares internacionales que se someten voluntariamente y de forma sistemática a la supervisión de su cumplimiento.

En cuanto a la (ii) *intangibilidad los derechos humanos*, como segundo eje vertebrador de un modelo universal de democracia, se fundamenta en la práctica internacional de protección de derechos humanos, especialmente los de carácter regional, así como en los ordenamientos internos de los Estados.

Un examen de esta práctica permitiría considerar junto a la existencia de derechos absolutos inderogables (como el derecho a no ser torturado o a ser privado arbitrariamente de la vida, en cualquier circunstancia, normal o excepcional, incluyendo cualquier amenaza terrorista, por ser la dignidad intrínseca de todo ser humano, un principio invulnerable del derecho internacional de los derechos humanos), otros derechos como las garantías judiciales y el derecho a un recurso judicial y a la revisión de las sentencias.¹⁰⁵

El tercer principio vertebrador del modelo universal de democracia propuesto desde el Derecho internacional post-contemporáneo, se refiere a (iii) *la rendición de cuentas [accountability]*, tendiente a reforzar el principio de la legitimidad internacional, para lo cual es fundamental contar con un régimen democrático, el respeto a de los derechos humanos y de

¹⁰⁵ Nos referimos a ese núcleo duro de derechos absolutos e inderogables del DIDH, constituido por las disposiciones que no deben ser derogadas en ninguna circunstancia, ni en un estado de excepción, de conmoción nacional o de sitio, dispuestas expresamente en el artículo 4 del PIDCP, el artículo 15 del CEDH y el artículo 27 de la CADH.

los principios de la primacía del derecho (Rule of law), poniendo el acento en la responsabilidad inherente a la soberanía.¹⁰⁶

De manera tal que, inmunidad jurisdiccional aparte, las restricciones por motivos de [“intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.”] sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Cualquier restricción no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto.

Porque libertad y orden [“los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.”] no son valores contrapuestos y sólo es posible mantener una sociedad libre, si se garantiza a los ciudadanos y grupos su derecho a recibir información imparcial y oportuna. la libre expresión y circulación de ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir (Declaración de Chapultepec).¹⁰⁷

Se busca por cualquier vía echarle el cerrojo a “Globovisión”, utilizando para ello renovados subterfugios legales, en evidente desviación y abuso de poder de todos los órganos del Poder Público (Fiscalía General, Tribunal Supremo de Justicia, CONATEL, SENIAT, Administración Tributaria Nacional), incluso aquellos que gozarían de independencia y autonomía funcional, que han coonestado esta utilización salvaje y arbitraria del poder, por lo que son corresponsables de violentar todos los estándares internacionales, todo el *corpus iuris* de los Derechos Humanos, que exige establecer regulaciones claras que garanticen el ejercicio legítimo de la protesta social y que impidan al gobierno la aplicación de restricciones desproporcionadas que puedan ser utilizadas para inhibir o reprimir expresiones críticas o disidentes.

Son igualmente responsables de (i) pretender *criminalizar las expresiones críticas* contra el gobierno nacional, vengan o no de la disidencia política -como lo hacen entre otros los gobiernos de Irán, Cuba y Corea del Norte-, por parte de amplios sectores que discrepan de su política y de otros que le son adeptos pero quieren manifestar su desacuerdo ante la ausencia de políticas públicas frente a la inseguridad, el desempleo, la inflación, la precariedad de los servicios públicos y (ii) convertir en delito cualquier comunicado, información u opinión, como causa eficiente para luego sancionar con la suspensión o revocatoria de la habilitación administrativa o concesión de explotación de radio o televisión.

Este proceder violenta normas y estándares nacionales e internacionales sobre libertad de expresión e información, promueve la censura previa e induce a la autocensura, vulnera derechos fundamentales, constitucionales e internacionales, al tratar de hacer trascender a las personas jurídicas, la responsabilidad penal individual por actos u omisiones propios de personas naturales, y en fin, de silenciar a Globovisión y a cualquier medio, se silencia al pueblo venezolano imponiendo restricciones ilegítimas cuyo propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto.

En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la exclusión de responsabilidad del que reproduce las opiniones e informaciones de terceros, no implica

¹⁰⁶ GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel. *El derecho internacional post contemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*. Tirant, monografías, 597, Valencia, 2008, p.p.315-319.

¹⁰⁷ Adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994.

desde luego cercenar la responsabilidad ulterior del autor de las mismas, porque como atinadamente acota la doctrina, es necesario distinguir y excluir la responsabilidad por el contenido de información consistente en reproducciones de opiniones de terceras personas de la responsabilidad por la línea editorial del medio de comunicación, dado que responsabilizar a quienes reproducen opiniones de terceros restringiría seriamente la libertad de expresión y la libertad de información, ya que obligaría a quienes reproducen opiniones de otros a establecer un sistema de comprobación de la veracidad de la información y un filtro de cada una de las opiniones vertidas, y esto es inadmisibles en una sociedad compleja y diversificada que incluye grandes flujos de información provenientes de fuentes muy disímiles, no sólo porque estos sistemas de verificación resultarían notoriamente onerosos,¹⁰⁸ sino porque restringirían el debate democrático, libre, abierto y robusto.

Como reflexión final es de precisar que los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información implican también, la *protección del derecho a disentir* y por ende, la libertad de difundir todas aquellas opiniones que no se avengan o no se aproximen a la ideología mayoritaria o a una determinada corriente de opinión gubernamental o corporativa, porque “...el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos.”¹⁰⁹

Hoy es innegable que esta posibilidad del individuo de disentir, de ser crítico -incluso en extremo- del poder, es un prerequisite democrático de garantía del pluralismo político e ideológico, que también tiene una dimensión social, en tanto manifestación directa de la libertad de conciencia y del derecho de participación ciudadana, lo que comporta necesariamente la facultad de informar a la opinión pública acerca de estas ideas, a través de los medios masivos de comunicación, de lo contrario la pluralidad de los puntos de vista se vería seriamente mermada y afectada por el monopolio o control ilegítimo y arbitrario del Estado.

Tampoco se puede pensar hoy día que el Estado es el gran enemigo de las libertades de expresión e información, por lo que las autoridades que lo encarnan deberían proteger todo discurso siempre que no incite al odio, a la exclusión o a la violencia.

Recientemente los órganos internacionales especializados en las libertades comunicacionales han advertido sobre la inconveniencia del “*ejercicio de facultades ilegítimas que permiten la indebida injerencia de los gobiernos en los medios de comunicación*”, tales como “[e]l control directo del gobierno sobre el otorgamiento de licencias o la regulación de la radiodifusión, o la supervisión de estos procesos por un organismo que no mantiene, tanto en la ley como en la práctica, una real independencia respecto del gobierno; [l]os procedimientos abiertos contra medios de comunicación independientes basados en motivaciones políticas; el uso indebido de leyes sobre expresiones que instigan el odio para impedir que grupos históricamente menos favorecidos participen en debates genuinos sobre sus problemas e inquietudes; así como de las legislaciones y posiciones judiciales “...que no exigen a las figuras y funcionarios públicos que muestren frente a la crítica un grado de tolerancia mayor al que se espera de los ciudadanos comunes”.¹¹⁰

¹⁰⁸ GROSSMAN, Claudio. “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *Ob.cit.*, p.184.

¹⁰⁹ Supreme Court of the United States. *New York Times vs. Sullivan*. 376 US 254 (1964).

¹¹⁰ Declaración Conjunta del décimo aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década (2010), suscrita por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la

Como corolario de lo anterior, surge evidente el desafortunado y desatinado servicio que le hace a la justicia, a la democracia y al Estado de Derecho aquel juez o aquellos magistrados que imparten 'justicia' sin atenerse a su principio nuclear, como es la imparcialidad, sin cuya existencia es dudoso hablar en propiedad de proceso judicial o de debido proceso; lo cual se agrava cuando el juez que no es independiente e imparcial, al estar subordinado a otro u otros poderes del Estado o supeditado a personajes o agrupaciones de influencia política, vulnera indirectamente otros derechos fundamentales, como en este caso, las libertades informativas y el derecho a la libertad de expresión "...*pedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, ... indispensable para la formación de la opinión pública...*, 'conditio sine qua non' para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente, ...para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, este suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.¹¹¹

Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

¹¹¹ Corte IDH. 'La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 solicitada por el Gobierno de Costa Rica, de 13 de noviembre de 1985, párr.70.

Comentario Monográfico

CONTROL JUDICIAL Y ARBITRAJE INTERNACIONAL CONFORME AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Algunas reflexiones en torno al Laudo Aucoven v. Venezuela, al Derecho aplicable a los “Contratos Administrativos” en los que la contraparte de la Administración Pública es un inversionista extranjero, y la influencia de esa decisión jurisdiccional sobre el Derecho Administrativo nacional

José Antonio Muci Borjas

*Profesor de Derecho Administrativo
en la Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *A través de una disección del laudo arbitral que puso fin a la controversia entre Venezuela y la empresa Aucoven, en el ensayo se destaca cómo la legalidad de la conducta de la Administración Pública nacional puede ser enjuiciada por tribunales extranjeros ad-hoc con base en normas distintas al Derecho especial, de producción nacional, que en la generalidad de los casos condiciona la conducta de la Administración Pública venezolana.*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. RESEÑA DE ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA ARBITRAL
- III. EL TRIBUNAL COMPETENTE
- IV. EL DERECHO APLICABLE: DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO Y DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL
- V. LA ILEGALIDAD DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL SEGÚN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL Y LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL
- VI. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EL DERECHO DEL CONCESIONARIO A PONERLE FIN UNILATERALMENTE A LA RELACIÓN CONTRACTUAL SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO Y LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL
- VII. REFLEXIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

1. He sido invitado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y por el Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila para participar en esta Jornada de Conferencias, en conmemoración del Trigésimo Aniversario de la Revista de Derecho Público, en las que se diserta, ese es su tópico general, en torno al control judicial de los Poderes Públicos venezolanos a lo largo de estos primeros treinta años de vida de la Revista. A lo largo de esas tres décadas la Revista ha dejado constancia de la evolución, de los grandes progresos del Derecho Administrativo durante los años '80 y '90 del siglo XX, así como de los graves y lamentables retrocesos que han caracterizado el Derecho Público venezolano a lo largo de esta primera década del siglo XXI, una “década perdida” en la que la política ha anulado al Derecho y la justicia. Treinta años de luces y de sombras, los últimos, documentados sistemáticamente por la *Revista de Derecho Público*.

2. Aunque se me ha pedido que me refiera -en términos generales- al “Control Judicial y al Arbitraje Internacional”, he preferido dedicar el breve espacio de tiempo que me ha sido concedido para destacar, con el auxilio de sólo uno de los laudos internacionales de condena dictados contra la República, el profundo impacto que la globalización ejerce sobre el Derecho Administrativo venezolano, de origen estatal por definición. En concreto, con base en el Laudo *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. República de Venezuela*¹, les propongo repasar brevemente cuatro temas, únicamente cuatro, a saber:

a. Primero, el Tribunal competente;

b. Segundo, el Derecho con base en el cual se decidió la controversia -de naturaleza administrativa- derivada de un contrato administrativo en el que la Administración Pública Nacional venezolana era parte;

c. Tercero, la suerte de la excepción de ilegalidad hecha valer por la República contra una cláusula (aparentemente) contraria a la Ley de Crédito Público, para así excusar el “incumplimiento” de una obligación que Venezuela había asumido a través del Contrato; y,

d. Cuarto, la tesis, esgrimida por la República en juicio, que negaba la existencia del derecho de su contraparte a rescindir unilateralmente el contrato, habida consideración del “servicio público” o actividad de “interés general” que subyace detrás de todo contrato administrativo, y de la consecuente necesidad de asegurar la prestación continua, regular o eficiente -“a toda costa”- de dicho servicio.

II. RESEÑA DE ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSI A ARBITRAL

1. En 1994 el Presidente de la República dictó el Decreto-Ley número 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, creando así el marco jurídico para la adjudicación de concesiones de obras y servicios públicos a compañías privadas. En esencia, el Decreto-Ley tenía por objeto permitir que Venezuela pudiera ejecutar obras y prestar servicios sin tener que recurrir a financiamiento público, tratando de atraer la colaboración de los licitantes e instituciones financieras (privados) para la construcción y el mantenimiento de obras públicas.

Complementariamente, en 1994 el Presidente de la República dictó también el Decreto Ejecutivo número 502, que autorizaba el llamado a licitación para la concesión del Sistema Vial Caracas-La Guaira. El principal objeto de la concesión era la construcción de un viaducto alternativo sobre la Autopista ya existente entre esas dos poblaciones. El proyecto también comprendía la explotación y el servicio de conservación y mantenimiento del Sistema Vial, así como otras obras de construcción. Según el llamado a licitación el plazo de vigencia de la concesión sería de treinta años. Conforme al modelo de concesión, la principal fuente de ingresos para el concesionario provendría del cobro de las tarifas de peaje en la Autopista durante el plazo de vigencia de la concesión.

2. En diciembre de 1995 Venezuela le adjudicó el contrato al consorcio ICA-Baninsa y, acto seguido, ICA y Baninsa constituyeron la sociedad Autopista Concesionada de Venezuela, Aucoven C.A., una compañía domiciliada e inscrita en Venezuela, con el objeto de que fuese ésta la Concesionaria del proyecto.

¹ Laudo del 23 de septiembre de 2003 (Caso número ARB/00/5 del CIADI).

Aucoven y Venezuela negociaron durante casi un año los términos y condiciones del contrato que regiría la Concesión. El Contrato de Concesión, subrayémoslo de entrada, es *fuerza escrita* del *Derecho Administrativo venezolano*.

De acuerdo con el Contrato de Concesión, Aucoven debía proyectar, construir, operar, explotar, conservar y mantener el Sistema Vial. La principal obligación de Aucoven era la construcción del nuevo puente o viaducto sobre la Quebrada de Tacagua. Además del Puente, Aucoven tenía la obligación de ejecutar otras obras relacionadas con el Sistema Vial, a saber: (i) la construcción de dos pistas de frenado de emergencia en la Autopista; (ii) la construcción de dos nuevos patios de gandolas y estaciones de pesaje y gálibo de control, y (iii) la ampliación, rehabilitación y equipamiento de las casetas de cobro de peaje. Los trabajos de mantenimiento que Aucoven debía realizar incluían el reacondicionamiento de tanto la Autopista como de la Carretera Vieja Caracas-La Guaira durante los primeros dos años de la Concesión.

Las obligaciones de Venezuela se relacionaban mayormente con el financiamiento de las inversiones necesarias. Venezuela debía otorgar una o varias garantías a favor de cualquier potencial financista, a fin de facilitar la obtención de recursos por parte de Aucoven en los términos y condiciones más favorables. Las garantías a favor de los bancos privados debían otorgarse dentro de los 20 días hábiles siguientes a la solicitud de Aucoven en propóposito.

El Contrato le otorgaba a Aucoven el derecho exclusivo de cobrar peaje a los usuarios de la Autopista. Los ingresos compensarían a Aucoven por la inversión realizada, asegurarían la rentabilidad de su inversión y financiarían la operación, así como la conservación y el mantenimiento del Sistema Vial. Para lograr estos objetivos, Venezuela convino aumentar las tarifas de peaje de la Autopista de manera progresiva y periódica. Además, Venezuela debía compensar a Aucoven en caso de que los ingresos por concepto del cobro de tarifas de peaje fueran menores al mínimo previsto. Según el Contrato, la Concesión mantendría en todo momento el equilibrio financiero, llamado equilibrio económico-financiero

3. Invocando resistencia pública al aumento de tarifas propuesto, en 1997 el Ministerio decidió no aumentar las tarifas. Luego, sobre la base de un Plan Económico-Financiero revisado o actualizado, las partes acordaron implementar un nuevo cronograma para el aumento de las tarifas de peaje, trasladando la carga del aumento de los autos particulares y los vehículos de transporte público a los vehículos de transporte pesado. El anuncio de los aumentos de tarifas desató fuertes protestas por parte de las empresas de camiones y de funcionarios del Estado de Vargas. Por ello, el Ministerio le pidió a Aucoven que se abstuviera de cobrar peaje hasta nuevo aviso. Luego Venezuela rehusó ajustar las tarifas de peaje según lo previsto en el Contrato de Concesión, a pesar de las repetidas solicitudes que formulara Aucoven en propóposito.

En 1999 el Ministerio de Infraestructura inició un procedimiento administrativo para revisar la legalidad de la adjudicación de la Concesión y del Contrato de Concesión. El Ministerio solicitó al Procurador General que iniciaran las acciones pertinentes ante la Corte Suprema de Venezuela a fin de declarar la nulidad absoluta de la adjudicación y del Contrato. A mediados del 2000, después de reiteradas solicitudes por parte de Aucoven para llegar a un avenimiento mediante conciliación, Aucoven presentó una solicitud de arbitraje conforme a dicho Contrato ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En el 2002, los camioneros realizaron nuevas protestas, con una rápida escalada de violencia. Los camioneros se negaban a pagar el peaje estipulado en abril de 1997. A pesar de la presencia continua de la Guardia Nacional, los manifestantes lograron impedir que Aucoven cobrara el peaje. El septiembre de 2002 Aucoven dejó de realizar el mantenimiento rutinario y abandonó la Autopista sin que autoridad alguna hubiera rescindido previamente el Contrato.

III. EL TRIBUNAL COMPETENTE

1. Comencemos por destacar que la *lite* no fue decidida por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, órgano judicial al cual -en principio- compete «conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los “contratos administrativos” en los cuales sea[n] (*sic.*) parte la República, los estados o los municipios...»². Dicho en otras palabras, la controversia sobre ese Contrato Administrativo no fue conocida por el juez contencioso-administrativo, esto es, por el órgano judicial especializado al cual, por la naturaleza de las cosas, le correspondía decidir conforme al Derecho Administrativo nacional; conforme al Derecho especial, de origen estatal “por definición”, que gobierna o disciplina las relaciones entre la Administración Pública y los particulares³.

2. El Tribunal que decidió fue otro porque las partes acordaron voluntariamente que cualquier disputa o controversia sería sometida a un Tribunal Arbitral *ad-hoc* constituido, como indicamos anteriormente, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)⁴, organización internacional autónoma estrechamente vinculada al Banco Mundial, creada a través del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o “Convenio de Washington”⁵, en vigor desde octubre de 1966. El Centro fue creado con el objeto de que sirviese, ese es su propósito, de marco institucional para el desarrollo de procesos de arbitraje entre los Estados y los inversionistas (extranjeros) en aquellos casos en los que ambas partes acuerden someter sus

² *Gaceta Oficial de la República* número 37.942, del 19 de mayo de 2004.

³ En palabras del Tribunal de Conflictos francés (*Arrêt Blanco*, del 18 de febrero de 1873), «la responsabilidad en la que incurre el Estado, a causa de los daños causados a los particulares por las personas que emplea en sus distintos servicios públicos, no está regulada por los principios establecidos en el artículo 1.382 y siguientes del Código Civil [francés] respecto de las relaciones entre particulares», esto es, por el Derecho ordinario o común. Por el contrario, «...esta responsabilidad, que no es general ni absoluta, tiene reglas especiales [de Derecho interno], que varían según sean las exigencias del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los de los particulares. Por ello, corresponde... al juez administrativo [nacional], y no a los tribunales ordinarios [nacionales], valorar tal responsabilidad» («*la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les divers services publics n'est pas régie par les principes établis, dans les arts. 1382 et suivant C. civ., pour les rapports de particulier à particulier. Cette responsabilité, qui n'est ni générale ni absolue, a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. C'est, des lors, à l'autorité administrative, et non aux tribunaux ordinaires, qu'il appartient l'apprécier*») (LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVE, P. y GENEVOS, B., *Les Grandes Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 10e édition, Sirey-Éditions Dalloz, Paris, 1993, pp. 1 y ss.).

⁴ En inglés, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

⁵ En inglés, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*.

diferencias a la competencia del CIADI⁶. En efecto, el artículo 25(1) del Convenio de Washington dispone que «la *jurisdicción* del Centro se extenderá a *las diferencias de naturaleza jurídica* que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado».

El artículo 25(1) del Convenio de Washington debe ser interpretado a la luz del artículo 64 del Contrato de Concesión, norma contractual expresa en virtud de la cual las partes acordaron someter sus disputas o diferencia al CIADI, el cual reza así:

«Por cuanto en virtud de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y de su ratificación, publicadas en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 35685 de fecha 3 de Abril de 1995, que constituye derecho vigente en Venezuela, la REPÚBLICA DE VENEZUELA ha considerado conveniente someter a métodos internacionales de arreglo las diferencias que se puedan presentar frente a inversionistas nacionales de otros Estados Contratantes, las partes acuerdan que si el accionista o accionistas mayoritario(s) de la CONCESIONARIA llegara(n) a ser nacional(es) de un país en el que se encuentra vigente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la Cláusula 63 de este documento quedará de inmediato sustituida por el texto siguiente:

“Cualquier disputa, reclamo, controversia, desacuerdo y/o diferencia relacionada, derivada o en conexión con la Concesión o relacionada en cualquier forma con la interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación, resolución de la misma, a todos los cuales ambas partes reconocen el carácter de inversión, que no pueda ser resuelta amistosamente mediante el procedimiento de conciliación establecido en la cláusula anterior en un lapso total de treinta (30) días hábiles contados a partir de la última notificación dada conforme a los medios establecidos en este Documento, deberá ser resuelta por el Centro Internacional de Arbitraje de Diferencias Relativas a Inversiones (el “Centro”), mediante arbitraje de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio”) y, salvo acuerdo contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje del Centro vigentes para la fecha de entrada en vigencia de esta cláusula (las “Reglas de Arbitraje”). El arbitraje se tramitará en la sede del Centro por un Tribunal de Arbitraje (el “Tribunal”) integrado por tres (3) árbitros de la Lista de Árbitros del Centro, quedando entendido que cada una de las partes nombrará un (1) árbitro y el tercer árbitro, que será el presidente del Tribunal, deberá ser designado de mutuo acuerdo por los dos (2) árbitros designados por las partes. Si en un lapso de veinte (20) días hábiles contados a partir de la designación de los árbitros por las partes, éstos no se pueden poner de acuerdo para la designación del tercer árbitro, éste será designado de conformidad con las Reglas de Arbitraje. Cada una de las partes renuncia a cualquier derecho que pueda tener ahora o en el futuro de iniciar o mantener cualquier juicio o procedimiento legal con respecto a cualquier controversia, hasta que la misma haya sido determinada de conformidad con el citado procedimiento de arbitraje, y luego únicamente para hacer valer el laudo o decisión emitida en dicho procedimiento de arbitraje. Tanto la REPÚBLICA DE VENEZUELA, actuando a través de EL MINISTERIO, como LA CONCESIONARIA, acuerdan en atribuir-

⁶ HERDEGEN, MATHIAS, *Derecho Económico Internacional*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2005, p. 316.

le a LA CONCESIONARIA, una persona jurídica venezolana sometida a control extranjero para la fecha de entrada en vigencia de esta cláusula, el carácter de “Nacional de otro Estado Contratante” para todos los fines de la aplicación de esta Cláusula y de las disposiciones del Convenio.

No obstante lo previsto en esta Cláusula 64, si por cualquier razón la REPÚBLICA DE VENEZUELA y/o el país de la nacionalidad del accionista o accionistas mayoritarios de LA CONCESIONARIA denuncian el Convenio o de cualquier otra manera el Convenio perdiere vigencia para esos países antes de iniciarse el arbitraje según lo dispuesto en esta Cláusula 64 o si por cualquier otra causa el Convenio deja de estar vigente para dichos países o no es posible realizar el arbitraje de acuerdo con el Convenio, entonces la Cláusula 63 de este documento readquirirá pleno efecto y vigencia”⁷.

IV. EL DERECHO APLICABLE: DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO Y DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

1. De acuerdo al Derecho Administrativo nacional, he aquí lo que ha sostenido la jurisprudencia venezolana,

«...es un hecho cierto y admitido hoy por la jurisprudencia y la doctrina, la existencia de negocios contractuales entre los particulares y la administración pública regidos por el *derecho público* [nacional]. En tales contrataciones o contratos de derecho público la causa inmediata de las prestaciones de la administración la constituyen las contraprestaciones del particular, y la causa o motivo determinante, es el *interés público* que con esas prestaciones se consigue: “Cuando la Administración Pública, pues, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto *una prestación de utilidad pública*, nos encontramos, sin duda, frente a un contrato administrativo. Así la especialidad de dichos contratos radica en el objeto y en el interés general que envuelven... Ellos están sometidos a reglas especiales; tienen una finalidad general, por lo regular en relación con los servicios públicos; por razón del fin se obliga al particular contratante a una prestación, corrientemente continua y regular...”⁸.

La jurisprudencia venezolana ha sostenido además que en el Derecho Administrativo nacional,

«cuando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la Administración [Pública] a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general.

La presencia de la Administración [Pública] -dadas determinadas condiciones- en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquella, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo...”⁹.

⁷ En torno al alcance e inteligencia de esta norma, consúltese *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. República de Venezuela*, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001 (Caso número ARB/00/5 del CIADI).

⁸ *Acción Comercial v. Concejo Municipal del Distrito Maneiro del Estado Nueva Esparta* (Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de junio de 1983, en *Gaceta Forense*, Tercera Etapa, Julio-septiembre 1983, número 121, Volumen I, p. 55).

⁹ *Acción Comercial v. Concejo Municipal del Distrito Maneiro del Estado Nueva Esparta* (*Gaceta Forense*, Op. Cit., p. 52).

2. En el marco del proceso (jurisdiccional) *Aucoven v. República de Venezuela* el Tribunal Arbitral decidió la controversia con base en el Contrato de Concesión, las leyes nacionales y, adicionalmente, las normas de Derecho Internacional aplicables. Obró así con base en lo que dispone el artículo 42 de la Convención de Washington, a tenor del cual

«el Tribunal decidirá la diferencia [de naturaleza jurídica] de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables».

La controversia fue, pues, decidida con base en un sistema de normas compuesto o integrado por reglas de origen diverso, unas internacionales, otras nacionales, algunas de ellas de origen contractual o convencional¹⁰. Es más, en la controversia las partes en conflicto aceptaron que las normas de Derecho Internacional prevalecían sobre las de Derecho venezolano, en aquellos casos en los que éste último estuviera en conflicto con el primero¹¹. La controversia no fue decidida, única y exclusivamente, con base en el Derecho Administrativo, Derecho especial de origen nacional o estatal, que gobierna o disciplina las relaciones entre la Administración Pública y los particulares, pues la inclusión de la Cláusula de Arbitraje en el Contrato de Concesión, insistimos en la idea, transformó la relación entre la República y el inversionista privado de origen extranjero en una relación disciplinada, en parte, sólo en parte, por el Derecho Administrativo nacional, y, también parcialmente, por el Derecho *a-nazionale* que disciplina las inversiones internacionales¹². En síntesis, el recurso al arbitraje internacional supuso, pues, consecuencias sustantivas.

3. Vivimos en tiempos de globalización *-mondialisation* para los franceses-; en tiempos, esto es, de acelerada integración de las economías; tiempos, los nuestros, en los que lo económico condiciona fuertemente lo político; tiempos, en definitiva, en los que la *ratio económica* tiende a prevalecer, a imponerse, sobre la razón de Estado¹³.

Son estos tiempos en los que, por causa de la globalización, el Poder Público estatal se resiente, declina; tiempos en los que ese Poder sufre una significativa erosión. En palabras de De Pretis, en el ámbito jurídico globalización significa «...declinación del rol del Estado en la producción y en la aplicación del Derecho y en la resolución judicial de las controversias»¹⁴. En el ámbito más circunscrito del Derecho Administrativo, agrega De Pretis, «...globalización parece significar ruptura definitiva del nexo que tradicionalmente ha me-

¹⁰ CASSESE, SABINO, *La Globalización Jurídica*, Instituto de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006, p. 13

¹¹ *Aucoven*, EPA, párr. 174, p. 38, y *Venezuela*, EPA, p. 13.

¹² VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", en *European Journal of International Law* (EJIL), Volume 17, Nº 1, February 2006; y AL FARUQUE, ABDULLAH, "Creating Customary International Law through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal", *Indian Journal of International Law*, Vol. 44, Nº 1, January-March 2004, p. 316).

¹³ ALLI ARANGUREN, JUAN-CRUZ, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid (España), 2004, p. 256; y, VELASCO, EMILIO, *El Derecho en tiempos de globalización. Parte I*, Grupo JusConsult, S.C., Caracas, 2002, p. 21.

¹⁴ DE PRETIS, DARIA, "La tutela giurisdizionale dell'ordinamento europeo", en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 103.

diado entre Estado y Administración»¹⁵. En efecto, por causa de la globalización surgen normas, se crea un Derecho, que no es de origen nacional, que no responde a la tradicional idea de la soberanía estatal. Son estos, los nuestros, tiempos en los que el alcance -esto es, el “espacio”- del Derecho Administrativo nacional se redimensiona.

En virtud de esa transformación, las Administraciones nacionales, las de los Estados nacionales, quedan, pues, sometidas o subordinadas a reglas de Derecho internacionales que les son ajenas, porque su autor no es el Estado del cual las Administraciones nacionales forman parte integrante¹⁶. En el caso de la especie, la solución de la controversia entre el Estado y un inversionista extranjero protegido le fue confiada a un Tribunal arbitral internacional, designado conforme -y sometido a- las reglas dictadas por una Administración Global (CIADI).

4. La globalización, la conclusión pareciera forzosa, ineludible, es un proceso esencialmente *a-nazionale*, amén de *a-territoriale*. Su Derecho también. La crisis territorial del Estado, por obra de las diferentes materias que desbordan sus fronteras y que, por tanto, demandan una atención y solución globales, ha traído consigo la internacionalización -i.e., la globalización- del Derecho Administrativo¹⁷, hoy por hoy ligado a una pluralidad de ordenamientos jurídicos y de Derechos que interaccionan entre sí. En síntesis, estamos frente a una nueva disciplina, que la doctrina comparada ha denominado Derecho Administrativo Global, contraponiéndolo así al Derecho Administrativo “tradicional”, nacional o estatal por definición¹⁸.

Global, primero que nada, porque sus normas rigen sin consideración de fronteras; porque sus efectos rebasan o desbordan los rígidos confines del Estado.

Global, en segundo término, porque este Derecho Administrativo se ocupa, parafraseando a Stefano Battini, Profesor de la *Università di Tuscia*, del ejercicio del Poder, del Poder con mayúscula, por una serie de organizaciones, de Administraciones, que no pertenecen a ningún Estado en particular.

Global, en tercer lugar, porque le reconoce a los particulares la condición de sujetos de Derecho en el plano -i.e., en la esfera- internacional.

Global, en cuarto lugar, porque sus normas limitan o condicionan la actividad de las Administraciones de los Estados; porque sus normas, en otras palabras, regulan o disciplinan las relaciones que surgen entre las Administraciones estatales y los particulares por causa o a consecuencia del ejercicio del Poder Público; porque sus normas, en síntesis, autorizan a los particulares cuyos derechos resultaren afectados por la actuación de tales Administraciones,

¹⁵ De Pretis, Daria, *Ibid.*

¹⁶ KRISCH, NIKO y KINGSBURY, BENEDICT, “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, en *European Journal of International Law (EJIL)*, Volume 17, Nº 1, February 2006, pp. 1 y ss.

¹⁷ MARINO, IGNAZIO M., “Diritto Amministrativo e globalizzazione”, publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 206. También CASSESE, SABINO, *La Globalización Jurídica*, *Op. cit.*, pp. 183 y 184.

¹⁸ MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 19 y ss.; y, MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Detalles de un procedimiento (administrativo) sustanciado por Interpol con base en el Derecho Administrativo Global: El asunto Allan R. Brewer-Carías”, en *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2010, pp. 700 y ss.

para demandar en ultramar el control jurisdiccional de los actos que les causan gravamen. Como en el mundo de hoy las fronteras se desdibujan o desvanecen *-rectius*, como no hay fronteras o porque no hay fronteras en ciertas materias-, a instancia de los particulares afectados los tribunales arbitrales internacionales constituidos, *verbigratia*, ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), pueden revisar la legalidad de la conducta de las Administraciones estatales contrarias a un Contrato o a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (BITS), y, consecuentemente, condenar al Estado al pago de sumas de dinero. Esos tribunales arbitrales observan un procedimiento disciplinado por normas, llamémoslas reglamentarias, porque han sido dictadas por una Administración sin Estado en ejecución de un Tratado; enjuician a los Estados, y muy particularmente a sus Administraciones Públicas, con base en “normas”, como las que ha venido aplicando o creando los Tribunales Arbitrales Internacionales, que no son reglas de Derecho interno; sustituyen u ocupan el lugar del juez contencioso-administrativo, juez natural de la Administración en el Derecho interno; en definitiva, resuelven los conflictos jurídicos que surgen entre los Estados, y muy particularmente sus Administraciones, y los particulares, por causa o a consecuencia del ejercicio del Poder.

Global, finalmente, porque, parafraseando a Cassese, Profesor de la *Università La Sapienza*, Roma, se trata de un Derecho Administrativo que se halla integrado por normas internacionales, supranacionales y también nacionales, esto es, por normas de diverso origen, de distinta entidad, de diferente naturaleza, algunas de ellas elaboradas por “otros”.

V. LA ILEGALIDAD DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL SEGÚN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL Y LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. En el asunto *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. República de Venezuela*, la parte demandada sostuvo que la Ley Orgánica de Crédito Público, fuente del Derecho Administrativo venezolano, prohibía al Ministro de Finanzas emitir una garantía de acuerdo a lo previsto por el Contrato, y que Aucoven conocía, con anterioridad a la firma del Contrato de Concesión, que existía un conflicto entre diversas leyes (venezolanas) que podría impedir o demorar la emisión de la garantía. Basándose en el testimonio de su perito en Derecho, Venezuela sostuvo que conforme a la legislación de Venezuela, «el conocimiento previo real que Aucoven tenía acerca del conflicto (normativo) y de sus implicaciones para los potenciales financistas significa que Aucoven debe asumir la plena responsabilidad por asumir el riesgo de la ilegalidad de la garantía». Por lo tanto, el conocimiento de *Aucoven* le impediría reclamar la infracción del Contrato, por la omitida emisión de la garantía ofrecida por Venezuela.

2. Si me lo permiten, imaginemos por un instante a dos particulares, uno nacional y otro extranjero, que suscriben un Contrato Administrativo de Concesión con la República. Imaginemos, además, que ambos Contratos contemplan una misma e idéntica obligación a cargo de la República: Venezuela debe otorgar una o varias garantías a favor de cualquier potencial financista, a los fines de facilitar la obtención de recursos, por parte de la Concesionaria, en los términos y condiciones más favorables. Imaginemos, finalmente, que a diferencia del nacional, el Concesionario extranjero puede invocar un Tratado para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones o, alternativamente, cuenta con una cláusula compromisoria que le permite proponer demanda contra la República ante el CIADI.

Frente al incumplimiento de la República, el inversionista nacional, ésta en principio sería la regla general, nada podría alegar, nada -absolutamente nada- podría reclamar, porque para él, primero, «la Ley es obligatoria desde su publicación en la *Gaceta Oficial...*», y,

segundo, «la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento» (Artículos 1° y 2° del Código Civil)¹⁹. El inversionista local no podría alegar su desconocimiento de la ley como eximente de responsabilidad porque, ésta es la regla, nadie puede invocar su falta de diligencia, esto es, su propia torpeza (*nemo admittitur aut auditur propriam turpitudinem allegans*).

En el ámbito del Derecho Administrativo Global, empero, la solución pudiera ser muy distinta por causa de la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional. En el caso *Aucoven*, en concreto, el Tribunal Arbitral primero echó mano del Preámbulo del Contrato de Concesión, porque en éste las partes, así se lee textualmente

«...aseveran y garantizan que [todas y cada una de] las obligaciones previstas en este Contrato son legales, válidas, vinculantes y ejecutables»...

incluida como es natural, porque no podía ser de otra manera, la obligación, expresamente asumida por la República, de constituir garantía a favor de Aucoven.

A juicio del Tribunal Arbitral, al asegurar la licitud de las distintas obligaciones asumidas en virtud del Contrato de Concesión,

«...Venezuela asumió el riesgo de la ilegalidad de la emisión de cualquier garantía. Este Tribunal no puede determinar cómo este riesgo podría más adelante ser transferido a *Aucoven* por el simple hecho de que ésta última tenía conocimiento de una potencial ilegalidad.

Como consecuencia de la determinación expresada en el apartado anterior, no es necesario abordar la principal alegación de *Aucoven* de que, bajo el derecho internacional, un Estado no puede excusar su incumplimiento de una obligación contractual amparándose en una supuesta ilegalidad bajo la legislación nacional».

En otros términos, para el Tribunal arbitral *ad-hoc* los principios de la buena fe (*bona fide*) en la contratación y la obligación de cumplir las obligaciones en los términos en que las mismas fueron pactadas (*pacta sunt servanda*), prevalecieron sobre la letra de una Ley nacional, de orden público, que constituía fuente del Derecho Administrativo nacional. De manera implícita, el Tribunal arbitral reconoció que un contrato con un inversionista extranjero no puede quedar sujeto único y exclusivamente al ordenamiento jurídico interno del Estado que es parte en dicha contratación, porque ello equivaldría a subordinar al inversionista a la sola voluntad, deseo o capricho de su contraparte²⁰.

En el Laudo que decidió el asunto *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. República de Venezuela* el Tribunal arbitral razonó en los siguientes términos:

«El papel del derecho internacional en la práctica del CIADI no está totalmente claro. Está bien establecido que el derecho internacional puede llenar lagunas cuando el derecho nacional carece de reglas respecto a ciertos temas (la así llamada “función complementaria”). También está bien establecido que puede corregir el resultado de la aplicación del derecho nacional cuando éste último viola el derecho internacional (“función correctiva”) (CHRISTOPH SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, N° 131 en Art. 42, p. 623 con referencias). ¿Acaso el derecho internacional se extiende más allá de esas funciones? La reciente decisión del Comité *Ad hoc* en *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*

¹⁹ *Gaceta Oficial de la República* N° 2.990 Extraordinario, del 26 de Julio de 1982.

²⁰ SPIERMANN, OLE, “Applicable Law”, en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, obra editada por MUCHLINSKI, PETER, ORTINO, FEDERICO y SCHREUER, CHRISTOPH, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 94.

acepta esta posibilidad de un papel más amplio del derecho internacional y que el tribunal de arbitraje tiene “cierto margen y poder de interpretación.” (Caso CIADI N° ARB/98/4, 41 I.L.M. 933 (2002), N° 39, p. 941). Este Tribunal opina que no hay razón en este caso, considerando en particular que se trata de un arbitraje de acuerdo con un contrato y no de un arbitraje bajo un tratado, para ir más allá de las funciones correctiva y complementaria del derecho internacional».

En otras palabras, para el juez de Derecho Administrativo Global la legalidad de una actuación conforme a las leyes internas del Estado, por causa de la existencia *-i.e.*, de la vigencia- de los artículos 1° y 2° del Código Civil, es materia ajena, distinta, a la legalidad externa, que en el Derecho Administrativo Global debía enjuiciarse con base en los principios de la buena fe (*bona fide*) en la contratación y la obligación de cumplir las obligaciones en los términos en que las mismas fueron pactadas (*pacta sunt servanda*). Para los inversionistas extranjeros las reglas del juego, es decir, las normas administrativas aplicables, terminaron siendo otras.

En palabras de Spiermann, la ley y las reglas legales aplicadas por los tribunales arbitrales que deciden controversias en materia de inversión extranjera se “internacionalizan”, al menos en parte. Es justamente por ello que en el fallo *Lena Goldfields v. Soviet Union* se dejó sentado *-mutatis mutandis-* que las leyes de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas disciplinaban “todos los asuntos domésticos” (en la U.R.S.S.) del contrato suscrito por ésta y un inversionista extranjero, pero que para “otros propósitos” eran los principios generales del Derecho, entre estos los reconocidos por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, los que debían ser considerados como ley aplicable al contrato²¹.

3. A análogas conclusiones han llegado los Tribunales *-mutatis mutandis-* cuando se invoca un Tratado (BIT) en lugar de un contrato de inversión como el suscrito por la República y *Aucoven*. En efecto, con base en el derecho, reconocido por un Tratado, a un “trato justo y equitativo”²², en el fallo *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos* se condenó al Estado mexicano por no haberle advertido oportunamente al inversionista que le faltaban un permiso de construcción municipal, porque del Estado receptor de la inversión, eso es lo que en el Laudo se concluye, se espera una conducta “proactiva”²³. En el Laudo se afirma textualmente:

«... México... firmemente declara que se requería un permiso y que Metalclad sabía, o debía saber, que se requería el permiso»...

En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor (Artículo 102(1) del TCLAN). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga la intención de realizar al amparo del Tratado, deberían ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno... de una Parte... que pudiera haber

²¹ SPIERMANN, OLE, “Applicable Law”, *Op. Cit.*, p. 93.

²² El artículo IV del Tratado (BIT) Venezuela-España establece, *exempli gratia*, que «cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante» (*Gaceta Oficial de la República* número 36.281, del 1° de septiembre de 1997).

²³ Caso N° ARB (AF)/97/1, del 30 de agosto de 2000.

lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurar que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes...

México no cumplió con [su deber de] asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa que recibiría un trato justo y equitativo».

Por causa del “tratamiento justo y equitativo” garantizado al inversionista extranjero - eso es lo que el Laudo sugiere, lo que el Laudo da a entender-, las reglas, contenidas en el Código Civil venezolano, en virtud de las cuales i) la ley es obligatoria desde la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* (artículo 1°), y ii) la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (artículo 2°), parecieran no vincular al inversionista extranjero protegido por un Tratado (BIT) “en los mismos términos” en que dichas normas obligan a los venezolanos. En otras palabras, por causa de la interacción entre el Derecho interno y el Derecho Administrativo Global, frente al inversionista extranjero protegido el Tratado incorporado al Derecho interno venezolano priva de efectos o de vigor, al menos parcialmente, las reglas contenidas en los artículos 1° y 2° del Código Civil²⁴. Este es, en apariencia, el resultado de dicha interacción. Dejando de lado las apariencias, un detenido análisis del Laudo permite observar que la realidad, que la solución, es otra bien distinta: En *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos* el Tribunal arbitral sentenció con base en el Derecho Internacional. Nos explicamos:

i) «conformidad con el Derecho... [interno y] conformidad con las previsiones de un Tratado son asuntos distintos»;

ii) «lo que constituye una violación del Tratado puede ser legal en el Derecho [interno y]... lo que puede ser ilegal en el Derecho [interno]... puede ser totalmente acorde con la previsión de un Tratado»; en fin,

²⁴ Dejando de lado por un instante el Derecho Internacional, conviene acotar que en el Derecho Administrativo venezolano no tienen vigor pleno los artículos 1° y 2° del Código Civil. Así se desprende, *gratia argüendi*, de lo dispuesto por los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (*Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario, del 1° de julio de 1981), que establecen, respectivamente, que «se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse», y que «las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto». Cuando de lo que se trata es de un acto administrativo de gravamen, la ley no presume que el particular conoce cuáles son i) los recursos que puede proponer, ii) el lapso para proponerlos y iii) la autoridad ante la cual han de ser propuestos. En este supuesto el conocimiento de las leyes por parte del particular no se presume. Y como no se parte de la premisa de que la ley se presume siempre conocida por todos, ordena esa singular -esa ritual- notificación so pena, en caso de incumplimiento, de que el acto administrativo no produzca ningún efecto.

iii) «...el hecho de que un acto de una autoridad pública haya sido ilegal a la luz del Derecho [interno] no significa necesariamente que dicho acto es ilegal según el Derecho Internacional...»²⁵.

Para el juez de Derecho Administrativo Global, parafraseamos lo ya dicho, la legalidad de una actuación conforme a las leyes internas del Estado, por causa de la existencia -i.e., de la vigencia- de los artículos 1° y 2° del Código Civil, es materia ajena, distinta, a la legalidad externa, que en el Derecho Administrativo Global se enjuicia a la luz de la cláusula del “trato justo y equitativo” incorporada al Tratado (BIT) con base en el cual debía ser decidida la controversia *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. Para los inversionistas extranjeros las reglas del juego -i.e., las normas administrativas aplicables- son otras.

VI. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EL DERECHO DEL CONCESIONARIO A PONERLE FIN UNILATERALMENTE A LA RELACIÓN CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO Y LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Tradicionalmente se ha afirmado que el particular no puede oponerle a la Administración la excepción *non adimpletu contractus*, propia del Derecho común²⁶. Se ha afirmado, además, que el concesionario no puede en ningún caso suspender o interrumpir el servicio, quedando únicamente a salvo los supuestos de fuerza mayor²⁷. Fue precisamente ésta la postura defendida por Venezuela en el pleito con Aucoven. En efecto:

a. Primero, invocando al Profesor argentino Miguel Marienhoff la República sostuvo que para quedar dispensado de sus obligaciones, el contratista signatario de un contrato administrativo debe necesariamente solicitarle al órgano jurisdiccional competente que emita una declaración (previa) de terminación. En la obra de Marienhoff invocada por Venezuela, el Profesor argentino afirmaba cuanto sigue:

«Desde luego, la rescisión unilateral puede proceder a pedido del cocontratante a raíz de actos o comportamientos de la Administración Pública, por ejemplo: modificaciones al contrato que excedan cierto porcentaje, prolongada tardanza en los pagos al cocontratante por parte de la Administración; etc. Pero mientras la rescisión unilateral por culpa del cocontratante la dispone directamente la Administración Pública, cuando se trata de la rescisión unila-

²⁵ *Elettronica Sicula Spa. (Elsi) (United States v. Italy)*, Judgement of 20 July 1989 I.C.J. 15. Copiado a la letra el Laudo reza así: «73. Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of a treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision...»; y, «...the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that the act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise».

²⁶ LEGUINA VILLA, JESÚS, “La extinción de los contratos”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 548.

²⁷ BRUTI LIBERATI, EUGENIO, “Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell’Amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione”, en *La Concessione di Pubblico Servizio*, dirigida por PERICU, GIUSEPPE, ROMANO, ALBERTO y SPAGNUOLO VIGORITA, VINCENZO, Giuffrè Editore, Milán, p. 184.

teral por culpa de esta última, dicha rescisión debe ser pedida por el cocontratante a la autoridad jurisdiccional judicial competente»²⁸.

b. Segundo, invocando la jurisprudencia sentada por los tribunales venezolanos, conforme a la cual

«...en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar; y, así, conforme a lo decidió la Corte Federal y de Casación, hoy extinguida, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1945, en esos contratos administrativos, por cuanto en ellos va envuelto el interés general, el particular contratista no puede oponer a la Administración la regla *inadimplenti non est adimplendum*»²⁹ (o, dicho en otras palabras, que cuando media un contrato administrativo el particular que contrata con la Administración en principio no podría negarse a cumplir su obligación contractual porque la otra incumplió la suya).

2. ¿Qué decidió el Tribunal Arbitral? Pues bien, en el Laudo se concluyó con toda claridad que «...el principio invocado por Venezuela no puede considerarse absoluto», no sólo porque «...el *estrangulamiento económico* puede generalmente representar una excepción a dicho principio...», sino porque las partes del contrato pueden acordar «...una *cláusula contractual* en particular que [de manera expresa] contemple la terminación unilateral por razones importantes y específicas». En síntesis, el Tribunal decidió la controversia con base en la letra de la Cláusula 60(2) del Contrato de Concesión, que disponía:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en este documento, en el caso de que no se cumpla con alguna de las obligaciones adquiridas en este Contrato por EL MINISTERIO o a través de él... LA CONCESIONARIA podrá dar por terminado el presente Contrato sin perjuicio del ejercicio de cualesquiera otros derechos y acciones que le pudieran corresponder, en cuyo caso la Concesión quedará extinguida...».

Más allá de la letra del Contrato, interesa aquí destacar nuevamente que el Tribunal Arbitral dejó sentado que es principio bien establecido en el Derecho Internacional que un Estado no puede ampararse en su legislación nacional con el propósito de renegar de la obligación contractual de recurrir al arbitraje, y que además es ampliamente aceptada la práctica de que la legislación nacional aplicable en virtud del acuerdo con respecto a la elección del Derecho aplicable, puede ser corregida por el Derecho Internacional de la misma manera que la aplicación del Derecho del Estado receptor si no hubiese acuerdo al respecto. Tomando en consideración el Derecho Administrativo Global el Tribunal desestimó la tesis venezolana, contraria a la expresa disposición contractual, conforme a la cual el Derecho Administrativo Venezolano no permitía la terminación unilateral de los contratos administrativos, entendiendo que no podía negarle validez a «...una disposición clásica en los contratos de largo plazo» expresamente convenida por la partes contratantes (principio *pacta sunt servanda*). Esa solu-

²⁸ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A (Contratos Administrativos. Teoría General), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 404 y 405.

²⁹ *Acción Comercial v. Concejo Municipal del Distrito Maneiro del Estado Nueva Esparta (Gaceta Forense, Op. Cit., pp. 66 y 67)*.

ción encuentra su justificación en los principios (fundamentales) del consentimiento y la reciprocidad, sobre los cuales descansa el Derecho Internacional³⁰.

VII. REFLEXIÓN FINAL

A la luz del Fallo *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. República de Venezuela*, salta a vista que cualquier análisis del Derecho Administrativo venezolano debe tomar en consideración el innegable impacto sobre éste vienen ejerciendo decisiones arbitrales como la comentada aquí y el Derecho Administrativo Global en general.

³⁰ CRAWFORD, JAMES y OLLESON, SIMON, *The Exception of Non-performance: Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility*, en www.lcil.cam.ac.uk/Media/ILCSR/exception.doc.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2010

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Administración Pública Nacional. a. Ejecutivo Nacional: Competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica. b. Restricción de Horario. B. Administración Descentralizada: Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela. C. Poder Judicial: Jurisdicción Contencioso Administrativa.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero*. A. Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional. B. Banco Central de Venezuela. C. Deuda Pública: régimen cambiario de títulos de la deuda pública. 2. *Régimen Presupuestario: Fondo de Eficiencia Socialista (apartado presupuestario y financiero)*. 3. *Sistema Impositivo*. A. Impuestos. Impuesto sobre la Renta. B. Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenios. B. Parlamento Latinoamericano. 2. *Seguridad y Defensa*. A. Fuerza Armada Nacional Bolivariana: Sueldo básico. B. Cuerpos de Policía y procedimientos policiales. C. Prevención de Delitos: Legitimación de Capitales en Casinos y Salas de Bingo.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario*. A. Ley contra los Ilícitos Cambiarios. B. Adquisición de Divisas. 2. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*. A. Niveles mínimos de capital social. B. Créditos Turísticos. C. Carteras de Créditos Hipotecarios. D. Costos operativos. E. Fondo de Garantía de depósitos del público. 3. *Régimen del Mercado de Capitales*. 4. *Régimen del Comercio Interno*. A. Comercio Informal. B. Precios máximos de venta al público. 5. *Régimen de Energía y Petróleo: Servicio Eléctrico*. 6. *Régimen de los Hidrocarburos*. 7. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Permisos*.

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Vivienda: Congelación de alquileres*. 2. *Régimen de la Educación*. 6. *Régimen de la Cultura: Agrícola: Academia de Ciencias Agrícolas*. 4. *Régimen del Deporte*. 5. *Régimen del Trabajo: Salario de los médicos*. 6. *Régimen de la Seguridad Social*.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de las Telecomunicaciones: Compromiso de Responsabilidad Social*. 2. *Régimen del Transporte y Tránsito*. A. Transporte y Tránsito Terrestre: Servicio de Transporte: Tarifas. B. Transporte y Tráfico Aéreo: Regulaciones Aeronáuticas.

I. ORDENAMIENTO FEDERAL DEL ESTADO

1. Régimen del Poder Público Nacional

A. Administración Pública Nacional

a. Ejecutivo Nacional: Competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica

Decreto N° 7.377 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto N° 6.991, de fecha 21 de octubre de 2009, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.294, de fecha 28 de octubre de 2009, mediante el cual se creó el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica. (Modificación del artículo 2, en relación a las competencias del Ministerio). *G.O.* N° 39.414 de 30-4-2010.

b. Restricción de Horario

Decreto N° 7.475 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prorroga hasta el día 30 de julio de 2010, la vigencia del Decreto N° 7.175, de fecha 12 de enero de 2010, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.955, Extraordinario, de fecha 13 de enero de 2010, que establece la medida extraordinaria de carácter provisional de restricción del horario de funcionamiento de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada, con las excepciones que dicho Decreto contiene. *G.O.* N° 39.443 de 10-6-2010.

B. Administración Descentralizada: Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 6.214, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES). *G.O.* N° 39.429 de 21-5-2010.

C. Poder Judicial: Jurisdicción Contencioso Administrativa

Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *G.O.* N° 39.447 de 16-6-2010.

Aviso Oficial mediante el cual se reimprime por error material la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *G.O.* N° 39.451 de 22-6-2010.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. Sistema Financiero

A. Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional

Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional. *G.O.* N° 39.447 de 16-6-2010.

B. Banco Central de Venezuela

Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela. *G.O.* N° 39.419 de 7-5-2010.

C. Deuda Pública: Sistema cambiario de títulos de deuda pública

Resolución N° 10-06-02 del BCV, por la cual se dispone que la colocación primaria en moneda nacional, de títulos denominados en moneda extranjera emitidos o por emitirse por la

República, sus entes descentralizados o por cualquier otro ente, sólo podrá efectuarse a través del «Sistema de Colocación Primaria de Títulos en Moneda Extranjera (SICOTME)» del Banco Central de Venezuela. *G.O.* N° 39.446 de 15-6-2010.

Resolución N° 10-06-03 del BCV, por la cual se dispone que las operaciones de compra y de venta, en mercado secundario y en moneda nacional, de los Bonos de la Deuda Pública Nacional denominados Títulos de Interés y Capital Cubierto (TICC), emitidos o por emitirse por la República, sólo podrá efectuarse en los sistemas dispuestos al efecto por el Banco Central de Venezuela, a través de instituciones financieras autorizadas. *G.O.* N° 39.446 de 15-6-2010.

2. *Régimen Presupuestario: Fondo de Eficiencia Socialista (apartado presupuestario y financiero)*

Decreto N° 7.381 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el «Fondo de Eficiencia Socialista», como un apartado presupuestario y financiero, constituido con los recursos señalados en el artículo 2° del presente Decreto, que será responsabilidad del Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo de la República. *G.O.* N° 39.411 de 27-4-2010.

3. *Sistema Impositivo*

A. *Impuestos*

a. *Impuesto sobre la Renta*

Providencia N° SNAT/2010/0023 del SENIAT, mediante la cual se regula la presentación de la declaración informativa de las inversiones efectuadas o mantenidas en jurisdicciones de baja imposición fiscal.- (Contribuyentes del Impuesto Sobre la Renta. Condiciones establecidas en el portal fiscal del ente). *G.O.* N° 39.407 de 21-4-2010.

b. *Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones*

Decreto N° 7.407 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado; en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a las operaciones de importaciones definitivas de los bienes muebles corporales, realizadas por los órganos o entes de la Administración Pública Nacional, destinados al Proyecto Solución Tecnológica Integral para el Monitoreo y Análisis de las Señales de Radio y Televisión. *G.O.* N° 39.416 de 4-5-2010.

III. **POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA**

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios*

Memorando de Entendimiento N° DM/104, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Dominicana para la Cooperación y Puesta en Marcha del Proyecto de Distribución de la Señal de la Nueva Televisión del Sur C.A. (TELESUR) en el Territorio Dominicano. *G.O.* N° 39.432 de 26-5-2010.

Ley Aprobatoria del Memorandum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador para la Creación del Fondo Ecuador-Venezuela para el Desarrollo (FEVDES). *G.O.* N° 39.456 de 30-6-2010.

Convenio N° 105, de Reconocimiento Recíproco y Canje de Licencias de Conducir entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.432 de 26-5-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador en Materia de Prevención del Consumo Indevido, la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas y el Desarrollo Alternativo Preventivo. *G.O.* N° 39.419 de 7-5-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre el Funcionamiento del Foro de Países Exportadores de Gas y del Estatuto del Foro de Países Exportadores de Gas (GECF). *G.O.* N° 39.419 de 7-5-2010.

Memorándum de Entendimiento N° DM-145, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil en materia de Energía Eléctrica. *G.O.* N° 39.453 de 25-6-2010.

Resoluciones N° 129, 130, 131 y 132, mediante las cuales se suscriben los Memorandos de Entendimiento y el Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Gobiernos que en ellas se señalan. (República Federativa del Brasil y República Árabe de Egipto). *G.O.* N° 39.446 de 15-6-2010.

Resoluciones N° 133 y 139, mediante las cuales se suscriben los Acuerdos de Cooperación y el Protocolo de Enmienda entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Gobiernos que en ellas se especifican. (Gobierno de la Federación de Rusia, establecimiento del Banco Ruso-Venezolano). *G.O.* N° 39.446 de 15-6-2010.

Resolución N° DM-117, por la cual se suscribe el Acuerdo de Voluntades entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay para la Reafirmación y Reimpulso del Acuerdo de Cooperación Energética de Caracas. *G.O.* N° 39.442 de 9-6-2010.

Resolución N° DM-118, por la cual se suscribe el Acta de Compromiso entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para la Creación de una Empresa Mixta Binacional de Carácter Comercial. *G.O.* N° 39.442 de 9-6-2010.

Resolución N° DM-119, por la cual se suscribe el Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe de Egipto relativo a la Exención de Visas para Portadores de Pasaportes Diplomáticos, Oficiales, Especiales y/o de Servicio. *G.O.* N° 39.442 de 9-6-2010.

Resolución N° DM-120, por la cual se suscribe el Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe de Egipto en el Campo del Manejo del Agua con fines Agrícolas. *G.O.* N° 39.442 de 9-6-2010.

Resolución N° DM-121, por la cual se suscribe el Programa Ejecutivo sobre el Intercambio Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe de Egipto para los años 2010-2012. *G.O.* N° 39.442 de 9-6-2010.

B. *Parlamento Latinoamericano*

Estatuto y Reglamento del Grupo Parlamentario Venezolano del Parlamento Latinoamericano. *G.O.* N° 39.417 de 5-5-2010.

2. Seguridad y Defensa

A. Fuerza Armada Nacional Bolivariana: Sueldo básico

Decreto N° 7.391 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece un aumento del cuarenta por ciento (40%) sobre el sueldo básico devengado por el Personal Militar de Oficiales y Tropa Profesional perteneciente a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. *G.O.* N° 39.451 de 22-6-2010.

B. Cuerpos de Policía y procedimientos policiales

Resolución N° 136, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Integración, Organización y Funcionamiento de los Consejos Disciplinarios del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana y demás Cuerpos de Policía estatales y municipales. *G.O.* N° 39.415 de 3-5-2010.

Resolución N° 137, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a la Dotación y Equipamiento Básico y Especializado de los Cuerpos de Policía en sus Diversos Ámbitos Político Territoriales. *G.O.* N° 39.415 de 3-5-2010.

Resolución N° 138, por la cual se dictan las Normas sobre Instalaciones Operativas de los Cuerpos de Policía. *G.O.* N° 39.415 de 3-5-2010.

Resolución N° S/N del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, por la cual se dictan las Normas sobre la Estructura Organizativa y Funcional de los Cuerpos de Policía Estadales y Municipales. *G.O.* N°39.416 de 4-5-2010.

Resolución N° 153 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, por la cual se dictan las Normas relativas a los procedimientos policiales ordinarios y extraordinarios. *G.O.* N° 39.433 de 27-5-2010.

Resolución N° 160 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, por la cual se dictan las Normas relativas al proceso de selección e ingreso a la formación policial acreditados por la Universidad Nacional Experimental de la Seguridad (UNES) y otras academias o institutos policiales. *G.O.* N° 39.442 de 9-6-2010.

C. Prevención de Delitos: Legitimación de Capitales en Casinos y Salas de Bingo

Providencia N° 064 de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, mediante la cual se establecen las regulaciones para la prevención, detección, fiscalización y control de las operaciones de legitimación de capitales en los Casinos y Salas de Bingo. *G.O.* N° 39.451 de 22-6-2010.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. Régimen Cambiario

A. Ley contra los Ilícitos Cambiarios

Ley de Reforma Parcial de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios. *G.O.* N° 39.425 de 17-5-2010. Véase *G.O.* N° 5.975 Extraordinario de la misma fecha. Ley contra los Ilícitos Cambiarios. *G.O.* N° 5.975 Extraordinario de 17-5-2010.

B. *Adquisición de Divisas*

Convenio Cambiario N° 17, mediante la cual serán liquidadas al tipo de cambio de dos bolívares con sesenta céntimos (Bs. 2,60) por dólar de los Estados Unidos de América, las operaciones de venta de divisas correspondientes a autorizaciones de adquisición de divisas (AAD) emitidas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI). *G.O.* N° 39.405 de 16-4-2010.

Resolución N° 2.665 del Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, por la cual se dispone que las importaciones de bienes de capital, insumos y materias primas realizadas por las empresas que conforman los sectores productivos y transformadores del país, hasta el monto que en ella se señala, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Providencia que al efecto dicte la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), gozarán de la agilización en el trámite para la obtención de la Autorización de Adquisición de Divisas (AAD) y de la Autorización de Liquidación de Divisas (ALD). *G.O.* N° 39.400 de 9-4-2010.

Providencia N° 104 de CADIVI, mediante la cual se establecen los requisitos y el trámite para la Autorización de Adquisición de Divisas destinadas a las importaciones. *G.O.* N° 39.456 de 30-6-2010.

Resolución N° 10-06-01 del BCV, por la cual se dictan las Normas Relativas a las Operaciones en el Mercado de Divisas. *G.O.* N° 39.439 de 4-6-2010.

Convenio Cambiario N° 18, mediante el cual se informa que el Banco Central de Venezuela regulará los términos y condiciones de la negociación, en moneda nacional, y a través del sistema que disponga al efecto, de los títulos de la República, sus entes descentralizados o de cualquier otro emisor, emitidos o por emitirse en divisas. *G.O.* N° 39.439 de 4-6-2010.

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

A. *Niveles mínimos de capital social*

Resolución N° 241.10 de la SUDEBAN, por la cual se dispone que los bancos, entidades de ahorro y préstamo, Otras Instituciones Financieras, casas de cambio y demás empresas regidas por la Ley de General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, podrán alcanzar al 30 de junio de 2010, los niveles mínimos de capital social establecidos en la Resolución N° 346.09 publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.236 de esa misma fecha, en dinero en efectivo o mediante la capitalización de resultados acumulados, mantenidos al 31 de diciembre de 2009. *G.O.* N° 39.425 de 17-5-2010

B. *Créditos Turísticos*

Resolución N° 048 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se informa que los bancos comerciales, universales, instituciones financieras de desarrollo, la banca de inversión, la banca hipotecaria, las no bancarias y cualquier otra institución que se haya creado con igual o conexas actividades, para efectuar la clasificación respecto a la segmentación que dispone la Ley de Crédito para el Sector Turismo, de los prestadores de servicios turísticos que se encuentren operativos, que soliciten el crédito turístico, bastará con requerir la documentación que en ella se indica.- (Copia de la Declaración del ISRL, Balance General de la Persona Jurídica, así como de los principales socios o accionistas; Estado de Ganancias y Pérdidas o de Resultados y Declaración Mensual del IVA. Todos relativos al ejercicio económico del año anterior al cual está solicitando el crédito). *G.O.* N° 39.427 de 19-5-2010.

C. Carteras de Créditos Hipotecarios

Resolución N° 050, por la cual se establece en un diez por ciento (10%) el porcentaje mínimo de la cartera de crédito bruta anual, que con carácter obligatorio deben colocar con recursos propios las instituciones financieras obligadas a conceder Créditos Hipotecarios destinados a la adquisición y construcción de vivienda principal. *G.O.* N° 39.433 de 27-5-2010.

D. Costos operativos

Resolución N° 045 del Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, por la cual se establece el porcentaje de los costos operativos que deberán cobrar los operadores financieros, por los conceptos que en ella se indican, de la manera que en ella se señalan.- (4,5% por la Gestión de otorgamiento y recuperación de préstamos hipotecarios y 2% por servicio de recuperación del ahorro obligatorio). *G.O.* N° 39.438 de 3-6-2010.

E. Fondo de Garantía de depósitos del público

Providencia N° 023 de FOGADE, mediante la cual se dicta la Reforma Parcial a las Normas que regulan el procedimiento para hacer efectivo el pago de la garantía de los depósitos del público amparados por este Fondo. *G.O.* N° 39.427 de 19-5-2010.

3. Régimen del Mercado de Capitales

Resolución N° 057-I de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se dictan las «Normas para la Liquidación Administrativa de los Corredores Públicos de Valores, Casas de Bolsa Agrícola, Entidades de Inversión Colectiva y sus Sociedades Administrativas». *G.O.* N° 39.428 de 20-5-2010.

4. Régimen del Comercio Interno

A. Comercio Informal

Resolución Conjunta N° DM/040/2010, DM/021/10 y DM/199 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Salud y para la Alimentación, mediante la cual se establece la prohibición absoluta de venta o cualquier otro medio de intercambio, a través del comercio informal, ambulante o eventual, donde no se garantice el cumplimiento de los precios establecidos por el Ejecutivo Nacional y las condiciones de higiene y salubridad de los alimentos para el consumo humano declarados de primera necesidad que en ella se señalan. (Arroz de mesa, Harina de maíz precocida, Harina de trigo, Pasta Alimenticia, entre otros). *G.O.* N° 39.454 de 28-6-2010

B. Precios máximos de venta al público

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación N° DM/031-2010, DM/024/2010 y DM/012-010, por la cual se fija el precio de la Soya de Producción Nacional.- (Bs. 1,89 por Kilogramo). *G.O.* N° 39.396 de 5-4-2010.

Resolución Conjunta N° DM/034, DM/S/N/2010 y DM/013-10 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) y el Precio Máximo de Venta (PMV) de los productos alimenticios y Rubros indicados. (Rubros: Leche y Queso en diferentes presentaciones). *G.O.* N° 39.399 de 8-4-2010.

5. *Régimen de Energía y Petróleo: Servicio Eléctrico*

Decreto N° 7.357 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prorroga la declaratoria de estado de emergencia sobre la prestación del servicio eléctrico nacional y sus instalaciones y bienes asociados. (Por un lapso de 60 días contados a partir del 08-04-10). *G.O.* N° 39.399 de 8-4-2010.

Decreto N° 7.462 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prorroga la declaratoria de estado de emergencia sobre la prestación del servicio eléctrico nacional y sus instalaciones y bienes asociados, así como las instrucciones contenidas en el Decreto N° 7.228, de fecha 8 de febrero de 2010, por un lapso de sesenta (60) días contados a partir del 8 de junio de 2010. *G.O.* N° 39.440 de 7-6-2010.

6. *Régimen de los Hidrocarburos*

Resolución N° 104 Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, por la cual este Ministerio deberá conocer con exactitud toda la información que requiera, relativa a los volúmenes, calidades, precios y destinos de los cargamentos de hidrocarburos líquidos derivados o subproductos, destinados al mercado interno o exterior. *G.O.* N° 39.446 de 15-6-2010.

7. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Permisos*

Resolución N° 060 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se dispone que la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles no podrá expedir nuevos permisos de instalación y licencias de funcionamiento o traslados geográficos de licencias vigentes, para establecimientos de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles o proceder a las renovaciones de los mismos. *G.O.* N° 39.451 de 22-6-2010.

V. **DESARROLLO SOCIAL**

1. *Régimen de la Vivienda: Congelación de alquileres*

Resolución Conjunta N° 043 y 035 de los Ministerios del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda y para el Comercio, por la cual se prorroga por seis (6) meses la medida de congelación de alquileres. *G.O.* N° 39.407 de 21-4-2010.

2. *Régimen de la Educación*

Resolución N° 354 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, por la cual se ordena a las Instituciones de Educación Universitaria de carácter privado, publicar en un sitio visible en las Oficinas de Registro de Estudiantes y Control de Estudios de las Sedes, Núcleos y Extensiones, la documentación que en ella se señala.- (Decreto de Autorización de Funcionamiento de la Institución, Capacidad Máxima de Estudiantes por Aulas de Clases, los Costos de Matrículas y otros Aranceles, entre otros). *G.O.* N° 39.432 de 26-5-2010.

Resolución N° DM/02 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, por la cual se otorga el carácter de ordinario al profesional de la docencia o en áreas distintas a la docencia, que en condición de interino o interina en el ejercicio de su profesión se haya desempeñado en los niveles y modalidades del subsistema de educación básica, en un cargo vacante absoluto, durante por lo menos un año, y que habiendo contribuido de manera eficiente a la consecución de los fines y metas públicas en materia educativa, cumpla los requisitos que en ella se indican. (Tener el título de profesional de la docencia o en áreas distintas a la docencia,

haber ingresado al MPP para la Educación para ocupar un cargo vacante absoluto a más tardar durante el año escolar 2008-2009, aprobar la evaluación del desempeño docente del año escolar 2009-2010, entre otros). *G.O.* N° 39.428 de 20-5-2010.

3. *Régimen de la Cultura: Academia de Ciencias Agrícolas*

Ley de Creación de la Academia de Ciencias Agrícolas de Venezuela (ACAV). *G.O.* N° 39.404 de 15-4-2010.

4. *Régimen del Deporte*

Resolución N° 010/10 del Ministerio del Poder Popular para el Deporte, por la cual se dispone que ninguna relación jurídica de patrocinio, cuando el patrocinado es un atleta y/o equipos que pertenezca a una entidad federal determinada, podrá formalizarse sin el consentimiento expreso por escrito de las máximas autoridades del ejecutivo Estadal, a los fines de tutelar que la participación de los atletas en eventos deportivos nacionales, la realicen en representación de la entidad federal a la cual pertenezca. *G.O.* N° 39.407 de 21-4-2010.

Resolución N° 011/10 Ministerio del Poder Popular para el Deporte, por la cual se dispone que las Federaciones Deportivas Nacionales, el Comité Olímpico Venezolano y las entidades deportivas profesionales, podrán presentar solicitudes ante los organismos deportivos internacionales, para organizar y celebrar en territorio venezolano competencias o eventos deportivos de carácter internacional, con la previa autorización de este Ministerio. *G.O.* N° 39.407 de 21-4-2010.

5. *Régimen del Trabajo: Salario de los médicos*

Decreto N° 7.378, mediante el cual se fija un aumento del cuarenta por ciento (40%) sobre el salario que venían devengando los médicos y médicas venezolanos adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Salud. *G.O.* N° 39.404 de 15-4-2010.

Decreto N° 7.379, mediante el cual se fija un aumento salarial del cuarenta por ciento (40%) al sueldo básico, por denominación de cargo y escalafón, para todos los médicos y médicas venezolanos, adscritos al Ministerio del Poder Popular para la Salud, conforme al siguiente tabulador. *G.O.* N° 39.405 de 16-4-2010. Véase *G.O.* N° 5.972 extraordinario de la misma fecha.

6. *Régimen de la Seguridad Social*

Decreto N° 7.401, mediante el cual se establece un programa excepcional y temporal, para garantizar el disfrute de las pensiones de vejez otorgadas a través del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a los asegurados, a partir de sesenta (60) años de edad, y a las aseguradas, a partir de los cincuenta y cinco (55) años de edad, que se encuentren dentro de los supuestos de hecho previstos en el presente Decreto. *G.O.* N° 39.414 de 30-4-2010.

Ley de Reforma Parcial de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios.

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 6.266 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social. *G.O.* N° 39.430 de 24-5-2010. Véase *G.O.* N° 5.976 Extraordinario de la misma fecha.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de las Telecomunicaciones: Compromiso de Responsabilidad Social*

Resolución N° 032 del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, por la cual se dictan las «Normas para la Aplicación, Cumplimiento y Control del Compromiso de Responsabilidad Social». *G.O.* N°39.401 de 12-4-2010.

2. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre: Servicio de Transporte: Tarifas*

Resolución Conjunta N° 032 y 040 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio y para las Obras Públicas y Vivienda, por la cual se ajustan las tarifas máximas a nivel nacional a ser cobradas en el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en las rutas interurbanas. *G.O.* N° 39.403 de 14-4-2010.

B. *Transporte y Tráfico Aéreo: Regulaciones Aeronáuticas*

Providencias del INAC mediante las cuales se dictan las Providencias Administrativas N° 006-10, 007-10 y 008-10, emitidas por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, que contienen las Primeras Enmiendas de las Regulaciones Aeronáuticas Venezolanas N° 139, 275 y 281, todas de fecha 19 de enero de 2010, en los términos que en ellas se indican. *G.O.* N° 39.433 de 27-5-2010. Véase *G.O.* N° 5.977 Extraordinario de la misma fecha.

Providencia del INAC, mediante la cual se dicta la Regulación Aeronáutica 121 (RAV 121) Reglas de Operación para Explotadores de Servicio Público de Transporte Aéreo en Operaciones Regulares y No Regulares Nacionales e Internacionales. *G.O.* N° 39.454 de 28-8-2010. Véase *G.O.* N° 5.983 Extraordinario de la misma fecha.

Comentario Legislativo

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA SOCIALISTA, SEGÚN EL LEGISLADOR

Antonio Silva Aranguren

Profesor de Derecho Administrativo Universidad Central de Venezuela

Resumen: *El autor cita extractos del Informe sobre el proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, presentado con ocasión de su segunda discusión en la Asamblea Nacional, para destacar la forma en que se propone la instauración de un “sistema de justicia socialista”, en el cual el proceso contencioso administrativo tutele exclusivamente intereses públicos.*

En la reciente edición de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* (LOJCA) de la Editorial Jurídica Venezolana (Caracas 2010) se incluyó, como apéndice, la Exposición de Motivos correspondiente al proyecto de ley, “contenido en el Informe de la Comisión Permanente de Política Interior, Justicia, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales para la segunda discusión”, el cual está fechado en diciembre de 2009. Brewer-Carías, en esa misma publicación, le dedica algunos párrafos y hace acertados comentarios.

Esa Exposición nos recuerda que la sanción de la LOJCA, tan esperada por muchos, no es necesariamente motivo de júbilo. De ella hemos extraído fragmentos de cuatro párrafos:

- “El proceso contencioso administrativo (...) ha evolucionado ostensiblemente para dejar de ser el árbitro que tutela exclusivamente las garantías jurídicas de los administrados individualmente considerados y examina la mera legalidad de la actividad administrativa, para hacer prevalecer los intereses públicos”.

- “(...), la Constitución de 1999 ha dado un salto cualitativo en la preceptiva de la justicia administrativa que viene a superar la ficticia contradicción entre los intereses públicos y los particulares”.

- “(...) se puede afirmar que desde la perspectiva de la Constitución de 1999, se monta una sólida plataforma para la desaparición paulatina del Estado Liberal Burgués de Derecho para dar paso a un Estado con nuevo rostro, valores y paradigmas”.

- “Aunque algunas de las instituciones del naciente Estado descubren rasgos ya enunciados en el pasado, hoy requieren aplicaciones distintas y novedosas (...) para sustituir pacíficamente el antiguo modelo de justicia administrativa, por otro modelo que -todavía en construcción- satisfaga las exigencias de un sistema de justicia socialista y, por ende, profundamente humano (...).

En ellos se halla la clave de esa transformación: la instauración –que se afirma pacífica- de “un sistema de justicia socialista”, que por supuesto estamos lejos de saber qué es, aunque podemos aventurar que consiste en una “justicia” que prescinde de los intereses “particulares” para centrarse en los “intereses públicos”, que, en palabras de la Exposición, han vivido una “ficticia contradicción”.

El Derecho Administrativo que hemos conocido tiene la difícil tarea de garantizar potestades públicas (incluso con el reconocimiento de privilegios a veces odiosos) a la vez que debe asegurar el respeto de los derechos e intereses de los ciudadanos, sean esos intereses comunes a otras personas o meramente particulares. La ley, lo sabemos, se erige en el límite del poder y perfila la protección de las situaciones jurídicas privadas. Nada fácil esa posición dual: Weil calificó como milagro el que nuestra especialidad pretenda/logre la compatibilidad entre poder y libertad, en fin, entre intereses públicos y privados.

La Exposición de Motivos de la LOJCA nos aclara que ese milagro no sería tal, porque los intereses particulares y las libertades privadas sólo han estado en ficticia contradicción. En realidad, el juez debe preocuparse sólo por los públicos. Esa sinceridad no puede llamar a escándalo, pero sí afianzar convicciones o acrecentar temores. Nos dice lo que ya la práctica ha mostrado. Valgan los trabajos de Canova o, en el caso de las demandas por responsabilidad, de Iribarren, quienes han exhibido números o reseñado sentencias que nos dejan ver que desde hace tiempo la defensa del particular desapareció de la jurisdicción contencioso administrativa, salvo –pues por fortuna siempre hay un salvo– algunas excepciones de jueces que no han olvidado lo que en su momento aprendieron y, sobre todo, interiorizaron.

El desprecio por los particulares lo trae también otra Exposición de Motivos, la de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que, en forma que sería risible de no ser grave, advierte que se sustituye la expresión “la administración al servicio de los particulares, (...) toda vez que tal visión pudiera generar concepciones erradas, referidas a que la Administración Pública está al servicio de particularidades individuales y no a la satisfacción de las necesidades del colectivo”. Por ello, completa, se establece “el principio de la administración pública al servicio de las personas”.

Ese cambio terminológico es coherente con la concepción de la nueva “justicia administrativa”, que no está para tutelar a nadie en sus “particularidades individuales”, sino en tanto miembro de un colectivo o, en un sentido aun más amplio, de la sociedad. Se despoja así a la jurisdicción contencioso administrativa de una de sus facetas, dejándola sólo como garante del cumplimiento de la legalidad.

Esto último encierra otra trampa, según hemos experimentado: quizás como nunca, en estos años se han dictado una cantidad ingente de normas referidas a la Administración. Cuantitativamente, la legislación administrativa es enorme, diría que inconmensurable, sin temor a ser exagerado. Ello no implica, no obstante, límites reales. Suelen ser normas de apoderamiento, que confieren a la Administración poderes amplísimos, de ejercicio discrecional, y que, además, sumen a los ciudadanos en infinidad de trámites ante las autoridades.

El principio de legalidad, entonces, más que un límite, se convierte en un aliado de la Administración omnipotente, cuando tal principio no se acompaña del de separación (prudente) en el ejercicio del poder, el de control (externo: judicial) y el de responsabilidad (efectiva). Nada mejor para una Administración de talante autoritario que verse “rodeada” de normas que legitiman sus actuaciones, pero que verdaderamente no la “sujetan”. Los destinatarios de esa sujeción resultan ser los ciudadanos, con lo que paradójicamente el principio de legalidad se hace su rival, haciendo desaparecer aquello que llamamos “principio de libertad”.

¿En qué consistiría esa “justicia administrativa socialista”? Afirmar lo que sería no nos es posible, pero sí lo que fue en el ejemplo más conocido: el soviético. Luego de la Revolución de Octubre, se abolió el derecho zarista. En lo que interesa para estas breves notas, la administración de justicia, se dictó un decreto (1917) que abrogó toda la legislación, es decir, se privó de textos normativos a los tribunales, los cuales –integrados con unos asesores que

no requerían ser abogados- sentenciarían conforme a su consciencia revolucionaria. Como los textos siempre resultan útiles, fueron dictándose nuevas normas, pero debían también ser aplicadas –que no juzgadas- según su consciencia socialista del derecho. De hecho, en un decreto de finales de 1918 se prohibió a los jueces cualquier referencia a las viejas leyes o a las viejas sentencias. El pasado, borrado.

No afirmo que eso sea lo que acá sucede ni lo que podría suceder. Es más, si quisiéramos no ser agoreros, podríamos afirmar que los nuevos tribunales venezolanos, que aplicarán los nuevos procedimientos, bien pueden actuar de modo similar a lo que ocurrió en Francia en aquellos tiempos de la denominada justicia retenida: que el Consejo de Estado actuó con tal corrección que, cuando las cartas estaban echadas para pensar lo peor –una Administración juzgándose a sí misma- el resultado fue asombroso. Pero si todo sigue por el camino que ahora mantiene, lo que cabe esperar no es eso, sino un afianzamiento de la desprotección de los ciudadanos, bajo el argumento de que los intereses cuya tutela exigen son meramente privados. Y en esto se consolida la farsa: si se presume que la Administración vela por los intereses públicos, la verdad es que nunca procederían las acciones en su contra, salvo que el demandante alegue y demuestre que existe otro interés público que amerita garantía y que, además, se le estime de superior valor. El resto, rechazado.

Lo público literalmente arroja lo privado; por ello esa “ficticia contradicción” en que han vivido los intereses públicos y particulares, según la Exposición de Motivos, y que al parecer estamos en vías de superar del todo. Creo útil recordar una famosa frase que se le atribuye a Lenin: “todo derecho es derecho público”, con la que se pretende expresar que el Estado todo lo ocupa, con lo que incluso las relaciones privadas pasan a la esfera pública. La cita, hasta lo que sé, es más larga, pero igualmente ilustrativa: “We do not recognise anything private, and regard everything in the economic sphere as falling under public and not private law. (...) Hence, the task is to extend the application of state intervention in private legal relations; (...) to apply to civil legal relations not the *corpus juris romani* but our revolutionary concept of law”.

Esa cita está extraída de una carta que en su momento fue confidencial (dirigida por Lenin a Kursky y otros miembros del Partido/Gobierno soviético, con la advertencia expresa de no copiar y ni siquiera mencionarla, mucho menos “divulgarla a los enemigos”), pero luego se hizo pública y bien conocida. En esa carta, Lenin planteaba sus preocupaciones acerca de las tareas que debía cumplir el Comisario de Justicia del Pueblo, en especial en lo relacionado con la preparación de la nueva legislación civil. Y es allí donde advierte lo que hemos transcrito: que ni en la esfera de las relaciones privadas el Estado queda fuera. Si ello es así para el tradicional Derecho Privado, ¿qué decir del Público? Por ello, el resumen de su idea como “todo derecho es derecho público”.

Visto de tal modo, y conociendo la tendencia actual de nuestra jurisdicción contencioso administrativa, no nos cabe duda de que la LOJCA, con la nueva estructura de tribunales (que requerirá nuevos jueces) y los nuevos procedimientos (que exigirán nuevos criterios), ha sido dictada con el fin de revitalizar el poder de la Administración y disminuir/negar los derechos/intereses de los particulares. Sabemos que ese fin ya se estaba cumpliendo sin ella, pero nunca es despreciable un texto cuando se desea mantener apariencias.

La evolución hacia esa “justicia administrativa socialista” se hará, en definitiva, revirtiendo el milagro al que aludía Weil: sin conciliación posible, los intereses particulares ceden ante los públicos, representados por la propia Administración demandada, la cual acaso simplemente deberá procurar ceñirse a las reglas que con bastante generosidad han aumentado sus poderes.

APROXIMACIÓN GENERAL AL NUEVO RÉGIMEN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONFORME A LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE 2010

Allan R. Brewer-Carías
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *En este artículo se hace un análisis general del contenido y alcance de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sancionada en 2010, partiendo de sus antecedentes formativos derivados de la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia y del actual Tribunal Supremo de Justicia, y del trabajo progresivo de la doctrina, hasta su expresión formal en el texto legal, el cual, contrariamente a lo que se expuso en la "Exposición de Motivos" del proyecto de ley, no establece ninguna "justicia administrativa socialista," aunque en la práctica judicial de los últimos años, la Jurisdicción haya abandonado la protección de los intereses particulares lesionados por la actividad administrativa.*

INTRODUCCIÓN

El régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en Venezuela se ha regulado en Ley Orgánica dictada el 15 de diciembre de 2009¹ (en lo adelante **LOJCA 2010**), con la

¹ La Ley Orgánica fue sancionada por la Asamblea Nacional el 15 de diciembre de 2009, y publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.447 de 16 de junio de 2010, y luego reimpressa por "error material" en *Gaceta Oficial* N° 39.451 de 22 de junio de 2010. Previamente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había declarado la "constitucionalidad del carácter orgánico" de la Ley, en sentencia N° 290 de 23 de abril de 2010. Véase el texto en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/290-23410-2010-10-0008.html>. La Ley dispuso una *vacatio legis*, respecto del Título II, relativo a la Estructura Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previendo su entrada en vigencia a los 180 días siguientes a su publicación, es decir, para el 16 de diciembre de 2010. Debe observarse, en todo caso, que en una incomprensible Disposición Transitoria Segunda, la Ley Orgánica autorizó al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, para que mediante resolución dictada a solicitud de la Sala Político Administrativa, pueda "diferir la aplicación de la presente Ley, en las circunscripciones judiciales donde no existan las condiciones indispensables para su puesta en práctica". No es concebible, realmente, que pueda siquiera pensarse que en un Estado de derecho pueda eliminarse el control judicial de la Administración en determinadas circunscripciones judiciales. Ello sería inconstitucional por violación del derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración.

cual se culminó la ordenación de la misma, que se había establecido transitoriamente desde 1976 en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976, reformada en 2004² (LOTSJ 2004).

La Ley Orgánica, en efecto recogió todos los principios relativos al control de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, desarrollados en las referidas normas transitorias, con el invalorable aporte de la doctrina,³ y de la abundantísima jurisprudencia en la materia,⁴ partiendo de la constitucionalización de la Jurisdicción Contencioso Administra-

² Véase en *Gaceta Oficial* N° 1.893, Extraordinaria del 30-07-1976. Véase los comentarios a dicha Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989. Esta Ley estuvo vigente hasta 2004, cuando sus normas fueron sustituidas por las de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004. Véase en *Gaceta Oficial* N° 37.942 de 20-05-2004. Véase los comentarios a dicha Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004. Véase en general los estudios de Antonio Canova González, Alejandra Figueiras, Andrés E. Troconis Torres, Miguel Ángel Torrealba Sánchez, José Ignacio Hernández G., Daniela Urosa Maggi, Jorge C. Kiriakidis L., Luis Fraga Pittaluga, Betty Andrade Rodríguez, en el libro *El Contencioso Administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Funeda, Caracas, 2009. La Ley Orgánica de 2004 fue derogada por la Ley del Tribunal Supremo de Justicia sancionada por la Asamblea Nacional el 6 de mayo de 2010 (LOTSJ 2010), en la cual se eliminó toda la normativa que se refería al contencioso administrativo. Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.991 Extraordinaria de 29 de julio de 2010, reimpresa por error material en *Gaceta Oficial* N° 39.483 de 9 de agosto de 2010, y en *Gaceta Oficial* N° 39.522 del 1° de octubre de 2010. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

³ Véase Luis Torrealba Narváez, “Consideraciones acerca de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su Procedimiento y Algunas Relaciones de éste con el de la Jurisdicción Judicial Civil”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1951; Hildegard Rondón de Sansó, *El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa. Instituciones, Procedimiento y Jurisprudencia*, Ediciones Magón, Caracas, 1974. Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1985, pp.281 y ss; José Araujo Juárez, *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1996; Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII: *Justicia Contencioso Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997; Antonio Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998; Carlos L. Carrillo Artilles, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1996; Víctor Hernández-Mendible, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1998; Daniela Urosa Maggi, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Funeda, Caracas, 2003; M. A. Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*, Caracas, 2006. Véase además, las siguientes obras colectivas: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993; *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1997; 8ª *Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” (Enero 1983), Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Corte Suprema de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, Caracas, 1983; *Contencioso Administrativo, I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, 1995; *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar, Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela*, 2 Tomos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, S.R.L. Barquisimeto, 1993.

⁴ En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Cen-

tiva en el artículo 206 de la Constitución de 1961, cuyo texto fue recogido en el artículo 259 de la Constitución de 1999, en el cual se estableció una Jurisdicción especializada dentro del Poder Judicial.

Por tanto, en Venezuela, como en la gran mayoría de los países latinoamericanos, el derecho administrativo no se construyó con base en los criterios de distinción entre una “jurisdicción judicial” y una supuesta “jurisdicción administrativa,” sino que su configuración paulatina lo que dio origen fue a una competencia especializada de determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, pero siempre integrados en el Poder Judicial.⁵

Ese proceso tuvo sus antecedentes constitucionales en materia de contencioso de anulación en el texto de la Constitución de 1925, y en materia de demandas contra los entes públicos, en el ámbito contractual, desde el texto de la Constitución de 1830; todo como un fuero judicial especial para la República, siendo la Constitución de 1947 la primera en emplear la expresión “procedimiento contencioso-administrativo” (Art. 220,10 y 220,12). Su desarrollo, sin embargo, en realidad ocurrió a partir de la década de los sesenta.

La mencionada norma fundamental que constitucionaliza esta jurisdicción en Venezuela contenida en el artículo 259 de la Constitución de 1999⁶, establece lo siguiente:

“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Sobre esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia de 23 de abril de 2010, al declarar la constitucionalidad del carácter Orgánico de la Ley, ha dicho que con la misma, que es sustancialmente la misma de la Constitución de 1961 (art. 206):

“se terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para acoger una visión de corte utilitarista y subjetiva, que no se limita a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de los actos administrativos formales, sino que se extiende a todos los aspectos de la actuación administrativa, como una mani-

tral de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer-Carías y Luís Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; Luís Ortiz-Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo (1980-1994)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995. La jurisprudencia del Alto Tribunal y de las Cortes de lo Contencioso Administrativo a partir de 1980 ha sido publicada regularmente, ordenada sistemáticamente, en la *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana.

⁵ Véase M. Pérez Guevara, “Prólogo”, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp.1-10.

⁶ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

festación del sometimiento a la jurisdicción de la actuación del Estado y de la salvaguarda de las situaciones jurídicas de los particulares frente a dicha actuación.”⁷

Esto ya lo había destacado la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de octubre de 1970 al comentar la norma similar del artículo 206 de la Constitución de 1961, indicando que con ella se buscó:

“Sobre todo, resolver, de una vez, en nuestro país, mediante un precepto constitucional, la polémica que ha dividido a tratadistas y legisladores, tanto en Europa como en América, acerca de la conveniencia de que sean órganos independientes del Poder Judicial los que conozcan de las cuestiones que se susciten entre los particulares y la Administración con motivo de la actividad propia de ésta, en sus diversos niveles.

Como se indica en la Exposición de Motivos de la Constitución, ésta “consagra el sistema judicialista de la jurisdicción contencioso-administrativa”, apartándose del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicionalmente predominante en la legislación nacional, de atribuir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial.”⁸

Como también lo ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “el contencioso administrativo se erige como una “jurisdicción” (*rectius: competencia*) que ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional.”⁹

La Constitución de 1999, como lo hizo la de 1961, reservó al Tribunal Supremo, en general, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente (artículo 266, numerales 5, 6 y 7), con lo que dejó implícitamente a los demás Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para declarar la nulidad de los actos de las autoridades administrativas de los Estados y Municipios.

Además, en cuanto a las demás autoridades nacionales que no conforman estrictamente el “Ejecutivo Nacional”, el control contencioso-administrativo de sus actos, constitucionalmente se ha atribuido a otros Tribunales distintos del Tribunal Supremo de Justicia, tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad, como parcialmente se hizo desde 1976 al crearse la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y atribuirle competencia en dicha materia al igual que a ciertos Tribunales Superiores con competencia en lo civil.

Ahora, es la LOJCA 2010 la que regula ampliamente toda la gama de tribunales contenciosos administrativos, incluyendo, además de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, los Juzgados Nacionales, los Juzgados Estadales y los Juzgados de Municipio de la jurisdicción Contencioso Administrativo (art. 11).

⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/290-23410-2010-10-0008.html>

⁸ Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 15-12-70 en *Gaceta Forense*, N° 70, 1970, pp.179-185 y en *Gaceta Oficial*, N° 29.434 de 6-2-71, pp. 219-984-5.

⁹ Véase la sentencia N° 290 de 23 de abril de 2010. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/290-23410-2010-10-0008.html>.

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE CONDICIONAN EL RÉGIMEN DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Ahora bien, la importancia del texto del artículo 259 de la Constitución, y su efecto inmediato, que es la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa tal como se ha venido desarrollando y configurando en las últimas cinco décadas, implica una serie de condicionantes en relación con su desarrollo legislativo,¹⁰ que han informado en general las disposiciones de la nueva LOJCA 2010, y que son: primero, el principio de la especialidad de la Jurisdicción; segundo, el principio de la universalidad del control como manifestación del sometimiento del Estado al derecho (principio de legalidad); y tercero, el principio de la multiplicidad de los medios de control como manifestación del derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva.

1. *La especialidad de la Jurisdicción*

En primer lugar está el principio de la especialidad de la Jurisdicción, que implica que la jurisdicción contencioso-administrativa se pueda definir como el conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y la legitimidad de la actividad administrativa, en particular, de los actos administrativos, hechos y relaciones jurídico-administrativas. Como hemos dicho, no se trata de una “jurisdicción ordinaria” sino de una jurisdicción especial que por tanto es parte del Poder Judicial del Estado cuyo ejercicio está encomendado a unos órganos judiciales determinados y especializados por razón de los sujetos sometidos a control o por razón de la materia.

En este sentido, el sistema venezolano se aparta del sistema francés que nació de la interpretación del principio de la separación de poderes realizada a la luz de una peculiar tradición y evolución de desconfianza en los jueces, que tuvo su origen en los días de la Revolución francesa. De esta peculiaridad histórica derivó la prohibición para los jueces de poder controlar la Administración y sus actos. Ello condujo al propio desarrollo del derecho administrativo que tanto influyó en todos los países latinos; influencia que, sin embargo, no comprendió el sistema jurisdiccional administrativo separado del judicial que se desarrolló en Francia, el cual era difícilmente transportable en bloque a otro sistema jurídico¹¹. Los mismos autores franceses han comprendido esta peculiaridad y han afirmado por supuesto, que la “jurisdicción administrativa” separada de la “jurisdicción judicial,” no es condición necesaria para la existencia misma del derecho administrativo¹².

De acuerdo con el artículo 11 de la LOJCA 2010, los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son los siguientes:

1. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia;
2. Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa;
3. Los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

¹¹ La situación de Colombia, en este sentido, es excepcional en el derecho comparado Véase, Miguel González Rodríguez, *Derecho procesal Administrativo*, Bogotá, 1986.

¹² Véase J. Rivero, *Droit Administratif*, Précis Dalloz, París, 1962, p.118.

4. Los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Estos tribunales deben decidir directamente los asuntos que se les sometan para lo cual tienen competencia y no pueden constituirse con asociados para dictar sentencia (art. 5). Todos deben orientar su actuación por los principios de justicia gratuita, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad e inmediatez (art. 2). Pero además de los enumerados, también forma parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la “jurisdicción especial tributaria” con un régimen especial previsto en el Código Orgánico Tributario (art. 11). Otras partes especiales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, aún cuando no reguladas en la LOJCA 2010 son la Jurisdicción Contencioso Electoral que consagra la Constitución, atribuida a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (art. 297), con competencia conforme a la LOTSJ 2010, para conocer entre otros, de “las demandas contencioso electorales que se interpongan contra actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tantos los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento” (art. 27,1); y la jurisdicción especial contencioso administrativa en materia agraria y ambiental, prevista en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario,¹³ atribuida a los Tribunales Superiores Regionales Agrarios y a la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.¹⁴

En cuanto a las personas jurídicas sometidas a esta jurisdicción especial, una de las partes de la relación jurídico-procesal debe ser en principio, una persona de derecho público o una persona jurídico-estatal (la Administración), o una entidad privada u organización de carácter popular actuando en función administrativa o ejerciendo prerrogativas del Poder Público, o que, por ejemplo, preste un servicio público mediante concesión (art. 7, LOJCA 2010).

Respecto a las relaciones jurídicas, hechos y actos jurídicos, esta jurisdicción especial está llamada a juzgar, en principio, los actos, hechos y relaciones jurídico-administrativos, es decir, actos, hechos y relaciones jurídicas originados por la actividad administrativa (art. 8, LOJCA 2010), definiéndose el ámbito sustantivo en el artículo 9 de la LOJCA 2010, al enumerarse la competencia de la Jurisdicción para conocer de:

“1. Las impugnaciones que se interpongan contra los *actos administrativos* de efectos generales o particulares contrarios a derecho, incluso por desviación de poder.

2. De la *abstención o la negativa* de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por la ley.

3. Las reclamaciones contra las *vías de hecho* atribuidas a los órganos del Poder Público.

4. Las *pretensiones de condena* al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por *responsabilidad* contractual o extracontractual de los órganos que ejercen el Poder Público.

¹³ *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

¹⁴ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa N° 836 del 15 de julio de 2004 (Caso: *Daniel Laguado Estupiñán*).

5. Los reclamos por la *prestación de los servicios públicos* y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los prestadores de los mismos.

6. La resolución de los recursos de *interpretación* de leyes de contenido administrativo.

7. La resolución de las *controversias administrativas* que se susciten entre la República, algún estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades.

8. Las *demandas* que se ejerzan contra la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en las cuales la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva.

9. Las *demandas* que ejerzan la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva, si es de contenido administrativo.

10. Las *actuaciones, abstenciones, negativas o las vías de hecho* de los consejos comunales y de otras personas o grupos que en virtud de la participación ciudadana ejerzan funciones administrativas.

11. Las demás *actuaciones de la Administración Pública* no previstas en los numerales anteriores.”

Por tanto, en general, se trata de una competencia especializada dentro de un único Poder Judicial que corresponde a ciertos tribunales, a los cuales están sometidas ciertas personas de derecho público o de derecho privado de carácter estatal, o personas o entidades que ejercen la función administrativa o prestan servicios públicos, y que juzga determinados actos o relaciones jurídicas de derecho administrativo.

De lo anterior resulta, por tanto, en cuanto a la especialidad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que la misma, en cuanto a la materia, se construye partiendo del contenido del artículo 259 de la Constitución, en el cual se hace referencia a los “actos administrativos”, a la “administración”, a los “servicios públicos”, a la “responsabilidad” administrativa y a la “actividad administrativa”. De ello se deduce que el ámbito y el dominio de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de control de legalidad y constitucionalidad son el conocimiento de los litigios en que la “administración” (o entidades no estatales actuando en función administrativa) sea parte, originados ya sea por “actos administrativos”, la “responsabilidad” de la administración, por la prestación de “servicios públicos” o por la “actividad administrativa”. Ello conlleva la competencia en materia de anulación y en materia de resolución de todas las otras pretensiones que se pueden formular en demandas contra los entes públicos en las cuales no necesariamente se plantee la nulidad de actos administrativos, como serían las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual y extracontractual de los órganos que ejerzan el Poder Público; así como las demandas por la actuación material constitutiva de vías de hecho de la Administración (arts. 9,3; 23,4; 24,4;25,5 LOCJCA 2010).

A lo anterior debe añadirse como una innovación de la Constitución de 1999, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de reclamos por la prestación de los servicios públicos. Además de los poderes de anulación y de condena, y del contencioso de la responsabilidad administrativa contractual y extracontractual, y de los servicios

públicos, otro aspecto de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, es la relativa a la *interpretación* de las leyes de contenido administrativo (art. 9,5, LOJCA 2010). Entre la competencia de la Jurisdicción se destaca también la relativa a conocer de las demandas contra la abstención o la negativa de los entes públicos a dictar un acto al cual estén obligados por la ley (arts. 9, 2 y 10, LOJCA 2010). Y por último, se debe mencionar la competencia que se atribuye a la Sala Político Administrativa en el artículo 266,4 de la Constitución, para dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley puede atribuir su conocimiento a otro tribunal, lo que da origen al *contencioso de la solución de controversias administrativas*, (art. 9,6; 23,7, LOJCA 2010).

2. *La universalidad del control como garantía del principio de legalidad*

En segundo lugar está el principio de la *universalidad del control* que la Constitución regula en el artículo 259 respecto de las actividades y actos administrativos como manifestación del principio de legalidad. Ello se ha recogido en la Ley Orgánica a establecerse que todos, absolutamente todos los actos administrativos, pueden ser sometidos a control judicial ante los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La Constitución no admite excepciones ni la Ley Orgánica las prevé, y como en su momento lo explicó la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, la fórmula “contrarios a derecho es una enunciación general que evita una enumeración que puede ser peligrosa al dejar fuera de control algunos actos administrativos”.

Por tanto, de acuerdo con la intención de la Constitución, toda actuación administrativa y, en particular, los actos administrativos emanados de cualquier ente u órgano de la Administración Pública o de cualquier otra persona o entidad actuando en función administrativa, por cualquier motivo de contrariedad al derecho, puedan ser controlados por los Tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello implica que cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales, en particular, del propio Tribunal Supremo de Justicia.

Este principio implica, primero, que toda actividad administrativa o toda forma de acto administrativo queda sometido a control judicial contencioso administrativo, lo que se recoge expresamente en el artículo 8 de la LOJCA 2010 al indicar bajo el acápite de “universalidad del control,” que será objeto de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, “la actividad administrativa” desplegada por todos los órganos y entes sujetos a control, “lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados.”

Segundo, el principio implica que esa actividad administrativa o acto administrativo que está sometido a control puede emanar de cualquier ente y órgano de la Administración Pública, no sólo la que actúa en ejercicio del Poder Ejecutivo sino en ejercicio de cualquiera de los otros Poderes Públicos, o de cualquier entidad incluso no estatal que actúe en función administrativa. Por ello en el artículo 7 de la Ley Orgánica se enumeran aún cuando imperfectamente como “entes y órganos controlados” o “sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” los siguientes: 1) “Los órganos que componen la Administración Pública; 2). Los órganos que ejercen el Poder Público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier

ámbito territorial o institucional; 3). Los institutos autónomos, corporaciones, fundaciones, sociedades, empresas, asociaciones y otras formas orgánicas o asociativas de derecho público o privado donde el Estado tenga participación decisiva; 4). Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa; 5) Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional;¹⁵ y 6) Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa.

Tercero, la universalidad del control no sólo radica en que todos los actos administrativos cualquiera sea el órgano, ente o entidad que los dicte están sometidos a control judicial, sino que lo son por cualquier motivo de contrariedad al derecho, es decir, por razones de inconstitucionalidad como ilegalidad propiamente dicha.¹⁵

3. *La multiplicidad de medios de control como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva*

En *segundo* lugar está el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución regula en el artículo 26, y que implica que a los efectos de asegurar el sometimiento a la legalidad de la Administración Pública y el principio de la universalidad del control de la actividad administrativa, correlativamente las personas tienen derecho de acceso a los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa como parte que son de la administración de justicia, para hacer valer frente a la Administración Pública, sus órganos o entes, y ante las entidades que ejerzan la función administrativa, sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; y además, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Como consecuencia de ello, la LOJCA 2010 ha establecido un elenco de *recursos y acciones* que se han puesto a disposición de los particulares y de toda persona interesada, que les permiten acceder a la justicia administrativa, lo que implica que además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión patrimonial o de amparo constitucional, está el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el recurso de interpretación; el conjunto de demandas contra los entes públicos de orden patrimonial o no patrimonial, incluyendo las que tengan por motivo vías de hecho; las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado; y las acciones destinadas a reclamos respecto de la omisión, demora o prestación deficiente de los servicios públicos.

En esta forma puede decirse que en relación con los particulares y los ciudadanos, la regulación de la Jurisdicción contencioso-administrativa en la LOJCA 2010, facilitando el control judicial de la actividad administrativa y en particular de los actos administrativos,

¹⁵ En tal sentido, la Sala Constitucional, en la sentencia N° 194 de 4 de abril de 2000 ratificó lo que había decidido en sentencia de 27 de enero de 2000 (Caso *Milagros Gómez y otros*), así: "El criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende al rango de las actuaciones objeto de control, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de derecho contemporáneo. Así las cosas, la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público", Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

viene a ser una manifestación específica del *derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la Administración*, en el sentido de lo establecido en el artículo 26 de la propia Constitución y de lo que se establecía en el artículo 18, primer párrafo de la derogada LOTSJ 2004. La consecuencia de ello es que entonces, la jurisdicción contencioso administrativa se configura constitucional y legalmente como un instrumento procesal para la protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares; ello a pesar de que en la LOJCA 2010 se atribuya a los órganos de la Jurisdicción competencia para conocer de las demandas que pueda intentar la Administración contra particulares,¹⁶ o de las demandas entre personas de derecho público (artículo 9,8), lo que convierte a la Jurisdicción en cierta forma, como el fuero de la Administración. Sin embargo, en el primer aspecto, del control de la Administración a instancia de los administrados, tratándose de una manifestación de un derecho fundamental a dicho control, en la relación que siempre debe existir entre privilegios estatales, por una parte, y derechos y libertades ciudadanas, por la otra, este último elemento es el que debe prevalecer.

Este derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía del principio de legalidad implican por otra parte la asignación al juez contencioso-administrativo de *amplísimos* poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración. De allí que el contencioso-administrativo, conforme al artículo 259 de la Constitución, no sea solamente un proceso a los actos administrativos, sino que está concebido como un sistema de justicia para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses de los administrados, incluyendo los derechos e intereses colectivos y difusos, donde por supuesto, se incluye también los derechos y libertades constitucionales.

Por tanto, no se concibe el contencioso-administrativo sólo como un proceso de protección a la legalidad objetiva, sino de tutela de los derechos e intereses de los recurrentes frente a la Administración. Por ello, el juez contencioso-administrativo, de acuerdo a los propios términos del artículo 259 de la Constitución, tiene competencia no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la misma, y además, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa, incluyendo en la expresión “situaciones jurídicas subjetivas” no sólo el clásico derecho subjetivo, sino los derechos constitucionales y los propios intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos; y los reclamos derivados de la prestación de servicios públicos.

De lo anterior resulta entonces que a partir de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa en el texto constitucional de 1961 y luego en el de 1999, y el desarrollo jurisprudencial y legislativo en la materia hasta la sanción de la LOJCA 2010, que el contencioso-administrativo, como instrumento procesal de protección de los particulares frente a la autoridad pública, se ha ampliado, distinguiéndose siete tipos de acciones contencioso-administrativas¹⁷; en primer lugar, las demandas de contenido patrimonial contra los

¹⁶ En este mismo sentido se establece en la LOTSJ 2010, al regularse la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (art. 26,2).

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1986, p. 6 y ss.

entes públicos; en segundo lugar, las demandas en relación con la prestación de servicios públicos; en tercer lugar, las contra las vías de hecho administrativas; en cuarto lugar, las demandas contra las conductas omisivas de la Administración; en quinto lugar, las demandas de nulidad de los actos administrativos; en sexto lugar, las demandas de interpretación de leyes administrativas, y en séptimo lugar, las demandas para la solución de las controversias administrativas.

La LOJCA 2010, estableció en la materia, aun cuando en forma insuficiente, unas normas procesales comunes a todas las demandas, dividiendo arbitrariamente los procedimientos en tres tipos: primero, el procedimiento en las demandas de contenido patrimonial; segundo, un procedimiento denominado breve, para las acciones de contenido no patrimonial y en especial las destinadas a reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, contra las vías de hecho, y contra la abstención de la Administración; y tercero, un procedimiento común para las demandas de nulidad de actos administrativos, para la interpretación de leyes y para la solución de controversias administrativas. Decimos que es una división arbitraria, pues en realidad, por ejemplo, tal y como se había venido construyendo por la jurisprudencia, las demandas contra la carencia o abstención administrativas debían quizás seguir el mismo procedimiento establecido para las demandas de nulidad contra los actos administrativos; y las demandas contra vías de hecho, debía quizás seguir el mismo procedimiento establecido para las demandas de contenido patrimonial.

En todo caso, las acciones, recursos y pretensiones procesales varían en cada uno de esos tipos de contencioso y, por supuesto, también varían algunas reglas de procedimiento aplicables a los diversos procesos, que analizaremos más adelante.

II. PRINCIPIOS GENERALES Y NORMAS COMUNES A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS EN LA LEY ORGÁNICA

La LOJCA 2010 ha establecido algunos principios generales del procedimiento contencioso administrativo aplicables a todos los procedimientos que se regulan de acuerdo a las diversas pretensiones, según se trate de demandas de contenido patrimonial; demandas relacionadas con reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos; demandas relacionadas con vías de hecho; demandas relacionadas con la abstención de la Administración; demandas de nulidad de actos administrativos y contratos públicos; demandas de interpretación de leyes de contenido administrativo y demandas relacionadas con controversias administrativas.

El primer principio general es el de la *publicidad* que se consagra en el artículo 3 de la LOJCA 2010 al disponer que “Los actos del proceso serán públicos, salvo que la ley disponga lo contrario o el tribunal así lo decida por razones de seguridad, orden público o protección de la intimidad de las partes.”

El segundo principio general es el del Juez como rector del proceso, consagrado en el artículo 4 de la LOJCA 2010, lo que implica que está obligado a impulsarlo de oficio o a petición de parte, hasta su conclusión.

El tercer principio es el de la oralidad de los procesos que se establece en la Ley, siguiendo una de las innovaciones más importantes en el ámbito judicial establecidas en la Constitución de 1999, lo cual proporciona celeridad, y permite la cercanía entre partes y jueces. Esa oralidad se materializa en las diversas Audiencias previstas en los procedimientos, como la Audiencia preliminar, la Audiencia conclusiva, la Audiencia de juicio.

El cuarto principio general es el de la participación popular en el proceso, de manera que de acuerdo con el artículo 10 de la LOJCA 2010, los entes, consejos comunales, colectivos y otras manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, pueden emitir su opinión en los juicios cuya materia debatida esté vinculada a su ámbito de actuación, aunque no sean partes.

1. *Las partes en los procesos contencioso administrativos y la legitimación procesal*

La LOJCA 2010, por otra parte, establece una serie de disposiciones generales aplicables a todos los diversos procedimientos que regula, y que son las siguientes:

En cuanto a la capacidad procesal para poder actuar ante la Jurisdicción contencioso administrativa, conforme al artículo 27 de la LOJCA 2010, ella la tienen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, las irregulares o de hecho, las asociaciones, consorcios, comités, consejos comunales y locales, agrupaciones, colectivos y cualquiera otra entidad.

En cuanto a la legitimación para hacerse parte en los juicios, sin embargo, las personas y entidades antes indicados, conforme al artículo 29 de la LOJCA 2010, sólo pueden actuar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando tengan “un interés jurídico actual” es decir, que exista al momento de realizarse la actuación procesal. Sin embargo, por supuesto, ello no basta para tener *legitimatío ad causam* en los procesos contencioso administrativos, entendiendo por tal, la idoneidad de la persona para actuar en juicio que deriva de la titularidad de la acción, lo que le otorga la idoneidad suficiente para que el órgano jurisdiccional pueda emitir un pronunciamiento de mérito que permita a una parte frente a otra, obtener la tutela judicial efectiva de su derecho. Ese interés actual, por tanto, tiene que referirse a la relación o situación jurídica concreta de la persona, lo que dependerá de la pretensión procesal que se formule ante la Jurisdicción. Si por ejemplo, se trata de una demanda por responsabilidad administrativa por violación por la Administración de un derecho contractual, la legitimación corresponderá al cocontratante de la Administración; o si se trata de la abstención o negativa de la Administración de decidir un asunto respecto del cual está obligada a decidir, la legitimación activa corresponderá al titular del derecho a obtener respuesta o decisión sobre determinado asunto. Por ello, en el texto de la demanda que se intente, la Ley Orgánica exige que en todo los procesos, se establezca la relación de los hechos y los fundamentos de derecho con sus respectivas conclusiones; si lo que se pretende es la indemnización de daños y perjuicios, debe indicarse el fundamento del reclamo y su estimación; y en todo caso, deben producirse con el escrito de la demanda, los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado (art. 33).

En todo caso, de acuerdo con el artículo 28 de la LOJCA 2010, las partes sólo pueden actuar en juicio asistidos o representados por un abogado. Sin embargo, en los casos de reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, la acción puede interponerse sin la asistencia o representación de abogado, en cuyo caso el Juez debe procurar a la parte demandante la debida asistencia o representación para los actos subsiguientes, a través de los órganos competentes.

2. *El principio dispositivo y la actuación de oficio*

La iniciativa procesal ante la jurisdicción contencioso administrativa se regula en el artículo 30 de la LOJCA 2010, al disponerse como principio que “los órganos de la Ju-

jurisdicción Contencioso Administrativa conocerán a instancia de parte, o de oficio, cuando la ley lo autorice.”¹⁸

En cuanto a la presentación de demandas en todos los casos de pretensiones procesales ante la Jurisdicción, por supuesto rige el principio dispositivo, no existiendo caso alguno en el cual el juez contencioso administrativo esté autorizado para iniciar un proceso de oficio, es decir, presentando alguna demanda.

Como hemos dicho, de acuerdo con el artículo 4 de la LOJCA 2010, el Juez es el rector del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión; pero en concreto, la posibilidad del juez de tener iniciativa procesal de oficio está siempre establecida expresamente en la ley, y se refiere a actuaciones en un proceso en curso. Por ejemplo, en todos los procesos, el juez tiene la posibilidad de hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes (art. 39). En las demandas de contenido patrimonial, resolver de oficio los defectos del procedimiento (art. 57); y convocar de oficio para su participación en la audiencia preliminar a las personas, entes, consejos comunales, colectivos o cualquier otra manifestación popular de planificación, control y ejecución de políticas y servicios públicos, cuyo ámbito de actuación se encuentre vinculado con el objeto de la controversia, para que opinen sobre el asunto debatido (art. 58). En los procedimientos breves, una vez admitida la demanda, el juez puede de oficio, realizar las actuaciones que estime procedentes para constatar la situación denunciada y dictar medidas cautelares (art. 69).

Por lo anterior, conforme al artículo 41 de la Ley, la perención se produce cuando transcurre un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes, salvo que el acto procesal siguiente le corresponda al Juez o Jueza, tal como la admisión de la demanda, la fijación de la audiencia y la admisión de pruebas.

3. *El trámite procesal de las demandas y la acumulación de acciones*

Las demandas ejercidas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme se dispone en el artículo 31 de la LOJCA 2010 se deben tramitar conforme a lo previsto en la propia Ley; y supletoriamente, se deben aplicar las normas de procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, cuando el ordenamiento jurídico no contemple un procedimiento especial, el Juez puede aplicar el que considere más conveniente para la realización de la justicia.

En cuanto a la acumulación de acciones, la LOJCA 2010 nada dispone salvo respecto de la inadmisibilidad en caso de acumulación de pretensiones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (Art. 35,2). El artículo 31,3 de la LOTSJ 2010 en cuanto a las diversas Salas, incluida la Sala Político Administrativa dispone que la competencia para “conocer de los juicios en que se ventilen varias acciones conexas, siempre que al tribunal esté atribuido el conocimiento de alguna de ellas”. Las razones de esta acumulación de acciones son, en general, las mismas que rigen en el procedimiento ordinario.

La competencia de la sala es, en este caso, una competencia por conexión o por contención de la causa, y se admite por el interés que existe de evitar el riesgo de que se dicten sentencias contrarias o contradictorias en asuntos que tengan entre sí una conexión.

¹⁸ El artículo 89 de la LOTSJ 2010 en este mismo sentido establece que “El tribunal Supremo de Justicia conocerá de los asuntos que le competen a instancia de parte interesada; no obstante, podrá actuar de oficio en los casos que disponga la ley.”

4. *Requisitos de las demandas y de su presentación*

En todos los procesos contencioso administrativos, conforme se indica en el artículo 33 de la LOJCA 2010, el escrito de la demanda debe expresar: 1. La identificación del tribunal ante el cual se interpone; 2. El nombre, apellido y domicilio de las partes, carácter con que actúan, su domicilio procesal y correo electrónico, si lo tuviere; y si alguna de las partes fuese persona jurídica debe indicarse la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro; 4. La relación de los hechos y los fundamentos de derecho con sus respectivas conclusiones; 5. Si lo que se pretende es la indemnización de daños y perjuicios, deberá indicarse el fundamento del reclamo y su estimación; 6. Los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado, los que deberán producirse con el escrito de la demanda; y 7. La identificación del apoderado y la consignación del poder.

En casos justificados podrá presentarse la demanda en forma oral ante el tribunal, el cual debe ordenar su transcripción. La negativa del juez a aceptar la presentación oral debe estar motivada por escrito.

La demanda debe presentarse ante el tribunal competente; sin embargo, de acuerdo con el artículo 34 de la LOJCA 2010, cuando en el domicilio del demandante no exista un tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa competente para conocer de la demanda, el demandante puede presentarla ante un tribunal de municipio, el cual debe remitir inmediatamente el expediente, foliado y sellado, al tribunal señalado por la parte actora. La caducidad de la acción se debe determinar por la fecha de presentación inicial de la demanda. Para ello, el tribunal receptor antes de efectuar la indicada remisión, lo debe hacer constar al pie del escrito y en el libro de presentación.

5. *Las condiciones para la admisibilidad de la demanda (causales de inadmisibilidad)*

Presentada la demanda, la primera operación que el juez debe realizar es verificar que la misma cumple los requisitos de admisibilidad de la misma, que se formulan en sentido negativo, como causales de inadmisibilidad en el artículo 35 de la LOJCA 2010. Si el tribunal constata que el escrito de la demanda cumple con esos requisitos, de acuerdo con el artículo 36 de la LOJCA 2010, debe entonces proceder a decidir la admisión de la demanda, dentro de los 3 días de despacho siguientes a su recibo.

Estas causales de inadmisibilidad de las demandas contencioso administrativas, conforme al artículo 35 de la LOJCA 2010, que son los supuestos en los cuales las demandas se deben declarar inadmisibles, son los siguientes:

En primer lugar, está la caducidad de la acción (art. 35,1), la cual se aplica a las acciones de nulidad de los actos administrativos, a los casos de demandas por vías de vías de hecho o a los caso de recursos por abstención conforme se establece en el artículo 32 de la LOJCA 2010. En estos casos, en materia de acciones de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares, las mismas caducarán conforme a las siguientes reglas:

Primero, en los casos de acciones de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares, las mismas deben interponerse en el término de 180 días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de 90 días hábiles, contados a partir de la fecha de su interposición. La regla tradicional en materia contencioso administrativa de que a pesar de la caducidad de la acción, la ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales, se ha conservado en la Ley Orgánica (art. 32,1).

Cuando el acto administrativo impugnado sea de efectos temporales, el lapso dentro del cual debe interponerse la acción de nulidad es de 30 días continuos.

Como se dijo esta condición de admisibilidad de las acciones de nulidad basada en la caducidad, sólo se aplica en la impugnación de actos administrativos de efectos particulares.¹⁹ En cambio, las acciones de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales dictados por el Poder Público pueden intentarse en cualquier tiempo.

Segundo, en los casos de demandas originadas en vías de hecho de funcionarios o de recursos por abstención o negativa de la Administración, la demanda respectiva debe interponerse en el lapso de 180 días continuos contados a partir de la materialización de aquéllas, o desde el momento en el cual la Administración incurrió en la abstención, según sea el caso.

En segundo lugar, la acción debe declararse inadmisibles en los casos de acumulación de pretensiones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (art. 35,2). Esta causal deriva del régimen general establecido en el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que “no podrán acumularse en el mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente, o que sean contrarias entre sí ni las que por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo Tribunal; ni aquellas cuyos procedimientos sean incompatibles entre sí. Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de la otra siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí”.

En tercer lugar, y específicamente en relación con las demandas con contenido patrimonial, es causal de inadmisibilidad cuando se produzca el incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa (art. 35,3). En esos casos, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que es la que regula el procedimiento administrativo previo a las demandas patrimoniales, dispone que “los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intente contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo” (art. 60).

En cuarto lugar, las demandas deben declararse inadmisibles cuando con el escrito de las demandas, como se ha dicho, no se consignen los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado (art. 33,6), y que sean indispensables para verificar su admisibilidad (art. 35,4).

En quinto lugar, las demandas deben declararse inadmisibles cuando exista cosa juzgada (art. 35,5).

En sexto lugar, las demandas también deben declararse inadmisibles cuando el escrito de las mismas contenga conceptos irrespetuosos (art. 35,6).

Por último, en séptimo lugar, las demandas contencioso administrativas también deben declararse inadmisibles cuando sean contrarias al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley (art. 35,7).

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*. Caracas, 1977, pp.7-10; y “El recurso contencioso-administrativo, contra los actos de efectos particulares” en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, p.173-174.

6. *Medidas cautelares*

La Ley Orgánica ha investido al Juez Contencioso Administrativo “de las más amplias potestades cautelares”, a cuyo efecto lo autoriza para “dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa”(art. 4). A tal efecto, la ley establece un procedimiento común para el caso de tramitación de medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos, el cual se debe aplicar en general, incluso en los casos de solicitudes de amparo cautelar que se formulen junto con las acciones de nulidad de actos administrativos (art. 103). La única previsión especial en esta materia es la referida a los procedimientos breves (referidos a reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos; demandas por vías de hecho; y acciones por abstención), en los cuales, conforme al artículo 69, una vez admitida la demanda, el tribunal puede de oficio o a instancia de parte, dictar medidas cautelares, en cuyo caso, la oposición a las mismas debe ser resuelta a la mayor brevedad.

Las medidas cautelares, en general, conforme al artículo 104 de la LOJCA 2010, deben solicitarse por las partes en cualquier estado y grado del procedimiento, pudiendo ser acordadas por el tribunal como las estime pertinentes “para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.”

A tal efecto, el tribunal cuenta con los más amplios poderes cautelares para proteger no sólo a los demandantes, sino como lo dice el artículo 104, “la Administración Pública, a los ciudadanos, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso”. En las causas de contenido patrimonial, la Ley Orgánica prescribe que el tribunal puede exigir garantías suficientes al solicitante.

Una vez recibida la solicitud de medida cautelar, el tribunal debe abrir un cuaderno separado para el pronunciamiento que deberá formularse dentro de los 5 días de despacho siguientes (art. 105). En el caso de tribunales colegiados el juzgado de sustanciación debe remitir inmediatamente el cuaderno separado, y recibido este, se debe designar ponente, de ser el caso, y decidirse sobre la medida dentro de los 5 días de despacho siguientes. Al trámite de las medidas cautelares se le debe dar prioridad (art. 105). El trámite de la oposición que formulen las partes a las medidas cautelares se rige por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil (art. 106).

III. ALGUNAS NORMAS ESPECÍFICAS RELATIVAS A LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS EN LA LEY ORGÁNICA

1. *Normas específicas en los procedimientos de las demandas de contenido patrimonial*

El cuanto al contencioso de las demandas de contenido patrimonial, el aspecto específico de mayor interés en el procedimiento, los artículos 57 a 64 de la LOJCA 2010, es el derivado de su oralidad, al preverse en el artículo 57 la realización de una Audiencia Preliminar oral y con la asistencia de las partes, que debe tener lugar al inicio del procedimiento, lógicamente luego de la admisión de la demanda, en la cual el Juez puede resolver los defectos del procedimiento, de oficio o a petición de parte. En la Audiencia Preliminar, el demandado

debe expresar con claridad si contraviene los hechos alegados por la contraparte, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos controvertidos. En esta oportunidad, las partes deben promover los medios de prueba que sustenten sus afirmaciones. El artículo 58 de la LOJCA 2010 faculta al juez para que de oficio o a petición de parte, pueda convocar para su participación en la audiencia preliminar a las personas, entes, consejos comunales, colectivos o cualquier otra manifestación popular de planificación, control y ejecución de políticas y servicios públicos, “cuyo ámbito de actuación se encuentre vinculado con el objeto de la controversia,” para que opinen sobre el asunto debatido. De ser procedente su participación, el Juez debe proceder a notificarles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley que en realidad regula las “citaciones personales”, fijándose la audiencia cuando conste en autos la notificación respectiva. Las personas y entes antes señalados, no requerirán representación ni asistencia de abogado. El Juez facilitará su comparecencia y deberá informarles sobre los aspectos relevantes de la controversia. En estos casos, el Juez puede escoger entre los presentes quien los represente. (art. 59).

Conforme al artículo 60 de la LOJCA 2010, si el demandante no compareciere a la audiencia preliminar, el juez debe declarar desistido el procedimiento; en cuyo caso, sólo se extingue la instancia y el demandante puede volver a proponer nueva demanda inmediatamente. Si el demandado es el que no comparece a la Audiencia Preliminar, la causa debe seguir su curso.

Luego de la contestación de la demanda y concluido el lapso de pruebas, dentro de 5 días de despacho siguientes, conforme al artículo 63 de la LOJCA 2010, se debe fijar la oportunidad para la celebración de la Audiencia Conclusiva; oportunidad en la cual, en los tribunales colegiados se debe designar Ponente.

En esta Audiencia Conclusiva, las partes deben exponer oralmente sus conclusiones, las cuales pueden consignar por escrito. Al comenzar la audiencia, el Juez debe indicar a las partes el tiempo para exponer sus conclusiones, réplica y contrarréplica. Concluida la Audiencia Conclusiva, el artículo 64 de la LOJCA 2010, prevé que el Juez dispone de 30 días continuos para decidir. Sin embargo, el pronunciamiento puede diferirse justificadamente por 30 días continuos.

2. *Normas específicas en los procedimientos de reclamos por prestación de servicios públicos, vías de hecho y abstenciones*

La LOJCA 2010 estableció unas normas específicas para los denominados procedimientos breves que no tienen contenido patrimonial o indemnizatorio, y que según el artículo 65 se refieren a las demandas relacionadas con los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos; las vías de hecho; y la abstención de la Administración. Para el caso que se incluya con estas demandas peticiones de contenido patrimonial, ello no impide que el tribunal de curso exclusivamente a las acciones mencionadas.

Conforme al artículo 70 de la LOJCA 2010, una vez recibido el informe o transcurrido el término para su presentación, el tribunal, dentro de los 10 días de despacho siguientes, debe realizar la Audiencia Oral en la cual se debe oír a las partes, a los notificados y demás interesados. Los asistentes a la audiencia pueden presentar sus pruebas. El tribunal además, en la Audiencia debe propiciar la conciliación (art. 71). La Audiencia Oral puede ser prolongada por el tribunal en casos especiales (art. 72). Estas audiencias orales deben constar en medios audiovisuales, además de las actas correspondientes, a cuyo efecto, las grabaciones forman parte del expediente (art. 73). Si el demandante no asistiere a la Audiencia Oral se debe entender como desistida la demanda, salvo que otra persona de las convocadas manifieste su interés en la resolución del asunto. Por otra parte, el mismo día o el siguiente de la

Audiencia Oral, el tribunal debe admitir las pruebas, ordenando la evacuación que así lo requieran. (art. 71).

En cuanto a los reclamos por la prestación de los servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los prestadores de los mismos (art. 9,5), la LOJCA 2010 atribuye el conocimiento de la materia exclusivamente a los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como competencia única, conocer de “las demandas que interpongan los usuarios o usuarias o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos” (art. 26,1).

3. *Normas específicas del procedimiento común para los casos de demandas de nulidad de actos administrativos, de interpretación de leyes y de controversias administrativas*

En cuanto al procedimiento para los casos de tramitación de las demandas sobre nulidad de actos administrativos, de interpretación de leyes; y de controversias administrativa, el artículo 76 de la LOJCA 2010, establece unas previsiones con un procedimiento común, que comienza con la admisibilidad de la demanda (artículo 77, LOJCA 2010) que el tribunal debe decidir dentro de los 3 días de despacho siguientes a la recepción de la misma, notificándose conforme al 78 de la LOJCA 2010, a las siguientes personas y entes: 1. En los casos de recursos de nulidad, se debe notificar al representante del órgano que haya dictado el acto; en los casos de recursos de interpretación, se debe notificar al órgano del cual emanó el instrumento legislativo; y en los de controversias administrativas, la notificación debe hacerse al órgano o ente contra quien se proponga la demanda. 2. Al Procurador General de la República y al Fiscal General de la República, y 3. A cualquier otra persona, órgano o ente que deba ser llamado a la causa por exigencia legal o a criterio del tribunal.

Estas notificaciones se deben realizar mediante oficio que debe ser entregado por el Alguacil en la oficina receptora de correspondencia de órgano o ente de que se trate. El Alguacil debe dejar constancia, inmediatamente, de haber notificado y de los datos de identificación de la persona que recibió el oficio.

Además, en el auto de admisión, conforme se dispone en el artículo 80 de la LOJCA 2010, se debe ordenar la notificación de los interesados, mediante un cartel que debe ser publicado en un diario que ha de indicar el tribunal, para que comparezcan a hacerse parte e informarse de la oportunidad de la audiencia de juicio. El cartel debe ser librado el día siguiente a aquél en que conste en autos la última de las notificaciones ordenadas. En los casos de demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares no será obligatorio el cartel de emplazamiento, a menos que razonadamente lo justifique el tribunal.

El demandante debe retirar el cartel de emplazamiento dentro de los 3 días de despacho siguientes a su emisión, lo debe publicar, y luego consignar la publicación, dentro de los 8 días de despacho siguientes a su retiro. El incumplimiento de estas cargas, da lugar a que el tribunal declare el desistimiento del recurso y ordene el archivo del expediente, salvo que dentro del lapso indicado algún interesado se diera por notificado y consignara su publicación. (art 81).

En estos procedimientos, el tribunal conforme a lo establecido en el artículo 82 de la LOJCA 2010, fijar convocar a la realización de la Audiencia de juicio, a la cual deben concurrir las partes y los interesados. En los tribunales colegiados, en esta misma oportunidad, se debe designar ponente. Si el demandante no asistiera a la audiencia se debe entender desistido el procedimiento. Al comenzar la audiencia de juicio, el tribunal debe señalar a las partes y demás interesados, el tiempo disponible para sus exposiciones orales, las cuales además

pueden consignar por escrito. En esta misma oportunidad las partes podrán promover sus medios de pruebas.

4. *Normas específicas de procedimiento en las demandas de nulidad de actos administrativos*

En cuanto al procedimiento en los casos de demandas de nulidad de los actos administrativos, deben destacarse varios aspectos específicos que se fueron elaborándose por la jurisprudencia y la doctrina en las últimas décadas.

En primer lugar está el tema de la legitimación en los juicios de nulidad de los actos administrativos que la LOJCA 2010 no precisó, y que está condicionada entre otros factores por los efectos producidos por los actos impugnados. En cuanto a los actos administrativos de efectos generales, la legitimación para impugnarlos y para hacerse parte en los juicios corresponde a cualquiera que alegue un simple interés en la anulación o en el mantenimiento del acto impugnado. La acción en estos casos es una acción popular contencioso administrativa, tal como se derivaba del artículo 21, párrafo 9º de la derogada LOTSJ 2004, cuando disponía que “toda persona natural o jurídica, que sea *afectada en sus derechos o intereses* por un *acto administrativo de efectos generales* emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, ..., puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad”. Se trata de la misma acción popular que se ha establecido en materia de control de constitucionalidad de las leyes y que tiene sus antecedentes desde mitad del Siglo XIX.

Esta acción popular fue definida por la jurisprudencia, como la que “corresponde a todos y cada uno de los individuos que componen un conglomerado, para impugnar la validez de un acto del Poder Público que, por tener un carácter normativo y general, obra *erga omnes*, y, por tanto, su vigencia afecta e interesa a todos por igual.”²⁰ En estos casos de impugnación de actos normativos, dijo la antigua Corte Suprema, los mismos “pueden ser impugnados por la vía de la acción popular, ejercida libremente por cualquier ciudadano que se encuentre en el pleno goce de sus derechos, esto es, que tenga capacidad procesal” invocando simplemente “el derecho que tiene todo ciudadano a que la administración respete la legalidad.”²¹ En este caso, agregaba la antigua Corte, “la acción que se da... a cualquiera del pueblo (de allí su denominación) está dirigida a la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien por esta sola razón no requiere estar investido de un interés jurídico diferencial o legítimo”²².

En cuanto a las condiciones de admisibilidad de las demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, tradicionalmente la legitimación activa se atribuía a

²⁰ Véase la sentencia de la antigua Corte Federal de 14-03-60 en *Gaceta Forense* Nº 27, 1960, pp.127-132 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 18-02-71 en *Gaceta Oficial* Nº 1.472 Extra, de 11-06-71. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1940-1975 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol. I, Caracas, 1978, pp. 209-304.

²¹ Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 06-02-64 en *Gaceta Oficial* Nº 27.373 de 21-02-64. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia...*, cit., Tomo V, Vol. I, p. 296.

²² Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 18-02-71 en *Gaceta Oficial* Nº 1.472 Extra, de 11-06-71, y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 21-11-74, en *G.O.* Nº 30.594 de 10-01-75. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia...*, cit., Tomo V, Vol. I, pp. 304 y 314.

quienes fueran titulares de un interés personal, legítimo y directo en la impugnación del acto administrativo. Esta exigencia ha sido formalmente eliminada en 2010, tanto con la derogación de la LOTSJ de 2004, como con la sanción de la LOJCA 2010 que no lo contempla.

Distinta es la situación de la posibilidad de participación en los juicios como demandantes o como partes, de los entes, consejos comunales, colectivos y otras manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, en cuyo caso el acto administrativo impugnado debe tener vinculación con su ámbito de actuación. Esas entidades pueden incluso emitir su opinión en los juicios cuya materia debatida esté vinculada a su ámbito de actuación, aunque no sean partes (art. 10).

Se trata de lo que se ha regulado en la Constitución para la tutela judicial de los intereses colectivos o difusos (art. 26), resultado del reconocimiento para la participación en los juicios de nulidad de los actos administrativos, además del interés personal, legítimo y directo del recurrente, de otras situaciones jurídicas subjetivas que corresponden a una comunidad concreta o a la colectividad en general.

Con ello, se ha reconocido legitimación para actuar a las entidades representativas de intereses colectivos legalmente establecidas y reconocidas (intereses colectivos), y a quienes en determinadas circunstancias invoquen la protección de los intereses supra-individuales que conciernen a toda la colectividad (intereses difusos), lo que se había recogido en el artículo 18, párrafo 2º de la derogada LOTSJ 2004.

En cuanto a la legitimación pasiva en los casos de demandas de nulidad de los actos administrativos, la situación de demandado corresponde conforme a la LOJCA 2010 a la Administración Pública interesada, en cabeza del representante del órgano o ente que haya dictado el acto, quien debe ser notificado (art. 78,1), al cual, por lo demás, se le debe requerir el expediente administrativo (art. 79). Además, la condición de demandados corresponde a los interesados que también deben ser emplazados mediante cartel (art. 80).

Debe mencionarse que el artículo 137 de la derogada Ley Orgánica de de la Corte Suprema de 1976 establecía en forma expresa, que en los juicios contencioso administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares, podían hacerse parte todas las personas que reunieran las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente, es decir, todos los titulares de un interés personal, legítimo y directo en defender el acto impugnado (Art. 137). Esta norma, sin embargo, aún cuando no se recogió en la también derogada LOTSJ 2004; no impidió que hasta 2010 pudiera considerarse que el mismo principio se aplicaba, en el sentido de que para hacerse parte en los juicios atendiendo al emplazamiento, la persona debía ostentar un interés, personal y directo sea en la anulación del acto, sea en su mantenimiento; o debía acudir alegando la representación de intereses colectivos o difusos.

Lo que es cierto es que en los juicios contencioso administrativos incluyendo los de nulidad de actos administrativos conforme a la LOJCA 2010, el concepto de parte es fundamental, pues la parte demandante es la que debe identificarse en la demanda como parte actora (arts. 33,2; 34); la parte demandada es la que debe citarse como parte demandada (art. 37); son las partes las que pueden formular observaciones a los autos del juez para mejor proveer (art. 39); son las partes las que pueden solicitar al juez dictar providencias (art 40); es la actuación de las partes la que puede evitar la perención (art. 41); es en relación con las partes que surgen las causales de recusación e inhibición de los jueces (arts. 41 ss.); son las partes las que participan en la audiencia preliminar, pueden solicitar providencias de correcciones procedimentales, y pueden promover pruebas, convenir en hechos y oponerse a pruebas (arts. 57, 60 y 62); son las partes las que pueden solicitar al juez que se convoque a grupos organizados de la sociedad cuyo ámbito de actuación se encuentre vinculado con el objeto de la

controversia, para que participen en la audiencia opinando sobre el asunto debatido (art. 58); son las partes las que pueden participar en la audiencia conclusiva (art. 63); son las partes las que deben ser notificadas de la sentencia (art. 64); son las partes las que en los juicios de nulidad, de interpretación y de controversias, pueden solicitar al juez que se notifique a determinadas personas (art. 68,3); son las partes las que pueden solicitar al juez dictar medidas (art. 69), las que son oídas en la audiencia oral (art. 70); son las partes las que como tales pueden atender al cartel de emplazamiento (art. 80), las que pueden participar en la audiencia de juicio (arts. 82 y 83), promover pruebas, convenir en hechos y oponerse a pruebas (art. 84); son las partes las que pueden solicitar que se dicten medidas cautelares (art. 104); son las partes las que pueden participar en la ejecución de sentencias (art. 109, 110); son las partes las que pueden apelar de las sentencias (arts. 92, 94) y contestar la apelación (art. 94); y, en fin, son las partes las que pueden intentar el recurso especial de juridicidad (art. 95) y contestarlo (art. 99).

Otro aspecto que debe mencionarse en relación con las demandas de nulidad de los actos administrativos, tal como se regula en los artículos 76 a 96 de la LOJCA 2010, es que las normas de procedimiento que en ellos se establece solo se refieren a las demandas en las cuales sólo se solicite la nulidad de un acto administrativo. Sin embargo, en muchos casos, la demanda de nulidad de los actos administrativos no se agota con la sola pretensión de anulación de los mismos, sino que la demanda de anulación puede estar acompañada de otras pretensiones procesales de contenido patrimonial conforme se establece en el artículo 259 de la Constitución y se establecía en el artículo 21, párrafo 18° de la derogada LOTSJ 2004.

En estos últimos casos, sin embargo, no hay procedimiento específico establecido en la LOJCA 2010, por lo que además de aplicarse el procedimiento previsto para las demandas de nulidad, con las notificaciones y emplazamientos, en nuestro criterio debe efectuarse la citación del ente demandado, por ejemplo, encabeza del Procurador General, como representante de la República.

En efecto, puede decirse que a partir de la LOTSJ 2004, había quedado rota la tradicional dicotomía del contencioso de anulación, por un lado, y del contencioso de los derechos, por el otro,²³ de manera que en el contencioso de los actos administrativos, además de la anulación del acto, el juez podía condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios y al restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el acto anulado.

A tal efecto, el artículo 21, párrafo 18 de la derogada LOTSJ 2004 establecía lo siguiente:

“En su fallo definitivo el Tribunal Supremo de Justicia declarará, si procede o no, la nulidad de los actos o de los artículos impugnados, y determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo; igualmente podrá, de acuerdo con los términos de la solicitud, condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

²³ Véanse los comentarios de A. Moles Caubet sobre lo que llamó “el contencioso mixto”, en “Rasgos generales de la jurisdicción contencioso administrativa” en Instituto de Derecho Público, *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas, 1979, pp. 67-77; Nelson Rodríguez García, *El sistema contencioso-administrativo venezolano y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia, 1982, p. 76-77.

Esta norma tenía y aún derogada tiene una importancia destacada en la configuración del contencioso-administrativo en Venezuela, con las siguientes implicaciones:

En *primer lugar*, las pretensiones de anulación de los actos administrativos pueden acompañarse de pretensiones de condena. Por tanto, cuando éstas dependan de lesiones a situaciones jurídicas subjetivas producidas por actos administrativos, en la misma demanda de anulación de éstos pueden acumularse las pretensiones de condena, con lo cual si bien se sigue el procedimiento de los juicios de nulidad deben incorporarse elementos generales como la citación de la Administración y el agotamiento del procedimiento administrativo previo a las acciones de contenido patrimonial contra la República conforme a las previsiones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y a lo previsto en la última parte del artículo 7.10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En *segundo lugar*, las pretensiones de condena que pueden acompañar al recurso de anulación, de acuerdo al artículo 259 de la Constitución (y al derogado artículo 21, párrafo 18° de la LOTSJ 2004), pueden tener su origen básicamente en la responsabilidad de la Administración derivada del acto administrativo ilegal, buscándose la condena a la Administración al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios o al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa. Esta variedad de pretensiones tiene efectos fundamentales en cuanto a la legitimación activa y al contenido de la decisión del juez contencioso-administrativo.

En efecto, en cuanto a la legitimación activa, el derogado artículo 21, párrafo 18° de la LOTSJ 2004 ratificó el fin del antiguo monopolio que antes de 1976, había tenido el derecho subjetivo en relación con las situaciones jurídicas subjetivas, particularmente en cuanto a su resarcibilidad o indemnizabilidad. En esta forma, la tradicional idea de que el interés personal, legítimo y directo era sólo una situación jurídica *procesal* para impugnar actos administrativos, y de que la pretensión de condena sólo correspondía a los titulares de derechos subjetivos quedó superada, y con el ahora derogado artículo 21, párrafo 18° de la LOTSJ 2004, resulta que dentro de las situaciones jurídicas subjetivas sustantivas, además del tradicional derecho subjetivo también cabe ubicar los intereses legítimos, y éstos, al igual que aquéllos, pueden dar lugar a pretensiones de condena y a su resarcimiento.

Por tanto, la legitimación activa en el contencioso de anulación y condena no sólo corresponde al titular de un derecho subjetivo lesionado por el acto administrativo impugnado, sino también al titular de un interés personal, legítimo y directo, lo cual, por supuesto, variaría según el tipo de pretensión de condena. Por ejemplo, si se trata de una pretensión de condena derivada de responsabilidad administrativa originada por el acto administrativo impugnado, pueden distinguirse dos supuestos: si se trata de un acto administrativo que lesiona el derecho subjetivo al cocontratante de la Administración en relación con un contrato celebrado con la Administración, la legitimación activa para impugnar el acto ilegal, y pretender el pago de sumas de dinero o la reparación de daños y perjuicios, corresponde al titular del derecho subjetivo contractual lesionado (cocontratante).

En el mismo orden de ideas, por ejemplo, si se trata de un acto administrativo que lesiona el derecho subjetivo del funcionario público de carrera a la estabilidad, la legitimación activa para impugnar un acto ilegal de destitución y para pretender el pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios por la destitución ilegal o el restablecimiento al cargo público de carrera, corresponde al titular del derecho subjetivo lesionado (funcionario público destituido).

Pero la responsabilidad de la Administración no sólo puede surgir de la lesión de derechos subjetivos (contractuales o estatutarios), sino también puede surgir de la lesión a inter-

eses legítimos, personales y directos, cuyos titulares no sólo tienen la legitimación para impugnar los actos administrativos ilegales que los lesionen, sino también para pretender la condena a la Administración a la reparación de daños y perjuicios originados por el acto ilegal, y al restablecimiento del interés legítimo lesionado por la autoridad administrativa. Por ejemplo, el propietario de una parcela de terreno en una zona urbana residencial, frente a un acto administrativo ilegal que cambie la zonificación de la parcela colindante, no sólo tiene la legitimación para impugnar el acto ilegal y solicitar su nulidad, sino para que se le resarzan los daños y perjuicios ocasionados por el mismo (por ejemplo, daños ambientales, eliminación del derecho a una vista o panorama, etc.) y, para que se le restablezca la situación jurídica lesionada (demolición de la construcción realizada al amparo del acto ilegal y anulado y restablecimiento de la zonificación original).

Pero no sólo la esencia de la legitimación activa se ha modificado en el contencioso-administrativo de los actos administrativos, sino que a partir de 1976, también se han modificado sustancialmente los poderes del juez en sus decisiones de anulación y condena, pues éstas pueden incluso, llegar a sustituir la actuación de la Administración.

En efecto, en el esquema tradicional del contencioso-administrativo de anulación, el juez se limitaba a anular el acto recurrido correspondiendo a la Administración la ejecución de la decisión judicial. El juez no podía ni ordenar actuaciones a la Administración ni sustituirse a la Administración y adoptar decisiones en su lugar. Sin embargo, este criterio tradicional ha sido superado por el derecho positivo, y no sólo la pretensión de anulación puede estar acompañada de pretensiones de condena al pago de sumas de dinero o la reparación de daños y perjuicios, sino que más importante, la pretensión de anulación puede estar acompañada de pretensiones de condena a la Administración al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva (derecho subjetivo o interés legítimo) lesionada, lo que implica el poder del juez de formular órdenes o mandatos de hacer o de no hacer (prohibiciones) a la Administración. No se olvide que el artículo 259 de la Constitución habla de los poderes del juez contencioso-administrativo para “disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”, con lo cual se le está confiriendo una especie de jurisdicción de equidad similar a las decisiones de *injunction* o *mandamus* del derecho angloamericano²⁴. Por tanto, al “disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica lesionada”, no sólo puede el juez ordenar a la Administración adoptar determinadas decisiones, sino prohibirle actuar en una forma determinada. Y más aún, cuando sea posible con la sola decisión judicial, puede restablecer directamente la situación jurídica lesionada (y no sólo ordenarle a la Administración que la restablezca).

5. Normas específicas del procedimiento en las demandas de interpretación de leyes administrativas

Otro de los procesos contencioso-administrativo en Venezuela es el las demandas de interpretación que se ha regulado genéricamente en el artículo 31,5 de la LOTSJ 2010, como competencia de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, para:

“Conocer las demandas de interpretación acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso que disponga la ley para dirimir la situación de que se trate.”

²⁴ Véase H. W. R. Wade, *Administrative Law*, Oxford, 1982, pp. 515, 629.

Debe recordarse que esta norma reguladora del proceso contencioso de interpretación de textos legales²⁵, originalmente se había establecido como una competencia exclusiva de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema, habiendo sido ampliada a partir de la LOTSJ 2004 a todas las Salas, pero sólo admisible “en los casos previstos en la Ley.”²⁶ Así, muchas leyes fueron previendo la demanda en las décadas pasadas, entre otras, por ejemplo, la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento; la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 148); la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; y la Ley de Licitaciones.²⁷

Como lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 14 de marzo de 1988 (Caso *Concejo Municipal del Distrito Bruzual del Estado Yaracuy*):

“Este medio de actuación procesal está reservado de manera exclusiva para aquellos casos en los cuales el texto legal cuya interpretación se solicita lo permita expresamente. Resulta, por tanto, improcedente el ejercicio y en forma indiscriminada y general, del recurso de interpretación respecto de cualquier texto legal, si no se encuentra expresamente autorizado por el propio legislador.”²⁸

En este recurso de interpretación, la legitimación activa correspondería a todo el que tenga un interés legítimo, personal y directo en la interpretación del texto legal, normalmente, el funcionario público, y por supuesto, también correspondería a la Administración.

6. *Normas específicas del procedimiento en las demandas para la solución de controversias administrativas*

De acuerdo con lo establecido en los artículos 226,4 de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa tiene competencia para:

“Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro Tribunal.”

Esta norma se ha desglosado en el artículo 26 de la LOTSJ 2010, en las siguientes competencias para conocer:

“7. Las controversias administrativas entre la República, los Estados, los Municipios u otro ente público, cuando la otra parte sea una de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado.

8. Las controversias administrativas entre autoridades de un mismo órgano o ente, o entre distintos órganos o entes que ejerzan el Poder Público, que se susciten por el ejercicio de una competencia atribuida por la Ley.”

²⁵ Véase E. Pérez Olivares, “El recurso de interpretación” en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos...*, cit., pp.149-165.

²⁶ Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 27-04-82 en *Revista de Derecho Público*, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p.174.

²⁷ Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 11-08-81 en *Revista de Derecho Público*, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 138. Véase artículo 78 de la Ley de Licitaciones, *Gaceta Oficial* N° 34.528 de 10-08-90.

²⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p.146-147.

La competencia en las demandas para la solución de controversias administrativas, conforme a la LOJCA 2010, se han atribuido a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en los casos de controversias administrativas entre la República, los estados, los municipios u otro ente público, cuando la otra parte sea una de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre municipios de un mismo estado; y las controversias administrativas entre autoridades de un mismo órgano o ente, o entre distintos órganos o entes que ejerzan el Poder Público, que se susciten por el ejercicio de una competencia atribuida por la ley (art. 23,7 y 8). En cuanto a las controversias administrativas entre municipios de un mismo estado por el ejercicio de una competencia directa e inmediata en ejecución de la ley, la competencia se atribuye a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 25,9).

7. *Una “casación” contencioso administrativa: Normas específicas sobre el recurso especial de juridicidad*

Una de las novedades de la LOJCA 2010 ha sido el establecimiento por primera vez en la historia del proceso judicial contencioso administrativo en Venezuela, de un recurso de “casación” contencioso administrativo, denominado en la Ley como “recurso especial de juridicidad,” cuyo conocimiento sin embargo no corresponde a las Salas de Casación del Tribunal Supremo, sino a la Sala Político Administrativa del mismo (art. 95); lo que se ha ratificado en el artículo 26,18 de la LOTSJ 2010.

Como lo especifica expresamente la LOJCA 2010, el recurso no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa, y sólo puede interponerse a solicitud de parte, contra sentencias dictadas en segunda instancia, con el objeto de que la Sala Político Administrativa revise sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico (art. 95). Este recurso de juridicidad también puede intentarse contra las decisiones judiciales de segunda instancia que se pronuncien sobre destitución de jueces.

Este recurso especial de juridicidad debe interponerse ante el tribunal que ha dictado la sentencia, dentro de los 10 días de despacho siguientes a la publicación de la misma, para ante la Sala. El escrito del recurso especial de juridicidad debe hacer mención expresa de las normas transgredidas (art. 96). El tribunal que dictó la sentencia recurrida debe remitir inmediatamente el expediente con el recurso a la Sala Político-Administrativa, dejando constancia en el auto que ordena la remisión de los días de despacho transcurridos para su interposición (art. 97).

La Sala Político-Administrativa debe pronunciarse sobre la admisión del recurso dentro de los 10 días de despacho siguientes a su recibo (art. 98); y una vez que la Sala admita el recurso, la contraparte dispone de 10 días de despacho para consignar por escrito, que no debe exceder de 10 páginas, su contestación (art. 99). La limitación parece no tener lógica, sobre todo si se tiene en cuenta que la LOJCA 2010 no limita el número de páginas que puede tener el recurso de revisión de juridicidad que se va a contestar.

Transcurrido el lapso establecido en el artículo 98 de la LOJCA 2010 para la presentación de la contestación, la Sala Político-Administrativa debe dictar sentencia decisión dentro de los 30 días de despacho siguientes (art. 100). Como se dijo, el recurso especial de juridicidad no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa (art. 96), por lo que en su decisión, la Sala Político Administrativa deberá limitarse a analizar las que transgresiones al ordenamiento jurídico que hubiesen sido denunciadas en el recurso (art. 95), en el cual, como se dijo, debe hacer mención expresa de las normas denunciadas como transgredidas (art. 96).

En la sentencia, la Sala Político-Administrativa puede declarar la nulidad de la sentencia recurrida, ordenando la reposición del procedimiento, o resolver el mérito de la causa para restablecer el orden jurídico infringido (art. 101).

En los casos en los cuales la Sala considere que se el recurso se ha intentado temerariamente, podrá imponerle al recurrente, al abogado asistente o al apoderado que lo haya interpuesto, en decisión que debe ser motivada, multa por un monto entre 50 U.T. y 150 U.T. (art. 102).

Debe señalarse, en todo caso, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No 1149 de 17 de noviembre de 2010, decidió suspender los efectos de todas estas normas relativas al recurso de juridicidad, declarándolas inaplicable.²⁹

IV. REFLEXION FINAL

Como se dijo al inicio, la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa puede decirse que recogió –aún cuando en muchos aspectos en forma deficiente– buena parte de los principios que dispersamente regulaban la misma, conforme a los principios constitucionales que se habían establecido desde la Constitución de 1961. No es correcto decir, por tanto, como se indicó erradamente en la “Exposición de Motivos” del Proyecto de Ley, que el contencioso administrativo en Venezuela supuestamente no se habría configurado “conforme a la idiosincrasia del país,” sino que supuestamente habría sido “el producto de la adaptación a nuestro medio de instituciones foráneas y la imitación de modelos que se fueron estructurando a través de la labor jurisprudencial y la doctrina, pero ajenas a nuestras propias realidades.”³⁰ La verdad es que sólo la ignorancia del redactor de dicha Exposición de Motivos puede justificar esa afirmación, y basta para darse cuenta de ello, como se citó al inicio, toda la abundante bibliografía y jurisprudencia del país en las últimas décadas. Ello lo que confirma es que frente a esa afirmación sin fundamento, al contrario, la construcción del contencioso administrativo ha sido obra de nuestros tribunales, y del foro y de la academia venezolanas, desarrollada con base en nuestras normas constitucionales y legales que se fueron incorporando en el ordenamiento jurídico, por supuesto, con la ilustración de la mejor doctrina del derecho administrativo contemporáneo universal.

Por otra parte, debe también destacarse que en la segunda discusión del Proyecto de Ley en diciembre de 2009, afortunadamente se abandonó la propuesta que se había formulado en el Informe correspondiente antes mencionado,³¹ conforme a la cual se pretendía regular una “Jurisdicción Administrativa” que nunca ha existido en Venezuela, en lugar de una “Jurisdicción Contencioso Administrativa,” como fue lo que en definitiva se reguló, superándose lo que sólo la ignorancia podía pretender, precisamente en contra del propio ordenamiento constitucional. La incomprensible propuesta de denominar a la Jurisdicción Contencioso

²⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1149-171110-2010-10-1039.html>. Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Segunda edición, Caracas 2010, pp.150-151.

³⁰ Véase el texto del “Informe del Proyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Administrativa” presentado junto con una *Exposición de Motivos* por oficio N° 1124/09 de 7 de diciembre de 2009 al Secretario de la Asamblea Nacional, en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 267 y ss.

³¹ *Idem*.

Administrativa como “Jurisdicción Administrativa,” se hizo argumentando que el hecho de que se hubiese mantenido en la Constitución de 1999:

“la misma expresión ‘jurisdicción contencioso administrativa’ de la Constitución de 1961, constituye un atavismo no aceptable en la cultura jurídica relacionada con la jurisdicción, ya que en Venezuela nunca existió un verdadero ‘contencioso administrativo’ al estilo francés ni de las naciones europeas, por lo que resulta dicho agregado un elemento importado de otras latitudes sin expresión en nuestra realidad”.

Con esta afirmación los redactores de esa “Exposición de Motivos” trataron de justificar la denominación del Proyecto como “Ley Orgánica de la Jurisdicción Administrativa, eliminándose al nombre el adjetivo ‘contencioso’ por inapropiado, pues todo lo jurisdiccional presupone, en principio, un proceso litigioso con un contradictorio claramente definido”.

Afortunadamente, como se dijo, en la segunda discusión del Proyecto de Ley se abandonó esa disparatada propuesta la cual, sin duda, ignoraba lo que precisamente en Francia había significado la expresión “jurisdicción administrativa,” inicialmente integrada en la Administración antes de que se consolidara como “contencioso administrativo” fuera del Ejecutivo, pero siempre diferenciada y separada de la “jurisdicción judicial.”

Por otra parte, no es cierto a la luz de la norma del artículo 259 de la Constitución, como también se afirmó erradamente en la mencionada “Exposición de Motivos” del Proyecto de Ley Orgánica, que el proceso contencioso administrativo supuestamente haya sido en Venezuela –cito- “un ámbito de tutela exclusivamente de las garantías judiciales de los administrados individualmente considerados,” y que ahora, supuestamente, haya pasado a ser uno donde se hace “prevalecer los intereses públicos.” La verdad es que el contencioso administrativo siempre se ha concebido como una garantía de control judicial del sometimiento de la Administración a la legalidad, independientemente si el accionante busca proteger un interés individual legítimo o un interés colectivo lesionado por la actuación administrativa que se estime contraria a derecho. Ello se deriva de la misma norma constitucional que se había incorporado en la Constitución de 1961, por lo que también es errado afirmar, como se hizo en la indicada “Exposición de Motivos” de la Ley, que la Constitución de 1999 –cito- haya “dado un salto cualitativo en la perspectiva de la justicia administrativa que viene a superar la ficticia contradicción entre los intereses públicos y los particulares.” Esa afirmación es errada porque no es nada ficticia la contradicción que pueda haber entre esos dos intereses cuando de legalidad se trata, pues por más interés público que pueda haber en la realización de una actuación pública, si al ejecutarla, la Administración viola la ley afectando intereses de particulares, la contradicción se produce, pero no para hacer prevalecer el interés particular, sino para hacer prevalecer la legalidad. Y para ello es que se han configurado tribunales especializados en la materia, precisamente para hacer controlar la Administración. Ello, en todo caso, no está demás recordárselo a los legisladores aficionados, y quizás a alguno de sus asesores, quienes juntos se empeñan en tratar de olvidar o borrar la historia, que en Venezuela, como en la gran mayoría de los países latinoamericanos, muestra como antes se ha dicho, que el derecho administrativo no se construyó con base en los criterios de distinción entre una “jurisdicción judicial” y una supuesta “jurisdicción administrativa.”

En todo caso, para que una Jurisdicción Contencioso Administrativa pueda funcionar controlando a la Administración Pública, es indispensable no sólo que el Estado esté formalmente configurado como un Estado de Derecho, sino que éste funcione como tal, en un régimen democrático, donde esté garantizada la separación de poderes y en particular la autonomía e independencia de los jueces. Sólo unos jueces constitucionales, o contencioso administrativos autónomos e independientes, son los por ejemplo, pueden declarar la nulidad de los actos del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, y condenar al Estado por responsabili-

dad contractual o extracontractual. Es por ello, precisamente, que la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela tuvo su mayor desarrollo a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, durante las cuatro décadas de democracia que vivió el país hasta 1999. Lamentablemente, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y durante la última década 1999-2009, la situación ha variado radicalmente y el régimen autoritario que se ha apoderado del Estado ha hecho añicos la independencia y autonomía de los jueces, situación en la cual el control efectivo de la constitucionalidad de los actos del Estado y de la legalidad y legitimidad de la actuación de la Administración Pública haya quedado en entredicho.

Ello, al menos, es lo que nos muestra la experiencia del funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los últimos años,³² particularmente desde que el Ejecutivo, en 2003, utilizando al Tribunal Supremo de Justicia intervino a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, secuestrando su competencia y destituyendo a sus Magistrados, habiendo quedado clausurada por más de diez meses; y todo por haber “osado,” sus jueces, a dictar una simple medida de cautelar de amparo constitucional en contra de autoridades nacionales y municipales en relación con la contratación ilegal de médicos extranjeros por parte de órganos del Estado para un programa de atención médica en los barrios de Caracas.³³ El efecto demostración de lo que le puede ocurrir a los jueces cuando dictan medidas que afectan intereses políticos del Ejecutivo o de quienes controlan el Poder que derivó de ese caso,³⁴ fue ciertamente devastador, provocando la trágica situación en la que se encuentra actualmente la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la cual los tribunales que la conforman simplemente se han negado a aplicar el derecho administrativo, a controlar a la Administración Pública y a proteger a los ciudadanos frente a la misma; situación que estamos en el deber de seguir denunciando, como lo he venido haciendo desde 1999.

Haciendo ahora mías las palabras de mi destacado alumno Antonio Canova González, “Por mi parte, me he negado, y sigo negando, a ver morir en mi país el Derecho Administra-

³² Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.

³³ Véase sobre este caso la referencia en Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)”, en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, N° 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57. Los Magistrados de la Corte Primera destituidos en violación de sus derechos y garantías, demandaron al Estado por violación de sus garantías judiciales previstas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por dichas violaciones en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, (Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*). Véase en [http://www.corteidh.or.cr/ExcepcionPreliminar,Fondo,ReparacionesyCostas,SerieC/Nº182.Frenteallosinembargo,laSalaConstitucionaldelTribunalSupremodeJusticiaensentenciaNº1.939de18dediciembrede2008\(CasoGustavoÁlvarezAriasyotros\),declaráinejecutabledichadecisiónde lacorteinteramericana.Véaseenhttp://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html](http://www.corteidh.or.cr/ExcepcionPreliminar,Fondo,ReparacionesyCostas,SerieC/Nº182.Frenteallosinembargo,laSalaConstitucionaldelTribunalSupremodeJusticiaensentenciaNº1.939de18dediciembrede2008(CasoGustavoÁlvarezAriasyotros),declaráinejecutabledichadecisiónde lacorteinteramericana.Véaseenhttp://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html)

³⁴ Véase sobre este caso los comentarios de Claudia Nikken, “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

tivo, a sabiendas de que es el instrumento para garantizar la libertad de los ciudadanos, sin revelar de forma contundente lo que ocurre y señalar con firmeza a los culpables.”³⁵ Y estos, sin duda, no son otros los que asaltaron el Poder y el Estado desde 1999, apropiándose en beneficio personal y en perjuicio de los ciudadanos, en nombre de una supuesta democracia participativa que no es otra cosa que una excusa para evitar que el pueblo participe efectivamente y para aniquilar la democracia representativa con todos sus elementos y componentes esenciales.

En todo caso, una pieza fundamental de ese instrumento del derecho administrativo para garantizar la libertad y derechos ciudadanos, es sin duda una Ley como la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual, a pesar de lo dicho, es necesario estudiar, pues en algún momento en el cual se recupere la institucionalidad del Estado Constitucional, podrá servir para lo que en principio está destinada: para controlar el ejercicio del Poder por parte de la Administración Pública y proteger a los ciudadanos frente sus actuaciones.

³⁵ Véase Antonio Canova González, “La realidad del contencioso administrativo venezolano” (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008), *cit.*, p. 14.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2010

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández

Abogado

Secretaria de Redacción de la Revista

Marianella Villegas Salazar

Abogado Asistente

SUMARIO

I. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. *Las garantías constitucionales*. A. Las garantías del debido proceso. B. La Garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos. 2. *Derechos Individuales. Libertad individual*. 3. *Derechos Políticos: Derecho al sufragio y participación política*.

II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Publico Nacional*. A. Privilegios y prerrogativas de la República: Consulta obligatoria de toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República. 2. *El Poder Público Municipal*. A. Privilegios y prerrogativas de los Municipios: Eximente de costas procesales.

III. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos municipales: Impuesto a las Actividades Económicas: Actividad de comisionista y de concesionario*.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*. A. Derechos de los administrados: Derecho a la defensa y debido proceso (ausencia de procedimiento). 2. *Recursos Administrativos Lapsos aplicables*.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo: Sistema judicialista integral*. 2. *Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Órganos. a. Cortes de lo Contencioso Administrativo. Competencia. B. Medidas Cautelares. 3. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*. A. Órganos. a. Competencia Tribunal Supremo de Justicia. 4. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Tributario: Amparo Tributario

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control difuso de la constitucionalidad*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad: Medidas Cautelares*. 3. *Revisión de sentencias en materia constitucional*. A. Revisión de sentencias sobre control difuso de la constitucionalidad. B. Solicitante. Representación. C. Carácter discrecional de la revisión constitucional. 4. *Control de constitucionalidad de leyes orgánicas*. 5. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. a. Amparos autónomos contra autoridades electorales.

I. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. *Las garantías constitucionales*

A. *Las garantías del debido proceso*

TSJ-SC (291)

23-4-2010

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Seguros Altamira C.A.

El vicio de contradicción de los motivos del fallo se traduce en una vulneración al derecho al debido proceso, toda vez que las partes esperan que el Juez, en tanto que rector del proceso, emita su veredicto con total apego al Derecho.

.....En relación con la solicitud de revisión, la Sala observa que lo que fue objeto de decisión por la Sala Político-Administrativo fue una demanda por resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios que fue reconvenida y, además, una demanda por ejecución de contrato de fianza que se acumuló a la causa primigenia.

Según se aprecia de la parte motiva del acto jurisdiccional que se sometió a revisión constitucional, la Sala Político-Administrativa, en relación con la solicitud de indexación que Constructora Finchel C.A. formuló, decidió:

Por otro lado, en lo que concierne a la solicitud de indexación de la cantidad otorgada por concepto de anticipo, esta Sala debe reiterar una vez más el criterio jurisprudencial conforme al cual sólo las obligaciones de valor, más no las de dinero, como es el caso de la presente, pueden dar lugar a la correspondiente corrección monetaria. Así se decide.

Posteriormente, en el mismo acto decisorio, cuando decidió la reconvenición que Centro Simón Bolívar C.A. planteó, juzgó:

Por último debe también indicarse que **la parte demandante en la presente causa, esto es, el Centro Simón Bolívar, C.A., no solicitó el pago de los intereses moratorios; sin embargo, a juicio de este órgano jurisdiccional y en virtud del tiempo transcurrido resulta procedente ordenar, tal como fuere planteado en su demanda, la corrección monetaria** de la suma a cuyo pago han sido condenadas en forma solidaria las empresas demandadas, esto es, la cantidad de Cuatrocientos Nueve Mil Cuatrocientos Sesenta y Seis Bolívars con Noventa y Cuatro Céntimos (Bs. 409.466,94), la cual deberá indexarse desde el 1° de marzo de 1999, oportunidad en la cual el Centro Simón Bolívar, C.A., entregó a la empresa contratada la cantidad convenida por concepto de anticipo, hasta la fecha de la publicación del presente fallo. Así se decide. (Resaltado añadido).

Con lo precedente, la Sala verifica un vicio que desconoce la doctrina de esta Sala sobre los derechos constitucionales a la defensa, debido proceso e igualdad que hacen procedente la revisión del acto decisorio objeto de estas actuaciones, en resguardo de la integridad de los derechos y principios constitucionales. El vicio que se delató es el relativo a la contradicción en el juzgamiento respecto a la procedencia de la indexación.

En efecto, el acto jurisdiccional que fue sometido a revisión, cuando analizó las denuncias que la demandante –Constructora Finchel C.A.- esgrimió, desechó la solicitud de indexación del monto que había recibido como anticipo para el cumplimiento con el objeto del contrato –suministro de equipos de aire acondicionado-, sobre la base de que era “*criterio jurisprudencial conforme al cual sólo las obligaciones de valor, mas no las de dinero, como es el caso de la presente, pueden dar lugar a la correspondiente corrección monetaria*”.

Ahora bien, la Sala Político-Administrativa, luego de la negativa de indexación del monto del anticipo que pronunció respecto a Constructora Finchel C.A., de manera contradictoria, la condenó al pago de la indexación *del mismo monto que recibió en anticipo*, pero, en esta oportunidad, a favor de la sociedad demandada reconviniendo –Centro Simón Bolívar C.A. Debe advertirse que se trata de una idéntica situación fáctica –cantidad de dinero recibida como anticipo- que se apreció de forma desestimatoria para la demandante primigenia y estimatoria para la demandada reconviniendo.

Esta delación configura el vicio de contradicción del fallo, sobre el cual la Sala estableció:

Por otra parte, esta Sala Constitucional estableció que el vicio de contradicción en la motivación constituye una de las modalidades de inmotivación del juzgamiento, que se da cuando los motivos del fallo son tan incompatibles entre sí que se desvirtúan, se desnaturalizan o se destruyen en igual intensidad y fuerza, lo que produce una decisión carente de sustento y, por ende, nula (s.S.C. N° 889/2008); no se trata de una contradicción por la absurda interpretación de una disposición legal, razonamiento que daría motivo al recurso por error en el juzgamiento, sino el quebrantamiento, por parte del juez, de los principios de la lógica jurídica. La motivación contradictoria genera, también, una situación equiparable a la falta absoluta de motivos, siempre que la contradicción verse sobre un mismo punto. s.S.C. N.° 1619/08

Lo anterior conduce a la Sala al ejercicio de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, pues constituye una tarea ineludible de esta Sala Constitucional el mantenimiento de la integridad del texto constitucional y el vicio de contradicción de los motivos del fallo se traduce en una vulneración al derecho al debido mismo, toda vez que las partes esperan que el Juez, en tanto que rector del proceso, emita su veredicto con total apego al Derecho. En este caso, como se comprobó, ante una misma situación, primero se juzgó su improcedencia para una de las partes, pero, seguidamente, su procedencia para otra, con lo cual se injuriaron los derechos al debido proceso y a la igualdad. Así se decide.

B. *La garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos*

TSJ-SC (661)

22-6-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Juan Pablo Torres Delgado, y otros vs. Mesa de la Unidad Democrática.

La postulación de los candidatos y candidatas para ocupar el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional son asuntos de interés nacional, por estar vinculados al ejercicio de derechos políticos, por lo que se está en presencia de intereses *supra* individuales.

.....A tal efecto, se observa que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estipula el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme al cual toda persona tiene la facultad de acudir ante el órgano jurisdiccional competente para hacer valer sus derechos e intereses -incluso los colectivos y difusos- frente a intromisiones lesivas, generadas por la conducta positiva o negativa de un determinado agente de cualquier entidad.

...la Sala realizó una síntesis basada en las decisiones dictadas en distintas oportunidades, referidas a los derechos e intereses colectivos o difusos; en ella se expresó, respecto de la legitimación para incoar una acción por intereses difusos, lo siguiente:

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

Ahora bien, como se dijo, la acción de amparo interpuesta tiene por finalidad enervar la supuesta lesión del artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela causada por la omisión en la que habría incurrido la denominada “Mesa de la Unidad Democrática” de realizar elecciones internas en la selección de los candidatos que se postularán para el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional.

Al ser ello así, y visto que en la sentencia citada *ut supra* esta Sala Constitucional indicó que los derechos e intereses difusos “...se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (*pluritudinalidad de sujetos*), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión”, se deduce que la pretensión de autos se subsume en la categoría de derechos o intereses difusos, ya que los hechos apuntados en relación con la postulación de los candidatos y candidatas para ocupar el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional son asuntos de interés nacional, por estar vinculados al ejercicio de derechos políticos, por lo que se está en presencia de intereses supra individuales. Por tanto, visto que los accionantes poseen un interés difuso en que se restablezca la situación que denuncian como infringida y que invocaron compartir este interés con la ciudadanía; esta Sala, en reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de los accionantes, considera suficiente la legitimidad de los mismos para incoar el presente amparo constitucional. Así se decide.

2. *Derechos Individuales. Libertad individual*

TSJ-SC (508)

25-5-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Ángela Magaly Valbuena Rivero, (Desaplicación efectuada por el Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal).

La sujeción de vigilancia a la autoridad obligando al penado, una vez cumplida la pena, a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio sobre el lugar donde resida o por donde transite, equivale a un régimen de presentación que restringe la libertad individual, contenida en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Precisado lo anterior, pasa la Sala a analizar la sentencia objeto de revisión, tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

Esta Sala, en sentencias números 3268/2003, 424/2004 y 952/04, entre otras, asentó inicialmente que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad prevista en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, no lesionaba el derecho al honor y a la protección de la

honra, por cuanto dicha pena lo que materializa es una “*forma de control por un período determinado*”; aunado a que dicha pena accesoria no tenía carácter denigrante o infamante, sino que la misma evitaba que los reos cometieran nuevos delitos, concluyendo; por lo tanto, que la sujeción a la vigilancia de la autoridad no vulneraba derecho constitucional alguno.

Sin embargo, luego de un re-examen de la doctrina que se mantenía al respecto, se llegó a otra conclusión, la cual se encuentra plasmada en la decisión N° 940 del 21 de mayo de 2007 (caso: *Asdrúbal Celestino Sevilla*). En esta última decisión, se reinterpreto, tal como lo sostuvo el Tribunal Sexto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, el criterio que se venía manteniendo respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, con ocasión del control difuso de la constitucionalidad realizado por el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, concluyéndose en la misma que la referida pena accesoria era contraria a lo previsto en el artículo 44 de la Carta Magna.

Así pues, esta Sala en dicha jurisprudencia señaló, en primer lugar, que la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena no corporal, de carácter accesorio, que es complementaria de la pena de presidio y de prisión y persigue un objetivo preventivo, el cual es, en teoría, reinsertar socialmente a quien hubiese cumplido la pena prevista en sentencia judicial. Consiste dicha pena accesoria, como lo establece el artículo 22 del Código Penal, en la obligación para el penado de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos.

Igualmente, se asentó en esa decisión que esa pena accesoria es excesiva de la pena que causa el delito; y que a pesar de que no es una pena principal, restringe la libertad plena a la que tiene derecho el penado luego de cumplida la pena principal.

En este sentido se precisó que la consecuencia natural de la pena corporal cumplida es que se acuerde la libertad plena del penado. Sin embargo, esta plenitud no es alcanzada por el ciudadano que cumplió su pena principal, si debe quedar sujeto a una pena accesoria que pudiera convertirse en una extensión de hecho de la condena privativa de libertad; pudiendo en ocasiones exceder con creces a la pena máxima establecida constitucionalmente en el artículo 44.3 *in fine* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; porque en efecto, con la sujeción a la vigilancia de la autoridad, se subordina a un ciudadano, que ya ha cumplido su pena privativa de libertad, a una libertad condicionada, que es una especie de restricción de la libertad, contraria a la libertad plena a la cual tiene derecho el penado una vez cumplida la pena de presidio o prisión.

De modo que, colige la Sala que la sujeción de vigilancia a la autoridad obligando al penado, una vez cumplida la pena, a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio sobre el lugar donde resida o por donde transite, equivale a un régimen de presentación que restringe la libertad individual, contenida en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Además, esta Sala observa que en la práctica, la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad siendo una pena de auto ejecución su eficacia depende de la conducta de la persona sujeta a la misma, y depende su cumplimiento de la propia presentación del penado ante la autoridad pública, por lo que aunado a que las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años, convirtiéndose en grandes urbes cosmopolitas en las cuales existen varios Jefes Civiles, resulta inútil que se pretenda a través de la pena accesoria que dichos funcionarios locales puedan ejercer algún tipo de control sobre los ciudadanos que están sometidos a esa pena accesoria, máxime cuando existen tecnologías más avanzadas para obtener dicho control.

También la Sala ha advertido que aun cuando la función que estableció el Código Penal a los Jefes Civiles haya sido absorbida por los delegados de prueba, ello no corrigió la ineficacia de la pena accesoria de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, dado que no se implantó un mecanismo de control que permita supervisar el cumplimiento de tal medida; resultando así, además de excesiva, ineficaz.

Así las cosas, esta Sala, una vez precisado lo anterior, declara que el fallo sometido a revisión en el presente caso concuerda con los postulados doctrinales asentados en la referida decisión N° 940/07, por lo tanto, esta Sala Constitucional considera que la desaplicación efectuada por el Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, respecto a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad contenida en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, se encuentra conforme a derecho. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

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

En primer lugar, como quiera que el acto decisorio que fue validado en la presente sentencia sustentó su desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, –por los cuales, en sus casos, se define la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad y se inserta la misma, como accesoria a la principal corporal de presidio- en la doctrina que estableció esta Sala Constitucional, a través de su veredicto del 21 de mayo de 2007 –la cual ratificó, expresamente, en esta oportunidad-, quien suscribe estima que, en el presente voto salvado, se repiten las mismas razones por las cuales se opuso a la antes referida decisión de esta Sala; por ello, como fundamentación de la actual disidencia, reproduciré los términos bajo los cuales se expresó en el voto salvado que expidió en aquella oportunidad:

En primer lugar, se observa que, a través del veredicto respecto del cual se manifiesta el actual disenso, la mayoría de la Sala se adentró en argumentaciones sustanciales que la condujeron a la convicción de inconstitucionalidad y, por ende, de conformidad jurídica de la desaplicación, por control difuso, de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal. Ahora bien, estima quien disiente que la Sala debió limitarse, en todo caso, a la confirmación del acto de juzgamiento por el cual se decretó dicha desaplicación, mediante fundamentación que no significara expresión de la convicción, por parte de esta juzgadora, de inconstitucionalidad de dichas normas, porque no debió olvidar la Sala que es suya la potestad del control concentrado, de suerte que su aceptación de que la desaplicación, por control difuso, de una norma subconstitucional, estuvo correctamente afinada en la contradicción de la misma con la Ley Suprema de la República, sería conducente al entendimiento de que tal pronunciamiento tiene efectos *erga omnes* y no sólo para el caso concreto, como debe ocurrir en el control difuso. No es admisible que el órgano jurisdiccional que tiene la potestad del control concentrado de la constitucionalidad manifieste expresamente, como lo hizo en el presente acto decisorio, que una norma legal es contraria a la Ley Máxima, porque está adelantando un dictamen que sólo debería ser expedido mediante la declaración de nulidad de dicha disposición, luego del cumplimiento con las formalidades procesales de Ley.

Ahora bien, como, no obstante que no debió hacerlo, la Sala expidió su propio criterio afirmativo de la inconstitucionalidad de las normas en referencia, quien suscribe estima que es pertinente la extensión de las siguientes consideraciones:

Se afirmó en el acto jurisdiccional que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es excesiva de la pena que causa el delito. Se infiere que, por dicha razón, la Sala concluyó que las normas legales que se examinan adolecían de inconstitucionalidad, habida cuenta de que es ésta el único supuesto de procedencia del control difuso. En este orden de ideas, basta, para la contradicción a dicho aserto, el recordatorio de que la pena debe ser entendida como un con-

cepto único y complejo, el cual incluye tanto la principal como las accesorias. La aceptación del criterio de que, en propiedad, se trata de varias sanciones sería la aceptación de que una persona sería castigable varias veces por la ejecución de la misma conducta delictiva, lo cual estaría, por lo menos, muy cercano a colisión con el principio *non bis in idem* que garantiza el artículo 49.7 de la Constitución. Así las cosas, las penas accesorias de cumplimiento a continuación de la principal no suponen sino la continuación de la sanción única, a través de la fase de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, como se afirmó anteriormente. Por otra parte, aun si se admitiera que las penas accesorias son entidades distintas de la principal, no hay objeción en la doctrina dominante a la ejecución de aquéllas luego del cumplimiento con la segunda. En efecto:

Pena accesoria. Aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal. Las penas accesorias pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas. Así, por ejemplo, la inhabilitación absoluta, cuando tiene carácter accesorio, puede prorrogarse por determinación judicial por un período limitado posterior a la extinción de la pena principal...” (Manuel Osorio: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, 1999, p. 734)

Se advierte que, en todo caso, el ejercicio del control difuso requiere, de parte de quien lo ejerce, que se señale cuál es la norma constitucional que resultó contravenida por la inferior y, en segundo lugar, que se expresen los fundamentos bajo los cuales se arribe a la convicción de dicha antinomia. La Sala afirmó que la sanción era, a su juicio, excesiva, pero no señaló por qué lo era, vale decir, no fundamentó tal criterio, lo cual era esencial, no sólo por la obligación legal, a cargo de los juzgadores, de motivación de sus juzgamientos, sino porque, en este asunto, ello era esencial para el arribo a la conclusión de que, por razón de tal exceso, la norma que se desaplicó era contraria a la Constitución. Adicionalmente, tampoco indicó esta Sala cuáles derechos fundamentales resultan afectados por la sanción excesiva que supone la vigencia de la referida pena accesoria. ¿Entonces cuál fue la razón constitucional para la desaplicación de esta última, por un control difuso que sólo es procedente contra normas subconstitucionales que sean contrarias a la Ley Suprema?

Adicionalmente, en el acto decisorio se expresó que la pena accesoria en cuestión era inconstitucional porque contrariaba al artículo 44 de la Constitución. Recordatorio aparte de que dicha norma no proscribía, de manera absoluta, que la Ley contenga disposiciones que restrinjan la libertad personal, se advierte que tal afirmación resulta franca y absolutamente incomprensible para quien conciba la pena –según lo hace la doctrina dominante y se afirmó antes– como un concepto único y complejo que comprende tanto la sanción principal como sus correspondientes accesorias, ya que, en tal sentido, resulta de fácil entendimiento que la limitación temporal que establece el artículo 44.3 de la Constitución y desarrolla el artículo 94 del Código Penal no resultaría vulnerado si, como consecuencia del cómputo de la pena que deba ser cumplida –correctamente entendida la misma como una sola sanción que comprende tanto la fase institucional (privación de libertad) como la postinstitucional (accesorias)– se concluye que la misma excede del lapso máximo de treinta años que establecen la Constitución y la Ley, pues, simplemente, deberá limitarse la duración del castigo a los términos de Ley;

Es, por último, absurdo que, por razón de una alegada ineficacia de los órganos administrativos a quienes, legal o jurisprudencialmente, se les haya asignado la ejecución de las medidas de vigilancia como la que se examina, se concluya con la afirmación de que estas últimas son inconstitucionales; tan absurdo que, por ese mismo camino, se podría llegar a la aberrante conclusión de que también deben ser desaplicadas, por dicha supuesta inconstitucionalidad, las penas corporales privativas de libertad, pues no es un secreto para nadie que los establecimientos de cumplimiento de pena que existen en la República sufren de carencias tales que, en ningún grado, se satisfacen las condiciones ni el propósito de rehabilitación que exige el artículo 272 de la Constitución. En resumen, el control difuso de la constitucionalidad se activa ante la presencia de una norma que contiene una antinomia, por razones intrínsecas, de contenido, con la Ley Máxima; en ningún caso, por causas extrañas –*ergo*, no imputables a la disposición cuya constitucionalidad se cuestione–, como es, en la situación que se examina, la

ineptitud de los órganos ejecutores de aquella, porque ésa es una valoración manifiestamente ajena a la que debe preceder a la convicción sobre la conformidad constitucional de la norma y debería conducir, más bien, a la exigencia a la Administración de que adecue las estructuras y el funcionamiento de dichos órganos a las exigencias la Ley Fundamental; de lo que se trataría, entonces, es de la necesidad de adecuación administrativa, no normativa, a la Constitución, de donde la contradicción con ésta debe ser declarada contra el sistema de ejecución de sentencias y no contra una norma a la que ninguna influencia se le puede atribuir sobre las causas del mal o deficiente funcionamiento de aquél.

(...)

Finalmente, quien suscribe no puede menos que expresarse en términos de encomio al espíritu garantista del cual estuvo imbuida la Sala para la presente decisión, en la cual se decidió en favor de la desaplicación de una pena accesoria, aun cuando la gravedad de la vigencia de la misma, como generadora de lesiones constitucionales, no quedó acreditada en el fallo que precede. Ello le da esperanza cierta, en relación con futuros fallos en relación con denuncias a claras, graves e inequívocas violaciones a derechos fundamentales, las cuales no derivarían de la vigencia de una norma que supuestamente colide con la Constitución, sino, justamente, de la infracción o inobservancia a disposiciones que desarrollan fielmente principios fundamentales de esta última. Tal es el caso del criterio tutelador que, según espera este salvante, presidirá la actividad jurisdiccional de esta Sala, en relación, por ejemplo, con la ilegítima vigencia de las medidas cautelares de coerción personal —en particular, de la más severa de ellas: la privación de libertad—, más allá de los límites temporales que preceptúa la Ley, en abierta y manifiesta infracción a los artículos 44 de la Constitución y 243 del Código Orgánico Procesal Penal, tal como fue denunciado en la causa N° 05-1899, dentro de la cual, lamentablemente, fueron obviadas valoraciones que debieron haber conducido a la declaración de procedencia de la pretensión de amparo al predicho derecho fundamental y no a la desestimación de la misma, razón por la cual quien suscribe expresó su disenso, a través de las formalidades de Ley.

Quedan expresados, en los términos que fueron reproducidos *supra*, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto salvado.

Voto Salvado del Magistrado Arcadio Delgado Rosales

Quien suscribe, Magistrado Arcadio Delgado Rosales, disiente de la mayoría sentenciadora por las razones que a continuación se exponen:

El fallo del cual se discrepa, declaró ajustada a derecho la desaplicación que por control difuso realizó el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, del contenido de los artículos 13 cardinal 3 y 22 del Código Penal, en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, en la sentencia N° 389-09 dictada el 1 de junio de 2009, en el marco del proceso penal que se instauró contra la ciudadana Ángela Magaly Valbuena Rivero, titular de la cédula de identidad N° V-10.783.968, la cual fue condenada por la comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, previsto y tipificado en el artículo 34 de la entonces Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, aplicable *ratione temporis*.

Ahora bien, considera quien suscribe el presente voto salvado que, en el caso de autos, no debió confirmarse la desaplicación de las normas *in commento*, ya que la pena accesoria de “sujeción a la vigilancia de la autoridad”, no constituye, en forma alguna una penalidad de carácter denigrante o infamante y mucho menos excesiva; antes por el contrario, ella se presenta como un mecanismo dirigido a cumplir una doble finalidad, ya que, por una parte, persigue un fin preventivo que consiste en reinsertar socialmente al indivi-

duo y, por la otra, un fin de control dirigido a evitar que el sujeto que hubiese cumplido la pena de presidio o de prisión cometa nuevos delitos.

La pena accesoria de sujeción a la vigilancia trata simplemente del cumplimiento de una pena accesoria que deviene de una sentencia condenatoria, por haberse cometido un hecho punible, que nada altera los derechos constitucionales, tal como se ha expresado en las sentencias números 3268/03, 424/04, 578/04, 952/04 y 855/06, entre otras, en las cuales se resolvieron casos semejantes al que se conoce en el presente asunto.

En efecto, en sentencia N° 424 del 6 de abril de 2005 (caso: *Miguel Ángel Gómez Oramas*), estableció que:

“...En el caso específico de la sujeción a la vigilancia de la autoridad competente, según la interpretación que antecede, dicha medida constituye una herramienta de control adecuada a las tendencias más aceptadas, posterior al cese de la pena corporal de presidio o prisión que, como principal, haya sido impuesta al infractor. Así las cosas, estima que queda afirmada la aplicabilidad, aun coactiva de la pena en examen, lo cual, junto a lo que quedó establecido ut supra, en relación con la vigencia actual de la misma y las consecuencias que derivan de su quebrantamiento, conducen a la conclusión de que no existe obstáculo constitucional ni legal alguno, para la vigencia actual y eficaz de la referida pena accesoria y que, por consiguiente, son carentes de validez los fundamentos de ilegitimidad e ilegalidad en los cuales se basó la decisión que es objeto de la actual revisión, para la desaplicación de la antes referida sanción. Así se declara...” (Subrayado de esta Sala).

Con base en las consideraciones expuestas, estima quien disidente que no debió introducirse un cambio de criterio, con relación a la doctrina asentada respecto de la aplicación de los artículos 13 cardinal 3 y 22 del Código Penal, ello -se insiste- en atención a que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia posee plena justificación constitucional, al establecer el artículo 272 que el Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure no solo la rehabilitación del interno o interna sino también la reinserción social de quienes hayan cumplido condena.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

3. *Derechos Políticos: Derecho al sufragio y participación política*

TSJ-SC (661)

22-6-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Juan Pablo Torres Delgado y otros vs. Mesa de la Unidad Democrática.

La elección interna no es la única forma válida de postular candidatos o candidatas para un cargo de elección popular, pues nuestro vigente esquema jurídico electoral, desde la vigencia de la Constitución y a diferencia del extinto esquema de democracia representativa de la anterior Constitución Nacional de 1961, permite otras formas de postulación -radicadas en el hecho constitucional de que la participación política no es monopolio de los partidos políticos- ampliándose hasta la postulación por iniciativa propia.

Sin embargo, se observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la supuesta omisión de la denominada “Mesa de la Unidad Democrática” de realizar elecciones internas en la selección de los candidatos que se postularán para el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, omisión que implicó, en el criterio de los accionantes, la

lesión de lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, dicho precepto señala, lo siguiente:

Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público.

Para los accionantes, el hecho de que el proceso de elecciones primarias en el seno de la denominada “Mesa de la Unidad Democrática” esté circunscrito a ocho Entidades federales y al Distrito Capital, implica que “...se está materializando al margen. A espaldas de la participación de una mayoritaria y significativa parte de sus asociados o asociadas y omitiéndose el correspondiente proceso electoral interno”.

Al respecto cabe indicar que, ciertamente, el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, orientada por uno de los principios que la conforman como lo es el de participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, reconoce a los ciudadanos y ciudadanas el derecho de asociarse con fines políticos, exigiéndose que la estructura de las asociaciones políticas garanticen métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección; y a tal fin, sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular deben ser seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

Por obra de este mandato constitucional, las asociaciones políticas deben dictar los cuerpos normativos internos que contenga todas las normas y procedimientos correspondientes para desarrollar el contenido normativo del precepto constitucional en referencia, es decir, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a los fines de garantizar que la voluntad de sus respectivos colectivos se expresen en forma transparente para evitar con ello que se convierta en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular. Asimismo, tal cuerpo normativo debe contar con la aprobación del Consejo Nacional Electoral, quien, como máximo órgano de la Administración Electoral, debe garantizar la participación de los ciudadanos a través de procesos comiciales transparentes, imparciales y confiables que se celebren, entre otros, dentro de las mismas organizaciones sociales, así lo dejó ver esta Sala, mediante sentencia N° 1003/2000 del 11 de agosto (caso: *Luis A. Doria, Ángel Manuel Caraballo y otros*), cuando sostuvo lo siguiente:

...la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de aplicación preferente a la antes citada ley, creó en sustitución del Consejo Supremo Electoral, al Consejo Nacional Electoral hoy de rango constitucional, al cual define como el órgano superior de la administración electoral, con jurisdicción en todo el territorio nacional y competencia administrativa para dirigir, organizar y supervisar los procesos electorales contemplados en dicha ley, con plena autonomía, atribuyéndole, además, competencia para conocer de los recursos previstos en la misma pero con la limitación de que su participación en los procesos internos de los partidos

y organizaciones políticas, de selección de sus directivos y representantes, está restringida a prestar apoyo técnico y logístico y a colaborar, cuando tales organizaciones así lo soliciten. No obstante, con relación a la selección interna de candidatos para optar a cargos de elección popular, la citada Ley Orgánica establece que la postulación solo pueden hacerla los partidos políticos inscritos y los grupos de electores a que se refiere la misma, y crea, para los partidos políticos, la obligación de establecer un Reglamento Interno de campaña y selección de candidatos que deberá ser entregado, antes del inicio de cada proceso, al órgano de control, es decir al Consejo Nacional Electoral, en el entendido de que dicho reglamento debe cumplir con el principio consagrado en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir obedecer a criterios democráticos de selección.

De acuerdo con dicha Ley Orgánica, el Consejo Nacional Electoral, es el órgano que detenta la potestad reglada de inscribir o negar la inscripción, o incluso cancelar la ya acordada a un partido político, y de aceptar o no la postulación de candidatos a optar a cargos públicos de elección popular y en consecuencia, es el órgano que debe considerar, al aceptar o rechazar una postulación, si el postulado ha sido o no, seleccionado con apego a los estatutos y reglamentos del partido, y si el reglamento interno de campaña y selección de candidatos responde o no, a la previsión constitucional, es decir si el candidato postulado ha sido o no, seleccionado con métodos democráticos con la participación de sus integrantes. El acto por el cual el Consejo Nacional Electoral acepta o no la postulación de un candidato para optar a cargos de elección popular es un acto administrativo, que, de acuerdo con la Ley Orgánica citada, podrá ser impugnado en sede judicial mediante el Recurso Contencioso Electoral, “medio breve, sumario y eficaz para impugnar los actos, las actuaciones y las omisiones del Consejo Nacional Electoral y para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionados por éste en relación a la constitución, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, al registro electoral, a los procesos electorales y los referendos.

Sin embargo, es menester recalcar que los mecanismos democráticos de la participación política no se agotan con la elección interna de la directiva y de los candidatos o candidatas postulados a cargos de elección popular de las Asociaciones y Partidos Políticos, en virtud de que en el esquema democrático venezolano la participación política no se canaliza exclusivamente a través de las asociaciones y partidos políticos; muestra de ello lo constituye la denominada “Mesa de la Unidad Democrática”, calificada por los accionante como un ente en el que: “...*los partidos políticos de la oposición política venezolana, Acción Democrática, COPEI, Un Nuevo Tiempo, Alianza Bravo Pueblo, Primero Justicia, Proyecto Venezuela, PODEMOS, Movimiento al Socialismo, Bandera Roja, diversas organizaciones políticas, asociaciones civiles, grupos de opinión y organizaciones no gubernamentales, se han agrupado-unido-asociado, en un ente de facto, con características corporativas, sin personalidad jurídica propia, a los fines de ‘lograr mediante consenso para las próximas elecciones para Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional, la escogencia de los candidatos y candidatas que han denominado ‘MESA DE LA UNIDAD DEMOCRÁTICA’.*”

Así, el propio artículo 67 constitucional refiere que “*Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas...*” (resaltado añadido). En desarrollo de este enunciado constitucional, el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.928 Extraordinario del 12 de agosto de 2009, señala que tendrán derecho a postular candidatos y candidatas: las organizaciones con fines políticos, **los grupos de electores y electoras, los ciudadanos y las ciudadanas por iniciativa propia** y las comunidades u organizaciones indígenas. En tal sentido... el grupo de electores y electoras, está definido en el artículo 49 *eiusdem* como: “...*organizaciones conformadas por ciudadanos y ciudadanas debidamente inscritos o inscritas en el Registro Electoral, los cuales tienen como única finalidad postular candidatos o candidatas a un determinado proceso electoral...*” Mientras que para el caso de las postulaciones por iniciativa propia la aludida Ley, esta vez en su artículo 52, exige que sea para cargos de elección popular electos mediante la vía nominal.

Como se constata de lo hasta aquí reseñado, la elección interna no es la única forma válida de postular candidatos o candidatas para un cargo de elección popular, pues nuestro vigente esquema jurídico electoral, desde la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana y a diferencia del extinto esquema de democracia representativa de la anterior Constitución Nacional de 1961, permite otras formas de postulación -radicadas en el hecho constitucional de que la participación política no es monopolio de los partidos políticos- ampliándose hasta la postulación por **iniciativa propia**, nota que se acentúa para los cargos de elección popular de los órganos deliberantes, en el que puede coexistir un sistema electoral mixto de personalización del sufragio para los cargos nominales, y de representación proporcional para los llamados cargos de la lista. Lo importante a retener aquí es que la participación política se ejerce mediante múltiples mecanismos democráticos en el que cada uno de los ciudadanos y ciudadanas y demás actores políticos que configuran la Sociedad venezolana hagan valer sus intereses bien sea mediante elecciones, alianzas, consensos y demás mecanismos políticos que son reconocidos por nuestro ordenamiento constitucional y legal en la medida en que se mantengan dentro del esquema constitucional.

En torno al mandato constitucional que los accionantes consideran como lesionado, la diferencia radica en que la exigencia contenida en el encabezado del artículo 67 está destinada a los partidos políticos, entendidos como agrupaciones permanentes cuya finalidad es participar en la dinámica política de la Nación, en cualesquiera de sus ámbitos -artículo 48 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales-; por ser ese, para el caso de las Asociaciones Políticas, la forma de controlar que los mecanismos políticos de estas Asociaciones no se distorsionen, y deriven en meros custodios de intereses político-partidistas secuestradoras de la voluntad popular.

Al ser ello así, la Sala estima que no existe lesión constitucional alguna, razón por la cual declara improcedente *in limine litis* la acción de amparo por derechos e intereses difusos interpuesta por los ciudadanos JUAN PABLO TORRES DELGADO, NEBLET NAVAS GÓMEZ y ENRIQUE RAFAEL TINEO SUQUET contra la Mesa de la Unidad Democrática. Así se decide.

II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Público Nacional*

- A. *Privilegios y prerrogativas de la República: Consulta obligatoria de toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República*

TSJ-SPA (435)

19-5-2010

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)

En el caso de que la sentencia definitiva objeto de consulta fuese desfavorable a los intereses de la República, procede esta Sala de seguir a revisar su conformidad a derecho, de acuerdo con el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008.

Corresponde a esta Sala conocer en consulta, conforme a lo previsto en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, de la sentencia No. 0055/2009 dictada en fecha 19 de mayo de 2009, por el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró “*procedente*” la acción de amparo tributario interpuesta por la sociedad mercantil Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., contra la demora incurrida por la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en resolver la solicitud de recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas del impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2006, por el monto total de once mil seiscientos dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 11.602.475.800,77).

La presente causa versa sobre un juicio de naturaleza tributaria que debe ser resuelto siguiendo los principios y normas adjetivas contenidas en el Código Orgánico Tributario de 2001, aplicable *ratione temporis*. A tal efecto, es de observar que el artículo 278 *eiusdem* contempla el principio de apelabilidad de las sentencias, indicando respecto a ello, las decisiones recurribles, el tiempo en que puede ejercer la apelación y, en su aparte único, los casos en que es procedente tal recurso, al establecer que: “**Cuando se trate de la determinación de tributos o de la aplicación de sanciones pecuniarias, este recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.) para las personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) para las personas jurídicas**”. (Destacado de la Sala).

A objeto de verificar la procedencia de la referida consulta, resulta oportuno examinar los requisitos exigidos por el legislador plasmados en sentencias N° 00566 y 00812 dictadas por esta Sala en fechas 2 de marzo de 2006 y 9 de julio de 2008, casos: *Agencias Generales CONAVEN, S.A. y Banesco Banco Universal, C.A.*, respectivamente, en las que se establecieron como supuestos de procedencia de la consulta, los siguientes:

- 1.- Que se trate de sentencias definitivas o interlocutorias que causen un gravamen irreparable, es decir, revisables por la vía ordinaria del recurso de apelación.
- 2.- Que la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.), cuando se trate de personas naturales, y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) en el supuesto de personas jurídicas.
- 3.- Que las sentencias definitivas o interlocutorias que causen un gravamen irreparable, resulten contrarias a las pretensiones de la República.

Respecto al primer supuesto, pudo observar esta Sala que en el presente caso se encuentra cumplido, toda vez que el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró por sentencia definitiva procedente la acción de amparo tributario incoada por la contribuyente Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., contra la demora incurrida por la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en resolver la solicitud de recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas del impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2006, por el monto de once mil seiscientos dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 11.602.475.800,77).

En cuanto al segundo supuesto, una vez concordada la cuantía de la causa de once mil seiscientos dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 11.602.475.800,77), ahora expresada en once millones seiscientos dos mil cuatrocientos setenta y cinco bolívares con ochenta céntimos (Bs. 11.602.475,80), con lo establecido en la Providencia Administrativa No. 0002344 de fecha 26 de febrero de 2009, suscrita por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), publicada en la Gaceta Oficial No. 39.127 de igual fecha, mediante la cual se reajustó el valor de la unidad tributaria de cuarenta y seis bolívares (Bs. 46,00) a cincuenta y cinco bolívares (Bs. 55,00), cantidades aplicables para la fecha en que fue dictada la sentencia objeto de consulta (19 de mayo de 2009), se constata que la cuantía de la causa alcanza el monto requerido en el artículo 278 del Código Orgánico Tributario de 2001, pues siendo la contribuyente una persona jurídica, la consulta procede sólo si la cuantía excede de las quinientas unidades tributarias (500 U.T.), equivalentes para la precitada fecha a la cantidad de veintisiete mil quinientos bolívares sin céntimos (Bs. 27.500,00).

Por último, visto que la sentencia definitiva objeto de consulta fue desfavorable a los intereses de la República, procede esta Sala de seguidas a revisar su conformidad a derecho, de acuerdo con el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008.

2. *El Poder Público Municipal*

A. *Privilegios y prerrogativas de los Municipios: Eximente de costas procesales*

TSJ-SPA (517)

3-6-2010

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA, C.A.) vs. Dirección de Hacienda Pública del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira

La Sala extiende el privilegio referente a la eximente de costas procesales que goza la República a los Municipios, en virtud de que el aludido ente local no puede actuar en juicio bajo las mismas condiciones que un particular, teniendo en cuenta la magnitud de la responsabilidad legal que posee en un procedimiento, en resguardo de los intereses patrimoniales de la colectividad.

Por último, la representación judicial del Fisco Municipal arguye que la condenatoria en costas efectuada por el Tribunal de instancia a su representado es improcedente, toda vez que, por una parte, no hubo vencimiento total, pues sólo resultó procedente el vicio de falso supuesto de hecho alegado por la contribuyente; y, por la otra, el referido ente local tenía motivos racionales para litigar.

Al respecto, es pertinente señalar que independientemente del número de alegatos planteados por la recurrente, si se determina la procedencia de algún vicio que implique la nulidad del acto administrativo impugnado, el recurso contencioso tributario deberá ser declarado con lugar, tal como fue llevado a cabo en el caso de autos por el Tribunal de instancia.

Sin embargo, por cuanto el ente recurrido es un Municipio, es necesario traer a colación el criterio jurisprudencial fijado por esta Sala Político-Administrativa referente a la extensión de los privilegios de la República a los Municipios, en sentencias, *Praxair Venezuela, S.C.A.*,

reiterado recientemente por el caso: *Constructora Julyone, C.A.*, cuyo tenor es el que a continuación se indica:

“(...) Al respecto, debe señalarse que la demanda está dirigida contra el Distrito Metropolitano de Caracas, el cual según los artículos 20 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, 1 y 3 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, es una entidad local territorial autónoma con personalidad jurídica propia.

Ahora bien, observa esta Sala que ninguno de los mencionados instrumentos normativos contienen regulación alguna respecto a la obligatoriedad de agotar el antejuicio administrativo como requisito para acceder a la vía jurisdiccional contra los Municipios, o en este caso, contra el Distrito Metropolitano de Caracas.

Sin embargo, tal y como lo afirmó el apoderado judicial de esa entidad, se observa que mediante sentencia del 26 de febrero de 2007 en el expediente N° 06-1855, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, afirmó que PDVSA Petróleo, S.A. ‘es una empresa del estado beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República Bolivariana de Venezuela como a una serie de entes de derecho público similares.’

Tal criterio se sustentó en la interpretación progresiva de fallos anteriores de dicha Sala, en los cuales se dejó sentado, entre otros aspectos, que la República ‘no puede actuar en juicio al igual que un particular, no porque este sea más o menos, sino porque la magnitud de la responsabilidad legal que posee la República en un procedimiento, amerita y justifica la existencia de ciertas condiciones especiales. En tal sentido, cuando la República es demandada en juicio, se acciona contra uno de los componentes más importantes del Estado y la eventual afectación de su patrimonio puede llegar a afectar el patrimonio de la población, y mermar la eficacia de la prestación de los servicios públicos. Conforme a esta premisa, el ordenamiento jurídico ha establecido privilegios y prerrogativas procesales para la actuación de la República en juicio en resguardo de los intereses superiores que rigen la actuación del Estado.’ (Vid., sentencia de la Sala Constitucional N° 2229 del 29 de julio de 2005 caso: Procuraduría General del Estado Lara).

Así pues, si bien en el primer caso señalado, la Sala Constitucional sólo extendió expresamente a PDVSA Petróleo, S.A., las prerrogativas procesales otorgadas a favor de la República, esta Sala atendiendo a las razones que sustentaron tal declaración, es decir, las referidas a que un ente público no puede actuar en juicio en las mismas condiciones que un particular, en virtud de la magnitud de la responsabilidad legal que posee en un procedimiento, considera que al igual que la República, se amerita que los Municipios, en cuyo nivel se encuentra también el Distrito Metropolitano de Caracas, gocen en juicio de ciertas condiciones especiales, en resguardo de los intereses superiores que rigen la actuación pública de dichos entes políticos territoriales, entre ellos, el agotamiento del antejuicio administrativo.

Lo anterior, no constituye una aplicación retroactiva de un presupuesto procesal, pues si bien condiciona la admisibilidad de las demandas que se ejerzan contra las entidades locales, su implementación deviene del criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional en la sentencia del 26 de febrero de 2007, que delimitó el alcance que debe tener en juicio el derecho al debido proceso y a la defensa de la sociedad mercantil PDVSA Petróleo, S.A., interpretación que resulta de atención inmediata para las demás Salas de este Máximo Órgano Jurisdiccional y de los otros tribunales de la República.

Conforme a lo expuesto, concluye esta Sala que en el caso bajo análisis, al haberse ejercido una demanda de contenido patrimonial contra el Distrito Metropolitano de Caracas, antes de acudir a la vía jurisdiccional, debía agotarse el antejuicio administrativo. Así se establece. (...)”. (Destacado de la Sala Político-Administrativa).

En armonía con lo anterior, es preciso referir al criterio jurisprudencial sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 1238 del 30 de septiembre de 2009, caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz*, en la cual se dejó sentado lo siguiente:

“...la Sala, mediante sentencia del 21 de octubre de 2008, aunque abandonó el criterio acogido en la sentencia *supra*, según el cual constituye una desigualdad injustificada que la República y los entes que gozan de tal privilegio no pudieran ser condenados en costas y en cambio sí pudieran serlo los particulares que litiguen en su contra y resulten totalmente vencidos, **ratificó la constitucionalidad de la prohibición de condenatoria en costas a la República, de manera general, por estimar lo siguiente:** (Destacado de la Sala).

‘Ahora bien, el privilegio procesal de la República y de otros entes públicos, relativo a la exención de la condena en costas ha sido establecido por el Legislador en uso de su amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta, las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales, ello, mediante el establecimiento de una diferenciación racional que responde a los intereses superiores que tutela el Estado, aun en juicio, como son, la no afectación del servicio e interés público y la protección de sus bienes y derechos, que son, en definitiva expresión del interés general.

Sobre el particular esta Sala ha sostenido que ‘la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados en el Texto Fundamental, sino además los supremos fines en él perseguidos, por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada del cuerpo constitucional, lo cual implica que la actividad legislativa no conlleva la simple ejecución de los principios constitucionales, sino que, por el contrario, comprende una amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta, las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales’. (Vid. sentencia N° 962/2006, del 09.05, caso: Cervecerías Polar Los Cortijos C.A.).

(...)

Así las cosas, a juicio de esta Sala el privilegio en cuestión no es contrario a los artículos 21 y 26 de la Constitución, ya que, el trato diferente obedece a un objetivo constitucionalmente válido, además, el mismo resulta coherente y proporcional con el fin perseguido y la singularización se encuentra perfectamente delimitada en cada una de las leyes que lo establecen. Por consiguiente, la Sala juzga que no constituye una desigualdad injustificada, el que la República, y los entes que gozan de tal privilegio, no puedan ser condenados en costas, y en cambio si puedan serlo los particulares que litigan contra ella y resulten totalmente vencidos, por lo que la Sala abandona el criterio sentado en sentencia n° 172 del 18 de febrero de 2004, caso: Alexandra Margarita Stelling Fernández, de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia de esta (Vid. pp. 22 y 23). Así se decide.

Lo expuesto no es aplicable a los procesos de amparos, en los que el Legislador estableció un criterio subjetivo para la condenatoria en costas basado en la temeridad, además de que el artículo 21 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece que cuando el agraviante sea una autoridad pública quedarán excluidos del procedimiento los privilegios procesales, de allí que se ratifica la doctrina de interpretación vinculante que estableció en sentencia N° 2333 del 2 de octubre de 2002, caso: Fiesta C.A., según la cual, indiferentemente de la persona contra la cual obre la pretensión, y con las particularidades dispuestas en la norma que lo estipula, puede ser condenado en costas el perdedor, bien se trate de entidades públicas o de particulares que hubieren intentado una acción contra aquellas personas públicas.

Con base en lo expuesto, se concluye que las disposiciones que contienen los artículos 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, 76 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, anteriormente 47, y en la última frase del 287 del Código de Procedimiento Civil, que establecen la prohibición de condena en costas contra la República, no son contrarias a la Constitución, en consecuencia, debe declararse sin lugar la pretensión de nulidad de las referidas disposiciones normativas. Así se declara. (Subrayado de este fallo).

Según este criterio, el privilegio procesal de la República que le exime de ser condenada en costas procesales cuando resulta vencida en juicio está plenamente justificado por los objetivos que constitucionalmente se le han asignado, lo cual resulta coherente y proporcional con los fines perseguidos que han sido delimitados en cada una de las leyes que lo establece, situación que no varía en materia penal, donde la acción está atribuida al Estado a través del Ministerio Público, según lo previsto en los artículos 285 de la Carta Magna y 11 del Código Orgánico Procesal Penal.

En virtud de los criterios jurisprudenciales expuestos, esta Sala considera que el enunciado normativo de prohibición de condenatoria en costas a la República encuentra una justificación constitucional por lo que debe prevalecer como privilegio procesal cuando ésta resulta vencida en los juicios en los que haya sido parte por intermedio de cualquiera de sus órganos, incluso en aquellos de carácter penal en todos los supuestos previstos en el artículo 268 del Código Orgánico Procesal Penal; y así se decide". (Destacado de la Sala Político- Administrativa).

Con vista a los criterios jurisprudenciales parcialmente transcritos, esta Sala extiende el privilegio referente a la eximente de costas procesales que goza la República a los Municipios, en virtud de que el aludido ente local no puede actuar en juicio bajo las mismas condiciones que un particular, teniendo en cuenta la magnitud de la responsabilidad legal que posee en un procedimiento, en resguardo de los intereses patrimoniales de la colectividad. Por tal razón, se exime del pago de costas procesales impuestas por el Tribunal *a quo* al Municipio San Cristóbal del Estado Táchira. Así se declara.

En consecuencia, esta Alzada declara sin lugar la apelación ejercida por la representación judicial del Fisco Municipal, contra la sentencia definitiva N° 574-2008 del 8 de diciembre de 2008 dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes, decisión que se confirma con excepción del pronunciamiento referente a la condenatoria en costas procesales impuestas al Municipio recurrido, el cual se revoca conforme a los términos expresados en este fallo. Así se declara.

III. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos municipales: Impuesto a las Actividades Económicas: Actividad de comisionista y de concesionario*

TSJ-SPA (517)

3-6-2010

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA, C.A.) vs. Dirección de Hacienda Pública del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira

.....Disponen los artículos 2, 7 y 37 de la Ordenanza sobre Patente e Impuestos de Industria, Comercio, Servicios e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira de fecha 21 de diciembre de 2004, aplicable *ratione temporis*, lo siguiente:

“Artículo 2.- La Actividad Lucrativa representará siempre el hecho imponible; la base imponible estará representada generalmente por los ingresos brutos, como referencia, salvo aquellos casos en donde se imposibilite su determinación, como consecuencia de la naturaleza de la actividad lucrativa; en esos casos la base imponible se determinará con base al movimiento económico, a la magnitud de la empresa, al estudio de documentos jurídicos contables exigidos por la Dirección de Hacienda, interrogatorios al representante del contribuyente y cualquier otro documento o información que suministre el contribuyente y la base de cálculo será siempre el aforo o alícuota que aparece asignado para cada rubro en el respectivo clasificador contenido en el Artículo 37 de esta Ordenanza”.

“Artículo 7.- A los efectos de esta Ordenanza, se entiende por Ingresos Brutos, los obtenidos por el ejercicio de la actividad lucrativa que realmente se ejerza dentro del Territorio Municipal, abstracción hecha del objeto establecido en el Acta Constitutiva a excepción de los Ingresos Brutos que obtengan las sociedades civiles sin fines de lucro y que realmente no obtengan ningún lucro, sino que los mismos sean para ser reinvertidos en la misma sociedad civil, con el propósito de que ésta cumpla cabalmente con sus fines legítimos y específicos”.

“Artículo 37.- El monto del Impuesto establecido en el Artículo 2 de esta Ordenanza se determinará de acuerdo a la base de Cálculo o a las Unidades Tributarias establecidas en el siguiente clasificador de actividades económicas (Clasificador).

Parágrafo Único.- El Valor de la Unidad Tributaria será aquel establecido por el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (Seniat).

(...)

4.- VENTA DE VEHÍCULOS, MAQUINARIAS, EQUIPOS Y ACCESORIOS

Código. Actividad Económica. Aforo anual % Mínimo Tributable

4.3 Concesionarias, distribuidores y vendedores de vehículos nuevos

0,35% 21 U.T.

(...)

7.- OTRAS ACTIVIDADES COMERCIALES

7.38.- Venta en Consignación y por Comisiones de vehículos Nuevos

3% 20 U.T.”

.....De las normas anteriormente transcritas se desprende que el hecho imponible en materia de impuesto sobre patente de industria, comercio, servicios e índole similar en el Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, está constituido por la realización de actividades lucrativas dentro de su ámbito territorial. Igualmente, señala la referida Ordenanza que la base imponible se configura, como regla general, por los ingresos brutos. Asimismo, dependiendo de la actividad que explote la contribuyente le corresponderá una alícuota impositiva de 0,35% si actúa como concesionaria, o de 3% si lo hace como comisionista.

En armonía con lo indicado es necesario determinar si la contribuyente Distribuidora de Motores Cordillera Andina C.A. (DIMCA), posee el carácter de “comisionista” o de “concesionaria”, a fin de establecer cuál es la base imponible que le corresponde para calcular el impuesto a las actividades económicas de industria, comercio, servicios e índole similar referido al período fiscal coincidente con el año civil 2007. En este sentido, cabe mencionar el contenido de los artículos 376, 379, 385, 386, 389 y 396 del Código de Comercio, cuyos textos disponen lo siguiente:

“Artículo 376.- Comisionista es el que ejerce actos de comercio en su propio nombre por cuenta de un comitente”.

“Artículo 379.- Si el negocio encomendado se hiciere bajo el nombre de comitente, los derechos y las obligaciones que produce, se determinan por las disposiciones del Código Civil sobre el contrato de mandato; pero el mandato mercantil no es gratuito por naturaleza”.

“Artículo 385.- El comisionista debe sujetarse estrictamente a las instrucciones de su comitente en el desempeño de la comisión; pero si creyere que cumpliéndolas a la letra debe resultar un daño grave a su comitente, podrá suspender la ejecución, dándole aviso en primera oportunidad.

En ningún caso podrá obrar contra las disposiciones expresas y claras de su comitente”.

“Artículo 386.- *El comisionista debe comunicar oportunamente al comitente todas las noticias relativas a la negociación de que estuviere encargado que puedan inducirle a modificar o revocar sus instrucciones”.*

“Artículo 389.- *El mandatario mercantil tiene derecho a exigir una remuneración por el desempeño de su encargo. Si no hubiere convenio previo sobre su monto, se estará al uso de la plaza en que se hubiere ejecutado el mandato”.*

“Artículo 395.- *Las mercancías o efectos recibidos o comprados por el comisionista por cuenta del comitente, pertenecen a éste y los que expidieren viajan por cuenta y riesgo del comitente, salvo que hubiere convención en contrario”.*

De las normas citadas, aplicables supletoriamente al caso de autos, se desprende que en los contratos de comisión siempre subyace una encomienda a cargo del comisionista, la cual consiste en la venta o distribución en forma exclusiva de un producto o mercancía, y como consecuencia de la aceptación de tal encargo se le imponen ciertas limitaciones, condiciones u obligaciones al comisionista, así como también se le concede un beneficio económico producto del cumplimiento de tales obligaciones, que será un porcentaje o comisión del precio de venta de dicho producto o mercancía, previamente fijado por la empresa. (*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 05568, 00874 y 00059 del 11 de agosto de 2005, 17 de junio de 2009 y 21 de enero de 2010, casos: *Rustiaco Caracas, C.A.*, *Toyotáchira S.A.* y *Sakura Motors, C.A.*, respectivamente).

Ahora bien, esta Máxima Instancia en la sentencia N° 01009 de fecha 8 de julio de 2009, caso: *Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA C.A.)*, sobre la base de los elementos probatorios consignados en el expediente, evidenció que “*la contribuyente Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA C.A.) realiza la actividad de concesionario al vender al público los vehículos con la marca del fabricante Toyota*”.

En el caso concreto, de las pruebas promovidas por la recurrente en primera instancia (folios 161 y 162 del expediente judicial), se evidencia la constancia expedida en fecha 10 de febrero de 2006 por la sociedad mercantil TOYOTA DE VENEZUELA, C.A., por medio de la cual se reconoce a Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA C.A.) como concesionario de vehículos de dicha marca.

De allí concluye esta Sala que la actividad lucrativa desarrollada por la contribuyente dentro del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, la cual constituye el hecho imponible, es la venta de vehículos nuevos fabricados y ensamblados por Toyota de Venezuela, dentro del territorio del referido ente local.

En este contexto, es preciso determinar cuál es la alícuota aplicable para gravar a la empresa Distribuidora de Motores Cordillera Andina, Compañía Anónima (DIMCA C.A.), con el impuesto sobre actividades de industria, comercio, servicios e índole similar en el territorio del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

En tal sentido, el Clasificador de Actividades en su artículo 37, numeral 4 de la *Ordenanza sobre Patente e Impuestos de Industria, Comercio, Servicios e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira* de fecha 21 de diciembre de 2004, publicada en la Gaceta Municipal Extraordinario N° 045 del mes de diciembre de 2004, vigente *ratione temporis*, contempla la actividad lucrativa gravada bajo la denominación “*VENTA DE VEHÍCULOS, MAQUINARIAS, EQUIPOS Y ACCESORIOS*”, y en su aparte 4.3 a las “*Concesionarias, distribuidores y vendedores de vehículos nuevos*”.

Por otra parte, del numeral 7 del artículo 37 de la referida Ordenanza, se desprenden como gravadas “*OTRAS ACTIVIDADES COMERCIALES*” entre las cuales destaca la establecida en el aparte 7.38 denominada: “*Venta en Consignación y por Comisiones de vehículos Nuevos*”.

Sobre la base de lo anteriormente señalado, observa esta Sala que la mencionada Ordenanza grava la actividad económica relativa a la venta de “*vehículos, maquinarias, equipos y accesorios*”, con el clasificador ubicado en el literal 4 y, específicamente, en el aparte 4.3, la venta de vehículos nuevos bajo forma de “*concesión*”; mientras que en el artículo 37, numeral 7 se gravan todas aquellas actividades diferentes a la venta de vehículos, maquinarias, equipos y accesorios.

Por lo tanto, disiente esta Alzada de lo argumentado por el Fisco Municipal, cuando pretende gravar a la contribuyente con un *clasificador* que corresponde a “*otras actividades comerciales*”, lo cual entiende esta Sala por todas aquellas no establecidas en los numerales que la preceden; pues tal como se ha señalado previamente la actividad lucrativa de la empresa DIMCA, C.A. es la venta de vehículos, maquinarias, equipos y accesorios (dentro de la cual se encuentran incluidas todas las formas jurídicas utilizadas para la venta de vehículos nuevos), como concesionario de la empresa Toyota de Venezuela, C.A. y no como comisionista, habida cuenta que no se desprende de autos dicho carácter, el cual posee una alícuota y clasificador específico....

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*

A. *Derechos de los administrados: Derecho a la defensa y debido proceso (ausencia de procedimiento)*

TSJ-SPA (581)

17-6-2010

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Sorzano & Asociados, C.A. vs. Comisión Reestructuradora del Instituto de Previsión y Asistencia Social del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

La Administración puede reconocer la nulidad de sus actos, bien de oficio o a solicitud de parte, sin que para ello deba ordenar abrir procedimiento alguno, toda vez que el grado de discrecionalidad de ese tipo de decisiones debe fundamentarse en la justa valoración y equilibrio que debe haber entre el interés general y el interés público o privado.

.....Finalmente, sostiene la recurrente que la citada Resolución también vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa de su representada, por cuanto se dictó con prescindencia total y absoluta del procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que le permite a la Administración revisar sus propios actos.

Respecto a la denuncia planteada, esta Sala en reiteradas oportunidades ha establecido:

“(...) en casos como éstos en los que impera la autotutela, no existe en principio, la obligación de abrir un procedimiento administrativo (que garantice los derechos del Administrado), por el grado de discrecionalidad que opera en este tipo de decisiones administrativas (actos) los cuales deben fundamentarse suficientemente en la justa valoración y equilibrio que la Administración debe hacer entre un ‘interés primario’ (representado por el interés

general) y unos ‘intereses secundarios’ (representados por intereses públicos o privados) que en cierta oportunidad, por razones de conveniencia deben ser dejados de lado en favor de ese interés primario. Es decir, la cuestión de la discrecionalidad plantea la valoración del interés público frente a otros (heterogéneos), también protegidos por el ordenamiento. Este mecanismo per se, constituye la garantía que la Administración brinda a sus administrados en estos casos y, es por ello que ante la ausencia de un procedimiento administrativo previo, el control de estos actos y la consecuente garantía de los derechos de los administrados queda en manos de la jurisdicción. Es precisamente este control de la jurisdicción contencioso administrativa y la debida proporcionalidad y adecuación al interés público que debe guardar la Administración, lo que garantiza a los administrados el límite y el equilibrio que la Constitución consagra entre el ejercicio del Poder Público y el de los derechos y garantías de los particulares.”. (Vid. decisión N° 1836 del 7 de agosto de 2001, reiterada en fallo N° 01447 del 8 de agosto de 2007, caso: Minera La Cerbatana, C.A.) (Resaltado del texto)

Conforme a lo señalado por esta Máxima Instancia en la sentencia parcialmente transcrita, la Administración puede reconocer la nulidad de sus actos, bien de oficio o a solicitud de parte, sin que para ello deba ordenar abrir procedimiento alguno, toda vez que el grado de discrecionalidad de ese tipo de decisiones debe fundamentarse en la justa valoración y equilibrio que debe haber entre el interés general y el interés público o privado.

Por tanto, debe desestimarse el alegato de prescindencia total y absoluta del procedimiento previsto, formulado por la recurrente. Así se declara.

En cuanto a la violación del derecho a la defensa y debido proceso alegada por la recurrente, en virtud de haberse “*revocado un acto mediante un procedimiento no previsto ni consagrado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*”, la Sala observa:

Respecto al derecho a la defensa, este Órgano Jurisdiccional ha sido constante en reiterar sus distintas manifestaciones, entre éstas, el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna, si el administrado no cuenta con esta posibilidad; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa, a los efectos de que le sea posible al particular presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aun si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen; el derecho que tiene el administrado a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración; el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa y finalmente, el derecho a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes.

De otra parte, cabe apuntar que el debido proceso encuentra manifestación en un grupo de garantías procesales, entre las cuales destaca el acceso a la justicia, el acceso a los recursos legalmente establecidos, así como el derecho a un tribunal competente y a la ejecución del procedimiento correspondiente.

En el presente caso, la violación alegada por la recurrente, deviene “*de la revocatoria de un acto mediante un procedimiento no previsto en la ley*”, sin embargo, como ha quedado expuesto, en efecto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sí consagra el ejercicio del recurso de revisión en los casos señalados en el artículo 97 de la mencionada Ley.

En ese sentido, advierte la Sala que la referida Ley no establece de manera expresa el procedimiento que habrá de seguirse a los fines de sustanciar el recurso de revisión ejercido, sino que hace referencia al lapso de treinta (30) días a los efectos de su correspondiente decisión.

No obstante, el hecho de que en el presente caso la Administración haya decidido admitir y sustanciar dicho recurso a los efectos de oír a las partes involucradas, esto no determina la violación de derecho alguno; al contrario, otorga mayor garantía a las partes, al concederle a éstas la posibilidad no sólo de que argumenten sus pretensiones, sino que también sean objeto de pruebas.

Así, esta Máxima instancia en reiteradas oportunidades, ha denominado el procedimiento como el conjunto concatenado de actos previos llamados de mero trámite de carácter iniciador cuyo fin está dirigido tanto a preparar la fase decisoria, como brindar a las partes oportunidad a los fines de que éstas puedan hacer valer sus derechos y aportar los medios de prueba pertinentes a objeto de determinar la procedencia de sus pretensiones. Es por ello, que en la fase de sustanciación la Administración acumula en el expediente administrativo que abre al efecto todos los elementos que sirven de base para su decisión.

En el presente caso, una vez solicitada la revisión del acto administrativo contenido en la Resolución N° 1 de fecha 8 de enero de 2003, la Administración procedió a notificar a las partes y en ese sentido, compareció la representación judicial de la empresa hoy recurrente Sorzano & Asociados, C.A., a fin de presentar sus descargos, tal y como se evidencia del escrito presentado ante la Administración el 5 de mayo de 2003.

Una vez oídas las partes y verificadas las actuaciones cursantes en el expediente administrativo correspondiente, la Administración procedió a revocar su propia decisión, con base en lo dispuesto en el ordinal 3° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, "*por resultar materialmente imposible dar cumplimiento a una resolución declarada nula con anterioridad*".

En atención a lo antes expuesto, la Sala debe desechar la denuncia de violación del derecho a la defensa y debido proceso formulada por la recurrente, ello por cuanto: i) de la revisión del expediente administrativo se evidencia que ésta hizo uso del derecho de defensa al comparecer a la vía administrativa y presentar sus alegatos y pruebas correspondientes y, ii) el procedimiento sustanciado por el órgano administrativo lejos de causar un perjuicio a las partes, ofrece garantías al permitirles ejercer su defensa. Así se decide.

2. *Recursos Administrativos: Lapso aplicable*

CPCA

5-5-2010

Juez Ponente: Efrén Navarro

Caso: Mapfre La Seguridad, C.A. De Seguros vs. Comisión de Administración de Divisas (CADIVI)

Ante el supuesto de que el acto emanado de un nivel inferior al Ministro ponga fin a la vía administrativa, se considera que el lapso aplicable para decidir el recurso de reconsideración debe ser aquel que permita a los ciudadanos el ejercicio del recurso contencioso de nulidad en el menor tiempo posible, como manifestación del derecho de obtener oportuna respuesta, o que habiendo operado el silencio administrativo, como garantía del administrado, le permita acceder en un lapso menor a la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr la revisión del acto que puso fin al procedimiento administrativo.

.....Conforme a lo expuesto, observa esta Corte que el artículo 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que tanto el recurso de reconsideración, cuando

deba decidir el propio Ministro, así como el recurso jerárquico, deberán ser decididos dentro de los noventa (90) días siguientes a su interposición.

Por su parte, el artículo 94 *eiusdem*, prevé con relación a la interposición del recurso de reconsideración que "...Si el acto no pone fin a la vía administrativa, el órgano ante el cual se interpone el recurso, decidirá dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del mismo...".

Ahora bien, en el presente caso se observa que el acto cuya nulidad se pretende, contra el cual se interpuso recurso de reconsideración, ha sido dictado por una autoridad en un nivel inferior en la jerarquía administrativa que el Ministro, pero cuyas decisiones ponen fin a la vía administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio Cambiario N° 1, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.625 de fecha 5 de febrero de 2003, reimpresso por error material en fecha 19 de marzo de 2003.

De forma tal que esta Corte observa que tal supuesto no se encuentra regulado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que obliga a este Órgano Jurisdiccional a determinar cuál debe ser la norma aplicable en resguardo del derecho a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por aplicación analógica de las normas expuestas de la Ley *in commento*.

Al efecto, considera esta Corte necesario señalar que la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) fue creada como un órgano desconcentrado del Ministerio de Finanzas, hoy día, Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, mediante Decreto N° 2.302, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.625 de fecha 5 de febrero de 2003, cuyas decisiones agotan la vía administrativa; no obstante, en virtud del carácter optativo que se ha atribuido al previo agotamiento de los recursos en sede administrativa por parte del interesado, para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo establece el artículo 7, numeral 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, dichos recursos deberán ser decididos por los funcionarios que correspondan dentro de los lapsos previstos por el legislador.

Ello así, a elección del interesado, contra los actos dictados por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), cabe la interposición del recurso de reconsideración por ante el mismo funcionario autor del acto, y en caso de producirse una decisión expresa contraria a sus intereses, o bien, la denegatoria tácita del recurso (silencio administrativo), podrá interponerse el recurso contencioso administrativo de nulidad.

En el caso de autos, se observa que el acto impugnado indicó a la Sociedad Mercantil recurrente que contra el mismo podía interponer el recurso de reconsideración, o bien, el recurso contencioso administrativo de nulidad, sin necesidad del previo agotamiento de la vía administrativa, dentro del lapso de seis (6) meses contados a partir de su notificación, la cual, tal como señala la actora en su libelo, se verificó en fecha 6 de octubre de 2008.

Por ello, ante el supuesto de que el acto emanado de un nivel inferior al Ministro ponga fin a la vía administrativa, se considera que el lapso aplicable para decidir el recurso de reconsideración debe ser aquel que permita a los ciudadanos el ejercicio del recurso contencioso de nulidad en el menor tiempo posible, como manifestación del derecho de obtener oportuna respuesta, o que habiendo operado el silencio administrativo, como garantía del administrado, le permita acceder en un lapso menor a la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr la revisión del acto que puso fin al procedimiento administrativo.

En ese sentido, destaca esta Corte que el referido lapso de noventa (90) días previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resulta inaplicable al

caso de autos, pues el supuesto de la norma está referido claramente al Ministro, siendo que en el presente caso, el recurso de reconsideración fue interpuesto ante una autoridad de rango inferior al ministerial, como lo es el Presidente de la Comisión de Administración de Divisas. En consecuencia, el lapso que disponía dicha autoridad para dar respuesta al recurso de reconsideración era de quince (15) días hábiles, conforme a lo previsto en el artículo 94 *eiusdem*, en aras de garantizar el derecho a una oportuna respuesta y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Ello así, el lapso que más beneficia a los ciudadanos a los fines de favorecer el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, es el de quince (15) días hábiles establecido en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual se considera aplicable al presente caso, y así se decide.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo: Sistema judicialista integral*

TSJ-SC (290)

23-4-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El contencioso administrativo se erige como una “jurisdicción” (*rectius: competencia*) que ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional.

En el marco de lo anteriormente expuesto, la Sala observa que la ley sobre la cual versan las presentes consideraciones, es una de las leyes adjetivas cuyo ámbito material se encuentra predefinido en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Con la norma transcrita, se terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para acoger una visión de corte utilitarista y subjetiva, que no se limita a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de los actos administrativos formales, sino que se extiende a todos los aspectos de la actuación administrativa, como una manifestación del sometimiento a la juridicidad de la actuación del Estado y de la salvaguarda de las situaciones jurídicas de los particulares frente a dicha actuación.

De este modo, el contencioso administrativo se erige como una “jurisdicción” (*rectius*: competencia) que ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional, cuyo desarrollo sólo puede ser encomendado a una ley orgánica, cuya organicidad deriva igualmente de la plena jurisdicción de los actos, hechos y omisiones de los órganos administrativos del Estado al resolver los conflictos donde la naturaleza de la cosa pública es determinante a los fines del mismo.

En este propósito, las disposiciones contenidas en la normativa que da lugar al pronunciamiento de autos, crea, organiza, atribuye competencia a los tribunales contencioso administrativos y, al mismo tiempo, regula exhaustivamente los procedimientos para el conocimiento de las distintas pretensiones que se pueden interponer ante los mismos, con lo cual, se ha implementado un conjunto de mecanismos (órganos y procedimientos), que de manera singular, tienen reconocimiento constitucional y se encuentran concebidos para salvaguardar jurisdiccionalmente a los particulares.

Ciertamente, la ley bajo examen implementa un sistema orgánico-procesal expresamente establecido en la Constitución, que viabiliza el ejercicio de los derechos adjetivos de acceso a la justicia (legitimación, caducidad de las acciones, requisitos de la demanda, entre otros), el derecho al juez natural (determinación de las competencias de los juzgados contencioso administrativos), la tutela cautelar (condiciones de procedencia de las medidas cautelares), el debido proceso (procedimiento de sustanciación de las pretensiones anulatorias, demandas patrimoniales e interpretación de leyes, entre otros) y el derecho a la ejecución del fallo (procedimiento para la ejecutoria de lo decidido), los cuales, integran el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del ámbito del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas de los Poderes Públicos.

Es decir, que la ley sub examine consagra a nivel legislativo los componentes fundamentales del contencioso administrativo estipulado en la Carta Magna y extiende su contenido a los elementos básicos y esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva, desarrollando in extenso su contenido y, en consecuencia, contribuyendo a la mejor aplicación del precepto constitucional contenido en el antes referido artículo 26 del Texto Fundamental o, lo que es lo mismo, cristalizando su ejercicio a través de un cuadro general que reconoce las bases constitucionales del contencioso y del derecho a la tutela judicial, garantizando el acceso de los justiciables a dichos órganos.

De acuerdo con lo expuesto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa presenta, de manera particular, un reconocimiento constitucional que determina, en el contexto de lo antes dicho, el carácter orgánico de sus disposiciones y, como quiera que ello se complementa con el desarrollo exhaustivo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, esta Sala, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara la constitucionalidad de su carácter orgánico. Así se decide.

2. *Contencioso Administrativo de Anulación*A. *Órganos*a. *Cortes de lo Contencioso Administrativo. Competencia*

TSJ-SE (62)

18-5-2010

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Geomar Clemente Morillo Pérez y Cesar Augusto Oviol Tuozzo vs. Consejo de Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo.

Al tratarse de la impugnación de un acto que no es de naturaleza electoral, emanado de un funcionario que no tiene funciones electorales, sino que se trata de una autoridad universitaria como lo es el Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo, la Sala Electoral no asume la competencia y la declina a las Cortes de lo Contencioso Administrativo.

Corresponde a esta Sala en primer término, pronunciarse en relación con su competencia para decidir el presente recurso, para lo cual observa que en sentencia N° 2 de fecha 10 de marzo de 2000 (caso: *Cira Urdaneta de Gómez*), ratificada mediante sentencia N° 77 de fecha 27 de mayo de 2004 (caso: *Julián Niño Gamboa*), estableció que le corresponde conocer de:

Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de los sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales, y de otras organizaciones de la sociedad civil.

Conforme a la jurisprudencia citada, el ámbito de competencia material de la Sala Electoral se determina atendiendo a dos criterios, el primero de ellos -denominado por la jurisprudencia como criterio orgánico- atiende al órgano del cual emana el acto, actuación u omisión, que en todo caso debe ser el Poder Electoral o un órgano que ejecute funciones electorales y, el segundo -criterio material- en virtud del cual el objeto de control necesariamente tiene que circunscribirse a actos, actuaciones u omisiones de contenido electoral que surjan en la instrumentación de mecanismos tendentes a garantizar el ejercicio del derecho al sufragio o la participación protagónica del Pueblo.

Partiendo de tales premisas, se observa que en el presente caso se cuestiona la legalidad de la Circular número 2 emanada del Consejo de Facultad de Ciencias de la Educación de la mencionada Universidad, y cuya copia simple cursa al folio cuarenta y cinco (45) del expediente, mediante la cual le informa a los Jefes de Departamento "...que el Consejo de Facultad en su Sesión Ordinaria N° 546, de fecha 22-04-2010, aprobó la apertura del llamado a Concurso de Jefes de Departamentos y Cátedras, a partir del día viernes 23-04-2010."

Al respecto se aprecia que el Reglamento de Departamentos y Cátedras de la Facultad de Ciencias de la Educación, en lo que respecta a los Jefes de Departamento establece lo siguiente:

Artículo 11: Son atribuciones de la asamblea de departamento:

(...)

13.- Someter a consideración la aprobación, en reunión ordinaria y por mayoría absoluta, la propuesta de designación para el cargo de Jefe de Departamento del aspirante que reúna los requisitos establecidos en este Reglamento y que haya alcanzado la mayor puntuación en el concurso correspondiente, y por votación directa y secreta.

Artículo 16: Cada Departamento estará bajo la responsabilidad de un Jefe de Departamento, quien será su máxima autoridad ejecutiva. Durará tres (3) años en sus funciones. Al cabo de este tiempo el cargo deberá ser provisto por concurso y de votación directa y secreta de los seleccionados en Asamblea Departamental.

Artículo 20: A los efectos del nombramiento para el cargo del Jefe de Departamento el Consejo de la facultad hará la designación del ganador absoluto de acuerdo a la mayor puntuación obtenida en la votación y posteriormente lo remitirá a la Comisión Delegada del Consejo Universitario. (Negrillas de esta Sala)

Tal como se aprecia de las normas parcialmente transcritas, los Jefes de Departamento en la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo, son designados por el Consejo de Facultad previa la selección de un aspirante por parte de la Asamblea de Departamento, mediante la votación de sus miembros.

Siendo así resulta evidente que los Jefes de Departamento no son electos en el marco de un proceso comicial, aun cuando para su selección los miembros de la Asamblea de Departamento realicen una votación secreta.

En lo que respecta a los jefes de cátedra se aprecia, que el citado Reglamento establece:

Artículo 33: Al cargo de Jefe de Cátedra se optará por Concurso Interno de Credenciales. A tal efecto el Consejo de la Facultad designará un Jurado, integrado por el Director Académico, el Director de la Escuela, el Jefe del Departamento, un (1) profesor miembro principal del Consejo de la Facultad.

Este concurso deberá notificarse públicamente con quince (15) días hábiles de anticipación a la fecha de su realización.

Artículo 34: A los efectos del nombramiento en el cargo de Jefe de Cátedra, el Consejo de la Facultad propondrá al Consejo Universitario el aspirante que haya alcanzado la mayor puntuación en el Concurso de Credenciales. En caso de presentarse un empate, se postulará, desde el seno de la Cátedra, a quien tenga la mayor antigüedad en el escalafón universitario.

Del texto de los artículos transcritos, se desprende que los Jefes de Cátedra de la Facultad de Ciencias de la Educación son nombrados por el Consejo Universitario previa la proposición del Consejo de Facultad una vez realizado un concurso de credenciales, de manera tal que tampoco se realiza un proceso comicial para la elección del Jefe de Cátedra.

En consecuencia, resulta evidente para esta Sala que el presente caso trata de la impugnación de un acto que no es de naturaleza electoral, emanado de un funcionario que no tiene funciones electorales, sino que se trata de una autoridad universitaria como lo es el Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo, en virtud de lo cual esta Sala no asume la competencia para conocer del presente recurso contencioso electoral interpuesto conjuntamente con medida cautelar, y así se declara.

Precisado lo anterior, debe esta Sala determinar cuál es el órgano competente para conocer de la presente causa, y al respecto observa que la Sala Político Administrativa de este Tribunal de manera pacífica ha reiterado el criterio sentado en su decisión de fecha 20 de febrero de 2003 (caso: *Endy Argenis Villasmil Soto y Otros vs. Universidad del Sur del Lago "Jesús María Semprúm". UNISUR*), conforme a la cual corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra los

actos administrativos dictados por las autoridades de las Universidades Nacionales y Experimentales, o aquellos que surjan con ocasión de la relación funcional del personal docente, de conformidad con lo establecido en el ordinal 3° del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en la referida decisión se expresó lo siguiente:

Determinado el objeto de la pretensión, debe esta Sala realizar algunas precisiones respecto de la competencia para conocer de las acciones que interpongan los Docentes Universitarios con ocasión de la relación laboral que mantienen con las Universidades.

En tal sentido, debe señalarse que la jurisprudencia de esta Sala ha sido pacífica al sostener que ante una relación funcional o de empleo público, deben prevalecer los principios constitucionales relativos al juez natural y a la especialidad, conforme a la materia de que se trate.

Así pues, se ha establecido, incluso antes de la promulgación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es decir, bajo la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, que independientemente de que se excluyan a determinados grupos de funcionarios de su aplicación, por imperio de dichos principios, todo lo concerniente con relaciones funcionariales debía ser conocido por el Tribunal de la Carrera Administrativa, ahora Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo Regionales.

No obstante, estima esta Sala que existen relaciones laborales que requieren un tratamiento especial respecto del régimen competencial aplicable, como es el caso de los Docentes Universitarios, quienes desempeñan una labor fundamental y muy específica al servicio de las Universidades y de la Comunidad.

En efecto los Docentes Universitarios están sujetos a un régimen especialísimo y específico que no necesariamente se compara con el régimen general aplicable a los funcionarios públicos. De allí que, considera esta Sala que este tipo de acciones deben ser conocidas conforme al régimen de competencia establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así, el artículo 185, ordinal 3° establece:

‘La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, será competente para conocer:

(...)

3. De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal.

Posteriormente, una vez que entró en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y ante la ausencia de la Ley que regula la jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala Político Administrativa mediante sentencia N° 2.271, publicada el día 24 de noviembre de 2004 (Caso: *Tecno Servicios Yes’ Card, C.A.*), delimitó transitoriamente las competencias de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, determinando que corresponderá a las aludidas Cortes la competencia para conocer en primera instancia de “*las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los numerales 30 y 31 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal*”.

En atención al criterio antes transcrito, resulta evidente que al tratarse el presente caso de un recurso de nulidad interpuesto contra un acto emanado del Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo, la competencia para su conocimiento corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.

B. *Medidas Cautelares*

TSJ-SPA (392)

12-5-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Constructora 2127, C.A.

El poder cautelar debe ejercerse con estricta sujeción a las disposiciones legales que lo contemplan, en razón de lo cual la providencia cautelar sólo se concede cuando existen en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia concurrente del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo y del derecho que se reclama,

Vistas las medidas cautelares innominadas planteadas por la representación judicial de la Constructora 2127, C.A., pasa esta Sala a pronunciarse sobre su procedencia en los siguientes términos:

Debe destacarse lo que en reiteradas oportunidades ha expuesto la Sala acerca de que la garantía de la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota con el libre acceso a los órganos de administración de justicia, ni con la posibilidad de obtener un pronunciamiento expedito o de hacer efectiva la ejecución de un fallo, sino también con la protección anticipada de los intereses y derechos en juego, cuando éstos se encuentren apegados a la legalidad. Por tal razón, el ordenamiento jurídico coloca a disposición de los justiciables un conjunto de medidas de naturaleza preventiva, destinadas a procurar la protección anticipada de quien acude a juicio alegando ser titular de una situación jurídico-subjetiva susceptible de ser protegida, de forma tal que el transcurso del tiempo no obre contra quien pueda tener la razón (Ver sentencia de esta Sala N° 5653 del 21 de septiembre de 2005).

El poder cautelar debe ejercerse con estricta sujeción a las disposiciones legales que lo contemplan, en razón de lo cual la providencia cautelar sólo se concede cuando existen en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia concurrente del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo y del derecho que se reclama, por cuanto la emisión de cualquier medida cautelar, tal como lo disponen los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, está condicionada al cumplimiento coincidente de dos requisitos; a saber, que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger con la cautelar (*fumus boni iuris*), es decir, que el derecho que se pretende tutelar aparezca como probable y verosímil, o sea, que de la apreciación del sentenciador al decidir sobre la protección cautelar, aparezca tal derecho en forma realizable en el sentido de existir altas posibilidades de que una decisión de fondo así lo considere; y que exista el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), vale decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante, por el retardo en obtener la sentencia definitiva.

Al respecto, los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil disponen:

Artículo 585.- “Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.”

Artículo 588.- “En conformidad con el Artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

1° El embargo de bienes muebles;

2° El secuestro de bienes determinados;

3° La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.

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

En las medidas cautelares innominadas deben cumplirse no sólo esos dos requisitos estudiados, sino uno más los cuales se discriminan como sigue: 1) Que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger (*fumus boni iuris*). 2) Que haya riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*). 3) Específicamente para este caso de las medidas cautelares innominadas (requisito previsto en el Código de Procedimiento Civil), se exige que esté presente el temor fundado de que una de las partes pudiera causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in damni*). Además, el solicitante de la medida tiene la carga de acreditar, haciendo uso de los medios de prueba que confiere el ordenamiento, las referidas presunciones.

En cuanto a las exigencias anteriormente mencionadas, su simple alegación no conducirá a otorgar la protección cautelar, puesto que deben ser probadas en autos; sólo así podrá el juzgador verificar en cada caso, a los efectos de decretar la procedencia o no de la medida preventiva solicitada, la existencia en el expediente de hechos concretos que permitan comprobar la certeza del derecho que se reclama, el peligro de que quede ilusoria la ejecución del fallo y, por último, que el peligro de daño o lesión sea grave, real e inminente, pues no bastarán las simples alegaciones sobre la apariencia de un derecho, o sobre la existencia de peligros derivados por la mora en obtener sentencia definitiva y de grave afectación de los derechos e intereses del accionante (ver entre otras, sentencia N° 00984 del 13 de agosto de 2008).

En virtud de lo expuesto, corresponde a la Sala precisar si existen concurrentemente en el caso concreto, los requisitos antes referidos, para lo cual observa lo siguiente:

La actora solicitó, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como medidas cautelares innominadas que se “prohíba la ejecución de la Resolución N° 088 del 22 de septiembre de 2008, en el sentido de impedir los efectos de la rescisión unilateral de **EL CONTRATO** de obra N° CJ-0014-2007 por parte del **MINEC**, y así impedir los daños que se causarían a [su] representada y al interés general si el **MINEC** suscribe otro contrato de obras con otra sociedad mercantil distinta a [su] mandante mientras se decide el presente proceso. (...), que un nuevo contrato implicaría que otra empresa ocupe el lugar donde se encuentran materiales de mucho valor

que pertenecen a [su] representada, ya que no han sido pagados. Por ello, igualmente solicito (ii) se ordene el resguardo del inmueble en el que se está ejecutando la obra, de los materiales y equipos que se encuentran en la obra. Igualmente, solicito (iii) que se prohíba la ejecución de la Fianza de Anticipo N° 5051-502001-103, la Fianza de Fiel Cumplimiento N° 5054-502001-159, la Fianza de Anticipo Especial N° 5051-502001-149, y el Anexo N° 001 el cual forma parte de la Fianza de Fiel Cumplimiento N° 5054-502001-159, todas suscritas con la sociedad mercantil SEGUROS CONSTITUCIÓN, S.A.”.

De los pedimentos formulados por la parte actora, se advierte que la petición de la medida cautelar innominada está dirigida a obtener la decisión favorable de la Sala para suspender los efectos de la rescisión del contrato de obras suscrito entre ambas partes y evitar que se contrate a otra empresa que culmine los trabajos encomendados.

Ahora bien, tal como ha afirmado la doctrina las medidas cautelares son un medio para el logro de la justicia, de donde se deriva su naturaleza instrumental, teniendo como límite natural el no constituirse en sentencia definitiva. Además, las referidas medidas detentan un carácter provisional, pues el juez no queda atado a la cautelar antes dictada para decidir el fondo del asunto, sino que siempre existirá la posibilidad de revertir la situación provisional creada. (*Vid. Sentencia de esta Sala N° 00451 del 11 de mayo de 2004*).

Aprueba la Sala que la referida solicitud sobrepasaría el límite natural de una tutela cautelar ya que se estaría anticipando al fondo de la controversia y vaciaría de contenido a la sentencia que deba resolver del asunto.

Por otra parte, de las actas procesales se evidencia que el contrato en cuestión versa sobre obras de infraestructura y adquisición de equipos faltantes para la puesta en marcha del segundo lote de plantas iraníes, así como diez (10) miniplantas procesadoras de leche, por lo que en la pronta culminación de las mismas podría estar involucrado el interés público; de aquí que no pueda la Sala ordenar se deje de contratar a otra empresa para la realización de los trabajos hasta la culminación del presente juicio, máxime si en todo caso de resultar vencedora la empresa demandante, la satisfacción total de sus pretensiones podría verificarse mediante la reclamación correspondiente (*Vid. Sentencias N° 00969 y 01121 del 13 de agosto de 2008 y 29 de julio de 2009, respectivamente*).

Adicionalmente a ello, tampoco se desprende actuación alguna de la demandada de la que pueda objetivamente inferirse su intención de desmejorar el inmueble en el que se está ejecutando la obra, así como los materiales y equipos que allí se encuentren o de burlar la efectividad del fallo definitivo.

En cualquier caso, resulta pertinente destacar que la República cuenta con bienes suficientes con los cuales la parte demandante podría satisfacer su pretensión de condena, de resultar ésta procedente en la sentencia definitiva.

En consecuencia, debe esta Sala declarar improcedentes las medidas cautelares innominadas solicitadas por la representación judicial de la parte demandante consistentes en que se *“prohíba la ejecución de la Resolución N° 088 del 22 de septiembre de 2008, en el sentido de impedir los efectos de la rescisión unilateral de EL CONTRATO de obra N° CJ-0014-2007 por parte del MINEC, y así impedir los daños que se causarían a [su] representada y al interés general si el MINEC suscribe otro contrato de obras con otra sociedad mercantil distinta a [su] mandante mientras se decide el presente proceso. (...) igualmente solicito (ii) se ordene el resguardo del inmueble en el que se está ejecutando la obra, de los materiales y equipos que se encuentran en la obra.*

Por lo que respecta a la medida cautelar innominada consistente en ordenar a la demandada que se abstenga de requerir pagos o indemnizaciones a la empresa Seguros Constitución, S.A., con ocasión de las fianzas otorgadas a Constructora 2127, C.A., se hace necesario precisar que la solicitante se limitó a alegar que se le ocasionaría un daño de forma general.

Al respecto cabe mencionar que la parte actora se limitó a fundamentar su petición en que el referido contrato de obras fue resuelto de forma arbitraria sin haber realizado la contrastista incumplimiento alguno y agregó que *“el MINEC puede ejecutar las fianzas que suscribió [su] mandante con el objeto de garantizar la ejecución de la obra, siendo el caso que no sólo [su] representado no incumplió de forma alguna con la ejecución de la obra, sino que además en el caso del anticipo especial, el MINEC nunca le pagó a [su] mandante dicho anticipo. Si ello sucediera, y la compañía de seguros paga a la República en nombre del MINEC, [su] mandante se vería obligada injustamente a responderle a SEGUROS CONSTITUCIÓN, C.A. con su patrimonio por los contratos de fianza suscritos con dicha empresa y utilizadas para garantizar la obra”*.

Al respecto, se reitera, que no basta con solicitar una medida cautelar, sino que es imperativo que de forma expresa se establezcan los hechos o circunstancias específicas que en criterio de la parte afectada, darían lugar al daño inminente que se produciría con la espera de la decisión definitiva y que hacen procedente la medida solicitada; sólo así puede el órgano jurisdiccional concluir objetivamente en la necesidad de dictarla de forma inmediata por temor al daño irreparable que podría ocasionarse mientras se produce una decisión definitiva.

Conforme a los razonamientos expuestos, juzga la Sala que resulta insuficiente lo alegado por la demandante para declarar procedente la medida cautelar solicitada, motivo por el cual debe desestimarse. Así se decide.

TSJ-SPA (388)

6-5-2010

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Evelyn de Jesús Gómez de Quiñones vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

El Juez tiene el deber de exigir caución, conforme a lo establecido en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, con el objeto de otorgar las medidas cautelares que se soliciten en sede contencioso administrativa.

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre el asunto sometido a su consideración y, al efecto observa:

El artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevé lo siguiente:

“Artículo 205. La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.

Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales”.

Como puede apreciarse, la mencionada norma establece el cumplimiento de tres requisitos para la procedencia de la suspensión de efectos de los actos administrativos de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) que impongan penas pecuniarias (mul-

tas), tales requisitos son: i) Que la suspensión sea solicitada expresamente por la parte actora; ii) Que se trate de acciones contencioso administrativas; y iii) Que tales acciones se interpongan contra actos administrativos de imposición de multas emanados de ese órgano.

Ahora bien, no puede dejar de advertir la Sala el deber que tiene el Juez de exigir caución, conforme a lo establecido en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, con el objeto de otorgar las medidas cautelares que se soliciten en sede contencioso administrativa.

En este orden de ideas, si bien el legislador en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al hacer referencia a "...las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales...", estableció la posibilidad para el Juez de exigir la constitución de una caución cuando ello sea solicitado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a título potestativo, esta Sala tiene la obligación de exigir caución aun en aquellos casos en los cuales dicha garantía no sea requerida por el referido órgano administrativo, a los fines de asegurar la efectividad y resultado de la medida de suspensión de multa decretada con fundamento en la aludida norma legal, así como proteger el interés público tutelado por la Administración (*vid.* sentencia de esta Sala N° 0381, publicada en fecha 7 de marzo de 2007, expediente N° 2003-1545, caso: *Globovisión vs. Conatel*).

Precisado lo anterior, pasa este Alto Tribunal a examinar cada uno de los requisitos antes mencionados para la procedencia de la medida de suspensión de efectos solicitada, en los siguientes términos:

Al folio 15 del cuaderno separado, se observa que la ciudadana Evelyn de Jesús Gómez de Quiñones solicitó expresamente en el escrito contentivo de la acción ejercida, la suspensión de la multa impuesta por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), de conformidad con lo establecido en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Igualmente, se aprecia que la parte actora interpuso el recurso contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo contenido en la Providencia Administrativa N° PADRS-1.486 de fecha 2 de octubre de 2009, dictada por la Directora General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Por último, se constata que la acción fue ejercida contra la mencionada Providencia, en la cual se impuso sanción de multa a la accionante por la cantidad de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.).

De esta manera, cumplidos los requisitos previstos en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esta Sala debe declarar procedente la suspensión de los efectos de la Providencia Administrativa N° PADRS-1.486 de fecha 2 de octubre de 2009, dictada por la Directora General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mientras se decide el fondo del asunto controvertido. Así se declara.

Ahora bien, visto el deber de esta Sala en exigir una caución conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, atendiendo al contenido del artículo 590, ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 657 *eiusdem*, anteriormente transcritos, y con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, acuerda ordenar a la recurrente la constitución de una caución, otorgada pura y simplemente por un Banco o una Empresa de Seguros autorizada, por el monto indicado en la referida Providencia Administrativa, esto es, el equivalente a diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.).

A los fines antes indicados, se concede un plazo de diez (10) días de despacho contados a partir de que conste en autos su notificación; con la advertencia, por una parte, de que sólo una vez otorgada la caución podrán materializarse los efectos de la medida cautelar decretada en este fallo y, por la otra, que la falta de consignación de la caución ante esta Sala en el plazo mencionado, dará lugar a la revocatoria inmediata de la medida cautelar. Así se declara.

Finalmente, una vez satisfecha la caución y su constancia en el cuaderno separado, se ordena oficiar a la Directora General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), con el objeto de notificarle acerca de la suspensión de efectos acordada en el caso bajo análisis. Así se declara.

CSCA

28-6-2010

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Sucesión Juliana Rengifo vs. Municipio Baruta del Estado Miranda

El pronunciamiento definitivo correspondiente al primer grado de jurisdicción, no implica que en razón de ese pronunciamiento que resolvió la primera instancia del proceso, éste deba darse por concluido y, por tal motivo, entenderse extinguidos los efectos de la providencia cautelar decretada, pues el agotamiento de la primera instancia no comporta la conclusión del proceso jurisdiccional, máxime si ha sido ejercido recurso de apelación contra dicha sentencia definitiva.

Previo a resolver dicha situación en particular, es importante indicar que la finalidad de las medidas cautelares y a las circunstancias cuya comprobación se exige para su consecuente adopción, la doctrina ha precisado que “[si] la justicia se pudiera otorgar de una manera inmediata, las medidas cautelares no tendrían razón de ser; pero es evidente que la justicia en la mayoría de los casos no puede actuarse con esa deseable celeridad. Para que la sentencia nazca con todas las garantías (...) debe estar precedida del regular y mediato desarrollo de toda una serie de actividades, para cuyo cumplimiento es preciso un período, no breve, de espera (...) [las] medidas cautelares sirven precisamente para eso (...) para que el juez en cada caso concreto utilice los medios que sean necesarios para que el derecho cuya tutela se solicita permanezca íntegro durante el tiempo que dura el proceso, de tal manera que sea posible ejecutar en su día la sentencia que, llegado el caso, reconociese tal derecho” (Cfr. Chinchilla Marín, Carmen. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Editorial Civitas. Madrid, 1991, p. 31).

De lo anterior, se desprende el carácter instrumental de la medida cautelar, la cual es considerada como instrumento que sirve al Juez para que, en cada caso particular, emplee los medios necesarios a los fines de salvaguardar la integridad del derecho cuya tutela ha sido reclamada. Ello así, el proceso cautelar “nace en previsión y a la espera de una decisión final y definitiva. La tutela cautelar es, por ello, una tutela mediata que más que hacer justicia sirve para garantizar la eficacia del funcionamiento de la justicia. Es, dirá CALAMANDREI, instrumento del instrumento”. Lo cual lleva a la conclusión de que la instrumentalidad del proceso cautelar “(...) determina que la vida de la medida cautelar siga la suerte de la pretensión principal, desde el principio hasta el final. Así las medidas cautelares, solicitadas y adoptadas antes de la interposición de la demanda, quedarán extinguidas automáticamente si ésta no se presenta en el plazo indicado por la ley. También pueden sufrir modificaciones durante el proceso si también las sufre la pretensión principal y, por último, se extinguen -sin necesidad de revocación expresa- cuando se procede a la ejecución de la sentencia” (Obra *cit.* 33).

En tal sentido, visto que los efectos de las medidas cautelares se extinguen cuando el proceso ha concluido, una vez agotada la doble instancia y, de ser el caso, sea procedente la ejecución de la sentencia, ello sin perjuicio de la facultad que tiene el Juez de modificar a posteriori e incluso revocar la providencia cautelar otorgada, cuando las circunstancias que justificaron su adopción sufrieren alguna alteración (vid. sentencia N° 2008-932 de fecha 28 de mayo de 2008 dictada por esta Corte, caso: *Cristalería Las Colinas, C.A contra la Superintendencia Municipal Tributaria del Municipio Baruta*).

En el caso de autos, si bien el Juez de la causa emitió el pronunciamiento definitivo correspondiente al primer grado de jurisdicción (en el cual declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto), ello no implica que en razón de ese pronunciamiento que resolvió la primera instancia del proceso éste deba darse por concluido y, por tal motivo, entenderse extinguidos los efectos de la providencia cautelar decretada, pues el agotamiento de la primera instancia no comporta la conclusión del proceso jurisdiccional, máxime si ha sido ejercido recurso de apelación contra dicha sentencia definitiva, siendo la misma admitida en ambos efectos, conforme lo dispone el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil (vid. sentencia N° 2008-932 citada *ut supra*).

Sobre este punto particular, la doctrina ha precisado que la instancia configura “cada una de las etapas o grados del proceso que van, sucesivamente, desde la iniciación del juicio hasta la primera sentencia definitiva que se dicte y desde la interposición de la apelación hasta la sentencia que se pronuncia sobre ella” (Cfr. Rengel Romberg, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Venezolano*. Volumen II. Caracas, 2004. p. 397).

En ese sentido, al encontrarse constituido el proceso venezolano por un sistema de doble instancia, debe necesariamente concluirse que en el caso de autos, aún cuando el *iudex a quo* haya dictado la sentencia definitiva correspondiente a la primera instancia del proceso, ello no implica que éste haya concluido y que, por tal motivo, los efectos de la procedencia del amparo cautelar dictado el 10 agosto de 2006 y, ratificado el 16 de noviembre de 2006, deban entenderse extinguidos, máxime si, tal como se señaló, contra dicha sentencia definitiva dictada en fecha 1° de noviembre de 2007, ha sido interpuesto recurso de apelación, cuyo conocimiento y decisión corresponde actualmente a esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo bajo el expediente N° AP42-R-2008-000210, hecho del cual este Órgano Jurisdiccional tiene conocimiento por virtud del principio de notoriedad judicial, razón por la cual esta Corte, constatado que el proceso aún no ha concluido, pasa a pronunciarse sobre la conformidad del fallo que confirmó el amparo cautelar decretado. Así se declara.

A mayor abundamiento, esta Corte considera necesario precisar las siguientes consideraciones relativo a la Jurisdicción Contencioso Administrativo y las facultades cautelares del Juez en esta materia especial con ocasión al conocimiento de las causas:

Los valores consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consolidan de manera específica una justicia garantista, que asegura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, otorgando la atribución conferida a la jurisdicción contencioso administrativa de “disponer lo necesario” para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa (artículo 259 *eiusdem*), así como la regla contenida en el artículo 27 *ibídem*, con acuerdo a la cual la autoridad judicial competente “tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, o la situación que más se asemeje a ella” (vid. sentencia N° 2007-2132 de fecha 28 de noviembre de 2007 dictada por esta Corte, caso: *Juan Cancio Garantón Nicolai y Juan Ernesto Garantón Hernández contra la Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda*).

Por su parte, el Constituyente de 1999 en su exposición de motivos, con relación al ejercicio conjunto del amparo, insistió en el poder cautelar propio del Juez contencioso administrativo para decretar, de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, “bien sea a través de la suspensión de los efectos del acto administrativo correspondiente, o a través de ordenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la administración dependiendo del caso en concreto” (*vid.* sentencia N° 2007-2132 citada *ut supra*). A ese respecto, en aras de permitirle a las partes conocer la procedencia o no del amparo cautelar solicitado ante el Juzgado a quo, para salvaguardar así el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, dado que la sentencia definitiva dictada en primera instancia no se encuentra firme en razón de la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la recurrente, esta Corte pasa a revisar el amparo cautelar solicitado en razón de la denuncia de violación al derecho de propiedad consagrado en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela denunciado por la recurrente como vulnerado por el Municipio Baruta del Estado Miranda.

Previo a pronunciarse sobre la anterior solicitud, es conveniente señalar que los requisitos de procedencia de este medio de protección, que la presunta violación constitucional difícilmente pueda ser reparada por la sentencia que juzgue la ilegitimidad del acto; es decir, que la actividad probatoria de la parte presuntamente agraviada debería superar toda posibilidad de restablecimiento satisfactorio de la situación jurídica infringida por la simple sentencia del recurso junto al cual se interpone el amparo.

Configurando de esta manera el carácter accesorio e instrumental que tiene el amparo constitucional cautelar respecto de la pretensión principal debatida en juicio, se considera posible asumir la solicitud de amparo en los mismos términos de una medida cautelar, con la diferencia de que la primera alude exclusivamente a la presunta violación de derechos y garantías de rango constitucional, circunstancia ésta que por su trascendencia, hace aún más apremiante el pronunciamiento sobre la procedencia de la medida solicitada.

Ahora bien, en concordancia con lo anteriormente expuesto, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia de fecha 20 de marzo de 2001 (Caso: *Marvin Enrique Sierra Velasco*), estableció la forma en que deben decidirse las acciones presentadas conjuntamente con amparo cautelar:

“(…) Se justifica, entonces, que una vez admitida la causa principal por la Sala, se emita al mismo tiempo un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, con prescindencia de cualquier otro aspecto, cumpliéndose así con el propósito constitucional antes acotado.

En ese sentido, es menester revisar el cumplimiento de los requisitos que condicionan la procedencia de toda medida cautelar, adaptados naturalmente a las características propias de la institución del amparo en fuerza de la especialidad de los derechos presuntamente vulnerados. Dicho lo anterior, estima la Sala que debe analizarse en primer término, el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho constitucional alegado por la parte quejosa y que lo vincula al caso concreto; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, elemento éste determinable por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido en forma inmediata, conduce a la convicción de que debe preservarse *ipso facto* la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación (…)” (resaltado de esta Corte).

3. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*A. *Órganos*a. *Competencia Tribunal Supremo de Justicia***TSJ-SPA (393)****12-5-2010**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: (Federación Internacional de Capellanes y Derechos Humanos). Recurso de interpretación los artículos 10, 17 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Político Administrativa se declara competente para conocer el recurso de interpretación de los artículos 10, 17 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispuso, en los artículos 262 y 266, la estructura de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, así como algunas de sus competencias dejando a cargo de la Ley Orgánica que se dictara al efecto el establecimiento de otras competencias y el desarrollo de las ya instituidas.

Al respecto, el prenombrado artículo 266 del texto fundamental estableció:

Artículo 266.- “Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: (...)

6.- Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley. (...)

Las atribuciones señaladas en el numeral 1 serán ejercidas por la Sala Constitucional; las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala- Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5 en Sala Político Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto por esta Constitución y la ley” (Resaltado de la Sala).

Asimismo, esta Sala ha establecido su criterio de competencias en asuntos como éste, entre otras, en las siguientes sentencias cuyos números y fechas se mencionan a continuación: 1344 del 13 de junio de 2000, 01126 del 24 de septiembre de 2002, 00321 del 05 de marzo de 2003, 00120 del 18 de febrero de 2004, 05174 del 21 de julio de 2005 y 02134 del 27 de septiembre de 2006. Tal criterio reza así:

“(...) puede inferirse del citado precepto constitucional, que al no indicarse específicamente a cuál de las Salas corresponde conocer sobre el recurso de interpretación de textos legales, la intención del constituyente fue ampliar el criterio atributivo adoptado por el legislador en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ordinal 24 artículo 42, en concordancia con el artículo 43), que reservaba la decisión en esta materia a la Sala Político-Administrativa.

(...) ‘como quiera que la creación de nuevas Salas es reveladora del ánimo de especializar sus funciones con respecto a las áreas que constituyen su ámbito de competencia, debe entenderse que la intención del constituyente es que dicho mecanismo, dirigido a resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, lo conozca y resuelva la Sala cuya competencia sea afín con la materia del caso concreto’ (...).”

El 20 de mayo de 2004 entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en la *Gaceta Oficial de la Re-*

pública Bolivariana de Venezuela N° 37.942, de igual fecha), la cual estableció las competencias de las Salas que integran este Supremo Tribunal, en la forma siguiente:

Artículo 5.- “Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República: (...)

52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2. En Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23. (...). En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida (...)” (Resaltado de la Sala).

Conforme a las normas parcialmente transcritas (artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5 de la Ley que rige a este Máximo Tribunal), corresponderá conocer de los recursos de interpretación interpuestos a **la Sala afín con la materia debatida.**

En el caso de autos se ha solicitado la interpretación de los artículos 10, 17 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela, las cuales disponen:

“Artículo 10. El Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela se usará en la correspondencia y publicaciones oficiales de los Poderes Públicos Nacionales, Estadales y Municipales y en los demás casos en que lo especifique el Reglamento de esta Ley.

...omissis...

Artículo 17. El que de cualquier manera y de forma premeditada destruya, irrespete o dé uso indebido a los Símbolos Patrios, será sancionado de la manera siguiente:

1.- De veinte unidades tributarias (20 U.T.) a cuarenta unidades tributarias (40 U.T.) si son destruidos parcial o totalmente.

2.- De diez unidades tributarias (10 U.T.) a veinte unidades tributarias (20 U.T.) si son irrespetados.

3.- De cinco unidades tributarias (5 U.T.) a diez unidades tributarias (10 U.T.) si son utilizados indebidamente.

El Reglamento de esta Ley fijará las condiciones de uso y la forma en que deben respetarse los Símbolos Patrios.

...omissis...

Disposiciones Transitorias

Cuarta. El Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Interior y Justicia, queda autorizado para reglamentar la forma, dimensiones y usos de todos los Símbolos Patrios, Bandera Nacional, Escudo de Armas e Himno Nacional, por parte de las instituciones públicas, privadas y el pueblo en general; así como también la posición, tamaño y jerarquía que, según el protocolo, debe tener la Bandera Nacional cuando haya otras banderas presentes. Igualmente reglamentará las formas, dimensiones y usos que tendrán los estandartes, emblemas e insignias que lleven los colores de la Bandera Nacional, así como cualquier otro uso de ellos en condecoraciones e insignias. Este Reglamento deberá ser dictado dentro de los seis meses siguientes a la publicación de esta Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

En relación con lo anterior, la Sala Constitucional en la decisión N° 19 de fecha 5 de marzo de 2010, mediante la cual se declaró incompetente, estableció lo siguiente:

“la parte accionante en su petitorio indica que “(...) de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, interprete el contenido y alcance de los artículos 10, 17 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N° 38.394 del 9 de marzo de 2006 (...)”.

En atención a lo anterior, se aprecia que del contenido del escrito mediante el cual fue formalizada la petición de interpretación que se examina, se deriva, con claridad, que la pretensión de la solicitante es la de que esta Sala expida interpretación de normas de rango infra-constitucional, contenidas en los artículos antes referidos de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela.

Ello así, debe advertirse que de conformidad con los artículos 266.1, 334 y 335 de la Carta Magna, la competencia de la Sala Constitucional en materia de interpretación normativa, se encuentra reducida a la que atañe al contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (Vid. Sentencia de esta Sala N° 609/2007, entre otras).

De tal forma que la interpretación de textos legales no compete a esta Sala Constitucional, ya que la misma fue asignada, por el artículo 266.6 de la Constitución, a las Salas de este Máximo Tribunal atendiendo a la materia afín, tal como lo estableció esta Sala mediante sentencia N° 2588/2001, en la cual se declaró “(...) la invalidez sobrevinida –y en consecuencia la derogación- con efectos generales de la norma que se deriva de la lectura conjunta de los artículos 42.24 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (...)”, la cual establecía la competencia exclusiva, para el conocimiento de las solicitudes de interpretación de leyes a la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el mencionado artículo constitucional, quedando expresamente habilitadas todas las Salas para el conocimiento de las solicitudes de interpretación de leyes, como consecuencia de la entrada en vigencia del Texto Constitucional.

En atención a lo expuesto, esta Sala se declara incompetente para el conocimiento de la solicitud de interpretación de autos, por cuanto la misma versa sobre la interpretación de normas de rango legal que no pertenecen al bloque de la constitucionalidad. Así se decide.

...omissis...

En tal sentido, conforme a las normas antes transcritas y según se desprende del escrito libelar de la solicitante, lo que se pretende es que se determine lo que debe entenderse por el uso adecuado de los símbolos patrios y la posibilidad de la imposición de las respectivas sanciones cuando se haga un uso indebido de los mismos.

Al respecto, se observa que la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela impone a los Poderes Públicos Nacionales, Estadales y Municipales la obligación de adecuarse a las normas estipuladas en dicha norma y la Disposición Transitoria Cuarta, establece que el Ejecutivo Nacional reglamentará, entre otras cosas, el uso de los símbolos patrios.

Ello así, aprecia la Sala que en el presente caso compete a los órganos del Poder Público Nacional –a través del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia- velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela, así como la aplicación de las respectivas sanciones, lo que entraña que la Administración podrá ejercer de su potestad sancionatoria si determina que se hizo un uso indebido de los símbolos patrios.

Determinado lo anterior, se advierte que el asunto objeto de la pretensión de marras es de naturaleza contencioso administrativa, por lo que esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declina la competencia en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide”.

Comparte esta Máxima Instancia el criterio sostenido por la Sala Constitucional en el fallo antes transcrito, en el sentido de que le corresponde a la Administración ejercer su potestad sancionatoria si determina que se hizo un uso indebido de los símbolos patrios, actividad administrativa sustentada en normas de derecho público.

Así las cosas, siendo que en principio lo solicitado se refiere a la interpretación de una materia afín a las competencias atribuidas a esta Sala Político Administrativa es por lo que acepta la competencia para conocer y decidir el recurso incoado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como lo establecido en el numeral 52 y último aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

4. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Tributario: Amparo Tributario*

TSJ-SPA (435)

19-5-2010

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: COCA-COLA Servicios de Venezuela, C.A vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

El Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en sentencia del 19 de mayo de 2009, declaró procedente la acción de amparo tributario incoada por la sociedad de comercio Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., contra la demora incurrida por la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en resolver la solicitud de recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas del impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2006, por el monto *supra* indicado.

El fundamento de tal decisión atiende a que el Juez de la causa consideró que en el presente asunto existe, en efecto, un retardo por parte de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT en dar respuesta a las solicitudes efectuadas por la empresa accionante sin una justificación válida, lo que le ha causado como perjuicio que *“las declaraciones de impuesto sobre la renta (...) no han podido ser compensadas, correspondientes a los ejercicios fiscales de los años 2006, 2007, y 2008; así como la relación de retenciones acumuladas hasta octubre de 2008, que no puede ser reclamada hasta tanto la administración resuelva”*.

En virtud de lo anterior, esta Alzada estima necesario reiterar el criterio sostenido con relación a la acción de amparo tributario, concretamente en su decisión No. 01431 de fecha 12 de noviembre de 2008, caso: *Constructora Sura Mar, S.R.L.*, en la que se señaló lo siguiente:

“(…) En atención a lo antes expuesto, es imperioso para la Sala analizar preliminarmente la naturaleza jurídica y el procedimiento de la institución del amparo tributario en Venezuela; en tal sentido, el Código Orgánico Tributario vigente en su Capítulo IV del Título VI, establece en sus artículos 302, 303 y 304, lo siguiente:

‘Artículo 302. Procederá la acción de amparo tributario cuando la Administración Tributaria incurra en demoras excesivas en resolver peticiones de los interesados, y ellas causen perjuicios no reparables por los medios establecidos en este Código o en leyes especiales.

Artículo 303. La acción podrá ser interpuesta por cualquier persona afectada, mediante escrito presentado ante el Tribunal competente.

La demanda especificará las gestiones realizadas y el perjuicio que ocasiona la demora. Con la demanda se presentará copia de los escritos mediante los cuales se ha urgido el trámite.

Artículo 304. Si la acción apareciere razonablemente fundada, el Tribunal requerirá informes sobre la causa de la demora y fijará un término para la respuesta no menor de tres (3) días de despacho ni mayor de cinco (5), contados a partir de la fecha de notificación. Vencido el lapso el tribunal dictará la decisión que corresponda dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes. En ella fijará un término a la Administración Tributaria para que se pronuncie sobre el trámite omitido. Asimismo, el tribunal podrá, cuando el caso así lo amerite, sustituir la decisión administrativa previo afianzamiento del interés fiscal comprometido. Las fianzas serán otorgadas conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de este Código.

De la decisión dictada se oirá apelación en el sólo efecto devolutivo, dentro de los diez (10) días de despacho siguientes’.

De las normas transcritas se aprecia que dicha acción de amparo tributario es un medio judicial expedito cuya finalidad estriba en que la Administración Tributaria cumpla con una obligación que la ley le impone, cuando ha incurrido en demora excesiva en resolver peticiones de los interesados y que de ella se causen perjuicios no reparables por los medios procesales establecidos en el Código Orgánico Tributario o en leyes especiales.

De acuerdo con lo expresado, conviene precisar que el amparo tributario es un proceso en el cual basta con que el accionante demuestre que ha presentado ‘peticiones’ ante la Administración Tributaria y que se ha producido una demora excesiva en darle la respuesta correspondiente y que a su vez, tal demora le ha causado un daño no susceptible de ser reparado por otro medio legal, para que el juez requiera al órgano tributario la justificación del retardo, conforme a lo pautado en el artículo 304 del vigente Código Orgánico Tributario.” (Destacado de esta Sala).

En atención a lo expuesto y circunscribiendo el análisis al caso concreto, esta Alzada aprecia de las actas procesales que la sociedad mercantil Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., en fecha 31 de marzo de 2006 solicitó ante la División de Contribuyentes Especiales de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), la recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas de impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2005, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado del año 2002 y en los artículos 9 y 10 de la Providencia identificada con las letras y números SNAT/2005/0056 del 28 de febrero de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.136 de igual fecha, que designó a los contribuyentes especiales y a los entes públicos nacionales como agentes de retención del impuesto al valor agregado.

Luego, el 11 de abril de 2007, ante la falta de respuesta de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT, la contribuyente interpuso nuevamente una solicitud de reintegro incluyendo los ejercicios impositivos comprendidos en el año 2006.

Asimismo, no se aprecia del expediente judicial que la representación del Fisco Nacional haya consignado elementos probatorios que demuestren que la aludida Gerencia cumpliera con su obligación de dar oportuna respuesta a las peticiones efectuadas por la contribuyente accionante en fechas 31 de marzo de 2006 y 11 de abril de 2007, siendo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del vigente Código Orgánico Tributario, “*la Administración Tributaria está obligada a dar resolución a toda petición planteada por los interesados dentro del plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación*”.

Con fundamento en lo expuesto, esta Sala estima que el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) ha incurrido en una demora injustificada en responder a las solicitudes realizadas por la sociedad de comercio Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., con relación a la recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas del impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2006, por el monto total de once mil seiscientos dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 11.602.475.800,77), causándole en razón de ello un perjuicio, dado que las declaraciones de impuesto sobre la renta correspondientes a los ejercicios fiscales de los años 2006, 2007 y 2008 (folios 49, 50 y 51 vto.), así como la relación de retenciones por concepto de impuesto al valor agregado acumuladas hasta octubre de 2008, no han podido ser compensadas, ni podrán serlo, mientras la Administración Tributaria no de respuesta a las peticiones de la sociedad mercantil accionante.

En consecuencia, debe esta Sala confirmar el fallo objeto de consulta dictado bajo el N° 0055/2009 de fecha 19 de mayo de 2009, por el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se declara.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control difuso de la constitucionalidad*

TSJ-SC (187)

8-4-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Juan Ismael Herrera y Yunia Rosa Lárez, vs. Juntas Directivas de los Consejos de Administración y de Vigilancia de la Caja de Ahorro de los Trabajadores del Instituto Nacional de Nutrición.

La potestad que tienen los tribunales de desaplicar disposiciones de rango legal depende de ciertas circunstancias. Lo primero que habría de verificarse, por supuesto, es si la norma aplicable al caso colide de algún modo con la Constitución. En segundo lugar, es necesario constatar si dicha norma resulta ser la única aplicable a la problemática que desea resolverse, pues si pudiera solucionarse el conflicto planteado mediante la aplicación de otra norma que no resultase inconstitucional, la desaplicación por control difuso de aquélla que sí contradijese la Constitución sería claramente innecesaria.

Una vez declarada su competencia para pronunciarse sobre el presente asunto, esta Sala pasa a efectuar las consideraciones que se explican a continuación:

1.- El artículo 334 constitucional atribuye a todos los Jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental. Esto se traduce en el deber de ejercer, aun de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de disposiciones de rango legal, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre aquellas y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas.

En este sentido, la Sala reitera que el examen de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad, remitidas por los Tribunales de la República, resulta en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental.

De allí que el juez que desaplique una norma jurídica por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que esta Sala proceda a la revisión de la misma.

2.- En acatamiento del criterio antes señalado, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia remitió a esta Sala la decisión que dictara el 14 de agosto de 2008, mediante la cual, para resolver un punto previo al fondo de la controversia, desaplicó el tercer párrafo del artículo 10 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares por estimar que la disposición contenida en el mismo, según la cual sólo a instancia de un grupo de trabajadores no menor al 10% de los asociados inscritos es como pudiese ser convocada la Asamblea Extraordinaria de una Caja de Ahorro, impide el ejercicio de la acción de amparo en tutela de derechos y garantías constitucionales.

Visto que dicha decisión ostenta la cualidad de definitivamente firme, pues las decisiones de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en materia de amparo no tienen apelación ante ninguna instancia, la Sala pasa de seguidas a efectuar el examen de la desaplicación realizada.

3.- Ante todo, es importante recordar que la potestad que tienen los tribunales de desaplicar disposiciones de rango legal depende de ciertas circunstancias. Lo primero que habría de verificarse, por supuesto, es si la norma aplicable al caso colide de algún modo con la Constitución. En segundo lugar, es necesario constatar si dicha norma resulta ser la única aplicable a la problemática que desea resolverse, pues si pudiera solucionarse el conflicto planteado mediante la aplicación de otra norma que no resultase inconstitucional, la desaplicación por control difuso de aquella que sí contradijese la Constitución sería claramente innecesaria.

En el caso bajo examen, la defensa señaló que los solicitantes de la acción de amparo carecían de legitimación para intentarla, ya que no representaban el porcentaje de asociados previsto en el párrafo tercero del artículo 10 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares. Ante esa objeción, la Sala Electoral consideró que dicha norma era la aplicable para determinar la legitimación de los miembros de una Caja de Ahorro a la hora de intentar un amparo constitucional. No obstante, y a juicio de dicha Sala, tal disposición resultaba inconstitucional, pues impedía el ejercicio del derecho de amparo de los miembros de las Cajas de Ahorro, y lesionaba, en consecuencia, el derecho de acción de tales ciudadanos.

Es decir, la Sala Electoral partió de la premisa siguiente: si los socios de una Caja de Ahorro quisieran interponer un amparo constitucional para restablecer la lesión a sus derechos en virtud de la falta de elección de la Comisión Electoral, sólo lo podrían hacer si el número de quienes intenten el amparo alcanzase, al menos, el 10% de los socios activos, pues ese porcentaje es el que exige el referido artículo 10 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares para que se convoque a una Asamblea Extraordinaria que elija a la mencionada Comisión Electoral.

Sin embargo, dicha premisa no resulta correcta una vez que se examina el ordenamiento jurídico como un todo.

En primer lugar, porque dicho artículo 10 no contiene disposiciones de Derecho Procesal, entendiendo por tales el conjunto de enunciados jurídicos que disciplinan la conducta de los sujetos que participan en un juicio. Por el contrario, dicha disposición establece los trámites que deben seguirse con el fin de convocar una Asamblea de socios de una Caja de Ahorro, así como las potestades y deberes que ostentan los sujetos involucrados en tales trámites. Es decir, dichos deberes y potestades surten efecto a lo interno de la Caja de Ahorro respectiva, o respecto del órgano superintendente de dicha Caja de Ahorro. En conclusión, dicho precepto no es una norma de procedimiento judicial ni de competencia judicial; por lo tanto, no puede aplicarse al procedimiento de amparo constitucional.

En segundo lugar, la premisa referida resulta contradicha por lo siguiente: es evidente que sí existe en nuestra legislación una particular regulación respecto del ejercicio de la acción de amparo constitucional y a la legitimación necesaria para ejercerla. Tal regulación la encabeza la propia Constitución, al establecer en su artículo 27 que “[t]oda persona tiene derecho a ser amparada por los Tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...”. Lo propio hace la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en cuyo artículo 1 se estableció que “[t]oda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...”.

De esta referencias se sigue que cualquier persona, venezolana o extranjera, domiciliada o no en la República, y en ejercicio de un interés particular o colectivo, tiene legitimación para intentar una acción de amparo constitucional, siempre que afirme su interés en que le sea restablecido el ejercicio y goce de un derecho fundamental, o en que se impida la consumación de una lesión a algún derecho fundamental. Éstas serían, en conclusión, las normas básicas que en materia de legitimación son de aplicación al procedimiento de amparo constitucional.

La propia Sala Electoral tuvo consciencia de la particularidad de la acción de amparo en cuanto a los sujetos habilitados para interponerla, pues en la misma sentencia bajo examen afirma, “(que) desde la perspectiva de la acción de amparo constitucional, la legitimación para proponerla la tiene la persona directamente afectada por la vulneración del derecho o garantía constitucional...”.

Considera esta Sala Constitucional que la “perspectiva”, a la cual hace referencia la Sala Electoral, la crea y la orienta la legislación procesal relativa a la aptitud de los sujetos a ser partes de un proceso de amparo, y tal “legislación” está encabezada por las normas constitucional y legales anteriormente referidas.

En virtud de los argumentos anteriormente expuestos, se sigue que la decisión de des- aplicar el tercer párrafo del artículo 10 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y

Asociaciones de Ahorro Similares, tomada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en el caso bajo examen, era innecesaria, pues nuestro ordenamiento jurídico dispone de un conjunto de normas que de forma expresa, y sin desconocer la Constitución, resultaban aplicables a dicho caso.

Ahora bien, siendo que dicha necesidad es un elemento indispensable al objeto de des-aplicar en ejercicio del control difuso de constitucionalidad una disposición de rango legal, se concluye que dicha desaplicación no es conforme a derecho.

Ello conduce a la anulación del veredicto en cuestión, y a la reposición de la causa al estado en que se dicte una nueva decisión que atienda las consideraciones aquí expuestas. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

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

1. La mayoría sentenciadora declaró que, para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, debe verificarse, no sólo si la norma que se analice colide con la Constitución sino, además, “*si dicha norma resulta ser la única aplicable a la problemática que desea resolverse, pues si pudiera solucionarse el conflicto planteado mediante la aplicación de otras norma que no resultase inconstitucional, la desaplicación por control difuso de aquélla que sí contradijese la Constitución sería claramente innecesaria*”.

Al respecto se impone la disidencia porque, aunque se comparte la determinación de que, en el caso concreto, era innecesaria la desaplicación que se hizo de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro similares porque, en efecto, no era aplicable al amparo constitucional, se discrepa de la afirmación general según la cual la desaplicación sólo se justifica si el asunto de que se trate no puede ser resuelto a través de otras normas que no sean inconstitucionales.

Respecto de la afirmación anterior, es indispensable la precisión de que toda conducta jurídicamente relevante debe ajustarse al *bloque de la legalidad* (Hauriou), el cual empieza, como es natural, en la Constitución (más precisamente, en el *bloque de la constitucionalidad*), sigue por las leyes, los actos administrativos normativos (básicamente, reglamentos) y los actos administrativos de efectos particulares que sean aplicables a la conducta de que se trate, pública o privada (en el caso de la actividad administrativa, como es sabido, se presume *-iuris tantum-* su conformidad a estos bloques).

El juez que analice una determinada conducta jurídicamente relevante, pública o privada, no puede extraer ningún elemento de aquel sistema de normas sino por las vías apropiadas, como, por ejemplo, desaplicación, anulación, interpretación conforme a la Constitución.

Así, para la solución del caso concreto, la Sala Electoral no habría tenido que “ignorar” una norma inconstitucional aplicable porque podía resolver el asunto bajo su consideración mediante la selección de otras que no adolecían de tal vicio; por el contrario, simplemente, la disposición normativa que aquella Sala estimó inconstitucional para el caso concreto no era aplicable a éste, no formaba parte del sistema de normas que todo intérprete debe armar para el cabal análisis y solución de cualquier problema jurídico. Por otra parte, en este asunto, la decisión de anulación y reposición es inútil –y, como tal, está prohibida–, porque la Sala Electoral admitió y resolvió el amparo constitucional.

En conclusión, aunque se comparte la declaración de que no fue conforme a derecho la desaplicación que hizo la Sala Electoral en el veredicto objeto de consulta, no ha debido declararse la nulidad total del mismo sino parcial, sólo en lo que respecta al incorrecto ejercicio del control de constitucionalidad, ni, en consecuencia, ha debido ordenarse la reposición de la causa.

(...)

2. *Acción de Inconstitucionalidad: Medidas Cautelares*

TSJ-SC (232)

13-4-2010

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Enrique Capriles Radonski y Rafael David Guzmán Reverón

La ausencia de actividad probatoria o argumentativa para justificar el *periculum in mora*, conduce a la Sala a estimar no cumplido este presupuesto necesario para adoptar la medida cautelar, pues el pronunciamiento sobre la medida cautelar impondría, en este caso, necesariamente, un análisis del derecho sustantivo reclamado, ejercicio reservado para el fondo del asunto debatido.

En ese orden de ideas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar, que es garantía del derecho a la tutela judicial eficaz y postuló la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así, se lee del artículo 19, párrafo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo siguiente:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”.

La norma hace suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos immanentes a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), desde que dispone que la cautela no tiene otra finalidad que la garantía de las resultas del juicio. No podría entenderse de otra manera, pues la exigencia de ambos requisitos es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares (CALAMANDREI, PIERO, *Providencias Cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, pp. 69 y ss.).

De allí que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (*periculum in mora*), ya que en función de la tutela judicial eficaz, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se compruebe el cumplimiento de los requisitos que exige la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

En definitiva, el pronunciamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la cautela y no cumplió sus requisitos; y, al contrario, negarle tutela

cautelar a quien cumple plenamente los requisitos implica una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la efectiva ejecución del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss). Asunto distinto es que, en la ponderación del cumplimiento de los requisitos que exige la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el otorgamiento de la medida.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de ellos el juez no podría decretar la cautela. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y, más concretamente, en el ámbito de la competencia constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez deberá también realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión a intereses generales en un caso concreto, o bien para la determinación de si, en el caso concreto, el interés general se vería favorecido o amenazado por el otorgamiento de la medida.

Del análisis del cumplimiento de tales supuestos de procedencia de las medidas preventivas en el caso de autos, la Sala observa:

En cuanto al *fumus boni iuris* (presunción de buen derecho), debe precisarse que el mismo se configura cuando el juzgador evidencia que el derecho respecto del cual se solicita la protección cautelar tiene apariencia de conformidad a derecho, sin incurrir con ello en un estudio detallado y profundo de lo que constituye el *thema decidendum*.

Los recurrentes alegaron como prueba de la apariencia grave del derecho reclamado, la sola entrada en vigencia de la ley impugnada “*cuyas normas no hay que analizar en mayor profundidad para percatarse de que, ostensiblemente, lesionan la autonomía normativa que corresponde a los estados y el Principio de Legalidad, constituye una razón suficiente para que sean suspendidos sus efectos*” y la existencia de “*estar afectado (sic) la mencionada ley de vicios graves de inconstitucionalidad que ameritan su nulidad absoluta*”.

En cuanto al *periculum in mora*, esto es, el peligro en que el retardo normal del proceso conduzca a la irreparabilidad o dificultad en la reparación del daño temido, la parte recurrente sostuvo que estaba presente en que:

“La situación descrita, implicará una reducción sustancial en el situado constitucional que les corresponde al estado (sic) Bolivariano de Miranda y afectará a los habitantes de sus municipios más desposeídos, pues en la Ley especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas, no existe norma alguna que obligue a las autoridades del Área Metropolitana de Caracas, a invertir el ‘aporte único’ transferido en alguno de los cuatro los Municipios (sic) del estado (sic) Bolivariano de Miranda que conforman parte del Área Metropolitana, recursos que bien podrían ser desviados entonces únicamente hacia el ámbito territorial Distrito Capital (sic), todo lo cual supone un gravísimo daño patrimonial al Estado y a las políticas que se adelantan en beneficios de los Mirandinos (sic) más necesitados ”.

Para decidir esta Sala advierte, que los recurrentes se limitaron a reproducir los argumentos sobre los cuales fundamentaron el recurso de nulidad, sin mediar actividad probatoria alguna, para con ello justificar el *periculum in mora*. Esa ausencia de actividad probatoria o argumentativa conduce a esta Sala a estimar no cumplido este presupuesto necesario para adoptar la medida cautelar, pues el pronunciamiento sobre la medida cautelar impondría, en

este caso, necesariamente, un análisis del derecho sustantivo reclamado, ejercicio reservado para el fondo del asunto debatido. Así se declara.

Por tanto, considera la Sala que no se cumplen los dos presupuestos que concurrentemente se exigen para que se acuerde la medida cautelar de suspensión de efectos de las disposiciones impugnadas. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disentimiento respecto del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

La decisión que precede negó la medida cautelar innominada de suspensión de efectos de la ley que se impugnó, cautela que se omitió bajo el argumento de que su conferimiento implicaría un pronunciamiento que atañe al fondo del asunto, esto es, al análisis de nulidad de dicho cuerpo normativo.

Quien suscribe como disidente no comparte tal razonamiento de la mayoría, pues el requisito del *fumus boni iuris*, cuyo cumplimiento es indispensable para que se acuerde cualquier medida preventiva, implica que exista presunción del derecho que se reclama; implicación que, evidentemente, exige un análisis presuntivo y *a priori* de la probabilidad de éxito de la pretensión principal –en este caso de nulidad-, lo que no es, en modo alguno, un “adelanto” ni se “inmiscuye” en el fondo del asunto. De lo contrario, nunca sería procedente la medida cautelar de suspensión de efectos de actos, sean normativos o no. (*vid.* entre otras muchas, sentencia N° 3082/05).

De este modo, no es acertado el señalamiento del fallo del que se difiere en el sentido de que el estudio de la tutela cautelar “...impondría, en este caso, necesariamente, un análisis del derecho sustantivo reclamado, ejercicio reservado para el fondo del asunto debatido”.

Por otra parte, es importante el recordatorio de que el juzgador, en el fallo cautelar, hace un juicio de verosimilitud y no de plena certeza, mientras que en la sentencia de mérito el juzgamiento es definitivo.

Quien disiente lamenta que la Sala asuma una conducta que no es acorde con la garantía del derecho a la tutela judicial eficaz de los usuarios del sistema de justicia, dentro de la cual se inscribe el derecho a la obtención de una protección cautelar cuando se cumpla con los requisitos de ley.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

TSJ-SPA (606)

23-6-2010

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Roxana Orihuela Gonzatti y Fermín Toro Jiménez (ARTS. 3, 11 literal c), 15, 29, 31, 43, 71, 100 y 103 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela)

La sola entrada en vigencia de una normativa impugnada puede suponer, respecto de un supuesto de hecho determinado, una violación o amenaza de violación a derechos constitucionales susceptible de ser objeto de amparo constitucional.

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la oposición formulada por la representación de la Universidad Central de Venezuela, a la medida cautelar otorgada y al respecto, observa:

Alegaron que la medida cautelar acordada al Profesor Fermín Toro Jiménez, debe ser revocada ante la inexistencia del acto de aplicación de los artículos impugnados del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la mencionada Casa de Estudios.

Sostuvieron que conforme a la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, los amparos ejercidos contra actos normativos no pueden estar dirigidos a impugnar el propio texto legal, sino los actos de aplicación del mismo, ya que según indican, las normas no son capaces de incidir por sí solas en la esfera jurídica de un sujeto determinado.

Afirmaron que la situación planteada por el mencionado Profesor “...es hipotética y, por tanto, futura e incierta...”, por ello, consideran que no se cumplió con el requisito del *periculum in mora* al momento de acordarse la medida cautelar ya que en su opinión, en el caso concreto, no existe indicio alguno que permita al menos presumir que el Profesor en referencia, fue convocado o será convocado próximamente como miembro de un Jurado Examinador en algún concurso de oposición, razón ésta por la que estiman que no existiendo elemento alguno para verificar el cumplimiento del indicado requisito de procedencia, debe revocarse la medida cautelar mediante la cual se inaplicaron los artículos 3, 11 literal c), 15, 29, 43, 71 y 100 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación y así solicitan sea declarado por esta Sala.

Al respecto, debe reiterar este órgano jurisdiccional que el criterio jurisprudencial relativo a los amparos ejercidos contra actos normativos, aducido por la parte opositora, tiene su *excepción* tal y como se dejó sentado en la referida sentencia N° 01789 de fecha 9 de diciembre de 2009, en la cual, acerca de la necesidad de impugnación del acto de aplicación concreta de la norma como presupuesto para el cumplimiento del *periculum in mora* se indicó lo siguiente:

*“...En este sentido, cabe destacar que de manera reiterada este Máximo Tribunal ha sostenido, como se expuso anteriormente, que el amparo cautelar contra actos normativos se otorga -y, por tanto, se pretende- con respecto del acto de aplicación de la norma cuya nulidad se demanda y no respecto de ella en sí misma, por cuanto sus características de generalidad y abstracción le impedirán, cualquier vulneración directa a la esfera jurídica de los justiciables. (Vid., Sent. SPA-CSJ, caso: Colegio de Abogados del Distrito Federal de 12.08.92). Sin embargo, dicho criterio tiene su **excepción** en aquellos supuestos en los cuales, la referida acción ha sido interpuesta contra una ‘norma autoaplicativa’.*

En concreto, respecto a este supuesto excepcional se ha pronunciado la Sala Constitucional, al establecer y definir lo siguiente:

“...No obstante, ese principio cuenta con la excepción de que la norma objeto de la pretensión de amparo -sea autónomo o cautelar- que se solicita con fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sea una norma autoaplicativa, caso en el cual el amparo tiene por finalidad la inaplicación de la norma en cuestión al caso concreto y no respecto de acto de aplicación alguno.

Las denominadas normas jurídicas autoaplicativas son aquellas cuya eficacia no está supeditada a la aplicación por acto posterior; por tanto, la sola iniciación de su vigencia puede suponer, respecto de un supuesto de hecho determinado, una violación o amenaza de violación a derechos constitucionales susceptible de ser objeto de amparo constitucional. Esta Sala se ha pronunciado en anteriores oportunidades, sobre el alcance de esta modalidad de normas jurídicas. En concreto, en sentencia N° 1505 de 5-6-03 (caso: Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas) señaló que por norma autoaplicativa se entiende

“...aquella norma cuya sola promulgación implica una obligatoriedad efectiva y actual (rectius, también inminente) para las personas por ella prevista de manera concreta, por lo que no requiere de ejecución por acto posterior...”. (Destacado de esta decisión). (Sent de la SC Nº1179 del 17-7-2008) caso: FÁBRICA DE TABACOS BERMÚDEZ C.A.).

*La cita anterior cobra especial interés para esta Sala ya que en el caso particular que nos ocupa, se observa que el abogado Fermín Toro Jiménez alegó concretamente que “...una vez convocado como jurado no podría excusar[se] alegando un motivo falso y la motivación cierta, cual es la constitucionalidad del Reglamento, tampoco podría ser invocada, **al tratarse de un instrumento normativo obligatorio, válido, vigente**, de no estar suspendidos sus efectos por vía cautelar...”*. (destacado de esta decisión).

*Es decir, que conforme a los términos expuestos por el mencionado accionante y en criterio de la Sala, las normas contenidas en los artículos del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela cuya nulidad ha sido interpuesta por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, **no requieren de un acto posterior para resultar lesivas a los derechos denunciados** como conculcados, siendo en consecuencia, conforme a la citada definición establecida por la Sala Constitucional, normas autoaplicativas, las cuales si bien no son el producto de un acto legislativo formal, son actos de efectos generales y de contenido normativo en virtud de su carácter general y abstracto y por ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, resultan susceptibles de ser impugnadas bajo la modalidad prevista en el artículo 3 eiusdem...”*.

Siguiendo los anteriores lineamientos jurisprudenciales que se ratifican en el presente fallo, debe esta Sala concluir en relación a este punto, que en asuntos como el que se analiza, el amparo solicitado tiene por finalidad la inaplicación de la **norma** al caso concreto y no respecto al **acto** de aplicación, ya que la sola entrada en vigencia de la normativa impugnada puede suponer, respecto de un supuesto de hecho determinado, una violación o *amenaza de violación* a derechos constitucionales susceptible de ser objeto de amparo constitucional.

Por ello debe indicarse que el mencionado Profesor en su escrito de fecha 11 de agosto de 2009, alegó en su favor, que en supuestos como el que se analiza, *“...esperar a que se produzca [su] convocatoria como jurado de un concurso de oposición o de un trabajo de ascenso, equivaldría a desnaturalizar la acción de amparo constitucional cautelar por amenaza, ya que negaría su existencia, y sólo haría viable el amparo ante la consumación, pues una vez convocado como jurado no podría excusar[se] alegando un motivo falso y la motivación cierta, cual es la inconstitucionalidad del Reglamento, tampoco podría ser invocada, al tratarse de un instrumento normativo obligatorio, válido y vigente, de no estar suspendidos sus efectos por vía cautelar...”*.

En virtud de lo anterior, este órgano jurisdiccional concluyó que por la situación concreta del accionante, cuya condición de Profesor Titular de la Casa de Estudios en referencia, lo lleva al cabal cumplimiento de las obligaciones y deberes del Personal Docente y de Investigación estipulados en el Título III, Capítulo I *eiusdem* y por ser el destinatario de las normas *autoaplicativas* recurridas en nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, (particularmente de los artículos 15, 29, 43, 71, 100 del citado Reglamento) y de cuyo contenido, presume la Sala, podrían derivarse violaciones a sus derechos al debido proceso administrativo y al derecho a la educación, el amparo cautelar solicitado resulta procedente, razón por la cual debe desestimarse la oposición formulada es ese sentido Así se decide.

Por otra parte, los apoderados judiciales de la Universidad Central de Venezuela formularon oposición a la medida cautelar acordada a la Profesora Roxana Orihuela Gonzatti, mediante decisión de fecha 9 de diciembre de 2009, indicando en tal sentido que en su caso, tampoco existe presunción de riesgo de violación de los derechos constitucionales denuncia-

dos como conculcados, pues consideran que en virtud de la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital el 31 de marzo de 2009, que declaró procedente la solicitud de amparo cautelar por ella formulada, “...*el objeto del amparo cautelar decretado por el [mencionado Tribunal] satisface plenamente la pretensión principal que procura hacer valer la accionante con el recurso de nulidad interpuesto contra el veredicto y-muy especialmente- con la medida cautelar decretada por esta Sala Político-Administrativa...*”. (Destacado de la parte opositora).

Ahora bien, debe señalarse que en el presente caso, el objeto de impugnación del recurso contencioso administrativo de nulidad planteado por los abogados Roxana Orihuela Gonzatti y Fermín Toro Jiménez, son las disposiciones contenidas en los artículos 3, 11 literal c, 15, 29, 31, 43, 71, 100 y 103, del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela, respecto al cual se dejó establecido en la decisión N° 01118 del 29 de julio de 2009, que es un acto administrativo de *efectos generales* que regula todo lo relativo al ingreso, ubicación, ascenso, antigüedad, deberes y derechos, incompatibilidades, medidas disciplinarias y protección social de los miembros del personal docente y de investigación de la Casa de Estudios en referencia, es decir, del personal académico llamado a dedicarse a dicha institución universitaria, pues éstos prestan sus servicios no sólo a nivel de pregrado, sino también se dedican a las actividades de consulta con los estudiantes de pregrado, a la docencia de postgrado y a la realización permanente de labores de investigación y de extensión.

En virtud de la naturaleza jurídica de la normativa citada, esta Sala Político-Administrativa en la referida sentencia, declaró su competencia para conocer y decidir del recurso de nulidad interpuesto contra las mencionadas disposiciones de *efectos generales*, de conformidad con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con la competencia establecida en citado artículo 5, numerales 30 y 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable *ratione temporis*.

De lo expuesto se evidencia la errada apreciación en la que incurre la parte opositora en su escrito de fecha 21 de enero de 2010, al afirmar que con la mencionada decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 31 de marzo de 2009, (que en su opinión reitera el contenido de la sentencia dictada por la Sala Constitucional N° 64 del 10/02/2009) se satisface plenamente la pretensión principal de la accionante, pues contrariamente a lo indicado, del expediente se evidencia que, en ambos casos, la acción principal o nulidad fue interpuesta contra el veredicto dictado en el concurso de oposición celebrado el 15 de octubre de 2008, en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, para la provisión de un cargo a tiempo convencional en la Cátedra de Derecho Internacional Público, es decir, contra un acto de efectos particulares, que difiere sustancialmente de las disposiciones de efectos generales del Reglamento del Personal Docente y de Investigación recurridas ante esta Sala.

En virtud de lo anterior, siendo que el presente juicio se contrae a impugnar la nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, de los artículos 3, 11 literal c), 15, 29, 31, 43, 71, 100 y 103 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela, aprobado por el Consejo Universitario en sesión del 6 de enero de 1999 y publicado en la Gaceta de la Universidad Central de Venezuela, Edición Especial del 20 de mayo de 1999, esta Sala desestima la oposición formulada en la forma que ha sido planteada. Así se declara.

Finalmente, observa la Sala que los apoderados judiciales de la Universidad Central de Venezuela, solicitan sea revocada la medida de inaplicación del artículo 3 del mencionado Reglamento, el cual dispone lo siguiente:

“...Sólo podrán ser objeto de concursos aquellos cargos que por su naturaleza revisten el carácter de permanentes y para los cuales exista la adecuada previsión presupuestaria. Los concursos de oposición se abrirán preferentemente para los cargos a dedicación exclusiva y tiempo completo, y de manera excepcional para profesores a medio tiempo y tiempo convencional de acuerdo a lo previsto en el presente reglamento.

Parágrafo Único: Para cubrir los cargos de carácter transitorio o para desempeñar transitoriamente cargos de carácter permanente, siempre que no hubiese disponible miembros ordinarios del personal docente y de Investigación, quienes a juicio del respectivo Consejo de Facultad estén en capacidad de hacerlo, se recurrirá a la designación de miembros especiales suplentes de acuerdo con lo previsto en la Ley de Universidades y en el presente reglamento...”

Al respecto se debe indicar, contrario a lo expuesto por la parte opositora, que las razones alegadas por la accionante en el juicio de nulidad planteado, no se refieren al condicionamiento que hace la citada disposición, acerca de la necesaria disponibilidad presupuestaria para el llamado a concurso, sino fundamentalmente se cuestiona su inconstitucionalidad e ilegalidad, la cual plantea la recurrente en los términos siguientes: *“...al no haber ingresado al escalafón por concurso de oposición sino mantenerse en situación de contratada, tiene derecho a que tal concurso no sólo le sea abierto para poder ingresar a la carrera docente y poder ascender, sino que el Reglamento que se aplique en la realización de tal concurso no sea inconstitucional ni ilegal, como en efecto lo es...”*.

Asimismo se desprende del escrito libelar, que indistintamente de la medida de inaplicación requerida en virtud del efecto autoaplicativo de las disposiciones del Reglamento del Personal Docente y de Investigación impugnadas, la pretensión de los accionantes en este juicio está centrada en la solicitud de nulidad de los citados artículos. De allí que expresamente indicaran en su solicitud que, *“...no basta con impugnar los concursos de oposición que se celebren en la Universidad Central de Venezuela, ni siquiera con que se logre ganar un juicio en tal sentido y que los órganos jurisdiccionales ordenen que se vuelva a celebrar un concurso en el que se hayan probado y declarado sus irregularidades, sini (sic) se ataca el Reglamento que rige tales concursos, y se acepta pacíficamente que se aplique un instrumento jurídico desfasado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por tanto, inconstitucional...”*

Por todo lo anterior, considera esta Sala que debe declararse **improcedente** la oposición formulada por los apoderados judiciales *ad honorem* de la Universidad Central de Venezuela, contra la medida cautelar de inaplicación de los artículos 3, 11 literal c), 15, 29, 31, 43, 71, 100 y 103 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela, en el marco del caso concreto que se planteó en este juicio, otorgada por esta Sala en fecha 9 de diciembre de 2009. Así se decide.

3. *Revisión de sentencias en materia constitucional*A. *Revisión de sentencias sobre control difuso de la constitucionalidad*

TSJ-SC (508)

25-5-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Ángela Magaly Valbuena Rivero, (Desaplicación efectuada por el Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal)

La revisión de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad, redundará en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

El artículo 334 constitucional atribuye a todos los jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer, aún de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía, los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre normas legales o sublegales y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas.

En este sentido, reitera la Sala, que la revisión de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad, redundará en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

Así pues, en el caso bajo estudio el Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, desaplicó por control difuso de la constitucionalidad los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, por estimar que dichas disposiciones normativas coliden con el contenido del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido, cabe destacar que la sentencia N° 389-09, objeto de revisión quedó definitivamente firme, por no haberse ejercido en su contra los recursos ordinarios o extraordinarios de ley, como se constata del oficio N° 424-10, del 26 de enero de 2010, recibido en esta Sala el 5 de febrero de 2010.

B. *Solicitante. Representación*

TSJ-SC (324)

6-5-2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Jhonathar Monterola vs. Caribbean SPA, S.A.

La Sala reitera que los interesados en solicitar la revisión de alguna sentencia definitivamente firme deben inexorablemente estar asistidos o debidamente representados por un abogado para la interposición del escrito contentivo de dicha solicitud, debiendo ello cons-

tar en su contenido y consignar, junto al libelo, en el caso de apoderados, el documento debidamente otorgado que acredite la representación para esa causa, con el fin de verificar dicho carácter, de conformidad con lo previsto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Al efecto, la parte actora solicitó la revisión constitucional de la sentencia dictada el 14 de abril de 2008 por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo que declaró sin lugar la apelación interpuesta, con lugar la demanda por calificación de despido incoada por el ciudadano Jhonathar Monterola contra la solicitante y, en consecuencia, quedó confirmada la sentencia, por la presunta violación de los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, ya que el referido fallo fue incongruente en su motivación.

Ahora bien, esta Sala estima necesario aclarar que del documento que acredita la representación que se atribuye el abogado actuante consignado en autos, autenticado el 7 de mayo de 2009, anotado bajo el N° 16, Tomo 33 de los Libros de Autenticaciones llevados por la Notaría Pública Primera de Valencia, Estado Carabobo y el cual cursa en los folios 15 al 18 del presente expediente judicial junto con la solicitud de revisión -con el fin de permitir la verificación de tal carácter-, no se desprende la facultad para solicitar la revisión constitucional, en virtud que el mismo expone: “Yo, **JORGE HEEMSEN SUCRE**, venezolano, hábil en derecho, titular de la cédula de identidad N° 3.577.11 y de este domicilio, procediendo en este acto con el carácter de Presidente de la Sociedad de Comercio de este domicilio ‘**CARIBBEAN SPA, S.A.**’ (...), por medio del presente instrumento declaro: Que en nombre de la precitada Sociedad Mercantil, confiero **PODER JUDICIAL**, amplio y bastante cuanto en derecho se requiere, a los Abogados en ejercicio **JUAN VICENTE ARDILA** y **CARLOS MANUEL FIGUEREDO VILLAMIZAR**, quienes son Venezolanos, hábiles en derecho, titulares de las Cédulas de Identidad Nos. 2.159.322 y 3.575.922, respectivamente, e inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nos. 7.691 y 7.278 también respectivamente y con domicilio en la ciudad de Caracas y Valencia en su orden; para que sin limitación alguna, actuando conjunta o separadamente, representen, sostengan y defiendan los derechos, acciones e intereses de mi representada ‘**CARIBBEAN SPA, S.A.**’, antes identificada, en todos los asuntos judiciales o extrajudiciales que se le presenten o puedan presentársele, por ante cualquiera organismos administrativos y/o jurisdiccionales de la República. En virtud del presente mandato, podrán los apoderados aquí constituidos intentar y contestar toda clase de demandas, reclamos y procedimientos; darse por citados o notificados; oponer y contestar cuestiones previas; convenir, reconvenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros arbitradores o de derecho; promover pruebas, repreguntar testigos; recibir cantidades de dinero otorgando los correspondientes recibos o finiquitos, solicitar, practicar medidas preventivas o ejecutivas, proceder a su ejecución, intentar recursos ordinarios y extraordinarios hasta casación inclusive, solicitar decisión según la equidad, disponer del derecho en litigio, sustituir este Poder, en todo o en parte, en abogado o en Abogados de su confianza, reservándose o no su ejercicio, pudiendo revocar las sustituciones que hicieren y en fin, realizar las gestiones necesarias encaminadas para la mejor defensa de los derechos, acciones, e intereses de ‘**CARIBBEAN SPA, S.A.**’, por cuanto es entendido que las facultades conferidas lo son a título enunciativo y no taxativo (...).”

Ello así, el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señala lo siguiente:

“(...) Se declarará inadmisble 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 recurso 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 (...)” (Subrayado de la Sala).

En este orden de ideas, esta Sala en sentencia N° 1.406 del 27 de julio de 2004, señaló lo siguiente: *“(...) Se hace notar, además, que si bien es cierto que esta Sala ostenta esa facultad revisora, lo es también el hecho de que el abogado que intente la solicitud de revisión constitucional en su carácter de apoderado judicial de la parte que resulta afectada, debe acreditar, al momento de la interposición de su petición, esa condición de representante judicial. En otras palabras, debe acompañar un documento que permita aseverar que, ciertamente, tiene la facultad de actuar judicialmente y solicitar, en nombre de una persona determinada, la revisión de una decisión definitivamente firme. Se colige, en efecto, si no existe un documento que evidencie esa representación judicial, podría decirse que esa circunstancia puede ser subsanada a través de otros mecanismos que permita esa verificación, como lo sería observar si en el expediente se encuentra otro medio de prueba que lo permita aseverar, pero ello no demuestra si, realmente, un ciudadano determinado le confirió a un abogado la posibilidad de que intentase en su nombre el recurso de revisión, dado que no se sabe, a ciencia cierta, cuáles fueron las facultades de representación que fueron encomendadas (...)”*.

Igualmente, se observa que esta Sala en sentencia N° 1.089 del 8 de julio de 2008 (caso: “Enelven”), señaló lo siguiente:

“(...) En este sentido, la Sala ha señalado que los interesados en solicitar la revisión de alguna sentencia definitivamente firme deben inexorablemente estar asistidos o debidamente representados por un abogado para la interposición del escrito contentivo de dicha solicitud, debiendo ello constar en su contenido y consignar, junto al libelo, en el caso de apoderados, el documento debidamente otorgado que acredite la representación para esa causa ante este Máximo Tribunal, con el fin de verificar dicho carácter (Vid. Sentencias números 157/05 y 1406/2004).

Ahora bien, la Sala observa que en el instrumento poder inserto en actas se autoriza a los abogados para que actuando conjunta, alterna o separadamente unos o unos de otros, tengan la plena y total representación de la COMPAÑÍA ANÓNIMA ENERGÍA ELÉCTRICA DE VENEZUELA, (ENELVEN) en todos los asuntos de índole extrajudicial o judicial de naturaleza administrativa, civil, laboral, mercantil, de tránsito, contencioso administrativo y contencioso tributario, en los que la mencionada empresa tenga interés o actúe como demandante o demandada, pudiendo actuar como tercero con intervención voluntaria o forzada e incluso en asuntos o juicios expropiatorios (...). En tal virtud, podrán darse por citados, intentar, contestar demandas, reconvenir y contestar reconveniones, citar en saneamiento o garantía, tercerías y contestarlas; presentar cualquier clase de peticiones, alegatos o representaciones ante autoridades judiciales o administrativas; promover y hacer instruir pruebas, ejercer recursos de nulidad o suspensión de efectos de actos administrativos ante los Tribunales u organismos competentes, proseguir los juicios en todas sus instancias o grados, trámites de incidencias, inclusive por ante el Tribunal Supremo de Justicia e intentar recursos o demandas de invalidación y en general, defender los derechos de la identificada compañía en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales en que tenga interés, como demandante o demandada, reclamante o reclamada, o solicitante, pudiendo solicitar cualquier medida

cautelar, preventiva o ejecutiva. Es entendido que las facultades conferidas tanto en sede judicial como en el orden administrativo, son de carácter enunciativo y no limitativo, pudiendo hacer todo cuanto consideren conveniente para la defensa de los derechos e intereses de la identificada compañía, inclusive en juicio de expropiación. Finalmente se prohíbe de forma expresa a los apoderados aquí nombrados, sustituir el presente Poder (...)'.

De lo transcrito aprecia esta Sala que, tratándose la solicitud de revisión de una pretensión autónoma y no un recurso ordinario ni extraordinario que pueda interponerse en una causa para dar lugar a otra instancia derivada del proceso que dio origen a la sentencia objeto de la solicitud de revisión, es necesario que el apoderado se encuentre facultado para su presentación y que ello esté debidamente acreditado en el documento poder que se consigna (Vid. Sentencia SC número 750, del 8 de mayo de 2008, caso: Instituto Autónomo de Tránsito, Transporte y Circulación del Municipio Chacao del Estado Miranda) (...)'".

Asimismo, la Sala en sentencia N° 1.247 del 29 de julio de 2008, reiteró el referido criterio, señalando lo siguiente:

"(...) Ahora bien, revisadas las actas que conforman el presente expediente, esta Sala advierte que el poder presentado por los abogados (...), al incoar la revisión constitucional del fallo dictado por el Tribunal Superior Primero para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana, no cumple a cabalidad los requerimientos para el ejercicio de tal solicitud, toda vez que dicho instrumento no los faculta de manera expresa para interponer la solicitud de revisión presentada ante esta Sala.

Así, dicho documento expresa textualmente lo que sigue:

'Quienes suscriben (...), por medio del presente documento declaramos: Que sustituimos en los Abogados (...), reservándonos su ejercicio, el poder que nos confirieron DANIEL JOSEPH GALVIS DELLAN Y ELUJINA NODA MONCADA (...), para que nuestros nombrados sustitutos, lo ejerzan separada o conjuntamente con nosotros, poder este, amplio, bastante y suficiente en cuanto a derecho se refiere, para que nos representen, sostengan y defiendan los derechos e intereses de nuestros mandantes, en los procedimientos de Solicitud de Reenganche y pago de Salarios Caídos y cualquier otro procedimiento judiciales y/o administrativo, que intentara (...) el poderdante, contra SERVICIOS HALLIBURTON DE VENEZUELA, S.A. Y BAROID DE VENEZUELA, S.A. y cualquier filial o sucursal de HALLIBURTON COMPANY y cualquier persona natural o jurídica, por ante los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela. En ejercicio del presente poder, quedan facultados los prenombrados sustitutos apoderados para: intentar y contestar toda clase de demandas, interponer o hacerse parte en toda clase de recursos, acciones de amparo autónomo y/o procedimientos y proseguirlos en todas sus instancias e incidencias, hasta su terminación definitiva; oponer y contestar cuestiones previas y reconveniones; darse por citado y/o notificado; convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, arbitradores o de derecho, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remate con facultad tanto para lo principal como para lo accesorio, intentar toda clase de recursos, tanto el ordinario de apelación como los extraordinarios de casación, invalidación, nulidad, queja, los contencioso-administrativos o contencioso-tributarios; constituir asociados; transacciones laborales; para resolver en la forma más amplia según convenga a los intereses de nuestros mandantes, exigir rendición de cuentas en cuanto a pagos salariales se refiera, y por último, hacer todo lo que sea necesario para la mejor defensa de los derechos e intereses en los procedimientos administrativos y judicial que intentara (...) el poderdante, contra las empresas SERVICIOS HALLIBURTON DE VENEZUELA, S.A. y BAROID DE VENEZUELA, S.A. y cualquier otra filial o sucursal de HALLIBURTON COMPANY o cualquier persona natural o jurídica, pudiendo cumplir con todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma ya que la anterior enumeración de facultades son simplemente enunciativas y no limitativas (...).

...omissis...

En el marco de lo expuesto, esta Sala observa que en el poder sustituido a los abogados actuantes en autos, no consta la facultad para presentar la solicitud de revisión constitucional ante esta Sala, por lo que considera que dicho instrumento resulta insuficiente en derecho y, siendo así, no se encuentra acreditada la debida representación judicial en el caso de autos, circunstancia que no permite a esta Sala conocer de la revisión sub examine (...)”.

Sobre la base de los criterios jurisprudenciales parcialmente transcritos, esta Sala estima necesario reiterar que los interesados en solicitar la revisión de alguna sentencia definitivamente firme deben inexorablemente estar asistidos o debidamente representados por un abogado para la interposición del escrito contentivo de dicha solicitud, debiendo ello constar en su contenido y consignar, junto al libelo, en el caso de apoderados, el documento debidamente otorgado que acredite la representación para esa causa, con el fin de verificar dicho carácter, de conformidad con lo previsto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia -*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1.558/08-.

En virtud de las anteriores consideraciones, resulta forzoso para esta Sala declarar inadmisibles la presente solicitud de revisión constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que no se encuentra acreditada, en forma manifiesta, la representación judicial del abogado Juan Vicente Ardila, puesto que el instrumento poder que consta en autos no lo faculta de manera expresa para ejercer esta extraordinaria vía judicial -folios 15 al 18 del presente expediente judicial-. Así se decide.

C. *Carácter discrecional de la revisión constitucional*

TSJ-SC (365)

10-5-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Fernando Pérez Amado (Revisión de sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia).

Por ser la revisión constitucional una potestad discrecional, la Sala no está atada a un precedente de la misma para el caso concreto, pues pudiera reexaminarse un criterio anterior de la Sala ante nuevas solicitudes de revisión que conlleven nuevos o distintos alegatos aun cuando exista cosa juzgada al respecto, pudiendo estimarlas o rechazarlas; pues el precedente invocado por las partes no puede funcionar *stricto sensu* con la eficacia persuasiva del precedente judicial, toda vez que cada caso será decidido en atención al análisis de los valores jurídicos que rodean una situación concreta; aceptar lo contrario conllevaría una suerte de petrificación de la potestad que le ha sido otorgada a la Sala Constitucional mediante la revisión.

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca de la presente solicitud de revisión de sentencia, para lo cual estima pertinente hacer las siguientes consideraciones previas:

En materia de revisión constitucional esta Sala ha reiterado, en ausencia de ley especial que defina los supuestos conforme a los cuales procedería el ejercicio de tal atribución, el criterio establecido en la sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001, (caso: *Corpoturismo*), referido a que sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, la Sala ejercerá la potestad de revisar aquellos fallos que corresponden a los siguientes supuestos: “1) *Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o*

tribunal del país. 2) Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia. 3) Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente interpretaciones sobre la Constitución, contenida en sentencias dictadas por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando así un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional. 4) Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los tribunales o juzgados del país que, de manera evidente, hayan incurrido en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional”.

Asimismo, la Sala ha establecido en la citada sentencia que: “[...] puede en cualquier caso desestimar la revisión [...] 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 [...]”.

De esta manera, la revisión constitucional ha sido prevista en el artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como una de las atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, específicamente en el numeral 10; ello, con el fin de resguardar el orden público constitucional, y garantizar la debida aplicación y correcta interpretación de los valores constitucionales; de allí que la potestad de revisión atribuida a la Sala Constitucional constituye un mecanismo orientado a la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, que a su vez garantiza la observancia de las interpretaciones vinculantes efectuadas por esta Sala Constitucional en tanto Máximo intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La potestad de revisión se asemeja al “*right of certiorari*” propio del sistema anglosajón en cuanto le interesa el conocimiento de aquellos casos de relevancia constitucional, por lo que en procura del fin antes advertido, la cosa juzgada de aquellos fallos sometidos a revisión puede verse afectada con el propósito final de reafirmar los valores supremos del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que proclama el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y lograr la justicia positiva en el caso concreto.

Así entonces, la revisión constitucional no constituye una tercera instancia, ni un recurso ordinario concebido como medio de defensa ante las violaciones o injusticias sufridas por a raíz de determinados fallos, sino una potestad extraordinaria y excepcional de esta Sala Constitucional cuya finalidad es mantener la uniformidad de los criterios constitucionales en resguardo de la garantía de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, lo cual reafirma otro valor como lo es la seguridad jurídica. (Sentencia N° 1725/2003 del 23 de junio, recaída en el caso: *Carmen Bartola Guerra*); por lo tanto, no hay ninguna duda sobre el carácter eminentemente discrecional de la revisión y con componentes de prudencia jurídica, estando por tanto destinada a valorar y razonar normas sobre hechos concretos a fin de crear una situación jurídica única e irrepetible.

De allí que pueda afirmarse que la revisión constitucional tiene como finalidad hacer valer los principios constitucionales que sustentan el carácter normativo de la Constitución y la uniformidad en la interpretación de las normas constitucionales y legales, es decir, tiene una función nomofiláctica, de defensa de la Constitución y leyes que conforman el ordenamiento jurídico; y su consecuencia jurídico procesal: declarar la inexistencia o nulidad de la sentencia definitivamente firme sometida a revisión, e incluso de todo el proceso que la precede.

Así, si ha habido infracción a principios fundamentales o a interpretaciones vinculantes de esta Sala Constitucional, la revisión posibilita corregir errores, que por estar cubiertos por la cosa juzgada no deben permanecer inmutables, constituyendo un daño social mayor que el principio de inviolabilidad de lo juzgado; pudiendo generar una verdadera injusticia, que no es posible sostener.

Por lo tanto, la Sala Constitucional puede rechazar *in limine* la solicitud de revisión constitucional, tal como ha sido expuesto como doctrina en la Sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2002, caso: *Corpoturismo* al señalar que: “[Omissis]...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...”; lo cual obedece –como se señaló- a su carácter eminentemente discrecional.

Precisamente, por ser la revisión constitucional una potestad discrecional, la Sala no está atada a un precedente de la misma para el caso concreto, pues pudiera reexaminarse un criterio anterior de la Sala ante nuevas solicitudes de revisión que conlleven nuevos o distintos alegatos aun cuando exista cosa juzgada al respecto, pudiendo estimarlas o rechazarlas; pues el precedente invocado por las partes no puede funcionar *stricto sensu* con la eficacia persuasiva del precedente judicial, toda vez que cada caso será decidido en atención al análisis de los valores jurídicos que rodean una situación concreta; aceptar lo contrario conllevaría una suerte de petrificación de la potestad que le ha sido otorgada a la Sala Constitucional mediante la revisión.

Ciertamente, la doctrina del precedente supone la vinculación a la *ratio decidendi*; pero tratándose de la Sala Constitucional cuya potestad revisora se asemeja al *right of certiorari*, es concluyente afirmar que se admite la desvinculación al precedente que se le invoca, pues como se ha señalado, la Sala Constitucional en tanto intérprete supremo de la Constitución no tiene por qué estar obligada por la fuerza persuasiva de un criterio adoptado anteriormente en revisión respecto a un caso que aun cuando se alega es idéntico a otro previamente decidido, efectivamente no lo es; pues las situaciones jurídicas que se consideraron para resolver un caso concreto sometido primeramente a la consideración de la Sala, pudieron haber variado o presentar una diferencia o impacto social relevante con el caso cuya solución ha sido invocada.

Desde esta perspectiva, la eficacia persuasiva de las decisiones dictadas en materia de revisión constitucional no vincula a la propia Sala Constitucional para resolver un caso similar a otro previamente sometido a su consideración en revisión, pues la función del juez constitucional en este supuesto está sometida al imperio de la Constitución y no al precedente judicial invocado, más aún cuando este precedente invocado no responde de manera exacta al caso concreto ni su impacto social es similar; lo contrario implicaría ante la invocación de situaciones jurídicas aparentemente similares, una suerte de anclaje de la potestad revisora de la Sala; cuando por su propia naturaleza el ejercicio de una potestad es impredecible. Así se declara.

Por ello, la revisión constitucional atribuida a esta Sala no puede ni debe entenderse como una tercera instancia ni como parte de los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al amparo consagrados en la Constitución y en las leyes, sino como un mecanismo extraordinario cuya finalidad consiste en mantener la uniformidad a la interpretación de la norma y principios constitucionales; debiendo entenderse como expresión jerárquica y procesal de salvaguarda de la Constitución; por lo tanto, si bien las decisiones dictadas en ejercicio de dicha potestad constituyen, en caso de que así se disponga, precedentes vinculantes para

los demás tribunales de la República e incluso para las demás Salas que integran este Alto Tribunal; no pueden las partes solicitantes en revisión invocarlos para vincular a la Sala Constitucional, ya que en su condición de Máximo y último intérprete de la Carta Magna, puede estimarlo inaplicable al caso concreto o puede incluso modificar o reexaminar sus criterios, ante nuevos y distintos alegatos que no habían sido expuestos a su conocimiento con anterioridad, y que la lleven a considerar nuevas violaciones a principios y derechos constitucionales, para lo cual la Sala deberá motivar sus decisiones para justificar la razonabilidad del fallo contenido del nuevo criterio.

Desde esta perspectiva, tiene firme asidero la posibilidad de que esta Sala Constitucional revise, incluso de oficio, decisiones, autos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya fijado la Sala; a fin de garantizar –se insiste– la supremacía constitucional conforme al estado de derecho y justicia proclamado por la Constitución.

Así entonces, la revisión prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no permite a las partes una nueva posibilidad de atacar las determinaciones judiciales de primero y segundo grado. Su sentido y razón consisten en asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Magna, se unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos, se elabore la doctrina constitucional y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de casos paradigmáticos, sobre el alcance de los principios, postulados, preceptos y reglas de la Constitución, corrigiendo, si hay lugar a ello, las desviaciones y errores de equivocadas interpretaciones y decisiones judiciales.

De esta manera, el ejercicio de la mencionada potestad discrecional le permite a la Sala Constitucional reservarse las razones por las cuales decide revisar o no un caso en particular; siendo plausible si así lo estima pertinente explicar, como se señaló, el por qué de tal decisión.

Corolario de lo anterior, y sin que ello implique una violación del principio *stare decisis*, la Sala Constitucional decidirá cada caso sometido a su consideración mediante la revisión considerando una situación jurídica concreta y sin que esté necesariamente vinculada a la alegada aplicación de criterios sentados en casos de revisión previos; pues se insiste que las situaciones jurídicas en que se encuentran los justiciables son susceptibles de sufrir variaciones de un caso respecto a otro, por tanto las distintas posturas adoptadas por esta Sala en ejercicio de su potestad revisora no tienen el mismo valor si las distintas situaciones alegadas por los particulares han variado; aceptar lo contrario supondría una especie de petrificación de su potestad revisora en detrimento de su función de guardián y último intérprete supremo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Precisado el punto anterior, esta Sala Constitucional observa que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, la cual declaró sin lugar el avocamiento petitionado por el ciudadano Fernando Pérez Amado, solicitante en revisión, quien estuvo siendo juzgado en ausencia tal como lo permitía la Constitución de 1961 y pretendía mediante el avocamiento que se le aplicaran los efectos extensivos de la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el 28 de diciembre de 2001, que absolvió al ciudadano Jorge Baíz, y de la decisión proferida el 20 de julio de 2004, por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal, que absolvió al ciudadano Carlos José Omaña; todo ello a propósito del proceso penal seguido en su contra por la comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero

concedido por organismos públicos en grado de continuidad, previsto y sancionado en el artículo 71, numeral 2 de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en relación con el artículo 99 del Código Penal.

Para arribar a tal determinación, la Sala de Casación Penal consideró que no se encontraban cumplidos los requisitos de procedencia del avocamiento, a cuyo efecto argumentó fundamentalmente lo que a continuación se transcribe:

“[...] En el caso que nos ocupa, al ciudadano **FERNANDO PÉREZ AMADO**, el 9 de agosto de 1994, el Juzgado Vigésimo Sexto de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, le decretó orden de detención judicial por el delito de **APROVECHAMIENTO O DISTRACCIÓN DE DINERO CONCEDIDO POR ORGANISMOS PÚBLICOS EN GRADO DE CONTINUIDAD**, tipificado en el artículo 71 numeral 2 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en concordancia con el artículo 99 del Código Penal; medida que fue confirmada el 21 de julio 1995, por el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Hasta la fecha no se ha ejecutado la referida orden de aprehensión, pues ni ha sido aprehendido por las autoridades competentes, ni se ha presentado ante el juzgado correspondiente. De hecho, el referido ciudadano fue enjuiciado en ausencia, bajo las disposiciones constitucionales anteriores que permitan ese tipo de enjuiciamiento en los casos de delitos contra el patrimonio público (artículo 60 ordinal 5° de la Constitución de 1961). El 26 de abril de 1999, se celebró la Audiencia Pública del Reo y el 2 de junio de 1999, se admitieron las pruebas ofrecidas y se declaró abierto el lapso para su evacuación. Encontrándose la causa en la etapa de evacuación de pruebas, conforme a lo dispuesto en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal (vigente para ese momento), y a solicitud de las representantes del Ministerio Público, el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el 11 de julio de 2000, acordó la suspensión del proceso (en esa etapa procesal) respecto al ciudadano **FERNANDO PÉREZ AMADO**, quien estaba siendo enjuiciado en ausencia, hasta que se presentaran en el Tribunal, en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, que no contempla el juicio en ausencia.

La Sala de Casación Penal, ha establecido de manera reiterada que el proceso penal comprende una serie de actos que requieren de la presencia del inculpado y esta presencia no puede ser delegada en representantes o mandatarios, en virtud de del derecho a ser oído y a la defensa, garantizados por la Constitución y las leyes, y como se expresó precedentemente, el ciudadano **FERNANDO PÉREZ AMADO**, hasta la presente fecha no ha sido conducido ni ha comparecido voluntariamente ante el Tribunal que lo requiere, circunstancia esta que no es imputable al órgano jurisdiccional.

Dicho criterio está en consonancia con lo expresado por la Sala Constitucional en su decisión N° 938 del 28 de abril de 2003, en la cual se decidió: ‘...*Otra circunstancia que evidencia esta Sala es que en el proceso penal existen una serie de actos que necesariamente requieren la presencia del imputado, no siendo delegable en mandatarios tal facultad, cuyo origen es precisamente garantizar el derecho a ser oído y a la defensa...*’.

Por todo lo expuesto, la Sala de Casación Penal, concluye que en la presente causa no se dan los supuestos de procedencia del avocamiento y por tal motivo se declara **SIN LUGAR**. Así se decide”.

Como puede observarse la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada en ejercicio de una potestad discrecional como es el avocamiento, potestad esta que tienen atribuidas todas las Salas de este Alto Tribunal, según lo dispone el cardinal 48 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, la Sala de Casación Penal consideró con base en su potestad de juzgamiento y como cúspide de la jurisdicción penal que no existían razones suficientes para la procedencia del avocamiento solicitado, pues dicha instancia penal tiene establecido de manera reiterada que el proceso penal está estructurado de manera tal que los actos comprendidos en él requieren de la presencia del inculpado y esta obligación (presencia) no puede ser delegada en representantes o mandatarios, en virtud de los derechos a ser oído y a la defensa.

Asimismo, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal consideró que el ciudadano Fernando Pérez Amado, quien estaba siendo enjuiciado en ausencia, y cuyo proceso penal fue suspendido en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hasta la fecha de la sentencia cuestionada en revisión no había comparecido voluntariamente ante el Tribunal que lo requiere, considerando que este hecho no era imputable al órgano jurisdiccional que lleva la causa penal; en razón de lo cual esta Sala concluye que las razones emitidas por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal para declarar sin lugar la procedencia del avocamiento fueron producto de su apreciación soberana, una vez que analizó las actas del expediente a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

En esta línea de razonamiento se ha pronunciado la Sala Constitucional mediante jurisprudencia pacífica y reiterada, dejando establecido que en principio las sentencias de las demás Salas que integran esta Alto Tribunal, dictadas en ejercicio de la potestad discrecional de avocamiento no son susceptibles de revisión constitucional (Vid. Sentencias Números 952/2006, caso: *Jesús Miguel Idrogo Barberii y otros*; 743/2007, caso: *Jesús Salvador Rendón*; 691/2008, caso: *Osmil Manuel Sequera Weffer y otro*; 1907/2008, caso: *Frank Eduardo Alvarado Barrios y otros*; 1344/2008, caso: *Despacho de Abogado Miembros de Macleod Dixon S.C.* y 748/2009, caso: *Gregorio Carrasquero*).

Cabe destacar además que en el proceso penal contemplado en la legislación penal vigente el ejercicio de los derechos y garantías contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela operan para el imputado una vez que éste ha cumplido con el deber de comparecer a juicio y, por ende, ponerse a derecho, en aras de permitir el ejercicio de la acción penal mediante el debido proceso. Así se declara.

Así entonces, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal declaró sin lugar el avocamiento solicitado por la defensa privada del imputado Fernando Pérez Amado considerando que al señalado imputado (solicitante de la revisión), le fue decretada orden de detención judicial el 9 de agosto de 1994, por el extinto Juzgado Vigésimo Sexto de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por la presunta comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero concedido por organismos públicos en grado de continuidad, tipificado en el artículo 71 cardinal 2 de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en concordancia con el artículo 99 del Código Penal; orden de detención que fue confirmada el 21 de julio de 1995, por el extinto Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, y que una vez que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la causa penal fue suspendida a solicitud del Ministerio Público para garantizar el debido proceso, ante la imposibilidad de continuar el proceso en ausencia del imputado.

Debe enfatizarse además, que los hechos imputados por el Ministerio Público en su escrito de formulación de cargos y que motivaron la orden de detención judicial –vigente el Código de Enjuiciamiento Criminal– contra el procesado Fernando Pérez Amado fueron debidamente establecidos por el Juzgador de Instancia Penal y reproducidos por la Sala de Casación Penal en la sentencia sometida a revisión, de la manera siguiente: “[...] por cuanto durante el lapso comprendido entre el 25-01-94 y el 15-04-94, se dispuso indebidamente de

recursos del patrimonio público, que por la suma de Ciento Tres Mil Setecientos Cincuenta millones de bolívares (Bs. 103.705.000.000,00) –según la denominación anterior-, fueron entregados al Banco Maracaibo S.A.C.A., a través del Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria, con fundamento en el sistema de auxilio financiero, contemplado en el artículo 314 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras –aplicable hilo tempore-, al cual estuvo sujeto hasta el 14-06-94; fecha en que fue publicada en la Gaceta Oficial N° 35.482, la Resolución N° 065-94 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que acuerda su intervención. El ilícito señalado, se materializó mediante la desviación de los fondos que debían ser destinados a cubrir requerimientos de caja y liquidez inmediata, hacia operaciones fraudulentas que no podían ejecutarse con el dinero del Estado Venezolano, según las limitaciones claramente establecidas en los contratos de auxilio financiero; pues estos recursos habían sido confiados a dicha Institución, con la finalidad de salvaguardar la estabilidad del sistema bancario; sorprendiéndose así la buena fe de los Organismos que intervinieron en la aprobación de la decisión de ayudar al Banco Maracaibo, a superar la crisis en la que se encontraba [...]”; hechos estos que, como puede observarse, acaecieron en el marco del notorio derrumbe financiero que azotó a Venezuela en 1994; y que trajo como consecuencia que miles de personas que confiaron su dinero -fruto de su esfuerzo y trabajo- a la banca privada lo perdieran.

En otro orden de ideas y según se desprende de la decisión de la Sala de Casación Penal –sometida a revisión-, el procesado Fernando Pérez Amado estaba siendo enjuiciado en ausencia desde 1994 conforme al régimen procesal del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal por haberle sido imputado un delito contra el patrimonio público; y no fue sino hasta el 11 de julio de 2000 –según lo constató la Sala de Casación Penal en la sentencia recurrida, que el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, suspendió respecto a dicho procesado el proceso penal hasta que se presentara en el señalado Tribunal, suspensión motivada a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual no prevé la posibilidad del juicio en ausencia, como sí lo permitía expresamente la extinta Constitución de 1961.

Llegado a este punto, la Sala considera precisar que en el proceso penal actual, de corte acusatorio, regido por los principios de publicidad, intermediación y concentración –inherente este último al derecho a la defensa- la presencia del procesado requerido judicialmente es esencial, pues con ella se consolida la aplicación del principio de oportunidad, por lo que la no comparecencia a juicio por parte del imputado constituye una suerte de desobediencia específica al mandato judicial, quien enterado de su obligación de comparecer al juicio incumple con una obligación derivada del mandato constitucional; siendo considerado ante esta conducta como procesado contumaz.

Así entonces, en el caso *sub examine*, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal consideró demostrado que el ciudadano Fernando Pérez Amado se encuentra evadido y ha rehusado someterse al ordenamiento jurídico penal vigente por cuanto no se ha puesto voluntariamente a derecho, contraviniendo -por imperio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del Código Orgánico Procesal Penal- el ordenamiento jurídico penal vigente; y fue precisamente por esa razón que consideró sin lugar el avocamiento solicitado respecto a la denuncia de falta de aplicación del efecto extensivo previsto en el artículo 438 del Código de Enjuiciamiento Criminal (antes 430) sin que dicho ciudadano comparezca a juicio; siendo enfática la Sala de Casación Penal en su decisión al señalar expresamente que el proceso penal que comenzó bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal fue formalmente suspendido al entrar en vigencia el régimen constitucional actual que no prevé –

como se dijo- el juicio en ausencia del procesado por delitos de salvaguarda contra el patrimonio público ni por ningún otro delito de los previstos en el ordenamiento jurídico vigente..

Aunado a ello, es preciso destacar que en el proceso penal actual es imprescindible la estadía a derecho del procesado para dirimir en audiencia pública y en presencia de todas las partes cualquier solicitud que efectúe el procesado y respecto de la cual pretenda favorecerse invocando sus derechos; aceptar lo contrario implicaría desconocer la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y trastocar los principios que informan el Código Orgánico Procesal Penal, convalidando así, en este caso, la conducta evasiva y contumaz del procesado Fernando Pérez Amado (solicitante de la revisión) quien ha rehusado someterse a la justicia venezolana, y no obstante, pretende entonces invocar derechos y garantías a su favor, los cuales derivarían –según afirma- de sentencias absolutorias.

Por otro lado, la parte actora señaló como fundamento para su revisión que “*los efectos de la sentencia cuya revisión y nulidad solicito se traducen en una contravención a la interpretación que la Sala Constitucional había adoptado ya en este mismo caso*”; siendo además que “*la existencia de la sentencia N° 861 del 12 de mayo de 2004 dictada por la Sala Constitucional es inocultable, así como inequívocos resultan sus términos en relación con la procedencia de la aplicación del efecto extensivo de una sentencia absolutoria a un procesado en ausencia [...]*”.

Al respecto, si bien en la decisión N° 861 del 12 de mayo de 2004, recaída en el caso: *Carlos José Omaña*, dictada por esta Sala -invocada como infringida por la parte actora, por cuanto a su decir contiene una interpretación vinculante- se consideró que para la aplicación de los efectos extensivos de una sentencia absolutoria no se requería la presencia del imputado solicitante de dicho efecto, dicho precedente judicial en modo alguno era de aplicación obligatoria para la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, toda vez que esta Sala en esa oportunidad circunscribió dicho pronunciamiento de amparo al caso concreto, sin otorgarle a ese fallo carácter vinculante alguno; debiendo señalarse además que la sentencia N° 721 del 18 de diciembre de 2007, impugnada en revisión, fue dictada por la Sala de Casación Penal de esta Alto Tribunal en ejercicio de la potestad de avocamiento.

Respecto al avocamiento como potestad, debe señalarse que el undécimo aparte del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone: “*Esta atribución (la del avocamiento) deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido*”.

Efectivamente, la figura del avocamiento reviste un carácter extraordinario por cuanto afecta las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción y de allí deriva que las Salas de este Máximo Tribunal, cuando ejerzan la misma, deberán ceñirse estrictamente al contenido de la precitada norma, que regula las condiciones de procedencia de las solicitudes al respecto.

Ahora bien, ponderadas las circunstancias que motivaron la revisión en el caso *sub lite*, esta Sala Constitucional considera que los razonamientos expresados por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal en la sentencia impugnada, son producto de la apreciación soberana del juez de casación sobre el avocamiento que fue sometido a su conocimiento una vez que revisó el total de las actas procesales, razonamientos estos que fueron efectuados conforme al ordenamiento jurídico vigente y con apoyo además en su propia doctrina en casos análogos; por lo tanto se consideran conforme a derecho.

En consecuencia, esta Sala Constitucional declara no ha lugar la revisión solicitada por la apoderada judicial del ciudadano Fernando Pérez Amado, puesto que la sentencia N° 721 dictada el 18 de diciembre de 2007, por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, guarda uniformidad con los principios constitucionales y con la doctrina vinculante de esta Sala Constitucional. En razón de la declaratoria anterior, la Sala considera inoficioso pronunciarse sobre la medida cautelar innominada solicitada, dado su carácter accesorio e instrumental respecto a la solicitud principal. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Arcadio Delgado Rosales

Quien suscribe, Magistrado Arcadio Delgado Rosales, disiente de la mayoría sentenciadora por las razones que a continuación se exponen:

El fallo del cual se discrepa declaró que **no ha lugar** la revisión de la sentencia N° 721 dictada el 18 de septiembre de 2007 por la Sala de Casación Penal de este máximo Tribunal, que declaró sin lugar el avocamiento peticionado por la defensa privada del ciudadano Fernando Pérez Amado –hoy solicitante-, en el proceso penal que se instauró en su contra por la comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero concedido por organismos públicos en grado de continuidad, previsto y sancionado en el artículo 71.2 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público –aplicable para aquél entonces-, quien fue juzgado en ausencia –tal como lo preveía la Constitución de la República de Venezuela (1961)-, con el fin de que se le aplicaran los efectos extensivos de las decisiones emitidas el 28 de diciembre de 2001 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que absolvió al ciudadano Jorge Baíz, y el 20 de julio de 2004, por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal.

La mayoría sentenciadora centró la motivación de la decisión en los siguientes aspectos:

1. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala “en principio las sentencias de las demás Salas que integran este Alto Tribunal, dictadas en ejercicio de la potestad discrecional de avocamiento no son susceptibles de revisión constitucional (...)”, ya que son producto de su apreciación soberana y de la ponderación de las circunstancias planteadas.
2. La obligación de comparecer a juicio del imputado, y por ende, ponerse a derecho en el proceso penal, pues admitir lo contrario implicaría desconocer la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y trastocar los principios que informan el Código Orgánico Procesal Penal. De manera que no debe convalidarse la conducta desplegada por el hoy solicitante, “(...) *quien ha rehusado someterse a la justicia venezolana, y no obstante, pretende entonces invocar derechos y garantías a su favor (...)*”.

Al respecto, quien suscribe el presente voto salvado advierte que el criterio pacífico y reiterado de esta Sala, tal como lo señaló el hoy peticionante, ha establecido que la prohibición de lo que se conoce como juicio en ausencia es una garantía al debido proceso y a la defensa, que obra a favor del imputado, por lo que tal prohibición no puede configurarse como un mecanismo que vaya en detrimento del imputado o limite su derecho a ser juzgado en libertad, tal como lo prevé el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de oponer todos los medios de defensa que le concede la ley, bien sea directamente o a través de sus defensores (al respecto *vid.* SSC N° 384 del 27 de marzo de 2001, caso: *Antonio José Yibirin*; SSC N° 1262 de 11 de junio de 2002, caso: *Oscar A. Echevarría* SSC N° 861 del 12 de mayo de 2004, caso: *Carlos José Omaña*, SSC N° 1311 del 11 de julio de 2004).

Ahora bien, el hoy solicitante fue objeto del mismo proceso penal que el ciudadano Jorge Baíz Bermúdez, quien mediante sentencia dictada el 28 de diciembre de 2001 por el Juz-

gado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio Penal del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, fue absuelto por cuanto “no existía delito alguno en relación con el presente juicio”; decisión que fue extendida al ciudadano Carlos José Omaña por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal, en acatamiento a la decisión N° 861 expedida por esta Sala Constitucional, el 12 de mayo de 2004, la cual ordenó aplicar el efecto extensivo de la decisión absolutoria “al resto de las personas ... que están siendo juzgadas en *litis consorcio pasivo* (...)”.

En efecto, el artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal (ex artículo 430), prevé que “[c]uando en un proceso haya varios imputados o se trate de delitos conexos, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos se extenderá a los demás en lo que les sea favorable, siempre que se encuentren en la misma situación y les sean aplicables idénticos motivos, sin que en ningún caso les perjudique”.

Así las cosas, en el presente caso, el solicitante tiene una seria y fundada expectativa de que, por razón de la concurrencia de las identidades que señala el referido artículo 438 (ex artículo 430) del Código Orgánico Procesal Penal, deben extenderse los efectos de las sentencias absolutorias a su favor; aunado a que la sentencia de esta Sala N° 861/2004 señaló que la decisión absolutoria debía ser extendida al resto de las personas que estaban siendo procesadas, la cual comprendía incluso al hoy peticionante, por ser parte del *litis consorcio pasivo* en el proceso que se instauró por la supuesta comisión del delito de distracción de dinero concedido por organismo público en forma continuada.

Considera quien disiente que la mayoría sentenciadora erró al señalar que la sentencia N° 861/2004 no tiene carácter vinculante, pues aún cuando sea cierto, se obvió que el peticionante formaba parte del *litis consorcio pasivo*, tal como se indicó *supra*, dictando un fallo contradictorio, en distorsión del artículo 438 (ex artículo 430) del Código Orgánico Procesal Penal, y en detrimento del principio de la confianza legítima y la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y del derecho a la igualdad que prevé el artículo 21 *eiusdem*.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

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

1. La mayoría sentenciadora impartió conformidad jurídica a la negación del avocamiento que solicitó el quejoso de autos, con fundamento en las siguientes valoraciones:

Precisado el punto anterior, esta Sala Constitucional observa que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual declaró sin lugar el avocamiento solicitado por el ciudadano Fernando Pérez Amado, solicitante en revisión, quien estuvo siendo juzgado en ausencia tal como lo permitía la Constitución de 1961 y pretendía mediante el avocamiento que se la aplicaran los efectos extensivos de la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Área Metropolitana de Caracas, el 28 de diciembre de 2001, que absolvió al ciudadano Jorge Baíz, y de la decisión proferida el 20 de julio de 2004, por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal, que absolvió al ciudadano Carlos José Omaña; todo ello a propósito del proceso penal seguido en su contra por la comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero concedido por organismos

públicos en grado de continuidad, previsto y sancionado en el artículo 71, numeral 2 de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en relación con el artículo 99 del Código Penal.

Para arribar a tal determinación, la Sala de Casación Penal consideró que no se encontraban cumplidos los requisitos de procedencia del avocamiento, a cuyo efecto argumentó fundamentalmente lo que a continuación se transcribe:

(...)

Como puede observarse la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada en ejercicio de una potestad discrecional como es el avocamiento, potestad esta que tienen atribuidas todas las Salas de este Alto Tribunal, según lo dispone el cardinal 48 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, la Sala de Casación Penal consideró con base en su potestad de juzgamiento y como cúspide de la jurisdicción penal que no existían razones suficientes para la procedencia del avocamiento solicitado, pues dicha instancia penal tiene establecido de manera reiterada que el proceso penal ésta estructurado de manera tal que los actos comprendidos en él requieren de la presencia del inculpado y esta obligación (presencia) no puede ser delegada en representantes o mandatarios, en virtud de los derechos ser oído y a la defensa...

1.1. En relación con el pronunciamiento que acaba de ser reproducido, quien suscribe no encuentra objeción alguna que oponer a dichos términos, en la medida en la cual los mismos derivaron del respeto a cuyo sostenimiento esta Sala está obligada, como, en efecto, lo ha, hecho en oportunidades precedentes.

2. Ahora bien, lo que sí estima este Magistrado disidente debe ser rechazado categóricamente es la serie de apreciaciones y valoraciones que la Sala extendió a continuación, atinentes al fondo de la causa penal, porque las mismas son contrarias a la doctrina que esta misma Sala ha invocado en ocasiones anteriores, sobre la base de que tales consideraciones convertirían a este órgano jurisdiccional en una ilegal tercera instancia del proceso penal.

3. En todo caso, si la mayoría sentenciadora estimó que, contrariamente, a su criterio doctrinal preexistente, debía decidir sobre particulares que, según aquella, concernían al fondo del proceso penal, tales como la legalidad y constitucionalidad del enjuiciamiento del actual solicitante, debió hacerlo sobre la base de la pertinencia de dicha modalidad procesal, bajo el imperio de la Constitución vigente, cuando se trate de hechos punibles que se habrían producido bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y el extinto Código de Enjuiciamiento Criminal.

3.1. En efecto, tal ha sido la doctrina que esta Sala ha sostenido y que no aparece expresamente abandonada a través de la sentencia de la cual ahora se discrepa.

3.2. Así, por ejemplo, 1262, de 11 de junio de 2002, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

Con base en las actas del expediente, así como de las exposiciones del demandante y del Ministerio Público, la Sala observa que:

La decisión del presunto agravante que ha sido impugnada en el presente proceso declaró sin lugar el recurso de apelación que ejerció la parte actora de la presente causa y, en consecuencia, confirmó el auto dictado, el 02 de agosto de 2000, por el Juez Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de 19 de junio de 2000, mediante el cual negó la solicitud que hizo el demandante de autos, de que fueran extendidos, en su favor y conforme a lo establecido en el antiguo artículo 430 del Código Orgánico Procesal Penal, los efectos de la antes referida decisión del extinto Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Públi-

co, decisión fundada en las disposiciones contenidas en los artículos 49, cardinales 1 y 2, de la Constitución de la República, y 122.12, 382 y 430 del entonces vigente Código Orgánico Procesal Penal. En su impugnada decisión, el Juez señalado como agravante en el presente proceso, estimó que el quejoso de autos no se había presentado ante el Tribunal penal competente, luego de que fuera decretado el auto de detención en su contra, razón por la cual una decisión de la Corte de Apelaciones, dentro del proceso penal que se le sigue al quejoso, constituiría una infracción al artículo 507.2 (ahora, 522.2) del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto el juez penal de primera instancia debía practicar todas las diligencias conducentes a la ejecución del referido auto de detención, lo cual no había sido posible, por causas imputables al accionante de autos; asimismo, estimó el presunto agravante que no siendo un delito contra la cosa pública el que se le imputó al hoy accionante, no podía ser juzgado mediante el procedimiento del juicio en ausencia que desarrollaba el Código Orgánico Procesal Penal, a través de sus derogados artículos 382, 383 y 384; de suerte que “...pronunciamientos judiciales en estas circunstancias violarían el derecho al debido proceso, consagrados en los ordinales 1° y 3° del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el ordinal 12° del artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal”.

Para decidir, la Sala observa:

1. Que, en esencia, la presente causa tuvo como origen la desestimación, por parte de la Sala Octava de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, de la solicitud que presentó el actual demandante, de que fueran declarados extensivos hasta él, conforme al artículo 430 (ahora, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, los efectos favorables del fallo firme que declaró con lugar el recurso de apelación ejercido contra el auto de detención que fue dictado, entre otros, contra el accionante de autos y el cual, en consecuencia, quedó revocado respecto de los recurrentes; declaratoria esta que pronunció el extinto Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, porque estimó que no estaban satisfechos los requisitos concurrentes señalados del artículo 182 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, respecto del recurso de apelación ejercido; desestimación que fue fundada –según lo que pudo deducir la Sala, de la defectuosa redacción del fallo impugnado– en la circunstancia de que el quejoso aún no se había puesto a derecho, en el referido juicio penal al cual, como integrante de un consorcio pasivo, se encontraba sometido y, por tanto, la referida defensa por él alegada, a través de apoderados, era contraria a lo dispuesto en el artículo 49, cardinales 1 y 3, de la Constitución;

Que ya esta Sala, con anterioridad, ha establecido que la prohibición de lo que se conoce como juicio en ausencia se entiende como una garantía que fue establecida, en favor del acusado o imputado, de su derecho al debido proceso, *in genere*, y de la manifestación específica de éste: el derecho a la defensa, por lo que dicha prohibición no puede configurarse como un mecanismo que vaya en detrimento del imputado o limite su derecho a ser juzgado en libertad y de oponer todos los medios de defensa que, directamente o mediante representantes, le reconoce la ley.

En efecto, en fallo de 27 de marzo de 2001 (caso *Antonio José Yibirín P.*); esta Sala estableció lo siguiente:

“La prohibición prevista en el Código Orgánico Procesal Penal relativa al juicio en ausencia configura una garantía del derecho al debido proceso y a la defensa de manera tal de evitar que se juzgue a un ciudadano a sus espaldas, esto es, sin haberle imputado los delitos y sin darle oportunidad de contestar y probar lo conducente para su defensa.

Sin embargo, la prohibición del denominado juicio en ausencia debe ser entendida como un mecanismo para garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa del imputado en causa penal, no pudiendo configurarse como un mecanismo que vaya en detrimento de éste o limite su derecho a ser juzgado en libertad”;

2. Que, adicionalmente a lo expresado en el anterior aparte, el artículo 25 de la Constitución establece la garantía de un proceso sin formalidades inútiles; que, en el caso bajo análisis, nada obsta, por tanto, a que, aun en ausencia del procesado, el Tribunal aplique, hasta de ofi-

cio, el efecto extensivo que, de lo decidido en alzada, se encuentra establecido, con carácter imperativo, en el artículo 430 (hoy, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, en favor de quienes, no habiendo ejercido dicho recurso, se encontraren, sin embargo, en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables idénticos motivos;

3. Que resulta inicuo y contrario a la tutela constitucional que debe ejercer el juez, que el legitimado pasivo exigiera que fuera ejecutada la referida medida cautelar privativa de libertad del encausado, como requisito previo para pronunciarse sobre la aplicabilidad, en favor de éste, de lo que dispone el artículo 430 (ahora, 438) del Código Orgánico Procesal Penal; sobre todo, habida cuenta de la vigencia del principio del juicio en libertad que caracteriza a nuestro proceso penal, según los artículos 44.1, de la Constitución, y 9 y 252 (hoy, sin modificación sustancial, 243) del Código Orgánico Procesal Penal, y de que, en el caso presente, existe una seria y fundada expectativa de que, por razón de la concurrencia de las identidades previstas en el señalado artículo 430 del antiguo Código Orgánico Procesal Penal, deban ser extendidos al demandante los efectos de la apelación decidida a favor de sus precitados coprocesados;

4. Con base en las antecedentes consideraciones, se concluye que es procedente la acción de amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, como particular manifestación de aquél, y a la libertad personal, reconocidos en los términos de los artículos constitucionales 26, 49 y 257, el primero, 49.1, el segundo, y 44, el tercero, de los cuales efectivamente, resultaron, efectivamente, vulnerados los dos primeros y amenazado de lesión inminente el tercero, como consecuencia de lo que se dispuso en la sentencia que ha sido impugnada en el presente proceso; se concluye, asimismo, que, por consiguiente, debe ser revocada la impugnada decisión del legitimado pasivo, de desestimar la solicitud, presentada por el demandante de autos, de que fuera aplicada, en su favor, el efecto extensivo dispuesto en el artículo 430 (ahora, 438) del Código Orgánico Procesal Penal y de que, en definitiva, se ordene a la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas que, en Sala distinta, se pronuncie, sin más dilación y con observancia de lo establecido en el presente fallo, sobre la referida solicitud presentada por el demandante de autos, en relación con la aplicabilidad del efecto extensivo establecido en el artículo 430 (actual 438) del Código Orgánico Procesal Penal. Así se declara.

3.3. Por otra parte, en su acto decisorio N° 1311, de 12 de julio de 2004, esta Sala hizo la siguiente afirmación, contra la cual no extendió objeción alguna en la sentencia que se examina:

Con atención a las actas del expediente, la exposición de la parte actora y del Ministerio Público, así como de las conclusiones que, por escrito, presentaron las partes, en la ocasión de la antes referida audiencia pública, la Sala pasa a decidir, con base en la siguiente fundamentación:

1. En la presente causa, el objeto de impugnación es el auto por el cual la supuesta agravante de autos declaró sin lugar el recurso de apelación que ejerció el actual demandante, contra el auto que, el 20 de marzo de 2003, dictó el Juez Octavo del Tribunal de Juicio del mismo Circuito, mediante el cual NEGÓ la solicitud que presentó el acusado, hoy demandante en amparo, conforme al artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal, de extensión de los efectos favorables de las sentencias absolutorias que fueron dictadas en favor de otras personas que, con el accionante de autos, constituyeron o conformaron *litis* consorcio pasivo, en el proceso penal que se les sigue o siguió, por la comisión de los delitos que han sido referidos en el expediente; desestimación que fue fundada en las circunstancias que se encuentran referidas en las presentes actuaciones.

2. Respecto de la mencionada pretensión de tutela, observa la Sala que, de lo que aparece expuesto, surge para ella la convicción de que dichas decisiones favorables deben ser extendidas al resto de las personas –incluso el quejoso– que estén siendo procesadas, en *litis* consorcio pasivo, por la supuesta comisión de los mismos hechos, siempre que se encuentren en la misma situación y les sean aplicables idénticos motivos, en relación con aquellas que fueron favorecidas por las referidas absolutorias- En el caso de autos, las predichas sentencias favo-

recieron a quienes, con el actual accionante, conformaron un *litis* consorcio pasivo. El *substratum* de la comunicabilidad o extensibilidad de los efectos favorables de una decisión que se dicte con ocasión de una apelación, es el mismo de los efectos de la sentencia absolutoria firme, esto es, evitar que se produzcan fallos contradictorios; ello, según la garantía de la tutela judicial efectiva y la igualdad de todas las personas ante la Ley que establecen los artículos 26 y 21, respectivamente, de la Constitución;

3. Ya, antes, esta Sala estableció (*vide* sentencia N° 384, de 27 de marzo de 2001, caso *Antonio José Yibirín*), y ratifica en esta oportunidad, que la prohibición del juicio en ausencia era una garantía que se estableció en favor del acusado o imputado, de su derecho al debido proceso, *in genere*, y de la manifestación específica de éste: el derecho a la defensa, de manera tal de evitar que se juzgara a un ciudadano a espaldas del mismo, por lo que dicha prohibición no podía entenderse como un mecanismo que limitara el derecho del imputado al juicio en libertad y a la oposición de todos los medios de defensa, por sí o mediante representación, que le reconoce la Ley;

4. Adicionalmente, el artículo 25 de la Constitución establece la garantía de un proceso sin formalidades inútiles o innecesarias; que, en el presente caso, nada obsta, por tanto, para que, aun en ausencia del procesado, el Tribunal aplique, hasta de oficio, el efecto extensivo del artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal, siempre que se evidencien las correspondientes identidades de situación y de los motivos aplicables;

5. Resulta inicuo y contrario a la tutela constitucional que debe ejercer el Juez, el criterio que confirmó la legitimada pasiva de que se debía ejecutar el referido decreto de privación de libertad del encausado, antes de la decisión sobre la aplicabilidad, en favor de éste, del artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal; ello, por razón de la vigencia de la garantía del juicio en libertad, propia de nuestro proceso penal, según los artículos 44.1 de la Constitución, y 9 y 243 del referido código adjetivo, y de que, en el caso presente, en el cual existe una seria y fundada expectativa de que, por razón de la concurrencia de las identidades que exigía el antiguo artículo 430 (hoy, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, deban ser extendidos, al demandante en esta causa, los efectos de la apelación que fue decidida en favor de sus precitados co-procesados.

6. Por otra parte, observa la Sala que el auto de detención que supuestamente estaría pendiente de ejecución, contra el actual demandante, fue dictado por la imputación del delito de estafa que tipifica el artículo 464 del Código Penal, esto es, un delito ajeno a los hechos típicamente antijurídicos a los que se refirieron las sentencias absolutorias cuyos efectos pretende el actual accionante le sean aplicados, por extensión, de acuerdo con el actual artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal; ajeno, igualmente, a la excepción de la garantía de la prohibición del juicio en ausencia que establecía el artículo 60.5 de la Constitución de 1961. Independientemente del destino que, de acuerdo con la alegación del actual demandante, pueda tener o haber tenido la acusación que, por la supuesta comisión de dicho delito, fue presentada contra el demandante de autos, la Sala estima que se trata de un hecho ajeno, por completo, al fondo de la presente controversia, que no es otra que la pretensión de que, en beneficio del actual quejoso, sean extendidos los efectos de las sentencias absolutorias que fueron expedidas en favor de quienes, junto con el hoy legitimado activo, habían sido imputados de la comisión de los mismos hechos delictivos.

Por ser un hecho extraño al fondo de la presente controversia, estima la Sala que la situación procesal que deriva de la acusación por el delito de estafa no debe ser objeto de valoración alguna, como motivo de la decisión que se asuma en la presente causa. Así se declara.

7. Con base en las antecedentes consideraciones, se concluye: que es procedente la acción de amparo constitucional de la cual conoce esta Sala en la presente causa; que, en consecuencia, debe ser revocada la decisión de la legitimada pasiva que confirmó la declaración sin lugar, por parte de la primera instancia penal, de la solicitud que presentó el demandante de autos, para que fuera aplicado, en su favor, el efecto extensivo que dispone el actual artículo del Código Orgánico Procesal Penal y que, en definitiva, se ordene a la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que, en Sala distinta, se pronun-

cie, sin más dilación y con observancia de lo que establece el presente fallo, sobre la solicitud que presentó el demandante de autos, en relación con la aplicabilidad del efecto extensivo que preceptúa el artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se declara.

8. Por último, debe la Sala expedir decisión sobre un punto de impugnación que, en la audiencia pública, añadió la parte accionante a la pretensión de amparo que interpuso inicialmente, en el sentido de que esta sentenciadora se pronuncie en relación con la solicitud de extensión, en favor del actual quejoso, de los efectos del fallo N° 3242 que esta Sala expidió, el 12 de diciembre de 2002, por el cual declaró

“Con lugar la solicitud de revisión de la sentencia que dictó la Sala de Casación Penal del mismo Máximo Tribunal, el 10 de enero de 2002, dentro del proceso penal que, por la comisión de los delitos aprovechamiento fraudulento o distracción de fondos públicos, actos violatorios de las obligaciones del fiduciario, elaboración, suscripción, autorización, certificación, presentación o publicación de balances y estados financieros falsos, agavillamiento, estafa en grado de continuidad, aprovechamiento de cosas provenientes de delito y porte ilícito de arma de fuego, se sigue, entre otros, contra el preidentificado ciudadano Gustavo Adolfo Gómez, en el proceso penal que se ha mencionado anteriormente. En consecuencia, declara la nulidad de dicho fallo. Por tanto, declara firme y con autoridad de cosa juzgada la referida sentencia absolutoria que pronunció, el 11 de julio de 2001, la Sala Accidental Primera de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

8.1. En relación con la solicitud que se registró en el precedente aparte, la Sala, para la decisión, observa previamente:

8.1.1. El 12 de febrero de 2003, los abogados Augusto Matheus Pinto y José Patiño, identificados en autos, presentaron, ante el Tribunal de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en representación del imputado José Luis Romero García, actual quejoso, solicitud de decreto judicial de extensión, a la causa penal que se le sigue a este último, de los efectos del referido fallo que dictó esta Sala Constitucional y que se mencionó en el aparte 8 del presente capítulo.

8.1.2. Del contenido de las actas procesales se infiere que, respecto de la predicha solicitud de aplicación de efectos extensivos conoció, en primer término, el Juez Décimo del Tribunal de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, quien, mediante auto de 18 de febrero de 2003, declinó la competencia en la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial, la cual, a su vez, se declaró incompetente para el conocimiento de la referida solicitud, con lo cual se generó un conflicto de competencia que fue elevado al conocimiento de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, órgano jurisdiccional que, mediante fallo de 01 de julio de 2003, decidió que el Tribunal competente para el conocimiento del asunto en referencia era el de Control del antes mencionado Circuito Judicial Penal;

8.1.3. El 05 de diciembre de 2003, el Juez Duodécimo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, dictó auto por el cual ordenó la citación del prenombrado ciudadano José Luis Romero García –según el texto de la boleta de notificación que aparece agregada a los autos-,

“...a los fines de que éste comparezca ante la sede de este despacho y en consecuencia pronunciarse respecto a la solicitud interpuesta por ustedes, referente al efecto extensivo, todo ello, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 522 numeral 2, del Código Orgánico Procesal Penal, y a la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 01 julio de 2003”;

8.1.4. Contra el auto que se mencionó en el anterior aparte, los representantes judiciales del prenombrado ciudadano Jorge Luis Romero García ejercieron recurso de apelación, mediante escrito que presentaron, el 12 de diciembre de 2003, ante el Juez Duodécimo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, de conformidad con el artículo 448 del Código Orgánico Procesal Penal.

8.1.5. De acuerdo con la precedente relación, la Sala concluye que, respecto de la antes referida pretensión, la misma había sido planteada ante el Juez Duodécimo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, cuya decisión, al respecto, fue impugnada mediante el ejercicio del antes mencionado recurso de apelación, en relación con el cual la Sala no tiene información sobre la decisión que presume debió ya haberse producido, de acuerdo con los lapsos que establecen los artículos 449 y 450 del Código Orgánico Procesal Penal. Con base en la información disponible, debe concluirse, en consecuencia, que el solicitante, respecto del punto que se examina, utilizó, como medio de impugnación de la predicha decisión del Tribunal de Control, el recurso de apelación, razón por la cual, la acción de amparo, en lo que tiene que ver con el asunto *sub examine*, resulta inadmisibles, de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.

4. Ahora bien, se advierte que el proceso penal que resultó afectado por la sentencia que acaba de ser reproducida parcialmente no sólo es el mismo que se sigue, entre otros, al solicitante de autos, sino que, dentro de él, también participó, como procesado, el ciudadano Oscar A Echevarría, en cuyo favor esta Sala expidió la sentencia que se reprodujo en el aparte 3.2. según se hizo constar en el texto del acto de juzgamiento que fue objeto de impugnación en la presente causa, así: *“Los hechos imputados por las representantes del Ministerio Público en su escrito de formulación de cargos, contra los ciudadanos **Fernando Pérez Amado**, **Jorge Baíz Bermúdez**, **Carlos José Omaña González** y **José Luís Romero García**, son los siguientes: “...Con los elementos probatorios precedentemente analizados, se demuestra plenamente la perpetración del delito de distracción de dinero concedido por organismo público en grado de continuidad, previsto y sancionado en el artículo 71 numeral 2 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en relación con el artículo 99 del Código Penal”* (nuestro el resaltado).

4.1. La aseveración que contiene el aparte que antecede fue corroborada en el voto salvado que aparece agregado a la sentencia en cuestión, a través del cual la Magistrada disidente afirmó que *“la fecha de comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero concedido por organismos públicos en grado de continuidad, previsto y sancionado en los artículos 71 ordinal 2° y 99 del Código Penal, se estimó el día 15 de abril de 2994 (último acto) de acuerdo al escrito de formulación de cargos presentado por los Fiscales 29° y 12° del Ministerio Público (...) Dicho delito dio lugar en su oportunidad a que fueran dictados autos de detención en contra de ciudadanos **Fernando Pérez Amado**, **Jorge Baíz Bermúdez**, **Carlos Omaña** y **José Luís Romero García**, a este último también por el delito de suscripción de balances inexactos”* (nuestro el resaltado).

4.2. Ocurre, entonces, que la Sala Constitucional decretó, en favor de los ciudadanos Oscar A. Echevarría y José Luís Romero García, que el Tribunal penal correspondiente decidiera, **en ausencia de los mismos**, la solicitud que éstos presentaron de que fueran extendidos a ellos, de conformidad con el entonces vigente artículo 430 (hoy, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, los efectos favorables de sentencias que anteriormente habían sido expedidas, dentro de la misma causa, en relación con otros co-procesados. Dicho criterio, así como el de la interpretación ampliada de la referida disposición legal, fue sustentado por esta juzgadora, entre otras, en las siguientes valoraciones:

1. Para decidir, la Sala observa:

(...)

2. Que, adicionalmente a lo expresado en el anterior aparte, el artículo 25 de la Constitución establece la garantía de un proceso sin formalidades inútiles; que, en el caso bajo análisis, nada obsta, por tanto, a que, aun en ausencia del procesado, el Tribunal aplique, hasta de oficio, el efecto extensivo que, de lo decidido en alzada, se encuentra establecido, con carácter

imperativo, en el artículo 430 (hoy, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, en favor de quienes, no habiendo ejercido dicho recurso, se encontraren, sin embargo, en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables idénticos motivos (sSC N° 1262, de 11 de junio de 2002);

2. El *substratum* de la comunicabilidad o extensibilidad de los efectos favorables de una decisión que se dicte con ocasión de una apelación, es el mismo de los efectos de la sentencia absolutoria firme, esto es, evitar que se produzcan fallos contradictorios; ello, según la garantía de la tutela judicial efectiva y la igualdad de todas las personas ante la Ley que establecen los artículos 26 y 21, respectivamente, de la Constitución;

4.3. No obstante, negó dicha posibilidad procesal a favor del actual solicitante; ello, sin que esta juzgadora expresara fundamento alguno para tal cambio de criterio que afectó al quejoso de autos, quien se encontraba en idéntica situación –ausencia- que sus otros referidos compañeros de causa; sin que, obviamente, tampoco expresara cuáles eran las razones que le que le habrían permitido una conclusión negativa de identidad entre ambas situaciones y, por consiguiente, de inaplicabilidad de los referidos efectos extensivos. Con ello, resultó manifiesto el incumplimiento, por parte de la Sala, de su insoslayable deber de tutela que el mismo órgano jurisdiccional ha provisto, en múltiples ocasiones precedentes, a la garantía fundamental de la expectativa legítima .que el mismo

4.4. Se observa, por consiguiente, la existencia de sentencias que decidieron sobre situaciones que, dentro de un mismo proceso penal, se encontraban comunicadas por la identidad que exige el artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal, actos jurisdiccionales respecto de los cuales el juzgador tenía un deber legal de congruencia que observó en las citadas sentencias que precedieron a la que fue revisada en la presente causa, pero que no lo hizo en ésta, ya que la misma contiene una grave e inexplicada contradicción con aquéllas, dislate que resulta inexcusable; principalmente, dado que fue la máxima instancia de tutela constitucional la que incurrió en el mismo, de lo cual generó el gravamen irreparable que supone un pronunciamiento jurisdiccional contra el cual no es admisible impugnación alguna.

5. En todo caso, si la Sala decidió que eran pertinentes las valoraciones de fondo en las cuales se adentró y fueron cuestionadas *supra*, no había obstáculo alguno, entonces, para que, en beneficio de la economía procesal concreción de la tutela judicial eficaz, no lo hubiera hecho en relación con la evidente extinción de la acción penal que debió ser declarada, de conformidad con el artículo 110 del Código Penal, dado que el proceso dentro del cual se produjo la sentencia que fue revisada en la presente causa se ha prolongado por un término manifiestamente mayor que el de la prescripción normalmente aplicable, más la mitad del mismo, ya que, con arreglo a la doctrina que la Sala desarrolló y no ha abandonado expresamente, no había obstáculo constitucional ni legal alguno para la continuación del juicio penal que se sigue al solicitante de autos, aun en ausencia de éste.

5.1. Asimismo, si era pertinente la valoración, por parte de la Sala, de cuestiones que atañen al proceso penal que antes ha sido referido, dicha juzgadora también pudo haber anotado que, en lo que concierne al actual solicitante, la sentencia condenatoria definitivamente firme que se expida en el juicio penal que se le sigue, resultará inejecutable la pena que la ley dispone para el delito por el cual se le declare penalmente responsable, ya que a ello se opone, inequívocamente, la norma prohibitiva que contiene el artículo 73 del Código Penal. Por tanto, ¿Cuál era el interés, jurídicamente inexplicable para la prolongación de un proceso que tendría que concluir, en el peor de los casos para el procesado en referencia, en la aplicación de la consecuencia jurídica que preceptúa la antes señalada norma sustantiva.

6. Por último, quien suscribe observa que, de conformidad con la transcripción que contiene la sentencia de la cual se discrepa, relación con el acto de juzgamiento que fue revisado en la presente causa, se reconoció que:

La Sala Accidental 4 de la Corte de Apelaciones de este mismo Circuito Judicial Penal del se pronunció acerca de la apelación interpuesta en los términos siguientes:

1. Declaró sin lugar dicha apelación **por discrepar de la Sala Constitucional en torno a la declaratoria de concurrencia de identidades.**

6.1. Concerniente al pronunciamiento que acaba de ser reproducido, se advierte que si bien las sentencias de la Sala Constitucional, mediante las cuales ésta declaró la conformidad jurídico constitucional del juicio en ausencia en los casos que antes fueron referidos y, por ende, de la aplicabilidad, en los mismos, del efecto extensivo que dispone el artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal, no fueron expedidas con fuerza vinculante, tal efecto sí lo tenían en relación con la situación que se examina, toda vez que, tanto los precedentes judiciales que fueron citados *supra* como la sentencia de la cual actualmente se discrepan se produjeron dentro de un mismo proceso penal, razón por la cual la doctrina estaba obligada a la observancia de dicho criterio doctrinal, so pena de incurrir en el vicio de incongruencia o contradicción que afecta la validez de los actos jurisdiccionales. Se actualizó, así, una infracción de desacato, violación del orden jerárquico jurisdiccional que ordena la Ley y que la Sala Constitucional debió haber juzgado y sancionado conforme a nuestro ordenamiento jurídico positivo. No lo hizo así este Tribunal y, con ello, reforzó, lamentablemente, conductas anteriores similares que, al igual que la que se examina, también resultaron sin sanción alguna, con evidente irrespeto a la supremacía jerárquica de aquél.

Quedan expresados, en los términos precedentes, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto salvado.

4. *Control de constitucionalidad de leyes orgánicas*

TSJ-SC (290)

23-4-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El criterio de distinción que permite considerar orgánica una ley que regula los derechos fundamentales, parte del objeto de norma-ción, puesto que si la regulación de ese derecho no resulta global o sólo toca algún aspecto secundario o indirecto del mismo, la ley carecerá de tal carácter.

Establecido lo anterior, esta Sala pasa a pronunciarse acerca de la presente solicitud, ante lo cual es menester reiterar lo desarrollado en la sentencia N° 537 del 12 de junio de 2000, caso: "*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*", donde se 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 la República Bolivariana de Venezuela, 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. Por tanto, cualquier ley a la cual se pretenda considerar como orgánica, debe ajustarse a alguna de las referidas categorías para que se le estime y se le califique como tal.

En el marco de las observaciones anteriores, debe precisarse que, adicionalmente al análisis de los criterios formales y materiales que debe tomar en consideración el legislador para calificar una ley como orgánica, la doctrina de este Máximo Tribunal 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. Sobre el particular, la decisión N° 229 del 14 de febrero de 2007, caso: “*Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*”), estableció 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 aquélla 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 aquéllas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada, como podría ser la de servir de marco normativo de otras leyes”.

Dadas las consideraciones que anteceden, es preciso determinar si el complejo normativo bajo análisis se enmarca dentro de una de las materias que componen la denominada reserva de ley orgánica y, en este sentido, la citada sentencia N° 229/2007, determinó el ámbito material de regulación que debe contener el subtipo normativo relativo a las leyes orgánicas dictadas para desarrollar los derechos constitucionales y sus rasgos configuradores, precisando lo siguiente:

“...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.

...omissis...

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 reconozca 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)’.

...Omissis...

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 aluden 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).

De lo expuesto se evidencia, que 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 no resulta global o sólo toca algún aspecto secundario o indirecto del mismo, la ley carecerá de tal carácter. Por tanto, el intérprete constitucional deberá discriminar si en efecto la regulación abarca integralmente a un derecho o una determinada garantía, o si por el contrario, comprende ciertos de sus atributos o algunas modalidades del mismo, pues estos casos, como nociones parciales o tangenciales, son susceptibles de ser desarrollados en el marco de leyes ordinarias, y no se insertan, en principio, en la calificación de leyes orgánicas.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 22, reconoce un derecho operacional que ha permitido la sustitución de la autodefensa y constituye un derivado del ejercicio estatal del monopolio de la coacción física legítima, mediante el cual, se reside en el poder judicial cualquier reclamación (no susceptible de autocomposición) sobre un derecho o interés jurídicamente tutelable. A saber, el derecho a la tutela judicial efectiva, interpretado por esta Sala (*Vid.* Sentencia 585 del 30 de marzo de 2007, caso: *Felix Sánchez*) como aquella situación jurídica de poder en la cual toda persona tiene la facultad de recurrir al juez, mediante un juicio en el que se respeten todas las garantías procesales, con el fin de obtener una resolución motivada que sea conforme a derecho.

En otros términos, es la facultad de utilizar los recursos que la ley prevea, con el objeto de poner en práctica los derechos subjetivos ventilados en cada caso en concreto y, por ello, se trata de un derecho prestacional que tiende a la defensa de las situaciones jurídicas subjetivas.

En este propósito, la tutela judicial engloba las garantías básicas de toda Administración de Justicia, tales como acceder a los órganos jurisdiccionales, la obtención de una sentencia impartida conforme al artículo 26 del Texto Fundamental (imparcial, gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles), el derecho al debido proceso (que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, la proscripción a declarar contra sí mismo y allegados, la confesión sin coacción, la libertad de pruebas, el *nulla crimen nulla pena sine lege*, el *non bis in idem* y la responsabilidad del Estado por error judicial), la tutela cautelar, el derecho a una decisión jurídicamente motivada y finalmente, el derecho a la ejecución del fallo dictado. En el marco de lo anteriormente expuesto, la Sala observa que la ley sobre la cual versan las presentes consideraciones, es una de las leyes adjetivas cuyo ámbito material se encuentra predefinido en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Artículo 259. *La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”.

Con la norma transcrita, se terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para acoger una visión de corte utilitarista y subjetiva, que no se limita a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de los actos administrativos formales, sino que se extiende a todos los aspectos de la actuación administrativa, como una manifestación del sometimiento a la juridicidad de la actuación del Estado y de la salvaguarda de las situaciones jurídicas de los particulares frente a dicha actuación. De este modo, el contencioso administrativo se erige como una “jurisdicción” (*rectius: competencia*) que ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional, cuyo desarrollo sólo puede ser encomendado a una ley orgánica, cuya organicidad deriva igualmente de la plena jurisdicción de los actos, hechos y omisiones de los órganos administrativos del Estado al resolver los conflictos donde la naturaleza de la cosa pública es determinante a los fines del mismo.

En este propósito, las disposiciones contenidas en la normativa que da lugar al pronunciamiento de autos, crea, organiza, atribuye competencia a los tribunales contencioso administrativos y, al mismo tiempo, regula exhaustivamente los procedimientos para el conocimiento de las distintas pretensiones que se pueden interponer ante los mismos, con lo cual, se ha implementado un conjunto de mecanismos (órganos y procedimientos), que de manera singular, tienen reconocimiento constitucional y se encuentran concebidos para salvaguardar jurisdiccionalmente a los particulares.

Ciertamente, la ley bajo examen implementa un sistema orgánico-procesal expresamente establecido en la Constitución, que viabiliza el ejercicio de los derechos adjetivos de acceso a la justicia (legitimación, caducidad de las acciones, requisitos de la demanda, entre otros), el derecho al juez natural (determinación de las competencias de los juzgados contencioso administrativos), la tutela cautelar (condiciones de procedencia de las medidas cautelares), el debido proceso (procedimiento de sustanciación de las pretensiones anulatorias, demandas patrimoniales e interpretación de leyes, entre otros) y el derecho a la ejecución del fallo (procedimiento para la ejecutoria de lo decidido), los cuales, integran el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del ámbito del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas de los Poderes Públicos.

Es decir, que la ley *sub examine* consagra a nivel legislativo los componentes fundamentales del contencioso administrativo estipulado en la Carta Magna y extiende su contenido a los elementos básicos y esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva, desarrollando *in extenso* su contenido y, en consecuencia, contribuyendo a la mejor aplicación del precepto constitucional contenido en el antes referido artículo 26 del Texto Fundamental o, lo que es lo mismo, cristalizando su ejercicio a través de un cuadro general que reconoce las bases constitucionales del contencioso y del derecho a la tutela judicial, garantizando el acceso de los justiciables a dichos órganos.

De acuerdo con lo expuesto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa presenta, de manera particular, un reconocimiento constitucional que determina, en el contexto de lo antes dicho, el carácter orgánico de sus disposiciones y, como quiera que ello se complementa con el desarrollo exhaustivo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, esta Sala, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara la constitucionalidad de su carácter orgánico. Así se decide.

TSJ-SC (354)

10-5-2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Asamblea Nacional de la Republica Bolivariana de Venezuela (Constitucionalidad del Carácter Orgánico de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional)

La Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional sirve de base para el desarrollo legislativo posterior en las materias objeto de regulación, lo que inscribe a la citada Ley en la categoría de ley marco o cuadro que sirve de base para otras leyes en la materia, según lo dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como premisa 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.

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’ (... omisis...).

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 Nº 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 distinta a la allí expresada, como podría ser la de servir de marco normativo de otras leyes”. (Vid. Sentencia de esta Sala Nº 229/2007 supra mencionada).

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 Nº 34 del 26 de enero de 2004, caso: “*Vestalia Sampedro de Araujo y otros*”). Por tanto, 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 se pueda calificar de orgánicas a las leyes que regulen materias distintas a las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquellas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada (Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 1.159 del 22 de junio de 2007, caso: “*Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico*”).

En el presente caso, la Ley sometida al control previo de esta Sala tiene como objeto la regulación, supervisión, control y coordinación del Sistema Financiero Nacional, conformado por el conjunto de instituciones financieras públicas, privadas, comunales o que opere bajo otra forma jurídica en el sector bancario, asegurador, el mercado de valores o cualquier otro sector conexo o afín a tales actividades, con el propósito de garantizar el uso e inversión de sus recursos hacia el interés público y el desarrollo económico y social, en el marco de creación real de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (artículo 1 de la Ley).

Para tornar operativos los preceptos de dicha Ley, el legislador creó en su texto una estructura orgánica compleja, regida por disposiciones de Derecho Público, que cumplirá con aquellas actividades de regulación, control, supervisión y coordinación del Sistema Financiero Nacional, cual es el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN). Asimismo, estableció su marco de competencias y, correlativamente, fijó las obligaciones que deberán cumplir las personas e instituciones pertenecientes al sector bancario, asegurador, de mercado de valores y otros que podrán pertenecer al Sistema Financiero Nacional. Finalmente, el legislador consagró el régimen sancionatorio en la materia y fijó los mecanismos procedimentales para determinar la comisión de infracciones a la Ley y sus respectivas sanciones.

Lo anterior no sólo es un desarrollo legislativo basado en los principios que recoge el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino que también se halla ínsito en los principios que fundamentan el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela, enunciados en el artículo 299 del mismo Texto Fundamental.

Ya esta Sala, al menos en lo relativo a la calificación orgánica que ostentan las leyes que inciden sobre el sector financiero público, conforme a los parámetros que ofrece el artículo 203 constitucional, ha reiterado que éstas cumplen con las exigencias técnico-formales propias de las leyes orgánicas (Vid. Sentencias de esta Sala N° 1.047 del 15 de agosto de 2000, caso: *“Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público”* y 1.256 del 31 de julio de 2008, caso: *“Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Sistema Financiero Público y del Consejo Superior Financiero”*).

Sin embargo, no puede obviar la Sala que la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, no sólo abarca, desde su ámbito de aplicación subjetiva, instituciones o personas públicas o privadas vinculadas a la actividad bancaria, sino que también regula instituciones o personas que realicen otras actividades, bien en el sector asegurador, de mercado de valores o algún otro sector conexo o afín, conforme lo evalúe y así lo considere el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN).

Conforme a las anteriores consideraciones, la incorporación de esta estructura orgánica, integrada al Poder Ejecutivo Nacional, al estar adscrita al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas, es un elemento que permite a la Sala considerar a la Ley bajo examen, como una ley que amplía los aspectos organizativos y funcionales de un órgano integrado al Poder Público Nacional, concretamente dentro del Poder Ejecutivo Nacional.

Respecto de esta categoría formal de leyes orgánicas, esta Sala destacó en sentencia N° 1.565/2008 *supra* referida que:

“(…) corresponde a este subtipo normativo, delinear dentro de los parámetros del Texto Fundamental, las fórmulas organizativas esenciales de los Poderes Públicos, entendiendo por esto, su estructura subjetiva (órganos y eventuales entes) y su ámbito competencial, lo cual comprende el conjunto de facultades, poderes y atribuciones asignadas a uno de los Poderes Públicos (sentido orgánico), para actuar en sus relaciones interorgánicas e intersubjetivas.

Como puede observarse, estas leyes orgánicas se enmarcan dentro de la potestad organizativa del Estado, pero de una forma integral sobre cada rama del Poder Público, complementando el marco constitucional relativo a la estructura competencial y subjetiva de los Poderes y, en consecuencia, identificando los distintos tipos de unidades funcionales que lo integran o pueden integrarlo y que se encargarán de desarrollar las competencias que se les atribuya. La referida exhaustividad en cuanto a la organización de cada rama del Poder Público, es lo que permite delimitar el objeto de estas leyes del resto de los instrumentos que el ordenamiento jurídico reconoce para el ejercicio de la potestad organizativa, pues sólo para el esquema subjetivo general y plenario de cada rama del Poder del Estado es que se exige que se haga mediante una ley orgánica.

Por tanto, para calificar como orgánica una ley cuyo contenido desarrolle la potestad organizativa del Estado, debe analizarse si en la misma se crea o modifica el diseño general de la organización de un Poder Público, o si por el contrario se desarrolla la potestad organizativa respecto de una o varias unidades funcionales que simplemente pasan a integrar una de sus ramas”.

Ello así, el desarrollo legislativo posterior a que se refiere el supuesto examinado consiste en el complemento o ampliación de las estructuras básicas de cada Poder Público previstas en el Texto Constitucional, esto es, la incorporación legislativa de figuras organizativas o unidades funcionales que integren y complementen competencial, funcional y subjetivamente a cada una de las ramas del Poder Público.

Es así como, visto su objeto de regulación, la Sala considera que la Ley bajo examen desarrolla con exhaustividad los aspectos organizativos, funcionales, competenciales y operativos de un órgano del Poder Ejecutivo Nacional, de tal forma que la misma es constitucionalmente orgánica, conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por otra parte, y en refuerzo de su carácter orgánico, debe destacarse que el conjunto de preceptos recogidos en la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional sirven de base para el desarrollo legislativo posterior en las materias objeto de regulación, lo que inscribe a la citada Ley en la categoría de ley marco o cuadro que sirve de base para otras leyes en la materia, según lo dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con base en las anteriores consideraciones, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 5.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, y así se decide.

5. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Competencia*

a. *Amparos autónomos contra autoridades electorales*

TSJ-SC (187)

8-4-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Juan Ismael Herrera y Yunia Rosa Lárez vs. Juntas Directivas de los Consejos de Administración y de Vigilancia de la Caja de Ahorro de los Trabajadores del Instituto Nacional de Nutrición.

La Sala Constitucional declara que a partir de la publicación de esta sentencia asumirá, sin excepciones, la competencia para conocer de los amparos autónomos que se interpongan contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral y cualesquiera otra petición con sustancia electoral.

1.- La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, desde sus inicios, ha conocido de solicitudes de amparo constitucional autónomos. Respecto del alcance de esta competencia, dicha Sala estableció en su sentencia núm. 90, del 26 de julio de 2000, caso: *César Acosta Marín y otros*, que le correspondía “*el conocimiento de las acciones de amparo autónomo que se interpongan contra actos, actuaciones y omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos administrativos, distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...*”.

La Sala Electoral sostuvo su competencia para tramitar dichos amparos en los siguientes argumentos:

- Que la Sala Constitucional, conforme a su sentencia núm. 1, del 20 de enero de 2000, caso: *Emery Mata Millán*, resultaba competente para conocer de los actos u omisiones imputables a las máximas autoridades del Consejo Nacional Electoral;

- Que según esa misma decisión, a la Sala Electoral sólo le correspondía conocer de los amparos que se ejercieran conjuntamente con el recurso contencioso electoral de anulación de actos, o conjuntamente con el recurso por omisión electoral (amparo cautelar);

- Que, por tanto, los actos u omisiones imputables a los órganos no comprendidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (autoridades electorales subalternas); así como los actos u omisiones cometidos por los sujetos a los que se refiere el artículo 293.6 de la Constitución (órganos de interés electoral), no eran susceptibles de control mediante el amparo constitucional autónomo ante la Sala Constitucional, pues no serían “altas autoridades”;

- Que la única manera de resolver este vacío de regulación sería estableciendo que, mientras no se organizara la jurisdicción electoral, fuese la Sala Electoral la encargada de tramitar los procedimientos de amparo contra los entes referidos en el numeral anterior.

Por tal razón, dicha Sala Electoral asumió la competencia en amparo constitucional respecto de los actos u omisiones cometidos por los sujetos señalados.

Este criterio fue ratificado por esta Sala en diversos fallos, en los cuales declaró que el tribunal competente para conocer de acciones de amparo autónomas que involucren organismos públicos en función electoral u otros agentes que participen de algún modo en el hecho electoral, distintos a los señalados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, será la Sala Electoral de este máximo tribunal (ver al respecto, entre otras, la sentencia núm. 940, del 1º de junio de 2001, caso: *Jesús Pérez Salazar y otros vs. Comisión Electoral Nacional de la Federación Médica Venezolana*).

2.- Sobre este particular, esta Sala Constitucional pasa a realizar las siguientes consideraciones:

Tal como lo advirtió esta Sala en su primera sentencia (la ya mencionada del 20 de enero de 2000, caso: *Emery Mata Millán*), el sistema de protección y garantía de la Constitución que contempla nuestra Carta Magna, es un sistema diferente, tanto cuantitativa como cualitativamente, del contenido en la Constitución precedente. Es decir, a los medios de garantía previstos en la Constitución de 1961 se sumaron otros de diverso carácter y alcance. Por ejemplo, bajo la Constitución anterior la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, si bien podía ejercer la potestad de anular actos con rango y fuerza de ley contrarios a la Constitución, carecía de competencias en materia de amparo constitucional, pues como se recordará, de los amparos contra altas autoridades conocían todas las Salas de la Corte Suprema de Justicia según criterios de orden orgánico y materiales. Se observa, pues, que no había un órgano especializado en dicha Corte que tuviese en exclusiva, o de forma preponderante, la salvaguarda de los derechos fundamentales; ni mucho menos, lo cual es de esperarse en un tribunal supremo, había un órgano cuya función fuese la de dictar pautas de interpretación respecto de las normas de derechos fundamentales, o de velar por la uniformidad de la jurisprudencia respecto de la aplicación de dichas normas.

Este cuadro cambió desde que la Constitución de 1999 entró en vigor, y la nueva regulación, así como sus implicaciones y consecuencias, ha venido siendo aplicada y desarrollada por esta Sala en la medida en que los casos que le son planteados lo exigen.

En esta oportunidad, la Sala considera que su función de garante de la observancia de la Constitución, y en virtud de su carácter de titular de la jurisdicción constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, justifica que asuma la tarea de resolver las solicitudes de amparo constitucional autónomo que se intenten respecto de los sujetos a los que se refirió la Sala Electoral en su sentencia núm. 90/2000; es decir, respecto de las autoridades electorales subalternas y a los agentes que participen de algún modo en el hecho electoral.

En primer lugar, porque, como bien lo reconoció dicha Sala en la sentencia mencionada, existe un vacío de regulación sobre este particular, debido a que la ley que debe organizar la jurisdicción electoral aún no ha sido dictada. En segundo lugar, porque la Sala desea llenar ese vacío tomando en cuenta la intención del Constituyente de erigir en el seno del Máximo Tribunal de la República un órgano cuya jurisprudencia sirviera de parámetro de actuación a los órganos administrativos o electorales, especialmente en materia de derechos fundamentales. En tercer lugar, porque estima que el modo más efectivo de lograr instaurar una cultura de respeto a dichos derechos, particularmente de los derechos políticos, es fijando su atención y estudiando de cerca los procesos en los cuales éstos deben ser aplicados y respetados.

Por todas estas razones, esta Sala Constitucional establece que, a partir de la publicación de este fallo, asumirá la competencia para conocer de los amparos autónomos que se interpongan contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral. Así se establece.

En definitiva, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conocer en primera y única instancia en materia de amparo, en los siguientes casos:

a) Amparos autónomos contra las conductas (actos, actuaciones u omisiones) del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Electoral Nacional, de la Comisión de Registro Civil y Electoral y de la Comisión de Participación Política y Financiamiento, todos mencionados por el artículo 292 de la Constitución.

Ello con fundamento en lo que establece el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, conforme al cual correspondería a esta Sala el conocimiento de los amparos interpuestos contra el “...*Consejo Supremo Electoral* (hoy Consejo Nacional Electoral) y *demás organismos electorales del país*...”.

La expresión: “demás organismos electorales del país”, debe entenderse en el sentido de *demás órganos electorales similares a las altas autoridades mencionadas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo*. Evidentemente que los organismos electorales subordinados mencionados en el artículo 292 de la Constitución (Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política y Financiamiento) son similares a las altas autoridades a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo.

b) Amparos autónomos contra las conductas de los órganos subalternos del Consejo Nacional Electoral en materia electoral;

c) Amparos autónomas contra las conductas de las Juntas Electorales;

d) Amparos autónomos contra las conductas de entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

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

(...)

2. Por lo que respecta al cambio de criterio en cuanto a la competencia para el conocimiento de las demandas de amparo constitucional que se interpongan contra los organismos electorales del país distintos del Consejo Nacional Electoral, el disidente observa que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece, en forma enunciativa, un fuero personal para las autoridades nacionales de origen constitucional, tal como lo han interpretado pacíficamente doctrina y jurisprudencia desde cuando entró en vigencia. También lo interpretó así el mismo legislador cuando, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispuso, como competencia de la Sala Constitucional, “*Conocer en primera y última instancia las acciones de amparo constitucional interpuestas contra los altos funcionarios públicos nacionales*” (artículo 5.18).

Así lo reconoce, incluso, el acto decisorio que antecede, cuando señala que “(e)*videntemente que los organismos electorales subordinados mencionados en el artículo 292 de la Constitución (Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política y Financiamiento) son similares a las altas autoridades a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo*”.

Discrepa el salvante acerca de la forma en que el nuevo criterio de la mayoría pretende la solución del vacío de regulación en lo que concierne a la competencia para el conocimiento de los amparos que se interpongan contra las autoridades y entes electorales distintos de aquellos que abarcan, en concordancia, las disposiciones que se mencionaron de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (autoridades nacionales de origen constitucional), ya que es clara, por argumento en contrario, la voluntad legislativa de que la misma no compete a la Sala Constitucional (después de la vigencia de la Constitución de 1999).

En este sentido, no se justifica, porque es *contra legem*, la inclusión en el ámbito de competencia de esta Sala el conocimiento de las pretensiones de tutela constitucional que se dirijan contra autoridades diferentes de las que se mencionaron y, con mayor razón, las que ni siquiera son públicas, que quedan abarcadas en la letra e) de la enunciación que hizo el fallo del que se disiente, lo cual llevará a la Sala del más Alto Tribunal del país que tiene a su cargo nada menos que la custodia final de la integridad de la Constitución, ya agobiada de tareas urgentes y de la máxima trascendencia nacional, a ocuparse, en única instancia, de problemas menores, desde la perspectiva constitucional, como elecciones en clubes privados o de reinas de belleza. Ha debido la Sala mantener su criterio anterior y dejar que fuese ese medio extraordinario de control que es la revisión, el medio por el cual esos problemas menores pudieran ser objeto de su atención cuando las circunstancias lo ameritasen y dejar que el único tribunal electoral del país, la Sala Electoral, se ocupe, precisamente, de problemas electorales, que es para lo que el constituyente la creó.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

TSJ-SE (54)

21-4-2010

Magistrado Ponente: Luis Alfredo Sucre Cuba

Caso: Ramón Eduardo Díaz Polanco, Rafael Enrique Escalona Piña y Carlos José Díaz.

La Sala Electoral se declara incompetente para conocer la acción de amparo constitucional en virtud de la competencia asumida por la Sala Constitucional para conocer de los amparos constitucionales que se interpongan autónomamente contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral.

Como punto previo esta Sala Electoral debe señalar, que ante la inexistencia de desarrollo legislativo de las correspondientes normas constitucionales que crean la jurisdicción contencioso electoral, este órgano judicial estableció su ámbito competencial a través de la jurisprudencia, con especial referencia a la sentencia número 2 del 10 de febrero de 2000 (Caso: *Cira Urdaneta de Gómez*), mediante la cual la Sala configuró su marco de competencias partiendo de dos criterios: el orgánico, referido al órgano del cual emana el acto, actuación u omisión, y el material o sustancial, concerniente al contenido del acto (materia electoral o de participación política) objeto de impugnación, para de tal forma establecer que le corresponde, en forma exclusiva y excluyente, el control de la legalidad y la constitucionalidad de los actos, actuaciones y omisiones emanados de los órganos del Poder Electoral, así como de los actos electorales emanados de los entes enumerados en el artículo 293, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Posteriormente, en su sentencia número 90 del 26 de julio de 2000 (Caso: *Caja de Ahorro y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela*), la Sala asumió el monopolio competencial para conocer de las acciones de amparo constitucional interpuestas autónomamente contra los actos, actuaciones y omisiones sustantivamente electorales provenientes de los órganos o entes distintos a las autoridades enumeradas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Dicho criterio se encontraba en sintonía con el expresado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 1555 del 8 de diciembre de 2000, cuyo texto sigue a continuación:

“ (...) Corresponderá a la Sala Electoral el conocimiento de las acciones de amparo autónomo que se interpongan contra actos, actuaciones u omisiones sustancialmente electorales de los titulares distintos de los órganos administrativos, distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o de los órganos constitucionales equivalentes a los mismos (...)”.

Asimismo, cabe señalar que en sentencia número 77 del 27 de mayo de 2004 (Caso: *Julián Fernando Niño Gamboa*), esta Sala Electoral con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, estableció, reiterando sus criterios anteriores, que a ella le seguirá correspondiendo conocer de las acciones de amparo autónomo contra los actos, actuaciones u omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que lógicamente detentan competencia en materia electoral.

Ahora bien, al revisar los fundamentos en que se basa la presente acción de amparo constitucional, se encontraron los siguientes argumentos:

1.- Que el 25 de noviembre de 2009, en momentos en que se iba a instalar la sesión ordinaria del Concejo Municipal del municipio Libertador del estado Cojedes, las concejales Yansy Pinto, María Isabel Landaeta y Teodora Coromoto Rodríguez, procedieron “... **a declarar la INCAPACIDAD nuestra para el ejercicio del cargo**, y a nombrar una nueva junta directiva, desincorporándonos de los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretario respectivamente, y no solo eso, sino exigiéndonos (...) la entrega de las instalaciones del Concejo Municipal, las llaves del mismos, los sellos, libros de Actas y demás implementos cotidianos de trabajo (...) haciendo necesaria y urgente la intervención de la fuerza policial a los fines de controlar la seguridad de las instalaciones así como de las personas que se encontraban en el interior de la misma...” (Énfasis agregado); y

2.- Que las concejales Yansy Pinto, María Isabel Landaeta y Teodora Rodríguez “... abrogándose una potestad que no le es atribuida por la ley, procedieron a violentar la esfera de nuestros derechos constitucionales, ya que ellas en un acto írrito, ilegal e inconstitucional **procedieron a declararnos INCAPACES para el ejercicio de nuestros cargos de concejales y secretario**, y no solo eso sino que además procedieron a desincorporarnos de nuestros cargos de PRESIDENTE, VICEPRESIDENTE Y SECRETARIO DE LA CAMARA MUNICIPAL, procedimiento este que solo puede ser realizado la primera sesión de cada año o en su defecto en la sesión más inmediata siguiente...” (Énfasis añadido).

De los referidos argumentos se podía inferir una situación de anormalidad institucional de carácter municipal derivada de dos (2) específicos acontecimientos calificados por los accionantes como “*vías de hecho*”, a saber: 1) la declaratoria de “*incapacidad*” de los ciudadanos Ramón Eduardo Díaz Polanco y Rafael Enrique Escalona Piña para ejercer sus cargos de elección popular como concejales del municipio Anzoátegui del estado Cojedes; y 2) la desincorporación de éstos y del ciudadano Carlos José Díaz, como Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Cámara Municipal.

Así las cosas, es necesario recordar que cuando tales conflictos de carácter municipal representen un problema acerca de la legitimidad de las autoridades locales y éstas tengan carácter eleccionario, su resolución corresponde a la Sala Electoral, según el criterio jurisprudencial establecido por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 21 del 4 de julio de 2001, que señala:

“... De acuerdo con lo expuesto, encuentra esta Sala que, cuando se está en presencia de una solicitud de este tipo, debe determinarse, si el conflicto o situación de anormalidad que, eventualmente, impere en el Municipio es producto de la incertidumbre acerca de la legitimidad de las autoridades locales o si -por el contrario- surge de una situación distinta; y, en el primero de los casos, si el funcionario municipal cuestionado es de elección popular; tal establecimiento tendrá por objeto determinar cuál es el órgano jurisdiccional con competencia para ello.

Es necesario entonces concluir que, como se ha expuesto, el dispositivo contenido en el citado artículo 166 comprende un supuesto de hecho complejo, ya que regula una situación de carácter general, relativa a las situaciones que amenacen la normalidad institucional de un Municipio, las cuales, al no plantear necesariamente alguna implicación de carácter eleccionario, su resolución debe estar atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa, pero, por otra parte, el supuesto normativo también abarca, de forma especial, la resolución de problemas relativos a la legitimidad de las autoridades municipales, que ocasionaren una situación de anormalidad o la amenaza de crear un caos o inestabilidad en la vida local del municipio, en cuyo caso, de estar estrechamente vinculada la situación planteada a un proceso electoral, su conocimiento estaría atribuido a la jurisdicción contencioso electoral.

(...)

Es el carácter eleccionario de la designación de la autoridad municipal, cuya legitimidad se discute, lo que determina que el acto estrechamente relacionado a la anormalidad institucional del Municipio deba someterse a la jurisdicción contencioso electoral, es necesario determinar en cada caso, la autoridad es de elección popular o si es designada por algún otro mecanismo distinto previsto en el ordenamiento vigente.

En otras palabras, para determinar la competencia de la Sala Electoral en los conflictos municipales previstos en la norma citada, debe atenderse a que la situación que amenace la normalidad institucional haya surgido del desconocimiento de autoridades municipales legítimas que implique la vulneración de los derechos a elegir o ser elegido a cargos de representación popular, por resultar electas para esos cargos a través de la elección popular (léase Alcaldes y Concejales de acuerdo a la legislación vigente). En ese sentido, no siempre que se trate de la legitimidad de alguna autoridad municipal debe considerarse que la competencia esté atribuida a la jurisdicción contencioso electoral, si dicho funcionario no es de elección popular, ello por no estar involucrado el derecho al sufragio activo o pasivo, tampoco debe pensarse que siempre que se discuta la legitimidad de un funcionario público municipal, la situación se inserte en el supuesto contemplado en el citado artículo 166, si no media una situación como la descrita en la norma”.

Cabe advertir, que aun cuando el citado criterio jurisprudencial se refería a los conflictos de autoridades planteados en los términos del antiguo artículo 166 de la derogada Ley Orgánica del Régimen Municipal, sus consideraciones doctrinales sobre la distinción de los conflictos de autoridades municipales resultaban orientadoras para determinar la competencia de la Sala Electoral, bien ante el ejercicio de un recurso contencioso electoral por vías de hecho, o bien ante la interposición de un amparo constitucional.

Sin embargo, es menester señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 187 del 8 de abril de 2010, amplió su criterio jurisprudencial respecto a la competencia para conocer de los amparos constitucionales, estableciendo al respecto lo siguiente:

“Tal como lo advirtió esta Sala en su primera sentencia (la ya mencionada del 20 de enero de 2000, caso: Emery Mata Millán), el sistema de protección y garantía de la Constitución que contempla nuestra Carta Magna, es un sistema diferente, tanto cuantitativa como cualitativamente, del contenido en la Constitución precedente. Es decir, a los medios de garantía previstos en la Constitución de 1961 se sumaron otros de diverso carácter y alcance. Por ejemplo, bajo la Constitución anterior la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, si bien podía ejercer la potestad de anular actos con rango y fuerza de ley contrarios a la Constitución, carecía de competencias en materia de amparo constitucional, pues como se recordará, de los amparos contra altas autoridades conocían todas las Salas de la Corte Suprema de Justicia según criterios de orden orgánico y materiales. Se observa, pues, que no había un órgano especializado en dicha Corte que tuviese en exclusiva, o de forma preponderante, la salvaguarda de los derechos fundamentales; ni mucho menos, lo cual es de esperarse en un tribunal supremo, había un órgano cuya función fuese la de dictar pautas de interpretación respecto de las normas de derechos fundamentales, o de velar por la uniformidad de la jurisprudencia respecto de la aplicación de dichas normas.

Este cuadro cambió desde que la Constitución de 1999 entró en vigor, y la nueva regulación, así como sus implicaciones y consecuencias, ha venido siendo aplicada y desarrollada por esta Sala en la medida en que los casos que le son planteados lo exige.

En esta oportunidad, la Sala considera que su función de garante de la observancia de la Constitución, y en virtud de su carácter de titular de la jurisdicción constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, justifica que asuma la tarea de resolver las solicitudes de amparo constitucional autónomo que se intenten respecto de los sujetos a los que se refirió la Sala Electoral en su sentencia núm. 90/2000; es decir, respecto de las autoridades electorales subalternas y a los agentes que participen de algún modo en el hecho electoral.

En primer lugar, porque, como bien lo reconoció dicha Sala en la sentencia mencionada, existe un vacío de regulación sobre este particular, debido a que la ley que debe organizar la jurisdicción electoral aún no ha sido dictada. En segundo lugar, porque la Sala desea llenar ese vacío tomando en cuenta la intención del Constituyente de erigir en el seno del Máximo Tribunal de la República un órgano cuya jurisprudencia sirviera de parámetro de actuación a los órganos administrativos o electorales, especialmente en materia de derechos fundamentales. En tercer lugar, porque estima que el modo más efectivo de lograr instaurar una cultura de respeto a dichos derechos, particularmente de los derechos políticos, es fijando su atención y estudiando de cerca los procesos en los cuales éstos deben ser aplicados y respetados.

Por todas estas razones, esta Sala Constitucional establece que, a partir de la publicación de este fallo, asumirá la competencia para conocer de los amparos autónomos que se interpongan contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral. Así se establece”.

De la transcripción anterior se evidencia que de ahora en adelante la Sala Constitucional asumirá la competencia para conocer de los amparo constitucionales que se interpongan autónomamente contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral. Siendo ello así, esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia no puede sino declararse incompetente para conocer de la presente acción de amparo constitucional, y así se decide.

CPCA

6-4-2010

Juez Ponente: María Eugenia Mata

Caso: Inversiones Comuneras y Exclusivas Compañía Anónima (INCO-ECA) vs. Registrador Subalterno del Tercer Circuito del Municipio Autónomo Maracaibo del Estado Zulia.

Una vez precisado lo anterior, debe este Órgano Jurisdiccional determinar qué órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, está facultado para conocer la causa, respecto a lo cual se observa que la presente acción de amparo constitucional fue interpuesta contra el Registrador Subalterno del Tercer Circuito del Municipio Autónomo Maracaibo del estado Zulia, quien es una autoridad distinta a aquellas cuyos procesos judiciales corresponden ser tramitados por ante la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal, lo cual deviene del contenido del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y por tanto, sometido al control de esta Corte, de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, con ponencia conjunta, en sentencia N° 2.271, dictada el 24 de noviembre de 2004 (Caso: *Tecno Servicios Yes' Card, C.A.*), la cual dio “...por reproducidas...” las disposiciones que respecto a la competencia de esta Corte contenía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Concretamente, dicho fallo señaló que las Cortes de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer “...De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los numerales 30 y 31 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal...”.

No obstante lo anterior, no pasa desapercibido por esta Corte lo señalado con carácter vinculante por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, mediante sentencia N° 1.700 de fecha 07 de agosto de 2007 (Caso: *Carla Mariela Colmenares*), en cuanto a la inaplicabilidad del criterio residual en materia de amparo autónomo, a cuyo tenor se estableció lo siguiente:

“...Así entonces, tal como se ha señalado, la competencia en materia de amparo se encuentra regida por los criterios material y orgánico, siendo este último el que prepondera en el supuesto de los agravios provenientes de la Administración, con algunas particularidades de competencia funcional (*vgr.* Tributaria o funcionarial).

...*omissis*...

En los términos en que ha sido empleado el criterio orgánico tiene cierta ilogicidad, toda vez que no se está frente a un control objetivo de los actos de la Administración (aunque esto incida en la esfera subjetiva de los particulares) sino frente a la protección de situaciones jurídicas subjetivas constitucionales. De modo que si la aplicación del criterio orgánico delimita la competencia en un tribunal cuya ubicación aleje al afectado de la posibilidad de accionar en amparo se está en presencia de una conclusión que obstaculiza al justiciable el acceso a la justicia.

Este último señalamiento se hace en consideración al supuesto de la competencia residual de las Cortes de lo Contencioso Administrativo -proveniente de la competencia que en su momento la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia le atribuía a la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo- que asignaba en esta instancia el conocimiento del contencioso administrativo de los órganos de inferior instancia de la Administración Central, sin importar el domicilio del acto o la ubicación geográfica de la dependencia. En este caso, el control del acto basado en la jerarquía del ente u órgano para una asignación residual de competencia podría ser un determinante de atribución de competencia dentro del ámbito de asignación para los tribunales contencioso administrativos; sin embargo, la aplicación del criterio de la competencia residual de las Cortes en materia de amparo constitucional resulta un obstáculo para el ejercicio de la acción de amparo, propia de la tutela de situaciones jurídicas fundamentales constitucionalmente garantizadas.

En suma, considerar la aplicación del criterio de competencia residual puede resultar atentatorio para el caso en que existan dependencias administrativas de inferior jerarquía que se encuentren desconcentradas -*vgr.* Inspectorías del Trabajo- o que su ubicación sea ajena a la ciudad de Caracas, como ocurre por ejemplo en el caso de algunas Universidades Nacionales, Colegios Universitarios y Colegios Profesionales. Inclusive, aplicar dicho criterio en amparo, como ocurre en áreas especiales como el caso de contencioso funcionarial, y hasta, por la protección en amparo en áreas particulares como en el caso de los servicios públicos, tal como así lo dispone el artículo 259 de la Constitución, haría prácticamente nugatorio para los afectados ejercer el amparo en procura de proteger sus derechos si obligatoriamente deben accionar ante las Cortes de lo Contencioso al margen del lugar donde ocurrió la afectación del derecho, o el lugar donde en realidad se encuentre el ente o dependencia administrativa.

En conclusión, considera esta Sala que mantener el criterio residual para el amparo partiendo de lo que establecía el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no resulta idóneo frente al principio de acceso a la justicia, siendo necesario aproximar la competencia en aquellos tribunales contenciosos más próximos para el justiciable, ello, por considerarse que de esta manera en lo referente a la protección constitucional se estaría dando cumplimiento a la parte final del artículo 259 de la Constitución cuando dispone que el deber para el Estado de “disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

...*omissis*...

Por ende, esta Sala determina que el criterio residual no regirá en materia de amparo, por lo que en aquellos supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne la

competencia a las Cortes para el control de los actos, ese criterio no será aplicable para las acciones de amparo autónomo, aplicándose, en razón del acceso a la justicia, la competencia de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente (*v.gr.* Universidades Nacionales) o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central, que, por su jerarquía, no conozca esta Sala Constitucional.

En igual sentido, y para armonizar criterio, lo mismo ocurrirá si el amparo autónomo se interpone contra un ente u órgano de estas características que, con su actividad o inactividad, haya generado una lesión que haya acontecido en la ciudad de Caracas: en este caso la competencia recaerá en los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.

Por último, en caso de apelación, la competencia en este supuesto sí corresponderá a las Cortes, quienes decidirán en segunda y última instancia en materia de amparo...". (Negrillas de esta Corte).

De lo antes expuesto se desprende, que la aplicación del criterio de la competencia residual en materia de amparo constitucional dificulta el acceso a la justicia, por lo que en aquellos supuestos donde el contencioso administrativo general le asigna la competencia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo para el control de los actos, en los casos de amparo autónomo la competencia corresponderá a partir de la citada decisión a los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente o la dependencia desconcentrada de la Administración Central, que, por su jerarquía, no conozca la Sala Constitucional, aún cuando se encuentren localizados en la Región Capital, mientras que a las Cortes corresponde su conocimiento en Alzada.

Ahora bien, esta Corte advierte que el referido fallo vino a modificar el régimen competencial que existía en materia de amparo constitucional, siendo que de acuerdo al principio de la *perpetuatio fori* la competencia del órgano jurisdiccional -cuando la ley no disponga expresamente lo contrario- se determina por la situación fáctica y normativa existente para el momento de interposición de la demanda; sin embargo, en el caso de autos el cambio no obedece a una nueva ley sino a una interpretación establecida con carácter vinculante por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que incide sobre un tema de estricto orden público, como es la competencia, por lo que su acatamiento debe privar ante la existencia del señalado principio.

Ello así, visto que la presente acción de amparo constitucional fue ejercida contra el Registrador Subalterno del Tercer Circuito del Municipio Autónomo Maracaibo del Estado Zulia, en fecha 1° de diciembre de 1994, siendo un servicio público, declaratoria que tiene como efecto el sometimiento de tales actividades al régimen especial que supone la tutela del interés general por parte del Estado.

De modo que, visto que nuestro Máximo Tribunal ha establecido claramente los lineamientos establecidos para la distribución de las competencias para el conocimiento de las acciones de amparo constitucional, considera esta Corte en razón del Organismo presuntamente agravante se encuentra ubicado en el estado Zulia, considera esta Corte que corresponde la competencia para conocer la presente acción de amparo constitucional al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental, razón por la cual esta Corte NO ACEPTA LA DECLINATORIA DE COMPETENCIA efectuada por el referido Juzgado. Así se declara.

Ahora bien, vista la anterior declaratoria, correspondería a esta Corte, por ser el segundo Tribunal en declararse incompetente, solicitar la regulación de competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; sin embargo, es importante señalar el contenido de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.439 de fecha 3 de noviembre de 2009, (caso: *Otoniel Pautt Andrade vs. HIDROCAPITAL*), estableció lo siguiente:

“...Esta Sala Constitucional procede al conocimiento de la presente causa suscitada con ocasión al recurso de regulación de competencia interpuesto por el accionante, contra la sentencia dictada, el 3 de febrero de 2009, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró su incompetencia para conocer de la acción de amparo constitucional, interpuesta por el ciudadano Otoniel Pautt Andrade, contra la sociedad mercantil C.A. HIDROLÓGICA DE LA REGIÓN CAPITAL (HIDROCAPITAL).

Por otra parte, esta Sala determina que la solicitud de regulación de competencia interpuesta con ocasión a la sentencia que declaró la incompetencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el presente amparo resulta improponible en cuanto a derecho se refiere; toda vez que dicho recurso, al corresponder a una incidencia procesal destinada al cuestionamiento de la competencia de un tribunal, no puede ser subsumida dentro del carácter expedito y eficaz inherente al procedimiento de amparo, en los términos expresamente establecidos en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En ese sentido (*vid.* s.S.C. núm. 1437/2000, del 24 de noviembre) con idéntica fundamentación respecto a la ausencia de incidencias procesales en los procedimientos de amparo, esta Sala, al descartar la posibilidad de regulación de competencia en este tipo de procedimientos, señaló:

‘La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al regular la acción de amparo constitucional no hizo una regulación que comprendiera todas las situaciones que de índole procesal se podían presentar en esta materia. En atención a ello, el referido texto legislativo dispuso en su artículo 48 que le resultaban supletorias todas las disposiciones procesales en vigor. Sin embargo, la señalada disposición debe ser interpretada con las debidas restricciones, ya que siendo el amparo una acción especial que se caracteriza por su esencia breve y sumaria, al mismo no siempre le resultan aplicables las normas procesales vigentes, las cuales, en muchos casos, no se corresponden con la referida naturaleza del amparo, por estar enfocadas a regular otros aspectos del procedimiento distintos a la brevedad y celeridad.

Estas consideraciones resultan perfectamente aplicables a la figura del recurso de regulación de competencia, por cuanto el mismo, al producir en algunos casos la suspensión del proceso y en otros la imposibilidad de que el juez decida el fondo de la causa, tal y como lo prevé el último aparte del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, resulta inaplicable al proceso de amparo’.

Cabe destacar al respecto que esta Sala ha tenido oportunidad de referirse a la inviabilidad de este recurso ante este tipo de acciones y, en este sentido, estableció en un caso análogo al presente, el criterio que a continuación se cita:

‘Visto que los autos fueron remitidos en virtud de la interposición de un recurso de regulación de competencia, estima esta Sala necesario determinar la procedencia del referido recurso en materia de amparo, y al respecto aprecia lo siguiente: La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al regular la acción de amparo constitucional no hizo una regulación que comprendiera todas las situaciones que de índole procesal se podían presentar en esta materia. En atención a ello, el referido texto legislativo dispuso en su artículo 48 que le resultaban supletorias todas las disposiciones procesales en vigor. Sin embargo, la señalada disposición debe ser interpretada con las debidas restricciones, ya que siendo el

amparo una acción especial que se caracteriza por su esencia breve y sumaria, al mismo no siempre le resultan aplicables las normas procesales vigentes, las cuales, en muchos casos, no se corresponden con la referida naturaleza del amparo, por estar enfocadas a regular otros aspectos del procedimiento distintos a la brevedad y celeridad. Estas consideraciones resultan perfectamente aplicables a la figura del recurso de regulación de competencia, por cuanto el mismo, al producir en algunos casos la suspensión del proceso y en otros la imposibilidad de que el juez decida el fondo de la causa, tal y como lo prevé el último aparte del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, resulta inaplicable al proceso de amparo. Así se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, cuando en su decisión de fecha 29 de julio de 1992 dispuso lo siguiente: ‘el legislador, en materia de amparo, tuvo la intención de excluir el sistema de la regulación de competencia como medio de impugnación otorgado a las partes contra la decisión donde se declare competente o incompetente al Juez para conocer del amparo, consagrando únicamente el sistema de conflicto negativo entre jueces, del cual conocerá el Superior respectivo, ya sea entre tribunales de primera instancia, como el suscitado en los tribunales superiores cuando conozcan éstos en primera instancia, caso en el cual sería esta Corte la encargada de solucionar el conflicto. Es decir, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no prevé el sistema de regulación de competencia sino el conflicto de competencia negativo, lo que estaría en comunión con la característica de breve y sumario del procedimiento de amparo’. Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala debe declarar improcedente el recurso de regulación de competencia presentado en la presente causa y así se decide.’ (sentencia de esta Sala N° 1.437 del 24 de noviembre de 2000)”.

Este criterio ha sido constantemente ratificado por la Sala en esta materia, debido a la garantía que representa la inmediatez en la decisión del amparo constitucional; previsión que ha sido considerada tanto por el Legislador, como la jurisprudencia de esta Sala, al establecer la imposibilidad de sustanciar incidencias que hagan nugatoria una decisión eficaz y efectiva en materia de derechos constitucionales (*vide*, entre otras, s. S.C. N° 251/00, del 25 de abril; 1437/00, del 24 de noviembre; 1497/2001, del 13 de agosto; 166/02, del 7 de febrero; 2261/02, del 25 de septiembre; 2607/2002, del 22 de octubre; 2769/2003, del 24 de octubre; 407/2004, del 19 de marzo).

Por tanto, la Sala declara improponible en derecho la regulación de competencia de autos, toda vez que, siendo la característica del amparo su naturaleza breve, sumaria y eficaz, la misma no debe tener incidencias procesales que impida su trámite y decisión en forma oportuna y eficaz, tal como lo exige el artículo 12 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

En tal sentido, esta Sala advierte a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que en lo sucesivo se abstenga de tramitar solicitudes de regulación de competencia, por cuanto las mismas, en atención a las razones antes expuestas, desvirtúan el carácter expedito y eficaz que debe caracterizar al procedimiento de amparo constitucional...”

Vista la anterior decisión, es claro para esta Corte el criterio según el cual no es proponible la solicitud de regulación de competencia en materia de amparo por ser esta una acción especial que se caracteriza por su esencia breve, sumaria y eficaz, ya que la regulación de competencia produce en algunos casos la suspensión del proceso y en otros la imposibilidad de que el Juez decida el fondo de la causa. Por lo que esta Corte DECLINA la competencia al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental, por ser el Juzgado competente en primera instancia de conformidad con el criterio jurisprudencial antes expuesto y en aras de salvaguardar el derecho al juez natural, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de las partes. Así se decide.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

Acción de Amparo Constitucional 214
- Competencia .214
Acción de Inconstitucionalidad: Medidas Cautelares. 178
Amparos autónomos contra autoridades electorales. 214

-C-

Contencioso Administrativo. 158
- Medidas Cautelares. 161
- Órganos. 158
- Sistema judicialista integral. 156
Cortes de lo Contencioso Administrativo. Competencia 158
Contencioso Administrativo de Interpretación. 169
- Competencia. Tribunal Supremo de Justicia. 169
- Órganos. 169
Contencioso Administrativo Especial. 172
Contencioso Administrativo Tributario: Amparo Tributario. 172
Control difuso de la constitucionalidad. 174

-D-

Derechos Individuales. Libertad Individual. 136
Derechos Políticos: Derecho al sufragio y participación política 141
Derechos de los administrados: Derecho a la defensa y debido proceso (ausencia de procedimiento). 152

-G-

Garantías Constitucionales. 134
Garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos. 135
Garantías del debido proceso. 134

-I-

Impuestos municipales: Impuesto a las Actividades Económicas: Actividad de comisionista y de concesionario. 149

-L-

Leyes Orgánicas. Control de la Constitucionalidad. 206

-P-

Poder Publico Nacional 144
- Privilegios y prerrogativas de la República: Consulta obligatoria de toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República. 144
Poder Publico Municipal. 146
- Privilegios y prerrogativas de los Municipios: Eximente de costas procesales. 146
Procedimiento Administrativo. 152

-R-

Recursos Administrativos. Lapso Aplicable. 154

-S-

Sentencias. Revisión en materia constitucional. 185
- Control difuso de la constitucionalidad. 185
- Solicitante. Representación. 185
- Carácter discrecional de la revisión constitucional 189

