

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 **FAÚNDEZ 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 ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE**, (Perú), Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H.**, (República Dominicana), Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO** (Uruguay)

Revista de Derecho Público

Email: revistadederechopublico@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: Anaucó 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.

revista
de
derecho
publico

Nº 123

Julio - Septiembre 2010

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

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

Hay un derecho del Mercosur? Is there a Mercosur Law?, por Roberto
CHACÓN DE ALBUQUERQUE 7

Aproximación a la Tensión Constitución y Libertad en Venezuela, por
Jesús María **ALVARADO ANDRADE** 17

Comentarios Monográficos

Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional, por
Joaquín **VALERA SUANZES-CARPEGNA** 45

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el tercer trimestre de 2010, por
Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 59

Comentarios Legislativos

¿Por qué no se entiende el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal?, por Claudia **NIKKEN** 71

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): tercer trimestre de 2010</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianna VILLEGAS SALAZAR	77
---	----

Comentarios Jurisprudenciales

<i>La Sala Constitucional vs. La competencia judicial en materia de interpretación de las leyes</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	187
---	-----

<i>De la Casa de Cristal a la Barraca de Acero: el Juez Constitucional vs. El derecho de acceso a la información administrativa</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	197
---	-----

<i>El Juez Constitucional vs. El derecho a la participación mediante el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	207
--	-----

<i>El concepto de Derecho Administrativo y los riesgos a la libertad. Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional de 8 de abril de 2010, caso American Airlines</i> , por José Ignacio HERNÁNDEZ G.	215
---	-----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	219
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

Hay un derecho del Mercosur? Is there a Mercosur Law?

Roberto Chacón de Albuquerque¹

Resumen: *En este artículo, se analiza si el derecho del Mercosur constituye un ordenamiento jurídico común con normas adoptadas por medio de un proceso decisorio autónomo y propio. Para ser considerado una modalidad de derecho comunitario, él debe ser dotado de aplicación inmediata y de medios coercitivos en caso de incumplimiento de sus dispositivos. Dependiente de la voluntad política de ocasión de los Estados Miembros, el derecho del Mercosur no es de vigencia obligatoria.*

Palabras clave: Derecho; Mercosur; comunitario; aplicación; inmediata.

Abstract: In this article, it is analyzed whether Mercosur Law constitutes a common legal order with statutes being adopted by means of an autonomous decision process of its own. In order to be considered a kind of community law, it must be immediately applied, being compulsorily enforced in case of failure to comply with its tenets. Relying on the occasional political will of its Member States, Mercosur Law is not vested with compulsory validity.

Key words: Law; Mercosur; community; application; immediate.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. UN ORDENAMIENTO JURÍDICO COMÚN
- III. LA INTERNALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMÚN
- IV. LA VIGENCIA DEL DERECHO DEL MERCOSUR
- V. CONCLUSIÓN
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Mercado Común del Sur (Mercosur), este esfuerzo de acercamiento político y económico del cual hacen parte hasta el momento cuatro países del subcontinente sudamericano,² ha nacido con la pretensión de no ser solamente más una organización de cooperación regional. Esta modalidad de organización internacional suele ser un mecanismo para conferir continuidad institucional a acciones cooperativas entre Estados. Su característica matriz es Estado-céntrica. Bajo el marco de la intergubernamentalidad, se busca fomentar la continui-

¹ Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo, profesor de la Universidad Católica de Brasília.

² Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

dad de políticas interestatales.³ Para las organizaciones de integración regional, la dinámica política suele ser distinta. Éstas pueden tener la vocación de sustituir a los Estados Miembros en sectores específicos, asumiendo como objetivo primordial la construcción de una nueva unidad supraestatal por medio precisamente de la transferencia de atribuciones estatales. Para que haya esta transferencia de atribuciones a la organización de integración regional, los Estados Miembros tienen que estar dispuestos a proceder a una cesión de soberanía. De la misma manera que para las organizaciones de cooperación regional la intergubernamentalidad es de capital importancia, para las organizaciones de integración regional la supranacionalidad es esencial. Esta es la razón por la cual uno puede afirmar que el propio principio de la cooperación está hermanado al principio intergubernamental, de la misma manera como el principio de la integración se asocia al principio de la supranacionalidad. Mismo que haya una tendencia de creciente juridicidad, con la creación de un ordenamiento jurídico común, tanto para las organizaciones de cooperación cuanto para las de integración, la situación es distinta.

La existencia de un ordenamiento jurídico común es una condición imprescindible para el funcionamiento de estos dos modelos de organización, pero este conjunto de normas jurídicas tiene rasgos diferentes. En las organizaciones de cooperación regional, el ordenamiento jurídico común es el resultado de un intento de armonización de intereses por medio de negociaciones interestatales. Las respectivas normas, carentes de un mecanismo decisorio autónomo y propio, dependen tanto en su proceso de elaboración como de aplicación de la voluntad política de los Estados Miembros. El ordenamiento jurídico de las organizaciones de integración regional presupone una negociación de otro nivel. Hay que existir un mecanismo decisorio propio con una estructura institucional independiente de los Estados Miembros, capaz de generar con autonomía un conjunto de reglas jurídicas distinto de los ordenamientos jurídicos nacionales, situándose por encima de ellos, con primacía, para proteger los intereses supranacionales de los intereses nacionales contrarios. Para este ordenamiento jurídico supranacional, es esencial tener aplicabilidad inmediata, siendo incorporado directamente por los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

Para que el Mercosur hubiera llegado a ser una organización de integración efectiva, con un ordenamiento jurídico común, con un derecho comunitario, una serie de prerequisites deberían haber sido cumplidos. Los Estados Miembros tendrían que compartir de un conjunto de valores democráticos comunes protegidos por un cuadro supranacional institucionalizado y autónomo. La supranacionalidad requiere la existencia de un poder efectivo, de un poder supraestatal. La intergubernamentalidad suele ser impotente en situaciones límite frente a los intereses estatales. Las organizaciones de integración regional deben tomar decisiones políticas y producir normas jurídicas administrativas y legislativas que obliguen a los Estados Miembros. Este ordenamiento jurídico supranacional, distinto de los ordenamientos jurídicos estatales, debe servir exclusivamente a los valores democráticos comunes. Para que el ordenamiento jurídico común supranacional sea eficaz, la existencia de un poder de sanción, de medios coercitivos, en caso de incumplimiento de sus dispositivos es fundamental. Bajo el punto de vista jurídico, un ordenamiento jurídico común es la forma más perfecta de expresión de una organización de integración regional. Tras casi veinte años de su fundación, el derecho del Mercosur todavía se compone de normas jurídicas que buscan la integración de los sistemas jurídicos nacionales sin la formación de un derecho comunitario. El derecho de

³ Protocolo de Ouro Preto, artículo 2: "Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur".

los Estados Miembros no se subordinó al derecho del Mercosur bajo el marco de la supranacionalidad. La voluntad política continúa un factor determinante en el respeto de lo previsto por este ordenamiento jurídico común interestatal.

II. UN ORDENAMIENTO JURÍDICO COMÚN

El ordenamiento jurídico común del Mercosur comprende dos modalidades, el derecho originario y el derecho derivado.⁴

El derecho originario comprende los siguientes instrumentos jurídicos: tratados, protocolos y acuerdos de derecho internacional público. En este derecho originario, está prevista la adopción de un ordenamiento jurídico común, pero sus características no son especificadas. Para que estos instrumentos jurídicos entren en vigor, ellos suelen necesitar ser sometidos a un proceso de ratificación en los Estados Miembros, con la aprobación de los respectivos parlamentos nacionales. Pueden asumir la forma de protocolos complementarios al Tratado de Asunción, la fuente de derecho originario básica del Mercosur.⁵ Los protocolos, como una modalidad de complementación a un tratado preexistente, deberían tener un proceso de ratificación más expedito, pero esto ni siempre ocurre.

Los principales instrumentos jurídicos de derecho originario son resumidamente por lo tanto los siguientes:

- Tratado de Asunción (1991): el llamado “Tratado Constitutivo”, responsable por el establecimiento del Mercosur.
- Protocolo de Ouro Preto (1994): complementario al Tratado de Asunción, estableció la estructura institucional del Mercosur.
- Protocolo de Olivos (2002): disciplina el sistema de controversias del Mercosur.

El derecho derivado dice respecto a las normas aprobadas por los órganos decisorios del Mercosur. Incluye básicamente las normas jurídicas de aplicación obligatoria por los Estados Miembros oriundas del Consejo del Mercado Común (CMC),⁶ del Grupo Mercado Común (GMC)⁷ y de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)⁸.⁹ Las decisiones¹⁰, resolucio-

⁴ Protocolo de Ouro Preto, artículo 41: “Las fuentes jurídicas del Mercosur Son: I- El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; II- Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; III- Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”.

⁵ Protocolo de Ouro Preto, artículo 38, *caput*: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo”.

⁶ El Consejo del Mercado Común (CMC) es el órgano superior del Mercosur, cargado de la conducción política y de la toma de decisiones (Protocolo de Ouro Preto, artículo 3).

⁷ El Grupo Mercado Común (GMC) es el “órgano ejecutivo del Mercosur” (Protocolo de Ouro Preto, artículo 10).

⁸ La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) vela “por la aplicación de los instrumentos de política comercial común” (Protocolo de Ouro Preto, artículo 16).

⁹ El Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur “son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental” (Protocolo de Ouro Preto, artículo 2).

¹⁰ Protocolo de Ouro Preto, artículo 9: “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”.

nes¹¹ y directivas¹² del CMC, del GMC y de la CCM son de “carácter obligatorio” para los Estados Miembros,¹³ pero no tienen aplicabilidad inmediata. Necesitan ser incorporadas por los ordenamientos jurídicos internos, con la revocación de los dispositivos en contrario. El Mercosur no se asemeja a una organización de integración regional con una estructura institucional independiente de los Estados Miembros ni dispone de un ordenamiento jurídico común con rasgos de supranacionalidad. El derecho del Mercosur no es aplicado directamente sin su incorporación por el derecho interno. Este proceso de incorporación puede contemplar un largo trayecto político. Teniendo en cuenta que el derecho derivado proviene de la estructura institucional autónoma del Mercosur, debemos analizar con más pausa las principales características de estos instrumentos jurídicos:

- Decisiones, resoluciones y directivas: el Mercosur dispone, como lo hemos subrayado anteriormente, de tres órganos decisorios que producen el derecho derivado del Mercosur. El CMC aprueba decisiones, el GMC adopta resoluciones y la CCM establece directivas. No hay duda que estas tres fuentes de derecho derivado son en principio de aplicación obligatoria, pero ellas no son siquiera incorporadas uniformemente por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros. La internalización de estas normas puede variar considerablemente. No hay consenso respecto del nivel jerárquico que ellas ocupan en el derecho interno de cada Estado Miembro. El hecho de que las fuentes jurídicas de derecho derivado del Mercosur necesitan de un acto jurídico de los Estados Miembros para que sean consideradas vigentes internamente es una demostración de que el derecho del Mercosur no es un derecho comunitario autónomo y de aplicación inmediata. Las llamadas “normas obligatorias” del Mercosur son aprobadas por consenso de todos los Estados Miembros, desde que no haya la oposición de ninguno de ellos.¹⁴ Mismo así, hay siempre el riesgo de que algún de los Estados Miembros se niegue a acatarlas.

- Propuestas o recomendaciones: los demás órganos del Mercosur pueden aprobar propuestas o recomendaciones que sean dirigidas al GMC.¹⁵ Ellas solo se convierten en “normas obligatorias” del Mercosur en caso de su aprobación. La Comisión Sociolaboral, como otros órganos del Mercosur, aprueba recomendaciones. En función de la estructura tripartita de la Comisión Sociolaboral, con miembros del gobierno, empleadores y sindicatos, sus recomendaciones son consideradas actos de consenso que tendrían su incorporación al derecho interno en principio garantizada por los Estados Miembros.

- Declaraciones presidenciales: en algunos casos, se recurre a declaraciones presidenciales, como, por ejemplo, la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, de 25 de junio de 1996. Estas declaraciones son firmadas por todos los presiden-

¹¹ Protocolo de Ouro Preto, artículo 15: “El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes”.

¹² Protocolo de Ouro Preto, artículo 20: “La Comisión de Comercio del Mercosur se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Partes”.

¹³ Protocolo de Ouro Preto, artículo 42: “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

¹⁴ Protocolo de Ouro Preto, artículo 37: “Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes”.

¹⁵ Protocolo de Ouro Preto, artículo 14: “Son funciones y atribuciones del Grupo Mercado Común: (...) VI - Manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del Mercosur en el ámbito de sus competencias”. El GMC también puede someter propuestas al CMC (Protocolo de Ouro Preto, artículo 8: “Son funciones y atribuciones del Consejo del Mercado Común (...) V - Pronunciarse sobre las propuestas que le sean llevadas por el Grupo Mercado Común”).

tes de los Estados Miembros. La vigencia de esta fuente de derecho derivado es blanco de polémicas. No carecerían de ningún acto de incorporación al derecho interno, ni siquiera de aprobación parlamentaria.

III. LA INTERNALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMÚN

Como el CMC, el GMC y la CCM son órganos del Mercosur que no existen bajo el marco de la supranacionalidad, sino de la intergubernamentalidad, el Protocolo de Ouro Preto, artículo 42, establece sin embargo que las respectivas decisiones, resoluciones y directivas tienen “carácter obligatorio”, pero al mismo tiempo este Protocolo admite que ellas serán “incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”. El resultado es ambivalente. Las decisiones, resoluciones y directivas con rango de ley, que sean capaces de interferir en el orden público interno de los Países Miembros, son sometidas a los respectivos Parlamentos nacionales con observancia de los principios constitucionales internos para la incorporación de instrumentos jurídicos de derecho público internacional. Las decisiones, resoluciones y directivas que no tienen rango de ley son consideradas de carácter administrativo. De “carácter obligatorio”, ellas pueden incorporarse inmediatamente al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado Miembro por medio de decisiones administrativas de órganos técnicos competentes, como los ministerios. Muchas de estas decisiones, resoluciones y directivas no han sido incorporadas por Brasil. Ellas han sido hechas considerando reglas ya existentes y en vigor. Su incorporación ha sido considerada superflua. Los distintos Estados Miembros del Mercosur pueden tener mecanismos diferentes para determinar lo que significa para una decisión, resolución o directiva tener rango de ley, estableciendo procedimientos cambiantes para su adopción efectiva.¹⁶ Al contrario del derecho de la Unión Europea, cuyo ordenamiento jurídico común se identifica con el atributo originario del derecho comunitario, la supranacionalidad, el derecho del Mercosur es un típico derecho de coordinación interestatal.¹⁷ Mismo bajo el punto de vista estrictamente jurídico, el Mercosur no excede la dimensión económica, más precisamente comercial, de la integración regional.

Los Estados Miembros del Mercosur disponen constitucionalmente sin embargo de distintos mecanismos jurídicos para internalizar el derecho del Mercosur. No obstante, ninguna de las constituciones de los Estados Miembros define específicamente el status jurídico y las condiciones de vigencia del derecho derivado del Mercosur, de las “normas obligatorias” adoptadas por el CMC, el GMC y la CCM. Sin disponer de la condición de derecho comunitario, las constituciones de los Estados Miembros no consagran su aplicación directa. Hasta mismo el derecho originario del Mercosur es sometido a distintos rangos de jerarquía frente al derecho interno. En Argentina y Paraguay, prevalece el llamado “sistema dualista”. Tratados, protocolos y acuerdos internacionales disponen de una posición jerárquica superior a las leyes nacionales. No pueden ser derogados éstas. Brasil y Uruguay suelen adoptar el “sistema monista”. Tratados, protocolos y acuerdos internacionales tienen el mismo rango de las leyes nacionales. Una ley posterior puede entonces derogar un instrumento jurídico de derecho internacional público.

¹⁶ Protocolo de Ouro Preto, artículo 42: “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur (...) deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

¹⁷ Ventura, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do MERCOSUL*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 30.

Las constituciones de los Estados Miembros del Mercosur divergen en efecto en cuanto a los procedimientos necesarios para la internalización de un ordenamiento jurídico común. Para la Constitución Argentina, los tratados internacionales se sitúan en un rango intermedio, entre la Constitución y las leyes.¹⁸ Dependiendo de la interpretación adoptada, la existencia de un derecho supranacional puede ser reconocida, con cesión de soberanía. “Corresponde al Congreso: 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos” (Constitución Argentina, artículo 75). La Constitución brasileña no contiene ningún dispositivo que admita la cesión de soberanía. Hay solamente una vaga declaración de que Brasil promoverá la integración latinoamericana. “La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones” (Constitución Brasileña, artículo 4, párrafo único). La Constitución Paraguaya es la única que se refiere explícitamente a la admisión de un ordenamiento jurídico común supranacional. “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso” (Constitución Paraguaya, artículo 145). De la misma manera que Brasil, la Constitución Uruguaya no contiene referencia a un ordenamiento jurídico común supranacional. “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará” (Constitución Uruguaya, artículo 4). De la misma manera que la Constitución Brasileña, hay una vaga declaración en pro de la integración latinoamericana. “(...) La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos” (Constitución Uruguaya, artículo 6). La Constitución Argentina (“en condiciones de reciprocidad e igualdad”) y la Constitución Paraguaya (“en condiciones de igualdad con otros Estados”) requieren reciprocidad como precondition para el reconocimiento de un ordenamiento jurídico común supranacional. Si no hay una actitud idéntica de la parte de los otros Estados Miembros, prevalece el carácter exclusivo de las autoridades nacionales competentes para establecer las leyes vigentes en los respectivos territorios.

IV. LA VIGENCIA DEL DERECHO DEL MERCOSUR

En el Mercosur, todas las deliberaciones son adoptadas por consenso. Las representaciones en los respectivos órganos son paritarias. Hay una compleja negociación para que se llegue al consenso, a la unanimidad. Para que estas deliberaciones entren en vigor, se estableció un procedimiento específico que debe ser observado. “Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo deberá seguirse el siguiente procedimiento: i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur; ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrati-

¹⁸ Constitución Argentina, artículo 75 (22): “(...) Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

va del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte; iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales” (Protocolo de Ouro Preto, artículo 40). Aunque las decisiones, resoluciones y directivas del CMC, del GMC y de la CCM tengan “carácter obligatorio”, ellas no constituyen en verdad un ordenamiento jurídico común supranacional, un derecho comunitario, sino decisiones políticas en sentido lato que pueden o no vincular a los Estados Miembros, exigiendo la adopción de medidas legislativas o administrativas para su incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. No hay primacía ni aplicabilidad directa del derecho del Mercosur. Su vigencia depende de la voluntad política de los respectivos Estados Miembros en función de lo previsto en sus procedimientos constitucionales e infraconstitucionales.

Para los Estados Miembros, la eficacia no es necesariamente un sinónimo de vigencia. Decisiones, resoluciones y directivas del CMC, del GMC y de la CCM pueden ser consideradas plenamente eficaces bajo el punto de vista técnico, habiendo sido aprobadas de acuerdo con todos los requerimientos vigentes a la luz de los preceptos establecidos por el derecho originario del Mercosur, pero mismo así ellas pueden no producir jamás efectos jurídicos en los Estados Miembros. Para que el ordenamiento jurídico común del Mercosur sea internalizado, el apoyo político y jurídico de los Estados Miembros es fundamental. Con efecto, son las decisiones de las autoridades de los Estados Miembros que dan vida al derecho del Mercosur. Si las decisiones, resoluciones y directivas que no tienen rango de ley pueden incorporarse al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado Miembro por medio de decisiones administrativas, esto quiere decir que estas decisiones administrativas, estos actos administrativos normativos, también pueden ser revocadas por la propia Administración Pública o anuladas por el Poder Judicial cuando estos lo consideren conveniente. Si una decisión administrativa responsable por la incorporación de una decisión, resolución o directiva del CMC, del GMC o de la CCM se revela incompatible con lo previsto en los dispositivos constitucionales o infraconstitucionales, esta decisión administrativa no tendrá consecuencias jurídicas duraderas.

Mismo que se considere que las decisiones, resoluciones y directivas del CMC, del GMC y de la CCM tienen rango de ley, siendo sometidas a los respectivos Parlamentos nacionales con observancia de los principios constitucionales para la incorporación de instrumentos jurídicos de derecho internacional público, los resultados pueden no diferir mucho. En Brasil, los tratados suelen tener prevalencia solamente sobre las leyes anteriores a su adopción.¹⁹ Si una ley posterior es incompatible con lo previsto en un tratado, esta ley prevalece de acuerdo con el brocardo *lex posterior derogat priori* a pesar de las consecuencias internacionales del incumplimiento del tratado en el plano internacional. No hay seguridad jurídica en la incorporación del derecho del Mercosur.²⁰

¹⁹ Hay una excepción prevista para los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, que tienen rango de enmiendas constitucionales (Constitución Brasileña, artículo 5° (3°): “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueren aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”).

²⁰ La Constitución Española, artículo 93, establece con claridad la posibilidad de cesión de soberanía a un organismo internacional, reconociendo la vigencia del ordenamiento jurídico común de la Unión Europea: “Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que

V. CONCLUSIÓN

Después de las consideraciones que hemos hecho al largo de este artículo, no sería congruente afirmar que existe efectivamente un derecho del Mercosur como manifestación de un ordenamiento jurídico común supranacional por dos motivos básicos. Primero, las principales normas que existen, que han sido aprobadas a título de derecho derivado, las decisiones, resoluciones y directivas del CMC, del GMC y de la CCM no presentan las características de formación de un sistema autónomo y de aplicación inmediata en los respectivos Estados Miembros. Segundo, porque hay una ausencia de poder de sanción institucionalizado contra los Estados Miembros que incumplieren lo previsto en el derecho del Mercosur.

Uno puede también argumentar que el propio proceso de creación del derecho del Mercosur sufre de un déficit democrático. Las decisiones, resoluciones y directivas son el producto de discusiones en ambientes que no están abiertos a la participación popular. Al CMC, al GMC o a la CCM, las autoridades suelen llegar con una posición preconcebida, dispuestas solamente a formalizar puntos de vista previamente establecidos. Los textos aprobados pueden ser deliberadamente ambiguos, con la esperanza de que interpretaciones futuras sean capaces de superar conflictos presentes. Como resultado, hay el recurso frecuente a declaraciones presidenciales, como si ellas pudieran garantizar la credibilidad del Mercosur, confiéndole seguridad jurídica por medio de la manifestación de la voluntad política de los dirigentes de los Estados Miembros. El derecho del Mercosur ni siempre es bien acabado bajo el punto de vista de la técnica jurídica. Tratados, decisiones, resoluciones y directivas pueden contener rasgos de inconstitucionalidad y/o de ilegalidad. Muchos de ellos no adquieren vigencia, no se incorporan jamás al ordenamiento jurídico nacional. Esto es el resultado del desconocimiento de la parte de las autoridades responsables por la creación del derecho del Mercosur de la realidad jurídica en vigor en los Estados Miembros.²¹ Teniendo en consideración este contexto, la siguiente afirmación es más fácilmente comprensible:

“[A]lrededor de 80% de los acuerdos de integración regional elaborados en los últimos 14 años y que requieren aprobación de los legislativos todavía no se convirtieron en ley”.²²

Paradójicamente, el escenario descrito respecto al derecho del Mercosur puede ser benéfico. El peor escenario posible sería haber un ordenamiento jurídico común autónomo y de aplicación inmediata de una organización de integración regional que no respetase los derechos y garantías individuales de un Estado de Derecho democrático y constitucional. El derecho del Mercosur podría entonces convertirse en un instrumento jurídico para subyugar a los Estados Miembros.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACCIOLY, Elizabeth Pinto de. *Mercosul & União Europeia: estrutura jurídico-institucional*, 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

²¹ La solución para este dilema no es el Parlamento del Mercosur, si este permanece como un órgano sin facultades decisorias efectivas.

²² Dantas, Cláudio, Mercosul fora da lei. *Correio Braziliense*, 30 sept. 2005, p. 22.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Dez anos de Mercosul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Rubens Antônio. *O Mercosul e a integração regional*, São Paulo: IMESP, 2010.

BASSO, Maristela. *Mercosul – Mercosur*, São Paulo: Atlas, 2007.

DANTAS, Cláudio. Mercosul fora da lei. *Correio Braziliense*, 30 sept. 2005, p. 22.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do MERCOSUL*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

Aproximación a la Tensión Constitución y Libertad en Venezuela

Jesús María Alvarado Andrade*

*Profesor de Derecho Constitucional U.C.V
y de Pre-grado y Post-grado en la (UCAB)*

Resumen: En el presente trabajo se efectúa una aproximación general a la tensión Constitución y Libertad en estos doscientos años del inicio del proceso de independencia, observando las razones por las cuales Venezuela no ha tenido verdadera constitución, sino aparentes “constituciones” así como las razones por la cual la idea de Constitución en Venezuela no evoca de forma inmediata en la sociedad, un valor tan sacrosanto como la libertad.

Abstract: *The following paper tries to approach in a general way the tension between “Constitution and Liberty” on the two hundred years from the beginning of the independence process, observing the reasons why Venezuela hasn’t had a true Constitution, instead of it has had what “appears” to be one, also the reasons why the idea of Constitution in Venezuela doesn’t evoke immediately in the society a great and sacrosanct value as “Liberty”.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONSTITUCIONES VERDADERAS EN LIBERALISMO Y “CONSTITUCIONES” APARENTES PROFUNDAMENTE “ANTILIBERALES”
- III. SOBRE LAS “CONSTITUCIONES” DECIMONÓNICAS VENEZOLANAS
- IV. LAS “CONSTITUCIONES” COMO MERAS DECLARATORIAS DE “INDEPENDENCIA”
- V. LAS “CONSTITUCIONES” VENEZOLANAS Y LA PERMANENTE DICOTOMÍA ENTRE EL SER Y EL DEBER SER
- VI. SOBRE LA PRESUNTA ADOPCIÓN DE PRINCIPIOS O IDEAS LIBERALES
- VII. LA PRESUNTA “INFLUENCIA” FRANCESA Y NORTEAMERICANA EN NUESTRAS “CONSTITUCIONES”
- VIII. DIFERENCIA ENTRE “TEXTO CONSTITUCIONAL” Y “CONSTITUCIÓN” EN VENEZUELA
- IX. LA DESTRUCCIÓN DEL PRECARIO CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN EL SIGLO XX: CASO DE LOS “DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES”
- X. ¿CÓMO RECOBRAR LA LIBERTAD?
- XI. CONSIDERACIONES FINALES
- XII. BIBLIOGRAFÍA

* Agradezco muy sinceramente a los profesores Allan R. Brewer-Carías, Tomás A. Arias Castillo y Luis Alfonso Herrera Orellana, por sus atinadas sugerencias pues enriquecieron esta versión definitiva.

I. INTRODUCCIÓN

En los doscientos (200) años que han transcurrido desde 1810, el Estado venezolano formalmente, ha estado regido por veintiséis (26) textos constitucionales, contando la vigente -1999-, los cuales fueron sancionados, sucesivamente, en los años 1811, 1819, 1821, 1830, 1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1953, 1961.

Este excesivo número de “constituciones”, no significa que haya habido, literal y jurídicamente hablando, veintiséis (26) textos diferentes, sólo que la gran mayoría fueron producto de meras “enmiendas” o “reformas parciales” provocadas por los sucesivos golpes de estado, “revoluciones” etc., tan comunes en nuestra convulsionada historia republicana (Brewer-Carías A. , 1998).

Muy pocos de esos textos constitucionales valga decir, incidieron notablemente en el devenir “constitucional” de Venezuela, pues son meras repeticiones, productos de “reformas parciales” que dieron origen a la promulgación sucesiva de éstas, problema este, derivado de la no previsión en los textos constitucionales del siglo XIX y principios del siglo XX, del mecanismo formal de “Enmienda”. Por ello, es que resulta comprensible que al analizarlas en conjunto, sus contenidos resulten más que idénticos.

Ahora bien, a la hora de analizar estas “constituciones”, debe tomarse en cuenta dos (2) ideas básicas: *primero*; evaluar si esos textos “constitucionales”, -”constituciones”- tenían -y tiene la vigente de 1999- por norte, la finalidad, de las constituciones auténticas que se imitaban (norteamericana principalmente); lo *segundo*, evaluar el contenido de estas “constituciones” desde la óptica de la teoría constitucional, de la historia constitucional y de los aspectos socio-históricos en general de nuestro devenir republicano.

Como se habrá percatado el lector, se ha empleado la palabra “constitución” de forma entrecorrida. La razón es que quien escribe no está muy convencido, o por lo menos, es una apreciación que queda condicionada a ulteriores investigaciones, que esos textos puedan calificarse como constituciones auténticas, máxime si se quiere resguardar, proteger el lenguaje y dotar de importancia a esta importante palabra-concepto de usos muy ligeros y excesivos.

Por ello, se hace imperioso hacer un esfuerzo por entender qué es una constitución y diferenciar lo que no es una constitución, aspecto que de un modo u otro se desarrollará en este *paper* desde un punto de vista histórico y dogmático-constitucional.

II. CONSTITUCIONES VERDADERAS EN LIBERALISMO Y “CONSTITUCIONES” APARENTES PROFUNDAMENTE “ANTILIBERALES”

La *primera* razón que explica el hecho de que Venezuela no haya tenido verdadera constitución, sino aparentes “constituciones”, es que en Venezuela la idea de constitución auténtica, no posee el mismo significado y valor que tiene para las sociedades que gestaron con sangre y tesón este concepto o idea, pues a diferencia de Inglaterra o de los Estados Unidos de América, en Venezuela, constitución no evoca de forma inmediata en la sociedad, un valor tan sacrosanto como la *libertad*.

Recuérdese que para el constitucionalismo, la constitución es signo de libertad o “control” del poder para favorecerla.

Ya Charles-Louis de Secondat Barón de la Bréde y de Montesquieu en su *Del Espíritu de las Leyes* de 1748, en su capítulo IV, que desarrollaba el capítulo III, del libro XI titulado

“De las Leyes que dan origen a la Libertad Política en su relación con la Constitución” refería que:

“...La democracia y la aristocracia no son Estados libres por naturaleza. La libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentran límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder. Una constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas” (Montesquieu, 2007, p. 174).

Agregando que:

“...La Libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro. [...] Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares” (Montesquieu, 2007, p. 175 y 176)

Sobre la *segunda* razón que se observa y que permite sostener que la palabra constitución en Venezuela no ostenta el significado que tiene para otras naciones (Estados Constitucionales), es que la idea de constitución es vista con el desdén característico del lente “anti-liberal” que caracteriza a la sociedad venezolana en su conjunto, que siempre olvida recurrentemente que constitución y derecho constitucional no son mas que expresiones del liberalismo que se “juridifica”.

Esta postura “anti-liberal” o no liberal como sostenía Ortega y Gasset “...es lo que hacía el hombre anterior al liberalismo. Y como ya una vez este triunfo de aquél, repetirá su victoria innumerables veces o se acabará todo -Liberalismo y antiliberalismo- en una destrucción de Europa. Hay una cronología vital inexorable. El liberalismo es en ella posterior al antiliberalismo, o, lo que es lo mismo, es más vida que éste, como el cañón es más arma que la lanza” (Ortega y Gasset, 1967, p. 119).

Este “anti” obsérvese bien, no presupone la previa existencia del liberalismo y del constitucionalismo, pues como decía Ortega y Gasset “Todo anti no es mas que un simple y hueco *no*” (Ortega y Gasset, 1967, p. 119), y es por ello, que se ubica en un mundo anterior al liberalismo, es decir, en el que este no exista, y ello sólo se consigue negando precisamente al constitucionalismo que como doctrina derivada de aquella, tiene como finalidad primigenia asegurar la libertad frente al “poder público” o “poder político”.

Constitución y libertad, así pues, sólo es posible en liberalismo. En el caso de Venezuela, genera suspicacia esta actitud de ponerse todo el mundo de acuerdo para combatir el presunto y denostado liberalismo ya que “...las gentes no suelen ponerse de acuerdo si no es en cosas un poco bellacas o un poco tontas. No pretendo que el viejo Liberalismo sea una idea plenamente razonable: ¡cómo va a serlo si es viejo y es *ismo*! Pero sí pienso que es una doctrina sobre la sociedad mucho mas honda y clara de lo que suponen sus detractores colectivistas, que empiezan por desconocerlo”. (Ortega y Gasset, 1967, p. 17).

Y es que constitución no cabe duda que equivale a libertad y a liberalismo. Ya Benjamín Constant decía con razón en 1815 que “...Digo desde hace tiempo que al igual que una constitución es la garantía de la libertad de un pueblo, toda lo que pertenece a la libertad es constitucional, mientras que no hay nada de constitucional en lo que no le pertenece” (Constant, 1820), ya que constitución para el constitucionalismo equivale pues a garantía de

la libertad, pero para que ella exista, debe traducirse efectivamente esa constitución en el fomento de un gobierno de leyes y no de hombres (“a government of laws and not of men”) como sostenía John Adams en la célebre constitución de Massachusetts art. XXX de 1780.

III. SOBRE LAS “CONSTITUCIONES” DECIMONÓNICAS VENEZOLANAS

Hoy en día, se hace imperioso, hacer un esfuerzo por entender qué es una constitución y diferenciarla de la que no es. Una constitución verdadera, no solo crea o le da forma a un “orden político”, sino que también busca que ese “orden político” esté profundamente limitado, para garantizar la libertad de los hombres que es su fin último.

Ya Thomas Paine, advertía que “El que los hombres se refieran a cosas distintas y separadas cuando hablan de constituciones y de gobiernos es algo evidente; pero ¿por qué se utilizan estos términos de forma distinta y separada? Una constitución no es el acto de un gobierno, sino de un pueblo que constituye un gobierno, y un gobierno sin una constitución es un poder sin un derecho (power without right)” (Paine, 2008, p. 246)

En razón de ello, si se evalúa el contenido de las “constituciones” decimonónicas venezolanas y las del siglo XX, desde la óptica de la teoría constitucional, de la historia constitucional, y de los aspectos socio-históricos en general de nuestro devenir republicano, se encuentra quizás la respuesta del por qué no hay correlación entre libertad y constitución en Venezuela, y del por qué en Venezuela es habitual soportar gobiernos con mucho poder sin atención o vinculación al Derecho.

Es menester recordar, que si se comprende que el derecho integra o debería integrar la cultura de una sociedad, resultaría fácil percibir que el Derecho, como ciencia –*si es que lo es*- no puede ser objeto únicamente de un estudio “*jurídico*” propiamente dicho, en cuanto sistema normativo instituido en un momento histórico, con una validez en el tiempo, en el espacio y en el ámbito personal, destinado a regular conductas humanas, centrado sólo en análisis referidos a la naturaleza humana, elementos, caracteres y eficacia de las normas, sino que debe ser ante todo, estudiado, como un elemento esencial de la realidad (Gross Espiell, 2007).

Por tanto, todo estudio que omita deliberadamente o no, el ser del Derecho en el seno de la sociedad, será incompleto e incapaz de mostrar y comprender lo que ha sido o es esa sociedad. Por ello, debe estudiarse el Derecho en Venezuela y su vinculación con la sociedad Venezolana, con auxilio del análisis realizado por historiadores, sociólogos y hasta psicólogos.

Debe tomarse en cuenta por lo demás, que el Derecho, incluso en los casos que no se cumple o se soslaya, es decir, cuando por diversas razones hay una ruptura, separación, grande y significativa no individual sino generalizada entre las conductas reales y el *deber ser* que resulta de las normas, es esencial para saber lo que *es* la sociedad, pues permite comprender el proceso histórico, y en especial, los momentos caracterizados por la evolución acelerada o por las incesantes rupturas revolucionarias (Gross Espiell, 2007, p. 449).

En el caso de Venezuela, se afirmó, que no hay correlación entre libertad y constitución, debido principalmente, a que la constitución propia del Estado liberal y liberal-democrático, concepto sustantivo y axiológico de Constitución, único concepto válido, que nace dentro de una delimitación temporal y espacialmente conocida como constitucionalismo, que no es mas que el fenómeno histórico por antonomasia, destinado a limitar el Estado al servicio de las libertades individuales, cuya fecha de nacimiento puede establecerse en la Inglaterra del siglo

XVII, con independencia de la forma que adopte esa constitución y de su posición en el ordenamiento jurídico, jamás ha aparecido en este “país archipiélago”.

Este concepto de constitución liberal, que una doctrina “anti-liberal” (Guastini, 2008, p. 17) ve en desuso, fue expuesta en la *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789* cuando señalaba que: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution” (art. 16) y en la doctrina alemana de forma explícita con la diferencia conceptual entre *Konstitution* y *Verfassung* que realiza la exquisita dogmática germana.

Sin embargo, lo afirmado, seguramente sería desmentido por quienes centran el estudio constitucional, sólo en lo que los textos dicen, aduciendo simplemente que en el Preámbulo de la “constitución” de 1811, se sostenía una bella fórmula en relación a la separación de poderes cuando afirmaba que: “El ejercicio de esta autoridad confiada a la Confederación, no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo, y Judicial, y confiado á distintos Cuerpos independientes entre sí, en sus respectivas facultades. Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas, se sujetarán inviolablemente al modo, y reglas que en esta Constitución se les prescriben para el cumplimiento, y desempeño de sus destinos” y también en la fórmula de la garantía de los derechos cuando mencionaba que “Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: que todas y cada una de las cosas constituidas en la anterior declaración de derechos, están exentas y fuera del alcance del Poder general ordinario del Gobierno, y que conteniendo ó apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria á ellas que se expida por la Legislatura federal, ò por las provincias, será absolutamente nula y de ningún valor” (art.199); siendo los derechos principalísimos: la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad (art. 152), añadiendo además la “*lex superior*” que “El objeto de la sociedad, es la felicidad común, y los Gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces, y procurándoles el mas justo y honesto ejercicio de sus derechos” (art. 151)

Y es que quienes centran el estudio constitucional sólo en lo que los textos dicen, no niegan que el concepto o idea de constitución sea propio del constitucionalismo, es decir, no señalan un concepto de “constitución” antes del constitucionalismo o contra el constitucionalismo, pues reconocen que ello es sostener una idea caricaturesca de “constitución”, sin embargo, olvidan que el constitucionalismo se recibió en Venezuela, con una intencionalidad distinta o con un propósito hartamente diferente de lo que inspiró a los movimientos constitucionales de otras latitudes y se dejan llevar por lo textos porque simplemente se autodenominan como tales¹.

¹ Este aspecto, coincido plenamente con Luis Alfonso Herrera Orellana cuando señala refiriéndose al caso del Derecho Administrativo que: “...Hace ya más de 200 años, el Derecho Administrativo nació en la Europa continental con el doble propósito de establecer los mecanismos a través de los cuales la Administración Pública habría de satisfacer con eficiencia necesidades de índole social, sin afectar, más aún, asegurando la libertad de los ciudadanos frente a la actuación de esa misma Administración, evitando los excesos y abusos en el ejercicio de las potestades atribuidas a ésta para asegurar el imperio de la ley y el Estado de Derecho. Fatalmente, cuando ya termina la primera década del siglo XXI, debe admitirse que el Derecho Administrativo venezolano lejos está todavía de lograr estos dos fundamentales propósitos, en especial el segundo de ellos, lo cual explica el usualmente desmesurado tamaño de la Administración Pública en el país, su inocultable ineficiencia, el precario –y hoy casi inexistente- control judicial sobre su actuación y la constante vio-

Por ello, quien escribe, duda de ese influjo verdadero del constitucionalismo, a pesar de que existan muy bellos textos constitucionales, que imitan muchas formulas que nunca culturalmente han sido asimiladas del todo por la sociedad venezolana.

No debería olvidarse, que en lo que respecta a Venezuela, en el siglo XIX, se señala casi siempre, que esta idea de auténtica constitución, forjada por el constitucionalismo, fue aceptada por las élites, entre otras razones, porque históricamente es verificable, que estas redactaron dichos textos normativos, con las características de: superioridad frente a la Ley, normas esenciales relativas a la naturaleza del Estado, a la situación en éste de los seres humanos y a sus derechos, soberanía, formación de la voluntad política, nacionalidad y ciudadanía, sufragio, organización del poder público, garantías a la forma y a la estructura del gobierno y a su poder, incluso de carácter semi-rígido, es decir, con procedimientos “agravados” para su reforma.

Sin embargo, ello no debería dar lugar a pensar que la idea de constitución decimonónica –extensivo a las del siglo XX- era concebida en Venezuela, en el siglo XIX como un texto normativo supremo, con las características y la intención y propósitos de la constitución norteamericana (escrita, emanada de la soberanía popular, de carácter rígida, permanente, contentiva de normas de rango superior, con una parte orgánica que valga la redundancia organiza al Estado, parte dogmática, donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos) (Brewer-Carías A. R., 2008), destinada precisamente a garantizar la libertad, colocarle frenos al poder, dotar de derechos y de igualdad para todos, sino que se traducía mas bien en un manifiesto o aspiración hacia la Independencia y nada mas.

IV. LAS “CONSTITUCIONES” COMO MERAS DECLARATORIAS DE “INDEPENDENCIA”

No cabe duda alguna, conforme a los valiosos estudios de historia constitucional hechos en Venezuela (Brewer-Carías 2008), que estas “constituciones” del siglo XIX trataban de mostrar aunque fuese de forma simbólica, la expresión de los nuevos tiempos, señalando al mundo, el anhelo que tenían las élites redactoras de esas *cartas magnas* (blancos criollos), a través de la inclusión de principios fundamentales para el Estado naciente Venezolano, de aspiraciones de lo que se consideraba debía ser la nación, o representar mas allá de las realidades negativas -y bastante que las había- en lo social, político, económico y cultural del país (Gross Espiell, 2007, p. 453), sin embargo, ellas no eran más que declaratorias de independencia, aun cuando debe advertirse, que no son asimilables a la *Declaración de Independencia*

lación de las libertades ciudadanas por parte de sus órganos y entes. En efecto, al no haberse acogido y desarrollado en nuestro país a nivel institucional y académico esta rama del Derecho a partir de preocupaciones, debates y reflexiones similares a los que definieron su creación y consolidación en sociedades como la francesa, la alemana e incluso la estadounidense y la inglesa, para las que asegurar las libertades era una tarea esencial, sino en forma abrupta e irreflexiva, como resultado del tardío ingreso de Venezuela al siglo XX y como herramienta útil para dotar de cierto orden y juricidad a la acción de una naciente Administración prestacional, surgida a mediados de la década de los años 30, el Derecho Administrativo, entre nosotros, nunca se concibió como un mecanismo útil para asegurar las libertades frente al Estado y su inmenso poder, sino sólo como un conjunto de medios jurídicos idóneos para disciplinar y facilitar la actuación de aquél” *Cfr.* Luis A. Herrera Orellana “Derecho Administrativo y Libertad: o de por qué el Derecho Administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad” en *Seminario de Profesores de Derecho Público*, 2010.

cia de los Estados Unidos de América, pues esta era más que una declaración, era un tratado muy vigente por lo demás, acerca de los derechos, con una actualidad impactante.

No se olvide pues, que cuando, el Rey Jorge III, en su conocido *Discurso del Trono* (1775), declaró que Inglaterra jamás renunciaría a sus colonias, el Segundo Congreso Continental de los Estados Unidos, en su sesión del 2 de julio de 1776, decidió que las Colonias se declararon a sí mismas libres e independientes, añadiendo que "... las Colonias unidas son, y por derecho, deben ser, Estados libres e independientes; que ellas están absueltas de toda obediencia a la Corona Británica, por lo que toda conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña, es y tiene que ser, totalmente disuelto" (Brewer-Carías A. R., 2008).

El Congreso a instancia de John Adams, decidió que era necesaria una declaración, y que ésta la debía hacer el virginiano Thomas Jefferson, quien la redactó, y por medio de la misma se proclamó al mundo las razones de la separación de Inglaterra y las bases de la nueva República, siendo el 4 de julio de 1776, el día en que fue leída y adoptado el texto.

La misma ostenta un interés histórico universal, pues instituye la legitimidad jurídico-política-racionalista del auto-gobierno (Brewer-Carías A. R., 2008), de hecho, no se recurre al *common law*, ni a los derechos de los ingleses, sino exclusivamente a las leyes de la naturaleza y a Dios; en la que descansan unas verdades evidentes en sí mismas, como son los derechos inalienables del hombre:

"...Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación. Sostenemos que estas verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad. Tal ha sido el paciente sufrimiento de estas colonias; tal es ahora la necesidad que las obliga a reformar su anterior sistema de gobierno. La historia del actual Rey de la Gran Bretaña es una historia de repetidos agravios y usurpaciones, encaminados todos directamente hacia el establecimiento de una tiranía absoluta sobre estos estados. Para probar esto, sometemos los hechos al juicio de un mundo imparcial..."

Esta diferencia fundamental de la constitución de los Estados Unidos del 17 de septiembre de 1787 de las "constituciones" en Venezuela, estriba en que éstas últimas no fueron formuladas para establecer controles al poder, que es un concepto que se presenta como parte inseparable de la teoría de constitución, "precisamente porque ambos términos, control y Constitución, se encuentran allí indisolublemente enlazados" (Aragón Reyes, 1987, p. 20), ni tampoco para garantizar los derechos, y menos que menos la libertad, pues si bien la idea de constitución auténtica está basada en el control o limitación del poder político en resguardo de la libertad, lo que ha sido una constante en la historia (Mcilwain, 2008), en el caso de

Venezuela, por su especificidad socio-histórica, las ideas del constitucionalismo y liberalismo, no parecen como términos equipolentes.

Por ello, es que considero que las “constituciones” eran –y son- simples declaratorias de independencia que sólo cumplían con una “función” netamente “constitutiva”, que en palabras de Giuseppe De Vergottini significa que “...la constitución atestigua ante la comunidad internacional el surgimiento de un nuevo componente que se afirma como sujeto con pleno derecho de la misma. Esto explica como, después de la independencia, todos los nuevos estados se apresuran a presentarse de modo formalmente positivo en la escena internacional en tanto dotados de una constitución propia” (De Vergottini, 2008).

Aparte de esta “función”, no se olvide pues, que las “constituciones” venezolanas eran textos normativos no muy basados en la realidad de la sociedad a la que había que aplicarse, de hecho, eran concebidas como un ideal (no forjado ni meditado aquí por las élites, sino por una simple imitación -moderada para preservar sus intereses- a lo que ocurría en otras partes del mundo moderno), es decir, como un instrumento para el necesario cambio –o control- que había que realizar para que dicha sociedad, dejara de ser “bárbara”, “inorgánica”, “anárquica”, “semisalvaje”, carente de organización e institucionalización, regida casi siempre por la fuerza, la violencia y el poder.

La idea de “constitución” en Venezuela así pues, se concibió inicialmente como una expresión de “civilización”, es decir, como una manifestación de la recepción muy moderada de las nuevas *idéas libérrales* por parte de las élites, que les permitía una carta de presentación en la sociedad internacional, para a la postre evidenciar, que la incipiente sociedad republicana pasaba a participar en grande en el pensamiento político y filosófico del mundo moderno civilizado, mediante el orden constitucional.

Estas élites consideraban al “constitucionalismo” solamente como una forma de “civilización” opuesta a la “barbarie” –no en los términos de Domingo Faustino Sarmiento- sin embargo con ello, no dejaban de ser bastante irrealistas e idealistas, al no tomar en serio la realidad social, y al jugar con principios que surgidos en otras realidades no se ajustaban a lo que ellos deseaban verdaderamente políticamente y socialmente hacer en el país, que a fin de cuentas era “restablecer el control interno de la sociedad” (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997).

V. LAS “CONSTITUCIONES” VENEZOLANAS Y LA PERMANENTE DICOTOMÍA ENTRE EL *SER* Y EL *DEBER SER*

De lo anteriormente expresado, se deriva una profunda y grave oposición entre realidad y normatividad (Constitución), es decir, entre el *ser* y el *deber ser*, lo que ha sido una constante en el devenir nacional.

Esta “dicotomía” generó una honda división en la doctrina jurídica y en la interpretación histórica política, que tiene repercusiones hasta la actualidad, por cuanto, una *primera lectura* afirma que al ignorarse la realidad se provocó *ipso facto*, que las “constituciones” cedieran a las fórmulas *de facto*, muchas veces violentas, como resultado de la imposibilidad de aplicar dichos textos a una realidad completamente divorciada del texto.

Un caso emblemático a este respecto, fue el ocurrido durante la “vigencia” de la “constitución” de 1811, que terminó con la dictadura comisoria de Francisco de Miranda en 1812 y luego con la de Simón Bolívar, gracias a los poderes extraordinarios asumidos entre 1813 y 1814.

Claro que el carácter efímero de la “constitución” de 1811, se debió a la guerra, pero también a que era una mera “constitución” que cumplía con una sola función “constitutiva”, razón que explica el desconocimiento de la realidad por parte de las élites forjadoras del proyecto constitucional como se ha sostenido.

Recuérdese que en 1812, se produce en Venezuela el fracaso de la denominada “Primera República” lo que creó un verdadero vacío de poder legítimo, ya que Francisco de Miranda quien había recibido una dictadura comisoraria del Congreso para restablecer el orden con obligación de comparecer al mismo, en su condición de comandante del ejército republicano, no firma la llamada Capitulación de San Mateo ante el capitán de fragata Domingo de Monteverde, comandante de las tropas realistas (Ejército de la Regencia), el 25 de julio de 1812. Con ello, en el campo republicano al ser Miranda puesto bajo arresto, no había sucesor en el poder como no sea el propio Congreso que debido a la guerra no se podía reunir, aspecto que permite una etapa de reconquista española, conocida también como “Gobierno de Monteverde”².

De igual modo, en el campo “realista”, también se produjo un vacío de poder debido a los enfrentamientos de Domingo de Monteverde y el Capitán General Francisco de Miyares, lo que determina la existencia de un *poder de facto* regido por Monteverde y la de un cascarón del poder legítimo en Miyares, que se acrecienta aun más si se toma en cuenta que Monteverde no aplica la constitución de 1812, la llamada constitución de Cádiz o la “Pepa”.

Resulta muy ilustrativo sin embargo, pese a ser una evidente digresión en el escrito, resaltar, lo que John Lynch comenta sobre la llamada *Segunda Conquista* de América, pues aclara algunos aspectos previos de la independencia. Y es que antes de los llamados movimientos de independencia, España se encontraba en un proceso que Lynch, denomina la *Segunda Conquista* de América.

Llama la atención que se quiere suscribir en Venezuela la idea de un liberalismo en Venezuela durante el siglo XIX, mas sin embargo John Lynch deja en claro, que los liberales españoles no eran populares en América Latina. Por lo pronto, destaco que Lynch señala sobre esta *Segunda Conquista* lo siguiente:

² La Capitulación no la firmó propiamente Miranda. Se sabe pues, que “Poderes dictatoriales” habían sido conferidos a Miranda para que salvara a la República, pero la pérdida de Puerto Cabello, en manos de Simón Bolívar, hizo desaparecer toda perspectiva de triunfo. El 12 de julio de 1812, después de una junta celebrada en La Victoria, Miranda decide proponer a Monteverde un armisticio y subsiguiente capitulación. Luego de varios días de negociaciones Miranda aprueba en La Victoria, el 25 de julio, el convenio de capitulación que el día anterior habían acordado en Maracay su comisionado Antonio Fernández de León y el jefe realista Domingo de Monteverde. Francisco de Miranda le encomienda finiquitar los detalles de la capitulación a José de Sata y Bussy, quien el mismo día 25 de julio de 1812 la firma en San Mateo con Monteverde. El 26 de julio, Miranda se dirige a Caracas y sale el 30 de julio de Caracas hacia La Guaira, donde llega en la tarde. Durante la madrugada del 31 de julio, un grupo de militares y civiles, entre los cuales se encuentran Bolívar y Miguel Peña, arrestan a Miranda, a quien reprochan la capitulación con Monteverde. Poco después de su arresto las avanzadas realistas al mando de Francisco Javier Cervéziz, entran en La Guaira y se apoderan de Miranda, a quien encadenan en las bóvedas. De allí es enviado al castillo de San Felipe, en Puerto Cabello. A principios de 1813, desde la mazmorra porteña, escribe un memorial a la Real Audiencia de Caracas en el cual exige el cumplimiento de la capitulación de San Mateo. El 4 de junio es trasladado a la fortaleza de El Morro, en Puerto Rico y a fines de 1813, un bergantín español lo lleva preso a España. A principios de enero de 1814 se encontraba encerrado en un calabozo del fuerte de las Cuatro Torres, en el arsenal de La Carraca, cerca de Cádiz.

“...Fue ante todo una conquista burocrática. Después de un siglo de inercia, España volvió a tomar a América en sus manos. Crearon nuevos virreynatos y otras unidades administrativas. Nombraron nuevos funcionarios, los intendentes. Se intentaron nuevos métodos de gobierno. No se trataba de simples recursos administrativos y fiscales: suponían también una supervisión más estrecha de la población americana. Los intendentes eran instrumentos de control social, enviados por el gobierno imperial para recuperar América [...] Los liberales españoles no eran populares en América Latina. Los intereses coloniales encontraban inhibitoria la nueva política y se resentían de la inusitada presión de la metrópoli [...] En 1778 se amplió “un comercio libre y protegido” entre España y América para dar cabida en él a Buenos Aires, Chile y Perú a los que en 1789 se añadieron Venezuela y México [...] Hispanoamérica experimentó períodos de recuperación y períodos de recesión bajo el libre comercio. Durante los años 1782-1796 el valor de las exportaciones americanas a España fue más de diez veces mayor que el de 1778. El 26 por ciento correspondía a México [...] y Venezuela (19 por ciento) [...] pero las exportaciones agrícolas, tabaco, cacao, azúcar, cochinilla, índigo y pellejos, representaban el 44 por ciento. Esto indica que regiones marginales –el río de la plata y Venezuela – y productos que antes eran descuidados –los agropecuarios- se añadieron ahora a la corriente principal de la economía de exportación. Pero los americanos también se dieron cuenta de que todavía estaban sujetos a un monopolio, todavía se veían privados de mercados opcionales, todavía dependían de las importaciones controladas por los Españoles (Lynch, 2001, pp. 14,16,18 y 19).

Ahora bien, volviendo al punto de la dicotomía, se destaca que esta *primera lectura* interpretativa que afirma que al ignorarse la realidad se provocó *ipso facto* que las “constituciones” cedieran a las fórmulas *de facto*, ha estado vinculada a concepciones políticas que sostuvieron y siguen sosteniendo la necesidad de un “cesarismo democrático” (Vallenilla Lanz), la conveniencia o utilidad de un “gendarme necesario”, de una dictadura *de hecho*, superpuesta a una constitución republicana, con teóricos poderes de gobierno equilibrados y limitados (Gross Espiell, 2007).

La *segunda lectura*, estimó y estima que las “constituciones” decimonónicas venezolanas, aunque no aplicadas, fueron y son un ideal, que de algún modo fijó y fijan un objetivo posible, que abrió y abrirían el paso o el camino para el progresivo y lento proceso de adaptación al acatamiento de una constitución liberal-republicana.

Respecto a la *primera lectura*, me parece interesante destacar que yace en el fondo la idea de que se formularon “constituciones” partiendo de lo que Venezuela necesitaba en criterio de las élites, pero olvidando lo que era realmente como sociedad en su conjunto, e incluso desconociendo las profundas realidades negativas en lo social, político, económico y cultural del país (Carrera Damas, *Temas de Historia Social y de las Ideas*, 1969, p. 23 y 24); pero por otro lado, se desprende la idea de que la sociedad Venezolana no contaba –y no cuenta- con una sólida “cultura jurídica externa” que es la compartida en una determinada sociedad respecto del Derecho y de su lugar en la sociedad (Pérez Perdomo, 2009, p. 31) lo que permite, formulas constantes *de facto* para imponer “orden”.

Respecto a la *segunda interpretación*, es menester destacar que yace en el fondo la idea de que las “constituciones”, eran – y son- algo muy parecido a esos manuales de “civilidad” del siglo XIX (Pino Iturrieta, 2000), es decir, alguna forma de hacernos mejores ciudadanos, pues allí estarían los principios, el *deber ser*, siendo sólo necesario difundir e incluso “adoc-trinar” a los rebeldes desacatadores de la “constitución” –cualquiera que esta fuere- para que algún día, triunfe la misma frente a tanta “barbarie”.

En esta *segunda interpretación* parece que se quiere ver un propósito ajeno a la de una auténtica constitución, pues ellas no tienen por norte “educar”, estas llamadas “constituciones educativas” a fin de cuentas no son verdaderas constituciones (Sartori, 1999), por cuanto la

finalidad de una constitución no es la de parecer un manual de buenas costumbres y de buenos modales o de comportamiento cívico que algún día pueda aplicarse para que todos vivamos en tranquilidad, o para que vivan los promotores de tal proyecto con paz, desarrollando su libertad. En ese sentido, utilizando la famosa clasificación de Karl Loewenstein, dichas “constituciones” eran y son “constituciones nominales” o “constituciones-fachada”.

No se olvide que en el caso de Venezuela, destacados psicólogos sociales, han demostrado, y nos han dicho que en Venezuela se ve con profunda desconfianza el hecho de que las reglas generales y abstractas puedan ser imparcialmente aplicadas por una institución impersonal y que además sería un error para cualquier “investigador que, queriendo analizar la realidad política nacional, usara la Constitución como esquema de referencia” señalando que “Esta apreciación es común a muchos otros intelectuales. Mario Briceño Iragorry anota, con humor, que en nuestro país, los profesores de Derecho Constitucional se llaman a sí mismos profesores de mitología” (Capriles, 2008, p. 139).

Mientras que otros destacados intelectuales, afirman que la “constitución” de Venezuela sólo debería tener un solo artículo “...Este es su hotel, disfrútelo y trate de echar la menos vaina posible”, lo que podría ser la forma más sincera de redactar el primer párrafo de la Constitución Nacional, puesto que por “Constitución Nacional” deberíamos entender un documento sincero, capaz de reflejar con cierta exactitud lo que somos, y lo que aspiramos” (Cabrujas, 2009).

Según esta lectura, lo que somos y lo que aspiramos, no es lo que colocamos en papel, lo que sucede es que todo lo disimulamos (disimulamos que queremos vivir en constitución p.ejm). De hecho, otra posible razón en esta visión que explicaría el desajuste entre norma y realidad, es que nunca hemos interiorizado como sociedad esos “principios apolíneos” de sociedades liberales tan distintas a la venezolana y a las cuales tanto nos gusta imitar por lo menos desde el punto de vista formal (Cabrujas, 2009).

VI. SOBRE LA PRESUNTA ADOPCIÓN DE PRINCIPIOS O IDEAS LIBERALES

Sobre el proyecto de país derivada de la lectura de autores europeos y norteamericanos y del intento de adaptación de esas ideas a la sociedad venezolana, valga destacar lo siguiente:

“...El proyecto de país [...] Se plasmaba en un proyecto liberal. Algunas de las cosas que ocurrían en Venezuela correspondían, a veces en realidad y a veces en apariencia, a ese molde liberal. Había una leída prensa de oposición en 1844; en 1839 usted podía pedir un préstamo con interés libremente pautado entre las partes; mecanismos electorales indirectos eligieron Presidente de la República seis veces entre 1830 y 1857.

Pero estaban ausentes los factores que en las sociedades europeas hacían que las ideas liberales predominantes se tradujesen en hecho acordes en lo principal con la intencionalidad propia de esa ideología. Es decir, en hechos cuyos autores hacían y querían hacer lo que según la ideología liberal debían hacer y querer hacer. Me refiero a factores como la existencia de una burguesía fuerte y diversificada, de un Estado con una administración de justicia, una burocracia y un ejército bien constituido (Bautista Urbaneja, 2004, p. 51 y 52).

En cuanto a los *factores* referidos, en especial, el de una burguesía fuerte y diversificada, de un Estado con una administración de justicia, una burocracia y un ejército “bien constituido”, destacaría que quizás el elemento “burgués”, atentaría contra un orden verdaderamente liberal, de igual forma el ejército “bien constituido” y la burocracia.

Sobre esto último es bueno recordar, que en la época de esplendor del liberalismo europeo, llegan al poder los más feroces críticos de la burocracia, pero curiosamente nada hace esa “burguesía” que pasa inmediatamente de ser liberal a ser bastante conservadora y reaccionaria para debilitarla o para frenar su progresiva expansión.

Esta “burguesía” que rápidamente pasa a ser “conversadora” recoge de manos de la aristocracia la bandera del anti-burocratismo, pero por razones diferentes.

La diferencia de estos conservadores con estos liberales, es que los últimos la critican desde el prisma de la economía; de hecho, en nombre del liberalismo económico, se hacía imperioso y necesario limitar a la burocracia para evitar el intervencionismo estatal.

Este es el punto de partida de buena parte de los ataques. Ya sostenía Adam Smith que “La Administración Pública y el negocio privado son cosas distintas que deben estar separadas. La esfera privada se declara autónoma respecto de la pública. Esta nueva esfera autónoma que aparece en la sociedad y se libera de las garras de la burocracia estatal tiene sus bases en la propiedad privada”.

Pero comoquiera que en Venezuela no ha habido nunca liberalismo, es por lo cual me parece un tanto insólito hablar de un “proyecto liberal”.

De lo mencionado anteriormente, hay algo que es importante destacar, y es que existe una lectura histórica de que la élite *criolla* a sabiendas de que no contaban con los factores decisivos para la instauración de un presunto orden liberal, prefirieron pagar el precio del desajuste de la dicotomía antes referida (*ser y deber ser*) de lo que los marxistas llaman jocosamente “superestructura” e “infraestructura” en otro sentido, es decir, de la realidad y la constitución.

Sin embargo, se olvida con facilidad, que si esas élites en la imitación o recepción supuesta de las ideas del constitucionalismo moderno, prefirieron pagar el precio del desajuste (¿espejismo liberal?) se debe principalmente a que se negaban a “juridificar” o plasmar en las “constituciones” las características negativas de esta sociedad que ellas catalogaban como “semi-bárbaras”, dominadas por la violencia, caudillistas, militaristas, y carentes de tradición cultural favorable a la libertad, experiencia política, ejercicio de la tolerancia e imperio de la ley.

Así pues, sostengo, que este argumento no me parece incongruente, ya que lo que se hace ver como “fábula constitucional” o “hipocresía liberal”, creencia de estas sin base real, es el principio básico del liberalismo y más aun del constitucionalismo: afirmar el *deber ser* con independencia de lo que existe, como afirmaba el célebre Lord Acton.

En razón de ello, considero, que no cabe duda de que nuestra historia constitucional está por hacerse, aun cuando ya existen obras excelentes como la reciente *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa, Tomo I, 463 pp. Tomo II, 542 pp. Caracas, 2008, de Allan R. Brewer-Carías, sin embargo, es importante hacer mayores estudios que tengan en cuenta la distancia que media entre la constitución (el *deber ser*) y la realidad social (el *ser*) en Venezuela desde el siglo XIX hasta la actualidad en especial.

VII. LA PRESUNTA “INFLUENCIA” FRANCESA Y NORTEAMERICANA EN NUESTRAS “CONSTITUCIONES”

La sanción de “constituciones” en Venezuela, así ha sido analizado casi siempre, se debió principalmente a la adopción de ideas foráneas: la revolución norteamericana y la “revolución francesa”, pero esta adopción de ideas constitucionales forjadas en el exterior, se afir-

ma, que es patente en todo nuestro devenir político, sin embargo, en la etapa que comprende desde el 19 de abril de 1810 hasta la actualidad, se observa un proceso peculiar que niega esta presunta recepción liberal.

Debe advertirse efectivamente, que hubo más influencia norteamericana que francesa, ya que las elites criollas, consideraban la “revolución”, como un movimiento funesto, debido a su carácter anti-monárquico, anti-religioso, por su contenido de igualdad racial y social, y por su fondo liberal vinculado con el jacobinismo. Léase bien: ¡por su fondo liberal!

Y es que los *criollos* si bien se encuentran ausentes como sector social en 1795-1799, pasan a ser reaccionarios en 1797 para luego en 1806 enfrentarse a Miranda porque no están muy de acuerdo con la participación de Inglaterra en 1806, y tampoco están muy de acuerdo con esas “ideas inglesas”, pues ven en las ideas liberales, amenazas ciertas en muchas de sus formulaciones para su plan de restablecer el “control interno de la sociedad” en materia política, social, jurídica, y de fuerza. De allí que pudiera afirmar sin ambages, que nunca el liberalismo fue algo presente en Venezuela, razón que explica la no correspondencia entre constitución y libertad.

En lo que respecta a la recepción de *ideas foráneas*, debe tenerse en cuenta que las mismas eran incorporadas al cuerpo doctrinario de las élites, pero las mismas, no debían nunca colocar en riesgo a la élite de blancos criollos, razón suficiente para pensar en que no se consideraba seriamente al constitucionalismo con todas sus letras, como el bagaje teórico necesario para realizar esa transformación social, política y jurídica que tanto añoraban presuntamente.

La imitación por lo demás, precítese, fue muy moderada, y hasta a veces muy reaccionaria, dejándonos como legado, el impedimento de conocer a Venezuela ciertamente (Carrera Damas, *Temas de Historia Social y de las Ideas*, 1969, p. 24), por la manipulación ideológica a la que estamos tan acostumbrados, hasta el sol de hoy. Y es que en el análisis constitucional, muchas veces se constituye en un fuerte obstáculo, el hecho de que en Venezuela ha sido común la adopción mecánica -a veces a manera de moda- de marcos conceptuales que han sido producidos en función de otras realidades socio-históricas, lo que acrecienta el abismo entre *ser* y *deber ser*.

La idea de “constitución” que se adoptó en 1811 se afirma que “rompió” con el pasado “colonial” (Carrera Damas, *Temas de Historia Social y de las Ideas*, 1969) y aun cuando es patente que se imita al modelo norteamericano en varios aspectos, es evidente también que no podía imitarse el modelo constitucional surgido en el mundo anglosajón del todo, ya que incluso, se dificultaba su comprensión desde un prisma cultural, ya que si se rompía tal modelo se rompería con lo “hispano” que era lo mas cercano y lo mas actual.

Ahora bien, tampoco hay que buscar en lo “hispano” una idea constitucional mucho mas avanzada que la norteamericana, ni tampoco fomentar un “hispanismo caduco en sus distintas versiones: rememorativa, nostálgica y hasta falangista” (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997, p. 17), sin embargo, si debe considerarse el hecho, de que negar lo “hispano” afectaría aun más el conocimiento de nuestra especificidad socio-histórica que a todas luces nos ha dado todos los problemas en la consecución de un orden genuinamente constitucional.

Esta negación de lo “hispano”, quizás se deba principalmente a la “leyenda negra” forjada por los ingleses y flamencos, fenómeno que explica la imitación mecánica al modelo inglés y norteamericano en la mentalidad de las élites. Sobre este hecho Mario Briceño Iragorry sostenía lo siguiente:

“...El odio contra lo español fue arma de guerra al servicio de Inglaterra, preocupada tanto por la expansión del imperio como por el problema religioso que enfrentó a Felipe II con Isabel I. España debía ser desacreditada como reducto de fanáticos, para que así legitimase más fácilmente el odio de la Corona de San Jaime. Y España misma, como veréis, dio las mejores armas para la campaña de su desmérito.

El Español ha sido esencialmente un país crítico e individualista. Fue también el español el primer pueblo europeo que gustó las libertades personales. De los viejos fueros españoles copió Inglaterra sus primeras Cartas de Derechos. Cuando se nublaba la antigua independencia municipal de España, su pueblo echaba al mar para la aventura de las Indias. Por eso en América resucitó el municipio con fuerza ya perdida en la Península. [...] La Corona de España, sin embargo, se sintió desde un principio en el deber de componer la justicia y cuando comenzaron a llegar noticias a la Corte de las crueldades y de las depredaciones que realizaban los conquistadores, buscó la manera de repararlas. Las acusaciones que el Consejo de Indias recibía contra la dureza de los encomenderos y contra la rapacidad de las autoridades, no eran producidas por personas extrañas a la administración española, Eran juristas, teólogos, frailes, capitanes y paisanos quienes denunciaban, y exageraban muchas veces, los delitos y las faltas de las autoridades. Para encontrarles remedio, en España se habló, se gritó y se escribió en todos los tonos. Los púlpitos de los templos y las cátedras de las Universidades y de los Conventos peninsulares fueron tribunas donde tuvieron eco los dolores de los indios esclavizados. Al propio Emperador y al papa mismo, negó Fray Francisco de Vitoria autoridad para distribuir a su antojo al mundo recientemente descubierto. Apenas se habla en las historias ligeras de las blancas figuras de Antonio de Montesinos y de Bartolomé de las Casas como defensores del derecho de los naturales. Pero como Las Casas y Montesinos hubo miles de misioneros que sirvieron como espíritu cristiano los intereses de los indios, primero, y los intereses de los negros, después, cuando éstos fueron traídos para aliviar el trabajo de los aborígenes. Felipe II, llamado por los británicos el “Demonio del Mediodía”, sancionó Cédulas y Pragmáticas a favor de los indios y de los negros que contrastan con la crueldad de los colonizadores ingleses en Norteamérica, y que son asombro de los profesores modernos de derecho social.

[...]

Si en verdad esta actitud crítica sirve para mostrar diligencia en el camino de enderezar la justicia, muchos la tomaron en su tiempo como verídico elemento acusatorio, que presentaba a los conquistadores españoles como monstruosos bebedores de sangre indiana. Con tales elementos nutrió su odio contra España la “leyenda negra” que le edificaron ingleses y flamencos. Y esa leyenda, torcida en la intención del descrédito y no encaminada al remedio de las presuntas injusticias, la sumaron muchos americanos a la leyenda interna provocada por las propias desavenencias sociales. Un ilustre escritor hispanoamericano asentó en esta misma Universidad que la lucha por nuestra liberación continental había empezado en el canal de la Mancha, con el abatimiento de la Armada Invencible de Felipe II por el poderío de Isabel I. Tan arbitraria aseveración es tanto como negarnos nosotros mismos, pues a pesar de nuestro mestizaje, somos culturalmente la continuidad de un proceso español, que en su hora de plenitud optó por la emancipación heroica y tenazmente defendida por nuestros Padres. Aun desde un punto de vista de filosofía universal, sería arbitrario sostener que la Corte de San Jaime sostuviera un criterio de liberación política frente a un retraso ideológico español. La Inglaterra anterior a la Revolución del siglo XVII era más oscurantista que la España de Felipe II. Basta recordar cómo las autoridades inglesas ordenaban quemar libros como los de Roberto Belarmino, que proclamaban los derechos deliberativos del pueblo, mientras en la Península hasta se apoloizaba el regicidio.” (Briceño-Iragorry, 1982) p. 15 y 16

Y es que ciertamente, el odio a lo español, se debió principalmente a las proyecciones “ideológicas” de la guerra de independencia, (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997, p. 83), lo que afectó mas de lo que se cree la evolución jurídica en Venezuela.

Ahora bien, de la ruptura, resultaron dos (2) regímenes en principio distintos, surgidos con concepciones culturales distintas: lo español en la legislación y lo norteamericano –muy en parte- en las “constituciones”.

No se olvide que en una sociedad monárquica como la Venezolana -y lo era en grado considerable-, debe destacarse que en su condición anti-republicana, le era tan abstracta la idea de constitución como la idea de república.

Ciertamente, la adopción del modelo norteamericano –con sus importantes matices- rompe con lo “hispano”, y como se ha dicho, crea dos (2) planos jurídicos en la nación, el *primer plano*, basado en la legislación española que todavía subsiste luego del proceso de independencia y de sanción de la primera “constitución” (art. 228 de la Constitución de 1811), y en un *segundo plano*, la de una “constitución” enmarcada en una presunta imitación al modelo norteamericano.

Por otra parte, es menester tomar en cuenta, que existía un derecho consuetudinario, que se siguió aplicando al margen del nuevo Derecho escrito emanado de la revolución y la independencia, como había sucedido anteriormente con el derecho hispánico, derivado de las costumbres de los pueblos indígenas (art. 200 de la “Constitución” de 1811).

Y es que el derecho del período español como el Derecho escrito de la revolución y de la independencia, era para esas sociedades indígenas, Derecho formalmente vigente, pero no Derecho vivo ni real. (Gross Espiell, 2007, p. 450).

Debido a su importancia, es pertinente referir, que el paso de la sociedad “hispanica”, - que algunos llaman “colonial”, en uso de una expresión jurídicamente inexacta -a la sociedad republicana nacido de la independencia tuvo enormes consecuencias en el ámbito político e institucional.

En el caso de Venezuela, no se debe olvidar nunca, que la fórmula republicana aunque generalizada y respaldada por una parte de la élite de blancos criollos, no fue unánime, ya que la conciencia monárquica era muy fuerte.

Se conoce incluso, que en América Latina, en pleno período de independencia, y de formación de repúblicas, a raíz de las Guerras Napoleónicas, se traslada de la capital Lisboa a Río de Janeiro el imperio portugués, lo que genera la asignación de la categoría de reino a Brasil, un reino dentro del Reino Unido de Portugal, Brasil y Algarve (1807-1821), que al disolverse pacíficamente crea el llamado “Imperio de Brasil”.

En el caso de México, sucede que luego de la Guerra de Independencia contra España, se adopta un régimen monárquico lo que genera el “Primer Imperio Mexicano”, que luego continuará Agustín Cosme Damián de Iturbide y Aramburú o Agustín I de México, conocido como Emperador Maximiliano I de México (1863 a 1867).

Lo dicho no es un ejercicio retórico, pues se ha afirmado, que las “constituciones” republicanas de Venezuela eran declaratorias de independencia, sin embargo, no debe olvidarse que el abismo entre *ser* y *deber ser*, creó una conciencia pesimista en las élites criollas, que terminó incluso, en algunos momentos por poner en duda la viabilidad de la república, lo que motivó a que se pensara -y se propusiera incluso- en que Venezuela debía estar bajo el dominio del imperio británico para poder gozar de un desarrollo semejante al de las Antillas. (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997).

En ese sentido, vale preguntarse, si esto también no afectó la idea de “constitución” que tenían dichas élites.

No se olvide pues, que si bien las “constituciones” eran meros textos que proclamaban una y otra vez la independencia, tales textos eran medios, para opacar el mensaje que los hermanitos del Toro habían formulado en los días sombríos del año 1813 cuando imploraron el protectorado británico para Venezuela (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997).

Este miedo motivó el afianzamiento en las “constituciones”, caso de la “constitución” de 1830 en la cual se dejara bien en claro que “La nación venezolana es para siempre é irrevocablemente libre é independiente de toda potencia ó dominación extranjera, y no es ni será nunca el patrimonio de ninguna familia ni persona” (art.2), disposición esta que imitaba la constitución de Cádiz de 1812 que ya sostenía que “La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona” (art.2).

Resalta el hecho actual, que la “constitución” de 1961 disponía que “La República de Venezuela es para siempre e irrevocablemente libre e independiente de toda dominación o protección de potencia extranjera”, sin embargo, la vigente “constitución” de 1999 se conforma con señalar que “La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente...” agregando sólo que “Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”, no señalando que somos independientes “de toda dominación o protección de potencia extranjera”, quizás porque ya hasta la idea de “constitución” como declaratoria de independencia dejó de actuar como fundamento de las “constituciones” venezolanas.

Aun así, todavía puede decirse que las “constituciones” de Venezuela son declaratorias de independencia y no fórmulas destinadas a garantizar la libertad, mediante el control al poder político, aunque como se ha dicho, esto hoy en día, resulte discutible, máxime si se toma en cuenta que Venezuela como nación está hoy en día sujeta a evidente dominación extranjera, sin que apele la sociedad a la “constitución” para condenar la comprometida “soberanía”.

VIII. TENSION ENTRE “CONSTITUCIÓN” Y LIBERTAD EN VENEZUELA

En esta tensión entre “constitución” y libertad en Venezuela, hay que dejar constancia de que la naciente sociedad republicana y dentro de ella, su élite urbana, continuó siendo minoría -mucho mas luego de las intestinas guerras civiles que se proyectaron desde el siglo XIX hasta el XX-, aun cuando mantuvo siempre una importancia derivada de su influencia ideológica y política; sin embargo, esta sociedad republicana naciente continuó con muchos de los parámetros de la sociedad anterior, aspecto este que nunca puede dejarse a un lado.

A lo largo de la etapa que va desde 1811-1812 coexisten en Venezuela, dos (2) regímenes políticos: el republicano y el tradicional o “colonial”.

Recuérdese que en 1811 por ejemplo, los blancos criollos efectivamente dan una “apertura” –en un plano formal no real- a los sectores marginados, una vez que estos deciden transferir el poder colonial en favor de sí mismos.

La afirmación anterior, de que las “constituciones” era simples declaratorias de independencia y nada mas, aquí cobra un especial sentido, pues tómesese en cuenta, que las “constituciones”, crean “aperturas” a los sectores marginados, pero en el fondo, se reconoce abiertamente, que la idea de la “constitución” de ese estado nuevo, sólo tiene por norte, crear en el plano formal una conciencia autónoma nacional, que sirva para transferir al “español”, es decir al peninsular principalmente, toda la responsabilidad de una sociedad discriminatoria y

explotadora, de la cual el blanco criollo precisamente era el principal agente (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997, p. 70 y 84).

Tales criollos, no eran liberales, ni mucho menos; de hecho, son los actores principales del incremento de la desigualdad ya existente, quizás porque estos *criollos* ya habían defendido –infructuosamente– las castas en Cádiz, y se habían opuesto rotundamente a la Real Cédula de “Gracias al Sacar” dictada el 10 de febrero de 1795 en Aranjuez, razón que explica por qué empleo el término de “aperturas” antes que derechos propiamente.

Estos criollos, en esos años iniciales de estreno en la vida “constitucional”, se inspiraron en los postulados “termidorianos” a pesar de su “odio” francés. Los “termidorianos” recuérdese, era el grupo político que gobernó en Francia, desde la caída de Maximilien François Marie Isidore de Robespierre hasta octubre de 1796 en plena “Revolución”, y que promulgó la “constitución” de 1795, que retomó el sufragio restringido, y representó los ideales e intereses de la burguesía reaccionaria no liberal.

Estos *criollos* termidorianos nuestros, introdujeron en la “constitución” de 1811, pero también antes en América -caso por ejemplo del Reglamento de Elecciones, que publicó la Junta Suprema Conservadora de los derechos de Fernando VII que se formó en 1810-, el sistema menos representativo entre los revolucionarios: sufragio indirecto –parroquia y partido- censitario (Artola, 2005, p. 128).

El llamado “constitucionalismo” venezolano del siglo XIX, no reconocía pues derechos políticos para todos, los mismos estaban condicionados por la categoría laboral, por el alfabetismo, por el sexo y por su situación económica, y en cuanto a la participación política, tanto desde un plano individual como regional, se encontraba el problema de que se contaba con un sistema electoral que restringía derechos, y restringía la vida política para ciertos sectores de la sociedad: la mayoría pudiera decirse.

En ese sentido, es que históricamente luce trascendental el *Estatuto para la elección de representantes a la Asamblea Nacional Constituyente* de 1946, ya que este contemplaba lo siguiente: “Son electores todos los venezolanos mayores de dieciocho años, sin distinción de sexo y sin más excepciones que los entredichos y los que cumplan condena penal, por sentencia firme que lleve consigo la inhabilitación política” (art.2). Dicho estatuto en pleno siglo XX, rescata la soberanía popular, secuestrada durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX.

Ahora bien, muchas veces, esa nostalgia por encontrar una llamada *constitución histórica*, busca aspectos positivos en ese “constitucionalismo” peculiar nuestro. Así pues, se señala que la “constitución” de 1811 introdujo el bicameralismo - idea federal que según es consustancial en nuestro devenir republicano -(capítulo II); etc.; pero a veces lo sustancial no se aborda. No se advierte pues, que la “constitución” de 1819 distinguió nada y mas y nada menos, que entre “ciudadanos activos” y “ciudadanos pasivos” (art.1), en su célebre Título 3º, Sección 1º intitulada “De los Ciudadanos”.

La llamada “Constitución” de Angostura, sostenía que “ciudadano activo” era “... él que goza el derecho de sufragio, y ejerce por medio de él la Soberanía Nacional, nombrando sus Representantes” (art.2) mientras que el “ciudadano pasivo” era “aquel que estando bajo la protección de la Ley, no tiene parte en su formación, no ejerce la Soberanía Nacional, ni goza del derecho de sufragio” (art.3).

Se sostenía incluso que para ser “ciudadano activo” y gozar de sus derechos era necesario: haber nacido en el Territorio de la Republica, y tener domicilio ó vecindario en cualquier

ra Parroquia; Ser casado o mayor de veinte y un años; Saber leer y escribir; pero esta condición no tendrá lugar hasta el año 1830 (art.4).

En el caso de la disposición 4.4 en el que se señala que para ser “ciudadano activo” y gozar de sus derechos era necesario: “Poseer una propiedad raíz de valor de quinientos pesos en cualquiera parte de Venezuela. Suplirá la falta de esta propiedad, al tener algún grado, ó aprobación pública en una Ciencia, ó Arte liberal ó mecánica; el gozar de un grado Militar vivo y efectivo, ó de algún empleo con renta de trescientos pesos por año”; llama la atención, que allí, se plasma una noción reaccionaria: la de “capacidades”; otrora idea de Emmanuel-Joseph Sieyes, que no se aplicó en ningún lado sino en la curiosa y siempre “avanzada” y supuestamente “liberal” Venezuela del siglo XIX, idea que se repite por lo demás en la “constitución” de 1821, la llamada “constitución” de la República de Colombia cuando señalaba que “Para ser sufragante parroquial se necesita: [...] Ser dueño de alguna propiedad raíz que alcance al valor libre cien pesos. Suplirá este defecto el ejercitar algún oficio, profesión, comercio o industria útil, con casa o taller abierto sin dependencia de otro en clase de jornalero o sirviente” (art. 15.4). Este criterio de las “capacidades”, se mantuvo luego de la ruptura de República de Colombia hasta la introducción del sufragio universal en 1858 (Artola, 2005).

Si bien las constituciones auténticas, tienen por norte, dotar de derechos iguales para todos, las llamadas “constituciones” en Venezuela, tenían y tienen sólo la meta, de garantizar “derechos” para una parte de la sociedad, específicamente, para los afines al régimen de turno. En el caso del siglo XX, es patente incluso la dotación de privilegios, para aquellos que estén muy cerca de las mieles del poder público, que monopolizan de paso la renta petrolera.

Dichos textos, se establecían en el caso del siglo XIX para establecer privilegios para la élite forjadora del “Proyecto Nacional”. En el caso de los sectores excluidos de las “constituciones”, no se percataban de su ausencia de libertad, porque su atención estaba focalizada en la “independencia” (todavía hoy es así), esto debido, a que las “constituciones” plasmaron en el papel, algunas “aperturas”, pero manipulando las conciencias, con aquello de que es más importante la “independencia” que la libertad, ya que la primera era el terreno en el cual podían coincidir las distintas luchas: la de los esclavos por *su* libertad, la de los pardos por *su* igualdad, debido fundamentalmente a la concepción de que la independencia no fue un mero objetivo estricta y exclusivamente político, sino que fue la única aspiración global de una sociedad nueva. Es decir, “constituciones” para la “independencia” constante y permanente.

En esos años que corren de 1811-1821, se estableció, no cabe duda, una forma de gobierno republicano pero en la práctica rigió la autocracia militar por la ausencia de constitución verdadera, aspecto que se repite desde 1821 hasta la actualidad (2010), con períodos de excepción (1958-1998).

Ahora bien, este proceso no es diferente al que va de 1821 a nuestros días. Ciertamente, en el período 1958-1999, no hubo una “autocracia militar”, pero si hubo una “tutela militar” a la “democracia”. Este fortalecimiento del poder militar en desmedro del poder civil, que convierte a los hombres y mujeres en milicianos, en lugar de ciudadanos, se debe también a la manipulación ideológica de que es más importante la independencia que la libertad, que le atribuye un poder inmenso a la Fuerza Armada. De hecho, legitima la sociedad la autocracia-militar, cuando se escribe en las “constituciones” que la Fuerza Armada, será en definitiva la que garantice la defensa de la Nación, siendo incluso la encargada de mantener la “estabilidad interna”, es decir, ser el policía de la “constitución”.

No se descuide el hecho, que el verdadero árbitro de las cuestiones “constitucionales” históricamente en Venezuela, no ha sido la máxima instancia judicial, sino la Fuerza Armada. Por ello, y otras cosas ya advertidas, la idea de constitución auténtica era y es actualmente en Venezuela a lo sumo una simple proposición.

En esta tensión entre constitución y libertad, es importante destacar que las “constituciones” republicanas en Venezuela durante buena parte del siglo XIX, no mencionaron nada acerca de la democracia, a pesar de que supuestamente imitaban el modelo norteamericano.

La razón que observo, es que no podían hacerlo pues como se advirtió antes, los textos constitucionales, garantizaban una representatividad, pero basado en un sufragio limitado y restringido.

De paso, las élites jamás pensaron ni siquiera en la posibilidad del ejercicio directo de la soberanía, quizás porque la palabra democracia era de mala fama, ya que se reputaba peligrosa, pues se entendía como una forma de ejercicio incontrolado del poder por el populacho ignorante e irresponsable.

La otra razón, del por qué no hay mención a la democracia, se debe a que no podía haber un “Estado de derecho democrático”, porque se partía de la existencia que el Estado debía ser “confesional”, sin reconocimiento de la libertad de cultos.

En el “Capítulo Primero”, titulado “De la Religión” de la “constitución” de 1811, se señalaba que “La Religión, Católica, Apostólica, Romana, es también la del Estado, y la única, y exclusiva de los habitantes de Venezuela. Su protección, conservación, pureza, é inviolabilidad será uno de los primeros deberes de la Representación nacional, que no permitirá jamás en todo el territorio de la Confederación, ningún otro culto público, ni privado, ni doctrina contraria á la de Jesu-Christo (art. 1), añadiendo que “Las relaciones que en consecuencia del nuevo orden político deben entablarse entre Venezuela, y la Silla Apostólica, serán también peculiares á la de Confederación, como igualmente las que deban promoverse con los actuales Prelados Diocesanos, mientras no se logre acceso directo à la autoridad Pontificia” (art.2).

Puede observarse de todo lo anteriormente expuesto, que estas “constituciones” eran el resultado del concepto *criollo* de la nueva sociedad y nada más, planteamiento este que se revela fácilmente en la “constitución” de 1811 antes advertida, ya que la misma fue un texto influenciado –se dice– por la constitución americana de 1787, pero observo que en muy pocos puntos, ya que por ejemplo su carácter “federal” es atípico, y su propuesta respecto al poder ejecutivo depositado en tres individuos elegidos popularmente (art.72) era una propuesta débil –según Bolívar–, muy distinta al presidencialismo fuerte americano; además este carácter criollo de la “constitución” se basaba principalmente en la concepción jerárquica de los valores sociales.

La “constitución” de 1811, en cierto modo establecía el derecho a la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad (art. 152), e incluso era igualitaria en el sentido de que “No habrá fuero alguno personal: solo la naturaleza de las materias determinará los Magistrados á que pertenezca su conocimiento; y los empleados de cualquier ramo, en los casos que ocurren sobre asuntos que no fueran propios de su profesión, y carrera, se sujetarán al juicio de los Magistrados, y Tribunales ordinarios, como los demás ciudadanos” (art. 180), pero ello no modificaba la desigualdad real basada en el sufragio, que limitaba los derechos de voto y entera ciudadanía a los propietarios, como tampoco modificaba la trata de esclavos, la esclavitud, como sucedió con casi todas las “constituciones” del siglo XIX y parte del XX.

La tensión constitución y libertad en ese momento histórico, solo se limitaba a una discusión centrada en la libertad de los criollos, dentro de la estructura social, que permitiera a

estos disponer de si mismos en función del control de la sociedad y de las luchas igualitarias entre los diferentes sectores sociales.

Una constante de este período es que en Venezuela en el siglo XIX, como se ha dicho, por una recurrente obsesión por la “independencia” y no por la Libertad, el discurso político, social, jurídico, histórico etc., solo se centró en la primera, motivado fundamentalmente por la “ideologización” de la “crisis de las sociedades implantadas coloniales latinoamericanas”, formulada en la coyuntura de los siglos XVIII y XIX, conocida como “*ideología de la emancipación*” (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997, p. 13).

Se instaló así la igualdad legal, mientras de hecho se consolidó la preeminencia social y política de los criollos, mediante el sufragio censitario, y se intentó establecer un sistema de trabajo forzado en detrimento de los pardos disimulándolo en las llamadas “ordenanzas del llano”.

VIII. DIFERENCIA ENTRE “TEXTO CONSTITUCIONAL” Y “CONSTITUCIÓN” EN VENEZUELA

No se olvide pues, que la “constitución” en Venezuela, nunca ha sido el texto que se autodenomina “constitución”.

Ya en el siglo XIX, se observa como la verdadera “constitución” era el llamado “Proyecto Nacional” éste entendido como el “complejo ideológico, formulado por la clase dominante como expresión y como factor de su dominación, en tanto opera como modelo para la organización y el funcionamiento de la sociedad [...] modelo cuyo objetivo es justamente mantener, consolidar y ampliar la posición preeminente que en la sociedad ocupa la clase dominante” (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997, p. 83)

De dicho “proyecto”, nos interesa destacar que se fundamentaba en unas bases, o en un cuerpo doctrinario, que descansaba en tres (3) aspectos importantísimos:

- a. Plena identificación del concepto de “independencia” con la noción de libertad;
- b. Visión de la “independencia” no como un fin en si mismo, sino como compensatorio de la ausencia de otros derechos;
- c. Establecimiento de un modelo conservador y plena “confusión” entre los intereses de la clase políticamente dominante y el “interés nacional”;
- d. Y por último el “culto a Bolívar” como supuesto factor de “integración nacional” y de “superación nacional” (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997).

En cuanto al *primer aspecto*, es evidente que los actores de la vida política, social y económica, no querían que se hablara de libertad con todas sus letras. No eran liberales genuinos, eran simples conservadores. De hecho, no les parecía una contradicción, atacar aspectos de la libertad, sin afectar la libertad en sí. Una muestra de conservadurismo, que olvidaba lo que advertía Benjamín Constant, cuando sostenía que la libertad es un fenómeno orgánico y que atacarla en alguno de sus aspectos particulares es atacarla en su totalidad (Constant, 1820).

En cuanto al *segundo aspecto*, no cabe duda de que el “Proyecto Nacional” servía como un vehículo apropiado para lograr inocular la fatal idea de una “constitución” no para favorecer la libertad y controlar efectivamente al poder, no para garantizar los derechos de los ciudadanos, sino para concebirla como una simple carta de presentación en la escena internacional; es decir, “constituciones” que no son mas que textos para la independencia, mas no para

la Libertad, pero que los promotores del proyecto ven como lo mismo, para que así la “independencia” compensara la ausencia de la libertad y de otros derechos.

Es decir, como sucede en la actualidad, pueden haber presos políticos, violaciones sistemáticas a los derechos humanos, ausencia de separación de poderes, falta de independencia del poder judicial, inexistencia de libertad económica, expoliaciones a mansalva, destrucción de la propiedad privada, pero ello se compensa con que se es “independiente” y de hecho, se reconoce de forma insólita que tampoco esto es un hecho definitivo por cuanto: la “lucha por la independencia continúa”, como rezan las vallas gubernamentales de Caracas y otras ciudades que conmemoran el supuestamente “Bicentenario de la independencia”.

Sobre el *tercer aspecto*, es importante resaltar que los forjadores del “proyecto nacional” entienden la “estructura constitucional”, no como una forma de organización política de la sociedad capaz de responder a las expectativas y aspiraciones de todos los sectores de esa sociedad, sino como la “trampa ideológica” perfecta, que permite sostener que todo está enmarcado en la “constitución” y que todo lo que está en la “constitución”, es garantía para la libertad.

Sobre el *cuarto aspecto*, sobre el denominado “culto a Bolívar” como supuesto factor de “integración nacional” y de “superación nacional”, considero, que ha sido algo que efectivamente le ha dado una supuesta “integración nacional” a Venezuela. De hecho, nada es más importante y nada es más “venezolano” que Bolívar, aun cuando hoy en día esto tampoco sea un factor de integración nacional, por el uso que hace de Bolívar una facción política cada vez en minoría, y que tomó al “Bolivarianismo” como la ideología de reemplazo del socialismo.

Ya la “constitución” de 1999, “constitucionalizó” una presunta “doctrina del Libertador Simón Bolívar” el cual ahora se asocia a supuestos “valores socialistas”. Se sabe que Bolívar no fue ningún socialista y que representaba a la élite de Blancos Criollos, sin embargo, este “culto a Bolívar” analizado por excelsos historiadores: Germán Carrera Damas, *El culto a Bolívar, esbozo para un estudio de la historia de las ideas en Venezuela*, Alfa Ediciones, Caracas, 2005; Luis Castro Leiva, *De la Patria Boba a la Teología Bolivariana*, Monteávila, Caracas 1987; Elías Pino Iturrieta, *El divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*, Alfail, Caracas 2008; Ana Teresa Torres, *La herencia de la tribu. Del mito de la independencia a la Revolución bolivariana*, Editorial Alfa, Caracas 2009, y Tomás Straka, *La épica del desencanto*, Editorial Alfa, Caracas 2009, lo que hace es justificar los regímenes militares de turno, como tantas veces ha ocurrido antes en nuestra historia, desde que Antonio Guzmán Blanco lo instrumentara, pasando por Cipriano Castro, Juan Vicente Gómez, Eleazar López Contreras, Marcos Pérez Jiménez y ahora el actual Presidente de la República Hugo Chávez Frías.

En el campo de las “constituciones” incluso abusaríamos del culto. En 1999, se cambió el nombre de la República de Venezuela por el de “República Bolivariana de Venezuela”, la cual será “irrevocablemente libre e independiente” fundamentado su “patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador” (art.1)

En cuanto a esta visión retrógrada, de que la “constitución” es un documento para la aspiración permanente a la “independencia”, considero que no sólo esconde la gravedad de que no tenemos verdadera constitución en Venezuela, sino que también disimula –para aquellos ciegos que no quieren ver- el profundo conservadurismo que impera.

Ya la llamada “guerra federal” ideologizó tanto las luchas de los sectores sociales marginados, que la libertad y la igualdad, terminaron siendo vistas como esos derechos que estaban y están ingravidos en el mundo idílico de protección de esas falsas “constituciones” que nunca han tenido por norte ser “supremas” y “supra-legales” en Venezuela

Antes se sostuvo, que la noción de “constitución” en Venezuela, de paso no se puede asimilar al texto constitucional del momento: 1811, 1819, 1821, 1830, 1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, por ejemplo, sino que se observa que siempre hay algo detrás de ellas que es la verdadera “constitución”.

En el siglo XIX, era el “Proyecto Nacional”, es decir, la visión del pensamiento conservador, que en Venezuela, valga decir, es el pensamiento más popular (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997, p. 102), en el siglo XX, se comprendió que debía ser el resultado de un pacto político, aspecto importante pero no el más definitivo (“Pacto de Punto Fijo”) y recientemente es el “Proyecto Nacional Simón Bolívar Primer Plan Socialista -PPS-2007- 2013”.

Ya decía Carlos Rangel, que ser “revolucionario” en Venezuela o Latinoamérica es más o menos tan heterodoxo y tan arriesgado como ser fervientemente católico en un seminario irlandés (Rangel, 2005, p. 237). Lo afirmado quiere decir que el pensamiento “popular” en Venezuela no siempre es revolucionario. El pensamiento “popular” muchas veces es profundamente conservador (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997, p. 102); de hecho el socialismo –en todas sus manifestaciones- en Venezuela, es un pensamiento ultra conservador, son los *socialistas*, los que quieren aun más desustanciar el precario –o inexistente- concepto de constitución auténtico en Venezuela, sosteniendo que hubo alguna vez liberalismo en Venezuela por ejemplo y que hemos tenido constitución.

Estos socialistas venezolanos, bastante “nacionalistas”, se valen a veces por conveniencia –no por convicción- de ideales valiosos y propios del catolicismo, como sucede con el empleo del confuso concepto de “justicia social” e incluso de los contenidos “hispanicos”, pues siempre han visto a Norteamérica con desdén, a la modernidad con antipatía, pues al final detestan todo lo que se emparente con la libertad (democracia, liberalismo, capitalismo). De hecho, son los socialistas, los que forjan un nacionalismo reaccionario frente a toda iniciativa económica foránea.

Por ello, es que el liberalismo, si tiene contenido revolucionario en Venezuela, pese a no ser popular. Ya que sólo el liberalismo es lo que nos permitiría contar con una constitución auténtica, y ser verdaderamente libres. Un liberalismo que hoy en día luce necesario. Un liberalismo que es una conducta -no una “ideología”- de la que tanto carecemos como sociedad.

Ya J.M Benoist sostenía con mucha razón, que el liberalismo es “...menos un sistema que una actitud, una ética, capaz de inspirar una política y de acomodar al pluralismo un tejido social con una flexibilidad que le exime de toda vinculación rígida a credos doctrinarios”. Este liberalismo, como idea revolucionaria, alberga valores mucho más avanzados, aunque esto lo critiquen infructuosamente los socialistas de todo cuño, de hecho, el Derecho Constitucional como se afirmó antes y la idea de Constitución son creación del postulado liberal.

Hoy en día, en que la libertad está más amenazada que nunca, debe reconocerse que el Derecho Constitucional es “liberalismo juridificado”, por ello es prioritario el rescate de la cultura de la libertad, por ello aun con temeridad ha señalado José Ignacio Hernández G. que

“no le cae mal al Derecho administrativo en Venezuela” buena dosis de liberalismo y añadir-
ía yo también al Derecho Constitucional (Hernández G., 2010).

Este Liberalismo como señala Luis A. Herrera Orellana es una “tradición que inician fi-
lósofos de los siglos XVIII y XIX tales como Spinoza, Smith, Hume, Kant y Locke, entre
otros, y que continúan en el siglo XX en el ámbito filosófico autores como Popper, Berlín y
Savater, en el ámbito económico Misses, Hayek y Friedman y en el ámbito jurídico de Kel-
sen y Hart (aunque con argumentos distintos), a diferencia de otras propuestas morales, polí-
ticas y económicas”, que “no es ni puede ser una ideología, sino sólo un conjunto más o
menos articulado, pero polémico, plural y cambiante, de ideas y propuestas en los ámbitos ya
mencionados, siempre abiertas al debate y a la contrastación (falsación) con los hechos, de
modo que se opone a la visión racionalista y planificadora del positivismo como ideología,
que tanto incide sobre el modo en que se entiende y opera con el Derecho, en especial en el
Derecho Público” (Herrera Orellana, 2010)

Por ello, luce importante recordar, que la constitución de la libertad, la idea de constitu-
ción del liberalismo, es la que necesitamos rescatar como sociedad, y por la cual debemos
luchar permanentemente, y sea propicia la ocasión, para señalar que la verdadera revolución
en Venezuela, pasa por los constitucionalistas y administrativistas, pues con sus planteamien-
tos adecuados lograrán que la sociedad entienda la importancia, de la *constitutio libertatis*.

Y es que para que exista libertad, no basta con un texto constitucional, lo importante es
que los valores del constitucionalismo se incorporen a la realidad como práctica consecuente
y permanente, para poder “tener”, “estar” y “vivir” en constitución.

En esta aproximación histórica, no se puede descuidar el hecho, que la no aplicación
efectiva de los objetivos fundamentales del constitucionalismo, es un “delito de ausencia de
aplicación” como sostuvo Karl Loewenstein. Estos “delitos de ausencia de aplicación” anu-
lan la “técnica de libertad” de la modernidad (Mirkine-Guerzévitch): la constitución.

Ya se sabe que en el siglo XX y en el XXI, padecemos de las consecuencias de los “de-
litos de ausencia de aplicación”, ya que quizás desde hace unas décadas, no se preocupa la
sociedad venezolana por sus derechos políticos -auténticos derechos- que casualmente hoy en
día están en jaque, sino por los “derechos sociales”, indudablemente falsos derechos.

IX. LA DESTRUCCIÓN DEL PRECARIO CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN EL SIGLO XX: CASO DE LOS “DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES”

En esta aproximación histórica, no se puede pasar por alto, el hecho de que a partir de la
“constitución” de 1947, en un país, en el que históricamente la esfera de las libertades públi-
cas y ciudadanas y el funcionamiento constitucional mismo jamás existió, se incorporaron y
se establecieron un amplio catálogo de “derechos económicos y sociales”, sin embargo, no se
descuide el hecho cierto, de que estos “derechos económicos y sociales” no fueron incorpo-
rados, para favorecer la plena vigencia del orden liberal, pues este no existía como hemos
visto, sino para acentuar contenidos socialistas, a través de una acción planificada y sistemá-
tica del Estado orientado a transformar la estructura agraria nacional, a racionalizar la explo-
tación agropecuaria, a organizar y distribuir el crédito, a mejorar las condiciones de vida del
medio rural y a la progresiva emancipación económica y social de la población campesina
(art. 69); y a través incluso de la reserva que se hizo el Estado del ejercicio de determinadas
industrias, explotaciones o servicios de interés público para asegurar “el normal funciona-
miento de éstos o la defensa o crédito de la Nación, y el derecho de dictar medidas de orden
económico para planificar, racionalizar y fomentar la producción y regular la circulación y el
consumo de la riqueza, a fin de lograr el desarrollo de la economía nacional”, aun cuando se

dijo también que “Todos pueden dedicarse libremente al comercio o la industria y el ejercicio de cualquier otra actividad lucrativa, sin más limitaciones que las establecidas por esta Constitución y las leyes por razones sanitarias o de seguridad pública”.

Esta acentuación socialista, era patente en la “constitución” de 1947, cuando señalaba que se creaba “un Consejo de Economía Nacional integrado con la representación del capital, del trabajo, de las profesiones liberales y del Estado, en la forma con las atribuciones que determina la Ley” (art. 75).

Y es que en cuanto a los “derechos económicos y sociales”, es pertinente poner de bulto que no fueron plasmados en las “constituciones” a partir de la de 1947, para favorecer la libertad, de hecho, los mismos, se concretizarían, en la medida que el Poder Público, así los considerase.

Ya en Venezuela, Tomás A. Castillo, se ha atrevido con bastante razón a afirmar, que estos “derechos económicos, sociales o culturales”, no son derechos propiamente, y aunque son “valiosos” como hemos visto para el plan socialista, ello no los convierte en auténticos derechos. Tales “derechos” no tienen un contenido definido, un claro sujeto obligado, claros y definidos deberes correlativos, mas sólo tienen tutela judicial efectiva sólo si media la labor del legislador, es decir, sólo si hay una “*interpositio legislatoris*” que defina su “contenido esencial” (Arias Castillo 2007).

Estos falsos “derechos” no son más que simple necesidades básicas, que indudablemente han conllevado a una politización en extrema de la justicia en detrimento de la democracia (Arias Castillo 2007), y han tenido por norte, derogar el orden liberal formal establecido en las “constituciones”. De hecho, hoy en día vemos patente esta realidad, ya que parte de las corrientes socialistas en Venezuela, piensan que el mecanismo de la planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta (art. 299) plasmada por ejemplo en la “constitución” de 1999, es un intento de conciliar la propuesta constitucional liberal-democrática con la propuesta socialista, aspecto sostenido por la visión ideológica de la “socialdemocracia”, que al final es un socialismo reformista. (Carrera Damas, *Una Nación llamada Venezuela*, 1997, p. 167 y ss.), mientras que otros proponen desconocer absolutamente lo que las “constituciones” –la de 1999- por ejemplo, tiene de liberal-democrática, desconociendo la “separación de poderes”, los “derechos humanos” etc.

Comoquiera que no hemos tenido, estado, y vivido en constitución, nuestros estudios, y el comportamiento de los ciudadanos, es de mera consideración a lo “formal”, a los textos simplemente, sin embargo, no se debe olvidar, que nuestros autócratas, déspotas y caudillos - y bastante que los hemos tenido-, nunca han ignorado la “constitución”; aunque no se olvide que esta nunca ha sido el texto en sí, sino que ha sido el “Proyecto Nacional”, o el “Proyecto Nacional Simón Bolívar Primer Plan Socialista -PPS- 2007- 2013”, como sucede actualmente sin que nadie se ruborice.

No es burdo el rompimiento con la “constitución”, es sofisticado, se hace a través de la “institucionalidad” incluso, quizás porque algo del orden liberal, existe en la conciencia de los ciudadanos.

Ese orden liberal (libertad negativa, auténticos derechos y separación de poderes) es lo que le brinda sustento a la constitución y lo que puede permitir la libertad a los ciudadanos. Por ello, a los “gobernantes” les fascina tanto el mantenimiento de la “ficción” (mostrar una aparente separación de poderes y una supuesta garantía de los derechos), el aparato formal de estas supuestas y falsas “constituciones”, para que se piense que se gobierna bajo la Ley, y no que de verdad un hombre gobierna solo en contra de su pueblo.

X. ¿CÓMO RECOBRAR LA LIBERTAD?

“Libertad humana” y “liberación” conllevan múltiples significados. Ya Isaiah Berlin, sostenía que había un significado nuclear, central, mínimo, común a las diversas acepciones de la palabra, que pudiera enunciarse como “ausencia de restricciones”.

A partir del constitucionalismo, la fórmula clásica del ideal de libertad, fruto del pensamiento del siglo XVIII, fue plasmada en la Declaración de Independencia de Estados Unidos, y de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En ellas se habla de derechos y, al hacerlo, se refieren a la invasión de ciertas áreas de la existencia, aquellas que el hombre necesita a fin de asegurar la vida y oportunidades idóneas de felicidad; o para ser capaz de poseer una propiedad, o para pensar y hablar como lo desee, o para participar en la vida política y social de su comunidad, pretendiendo que la invasión de tales parcelas vitales se considere prohibida por la ley.

Como decía Berlin, en este sentido, equivale la ley a instrumento para prevenir usurpaciones específicas, o para castigarlas, si ocurren. (Berlin, 2001)

La libertad política, que es la fundamental, uno de los pivotes centrales del concepto de constitución, debe ser entendida como un concepto negativo, pues exigirla es exigir que dentro de cierta esfera a un hombre no se le prohíba hacer lo que desee, es decir, que no se le prohíba hacerlo, independientemente de que sea capaz de llevarlo a cabo o no (Berlin, 2001)

Sean “derechos naturales”, como sostenía Thomas Paine o no, los derechos, para el pensamiento liberal, sigue siendo no una meta positiva, como lo son el placer o el conocimiento. Sólo son los medios que deben emplearse para evitar que se frustren estas metas positivas: los hábitos políticos, con leyes para apuntalarlos contra fallas en casos individuales, que hacen posible el cumplimiento del propósito favorecido. (Berlin, 2001)

Ser libre así pues, es no estar obstruido, es ser capaz de hacer lo que uno quiera hacer. Ser absolutamente libre es encontrarse en un estado donde nada puede oponerse a los deseos de uno: ser omnipotente. Ser absolutamente libre, en el sentido social normal, o en el sentido político de la palabra, tanto en la vida privada como en la pública, es no estar obstruido en los propios deseos por otro ser humano. (Berlin, 2001)

Ser relativamente libre, como sostenía John Stuart Mill, es no estar obstruido dentro de ciertos límites precisamente establecidos, o más o menos concebidos con vaguedad. La libertad no es una palabra que denote un fin humano, sino un término para designar la ausencia de obstáculos –en particular, obstáculos que resultan de la acción humana para la realización de cualesquiera fines que los hombres puedan perseguir–. Y la lucha por la libertad, al igual que la lucha por la justicia, es una pugna, no por un fin positivo, sino por condiciones en que puedan llevarse a cabo esos fines positivos: es despejar un espacio que, sin los fines que vale la pena perseguir en sí mismos, permanecería vacío (Berlin, 2001)

XI. CONSIDERACIONES FINALES

Ya se afirmó antes que para que exista constitución auténtica, debe haber Libertad y protección de la libertad, además de propiedad privada, como base imprescindible de aquella, control efectivo del poder (separación de poderes) y garantía de los derechos constitucionales, como requisitos básicos, alertados ya en las primeras revoluciones liberales, en donde se comenzó a construir los cimientos de esa fundamental conquista de la modernidad: el “Estado de Derecho”.

También, debe referirse que la constitución debe ser democrática, pero la soberanía popular, debe comprenderse en los términos del constitucionalismo, ya que no habría jamás verdadera constitución, si el pueblo en su condición de “soberano” puede saltarse y hacer ineficaces los impedimentos constitucionales (Sartori, 1999)

Por otra parte, para que exista constitución debe haber auténtica “Justicia Constitucional”, porque ella por si sola es la garantía jurídica de que una *lex superior* sea verdadera norma jurídica.

Todo lo que no sea esto, es una idea de constitución caricaturesca o falsa constitución.

XII. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M. “El Control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 19, 20, 1987.

ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal. “La sentencia N° 1002/2004 y el derecho a la salud en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* N° 128, 2007, pp. 153 y ss.

ARTOLA, M. *Constitucionalismo en la Historia*, Crítica, Barcelona, 2005.

BAUTISTA URBANEJA, D. *La Idea Política de Venezuela 1830-1870*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2004.

BERLIN, I. *Dos Conceptos de Libertad y Otros Escritos*, Alianza, Madrid, 2001.

BREWER-CARÍAS, A. R. (1998). “El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas”, *Revista Paramillo* N° 7, 1998, pp. 439 y ss.

_____. *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*. Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2008.

BRICEÑO-IRAGORRY, M. *Tapices de Historia Patria*. S/E. Caracas, 1982.

CABRUJAS, J. I. *El Mundo según Cabrujas*, Alfa, Caracas, 2009.

CAPRILES, A. *La Picardía del Venezolano o el Triunfo de Tío Conejo*, Taurus. Caracas, 2008.

CARRERA DAMAS, G. *Temas de Historia Social y de las Ideas*, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.

CARRERA DAMAS, G. *Una Nación llamada Venezuela*, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1997.

CONSTANT, B. *Curso de Política Constitucional*, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820.

DE VERGOTTINI, G. *Constitución*. En N. M. Norberto Bobbio, *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2008, p. 324.

GRIMM, D. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.

GROSS ESPIELL, H. "Constitucionalismo y codificación latinoamericanos: de la sociedad colonial a la sociedad republicana". En G. Carrera Damas, *Historia General de América Latina Vol. 5*, Trotta, Madrid 2007, p. 449.

GUASTINI, R. "Sobre el Concepto de Constitución". En M. Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*, Trotta, Madrid 2008, p. 17.

HERNÁNDEZ G, J. *La Constitución Fabulada*. Seminario de Profesores de Derecho Público, Caracas 2010.

HERRERA ORELLANA, L. *A propósito de la polémica entre los profesores Hernández y Arias en torno al Estado social y la libertad económica en la Constitución de 1999*. Caracas 2010: Seminario de Profesores de Derecho Público.

LYNCH, J. *Las Revoluciones Hispanoamericanas (1808-1826)*. Ariel Historia, Barcelona 2001.

MCILWAIN, C. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. USA 2008: Liberty Fund.

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid 2007: Tecnos.

ORTEGA y GASSET, J. *La Rebelión de las Masas*, Círculo de Lectores, 1967.

PAINE, T. *Derechos del Hombre*, Alianza, Madrid 2008.

PÉREZ PERDOMO, R. *Derecho y Cultura Jurídica en Venezuela en Tiempos de la Revolución (1999-2009)*. Fundación Manuel García Pelayo. Caracas 2009.

PINO ITURRIETA, E. *Fueros, Civilización y Ciudadanía*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000.

RANGEL, C. *Del Buen Salvaje al Buen Revolucionario*, Critería, Caracas 2005.

SARTORI, G. *Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1999.

Por la ley, en aquellos casos en que las circunstancias por ella ponderadas hagan de esa solución la decisión proporcional, la decisión justa.

Comentario Monográfico

ALGUNAS REFLEXIONES METODOLÓGICAS SOBRE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL*

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo
Director del Seminario de Historia Constitucional "Martínez Marina"*

Resumen: *En este artículo defino la Historia Constitucional como una rama de la Historia, de marcado contenido jurídico, que se ocupa de la génesis y desarrollo del Estado liberal y liberal-democrático, de acuerdo con un concepto axiológico de Constitución. Conforme a esta definición abordo alguno de los problemas que plantea el estudio histórico de las normas y de las instituciones, así como sobre todo de las doctrinas y de los conceptos constitucionales. A este respecto, insisto en la necesidad de estudiar estas doctrinas y estos conceptos huyendo tanto del "presentismo" como de una exégesis ajena a las categorías analíticas elaboradas por la Historia Constitucional y por otras disciplinas afines, como la Teoría del Estado y de la Constitución. Para que estas reflexiones no tengan un carácter demasiado abstracto, traigo a colación ejemplos muy concretos de la historia constitucional comparada, que he estudiado a lo largo de estos últimos 30 años.*

Palabras claves: Concepto, Municipio y fuentes de la Historia Constitucional.

In this article, I define Constitutional History as a History branch, with a strong legal content, which studies the origin and development of the Liberal and Democratic-Liberal state, using an axiological concept of Constitution. From this definition I approach to some of the problems that present the historical study of norms and institutions, and, mainly, the historical study of doctrines and constitutional concepts. I stress the necessity of not to make an interpretation of past doctrines and concepts from the present, however the categories developed by the State and Constitutional Theory must be taken into account. With the before mentioned objective, I use some examples from the comparative constitutional history, which I have been studying during last 30 years.

Key words: Concept, Method and sources of the Constitutional History.

* Este artículo se publicó en español en el N° 8 de la revista electrónica *Historia Constitucional* (<http://hc.rediris.es>), septiembre de 2007, y en el N° 21 de *Teoría y Realidad Constitucional*, enero-junio de 2008. Antes se había publicado en francés en el N° 68 de la *Revue Française de Droit Constitutionnel*, octubre de 2006, y en italiano en el N° 12 del "Giornale di Storia Costituzionale", julio-diciembre de 2006. Se ha publicado también en lengua portuguesa en la *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, a. 169, N° 440, julio-septiembre, 2008, Río de Janeiro, pp. 9-28.

Parto de la base de que la Historia constitucional es una disciplina histórica muy especializada, concebida en muy buena medida *sub specie iuris*, que se ocupa de la génesis y desarrollo de la Constitución del Estado liberal y liberal-democrático, con independencia de la forma que adopte esa Constitución y de su posición en el ordenamiento jurídico, aunque tanto esa forma como esa posición sean muy relevantes para la Historia constitucional, como se verá más adelante.

Este concepto sustantivo y axiológico de Constitución es, a mi juicio, el que debe tenerse en cuenta para acotar el objeto de la Historia constitucional y para delimitar temporal y espacialmente el constitucionalismo, como fenómeno histórico destinado a limitar el Estado al servicio de las libertades individuales, cuya fecha de nacimiento puede establecerse en la Inglaterra del siglo XVII.

Pero no voy a extenderme ahora sobre este concepto de Constitución, que implícitamente se recogía en el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789 y al que de forma explícita se refiere la doctrina alemana al distinguir entre *Konstitution* y *Verfassung*. En esta ocasión voy tan sólo a examinar algunos problemas que plantea el estudio histórico de las normas, de las instituciones y sobre todo de las doctrinas constitucionales.

Como no quisiera que estas reflexiones tuviesen un carácter demasiado abstracto, traeré a colación ejemplos muy concretos de la historia constitucional, muchos de los cuales yo mismo he estudiado a lo largo de estos últimos treinta años¹.

I. DOS PERSPECTIVAS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL: LA NORMATIVO-INSTITUCIONAL Y LA DOCTRINAL

El estudio de la historia constitucional, tanto si se trata de la nacional como de la comparada- esta última, por desgracia, mucho menos atendida- puede llevarse a cabo desde dos perspectivas distintas: la normativo-institucional y la doctrinal. Desde la primera, la Historia constitucional se ocupa de las normas que en el pasado regularon las bases o fundamentos de la organización y funcionamiento del Estado liberal y liberal-democrático, así como de las instituciones que estas normas pusieron en planta: el cuerpo electoral, las asambleas parlamentarias, la jefatura del Estado, el Gobierno, la Administración, los jueces y los tribunales². Desde la segunda perspectiva, la Historia constitucional se ocupa de la reflexión intelectual que tuvo lugar acerca del Estado liberal y liberal-democrático. Una reflexión de la que nació

¹ En realidad, la concepción de la Historia Constitucional que voy a exponer aquí se apoya precisamente en esas investigaciones, por lo que considero necesario mencionarlas en las notas a pie de página, pese a ser bien consciente de que las numerosas auto-citas bibliográficas pueden resultar un tanto agobiantes, por lo que pido disculpas desde ahora mismo. A esas investigaciones quisiera añadir la más reciente de todas: *La Constitución de 1876*, Iustel, Madrid, 2009, vol. VII de la Colección "Las Constituciones Españolas", dirigida por Miguel Artola.

² Unas instituciones cuya existencia no se agota ni mucho menos en las normas que las crean, ni en las competencias que éstas les atribuyen. En este sentido, mientras para el Derecho Constitucional puede resultar más adecuado hablar de "órgano" que de "institución", para la Historia constitucional ocurre al revés. El concepto de "órgano"-elaborado por la doctrina alemana, de Gerber a Kelsen- pone el acento en la "posición constitucional", en el *status* normativo, por ejemplo del Parlamento, mientras que el concepto de "institución"- que ocupa un lugar central en la doctrina de Santi Romano y de Maurice Hauriou-, sin descuidar este *status*, insiste también, e incluso sobre todo, en su dinámica, y, por tanto, en las convenciones o reglas no escritas desarrolladas en una práctica a veces multiseccional-a las que me referiré más adelante-así como en un conjunto de funciones, simbólicas y representativas, no necesariamente reguladas por el derecho.

no sólo una doctrina constitucional, sino también un repertorio de conceptos. Una distinción sobre la que volveré después.

De todo lo anterior se desprende que las fuentes de estudio y a la vez de conocimiento de la Historia constitucional son muy variadas. Desde una perspectiva normativo-institucional, comprenden los textos constitucionales-incluidos los proyectos que no llegaron a entrar en vigor, a veces de gran interés³-, pero también otros textos distintos del documento constitucional, que por la materia que regulan pueden considerarse también constitucionales, como los reglamentos parlamentarios o las leyes electorales, así como las convenciones constitucionales o reglas no escritas, que resultan esenciales para conocer el funcionamiento de las instituciones básicas del Estado, según se insistirá más adelante.

Desde una perspectiva doctrinal, las fuentes de la Historia constitucional son también muy variadas: los diarios de sesiones de los Parlamentos, principalmente cuando éstos tienen un carácter constituyente (útiles también como fuente de interpretación de las normas), los opúsculos destinados a la más inmediata acción política y los artículos publicados en la prensa, la jurisprudencia de los tribunales y, en fin, las publicaciones de carácter científico, recogidas en revistas especializadas, en manuales, tratados y monografías, esenciales para historiar la génesis y desarrollo de la ciencia del Derecho Constitucional.

Aunque resulta inevitable que el historiador del constitucionalismo centre su atención en una de estas dos perspectivas, lo deseable es que conjugue ambas. Algo que resulta especialmente obligado cuando se estudia el constitucionalismo de los países anglosajones, en donde las doctrinas constitucionales están más estrechamente ligadas a su contexto normativo-institucional que en el constitucionalismo de la Europa continental, al menos en sus comienzos. Pongamos un ejemplo. Mientras el concepto de soberanía del parlamento que sostuvo David Hume a mediados del siglo XVIII era un reflejo del marco jurídico-institucional de la Inglaterra de Jorge II⁴, el concepto de soberanía nacional que defendió Sieyes en su opúsculo sobre el Tercer Estado (1789) o el que, bajo su influencia, defendieron los liberales españoles en las Cortes de Cádiz, se formula al margen y en contra del ordenamiento jurídico-institucional vigente en la Francia de Luis XVI y en la España de Fernando VII. Un ordenamiento, no obstante, que el historiador debe tener muy en cuenta para comprender mejor los conceptos constitucionales revolucionarios⁵.

³ Como pongo de relieve en *Proyectos Constitucionales en España*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, enero-abril, 2006, pp. 297-304, comentario al libro de Ignacio Fernández Sarasola, *Proyectos Constitucionales en España*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales (CEPC), Madrid, 2004.

⁴ Cfr. mi artículo *Estado y Monarquía en Hume*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 22, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1995, pp. 59-90, así como mi largo ensayo "La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)", *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 1, Oviedo, 1998, pp. 87-165. Traducción inglesa: *Sovereignty in British Legal Doctrine*, en "E-Law, Murdoch University Electronic Journal of Law", vol. 6, N° 3, September 1999, <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v6n3/suanzes63-text.html>; e *Historia Constitucional*, N° 4, Oviedo, Junio 2003, <http://hc.rediris.es>.

⁵ Sobre el concepto de soberanía nacional en Sieyes y sobre su influjo en las Cortes de Cádiz, me extiende en *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1982 (una nueva edición de esta obra verá la luz a lo largo de 2010 en el CEPC). Vuelvo a estas cuestiones en mi libro *El Conde de Toreno (1786-1843). Biografía de un Liberal*, prólogo de Miguel Artola, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Por supuesto, no se ajustaría a la realidad olvidar la presencia en el siglo XVIII de un pensamiento constitucional británico antihistoricista (Paine es un buen ejemplo)⁶. Tampoco lo sería reducir el pensamiento constitucional francés y español de ese siglo al iusnaturalista y revolucionario, pues ello supondría no tener en cuenta, en el caso de Francia, el muy interesante pensamiento historicista y reformista desde Montesquieu a los “notables”, con indudable influjo en el constitucionalismo más conservador de la Restauración⁷; ni tampoco, en el caso de España, el pensamiento de Jovellanos, el más importante teórico de la “constitución histórica”, cuya influencia en este país a lo largo del siglo XIX fue decisiva⁸.

Pero, con carácter general, puede afirmarse que mientras el constitucionalismo historicista, de particular influencia en la Gran Bretaña, quiso acomodar las doctrinas constitucionales a las normas e instituciones que conformaban una determinada Constitución histórica, más o menos viva, el constitucionalismo racionalista, cuyo prototipo es el francés del siglo XVIII, pretendió hacer justamente al revés: modelar las normas y las instituciones constitucionales de acuerdo con unas doctrinas diseñadas *ex novo* previamente y haciendo *tabula rasa* del derecho y de las instituciones vigentes⁹.

Pero al historiador del constitucionalismo no le basta con ensamblar la perspectiva normativo-institucional con la doctrinal, sino que además debe conectar las normas, las instituciones y las doctrinas constitucionales con la sociedad en la que se insertan. Una conexión que le obliga a conocer, aunque sólo sea de forma instrumental, la realidad histórica en su conjunto, sobre todo la política y la intelectual. Volviendo a los ejemplos antes citados, tanto el concepto de soberanía del Parlamento que sostuvo Hume como el de soberanía nacional que defendieron Sieyes y los liberales españoles en Cádiz, no pueden entenderse más que en el contexto de la lucha política e intelectual en que tales conceptos se formulan. En el caso de Hume, en pugna con los *tories* jacobitas, aferrados a la soberanía de los reyes, y con algunos sectores *whigs*, defensores de las tesis lockeanas de la soberanía del pueblo. En el caso de Sieyes, en liza con los “notables”, que deseaban mantener la soberanía del rey, aunque limitada en su ejercicio por las antiguas leyes fundamentales de la monarquía. Y, en fin, en el

⁶ Sobre Paine, *vid.*, mi monografía Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2002, pp. 99 y ss, traducida al italiano con el título, más adecuado, *Governo e partiti nel pensiero britannico (1690-1832)*, Giuffrè, Milán, 2007.

⁷ *Cfr.* mi artículo Constitución histórica y anglofilia en la Francia pre-revolucionaria (la alternativa de los “Notables”), publicado primero en *VV. AA. Visión Iberoamericana del Tema Constitucional*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003, pp. 23-39, y más tarde en el *Giornale di Storia Costituzionale*, Nº 9, 2005, pp. 53-62.

⁸ *Cfr.* mi artículo “La doctrina de la Constitución Histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845”, *Revista Española de Derecho Político (REDP)*, Nº 39, Madrid, 1995, pp. 45-79. Este artículo se ha incluido en mi libro *Política y Constitución en España (1808-1978)*, CEPC, Madrid, 2007, prólogo de Francisco Rubio Llorente.

⁹ Por eso, el momento de partida para estudiar la historia constitucional de una nación no puede ser la fecha en que se aprobó su primer texto constitucional. El historiador del constitucionalismo debe estudiar también las doctrinas constitucionales que le precedieron, sin las cuales este texto no se comprende plenamente. Desde este punto de vista, la historia constitucional de los Estados Unidos no comienza en 1787, ni la francesa en 1789, ni la española en 1808. Antes de esas fechas se produjo un debate constitucional que el historiador del constitucionalismo debe conocer y estudiar. En lo que concierne al vínculo entre doctrinas políticas e historia constitucional resultan de interés las recientes observaciones de Alfred Dufour en *Considérations inactuelles sur les rapports entre doctrines politiques e histoire constitutionnelle*, «*Giornale di Storia Costituzionale*», Nº 2, 2001, pp. 15-20.

caso de los liberales doceañista, en controversia con los diputados realistas, agrupados en torno a la tesis escolástica de la soberanía compartida entre el rey y el reino, y con los diputados americanos, quienes defendían la soberanía de las provincias ultramarinas, de acuerdo con una curiosa mezcla de doctrinas procedentes de las Leyes de Indias y de Francisco Suárez, del iusnaturalismo germánico (Grozio, Puffendorff) y de Rousseau.

II. LAS NORMAS Y LAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES: EL TEXTO Y EL CONTEXTO, LA PERMANENCIA Y EL CAMBIO

Al estudiar una Constitución- o cualquier otra norma materialmente constitucional- el historiador del constitucionalismo debe tener en cuenta que su objeto de estudio es un derecho no vigente. Incluso cuando analiza una Constitución histórica todavía en vigor- por ejemplo la británica o la de los Estados Unidos de América- lo que debe interesarle es su génesis y desarrollo, no el resultado final al que ha llegado, que es el objeto de estudio del constitucionalista, lo que no es óbice para que el estudio de la Historia constitucional pueda resultar muy útil también para explicar y comprender mejor el constitucionalismo vigente. Si el constitucionalista se pregunta por el sentido que actualmente cabe darle a esta Constitución, el historiador del constitucionalismo debe preguntarse ante todo cómo fue interpretada y aplicada en el pasado por los protagonistas de la acción política (jefes de Estado, ministros, parlamentarios) y por los distintos operadores jurídicos (jueces y doctrina científica), además de interrogarse por su eficacia en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo que no impide que el historiador del constitucionalismo lleve a cabo también su propia interpretación gramatical, teleológica y sobre todo sistemática de los textos normativos que estudia, poniendo en relación unos preceptos con otros, con el objeto de desvelar su lógica interna, el sentido de esos textos: la *voluntas legis* y no sólo la *voluntas legislatoris*.

En lo que concierne a las instituciones, el historiador del constitucionalismo debe esforzarse por advertir sus transformaciones por encima de su aparente quietud¹⁰. A este respecto cobra una especial relevancia el estudio de las convenciones constitucionales, mediante las cuales se fueron modificando las instituciones sin que necesariamente se alterasen las normas escritas que las regulaban¹¹. La importancia de las convenciones es particularmente relevante en la historia constitucional de la Gran Bretaña, en donde, como es bien conocido, la transferencia del poder del monarca a un Gabinete responsable sobre todo ante los Comunes, se fue llevando a cabo, desde comienzos del siglo XVIII, mediante un conjunto de convenciones o reglas no escritas, sin que se modificase la legislación aprobada por el Parlamento, al menos hasta comienzos del siglo XX, aunque no es menos cierto que esta transferencia de poder, que supuso el tránsito de la monarquía constitucional a la monarquía parlamentaria, intervinieron también los jueces¹².

¹⁰ Merece la pena, a este respecto, traer a colación estas palabras del gran historiador español del derecho, Francisco Tomás y Valiente: "el problema que el historiador de las instituciones habrá de resolver consiste en descubrir, dentro del largo período de duración de las instituciones estudiada, su propia dinámica, su peculiar ritmo de cambio, apenas perceptible, por lo general, si se la contempla de prisa o si se pretende medirlo con el reloj de la *histoire événementielle*. Pero no hay instituciones inmóviles ni inmutables" *Historia del Derecho e Historia*, en *Obras Completas*, CEC, Madrid, 1997, IV, p. 3294.

¹¹ Entre una abundante bibliografía, vid., la clásica obra de G. Marshall, *Constitutional Conventions, the Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, así como la de P. Avril, *Les conventions de la constitution*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1997.

¹² Me he ocupado de ello en *El constitucionalismo británico entre dos revoluciones (1688-1789)*, en

Esas convenciones desempeñaron también un destacadísimo papel en otras monarquías constitucionales europeas del siglo XIX, como la belga. Sin embargo- y eso es lo que ahora interesa resaltar- no siempre los estudiosos del Derecho constitucional destacaron su importancia. El ejemplo más significativo es el de Blackstone, sin duda el jurista inglés más influyente del siglo XVIII, quien mantuvo respecto de ellas un elocuente silencio, que contrasta con la actitud de Burke. Pero más significativo resulta comprobar que incluso muchos historiadores del constitucionalismo inglés pasaron por alto estas reglas no escritas, que transformaron de forma decisiva el acuerdo constitucional de 1688. En realidad, con la excepción de Hume, en estas convenciones no insistió la historiografía británica hasta comienzos del siglo XIX. Todavía en 1827, por citar un ejemplo, Henry Hallam, en su *The Constitutional History of England*, seguía afirmando la continuidad constitucional inglesa desde la revolución de 1688, a la vez que consideraba a la Carta Magna un documento de igual naturaleza que el *Bill of Rights*. Frente a esta actitud, algunos historiadores románticos, como James MacKintosh y William Betham, insistieron en el cambio constitucional que se había ido llevando a cabo en la Gran Bretaña desde 1688, más allá de su aparente continuidad. No obstante, quien insistió con más agudeza en esta nueva perspectiva de la historia constitucional no fue propiamente un historiador, sino un jurista, hoy olvidado, incluso por los propios ingleses: J. J. Park, en quien se aprecia tanto el influjo de Savigny como el de Comte. En su libro *The Dogmas of the Constitution*, publicado en 1832, Park analiza de forma muy aguda las transformaciones constitucionales que se fueron produciendo desde la revolución de 1688, denunciando las interpretaciones tradicionales, de Montesquieu, De Lolme y sobre todo de Blackstone, inspiradas más en la letra que en el espíritu de la Constitución, en la “constitución formal” que en la “Constitución real”-una distinción clave, sobre la que volveré más tarde-, lo que había llevado a estos autores a reparar en la permanencia de las normas y de las instituciones, sin tener en cuenta el profundo cambio que en ambas habían llevado a cabo las reglas no escritas acordadas por los protagonistas de la política¹³.

En lo que concierne al estudio histórico de las instituciones, merece la pena insistir en la importancia- también en la dificultad- que encierra el estudio de la Corona, *nomen iuris* de la jefatura de Estado monárquica en varias naciones, entre ellas la Gran Bretaña y España, cuyo titular es el rey o la reina. Al estudiar la Corona, el historiador debe, desde luego, describir su posición constitucional a partir de su *status* normativo y de las convenciones que se fueron imponiendo con el transcurso del tiempo, con el propósito de analizar, por ejemplo, su participación, *de iure* y *de facto*, en la función legislativa o en la dirección política del Estado, poniendo de relieve el uso o el desuso (la *desuetudo*) del veto regio a los proyectos de ley aprobados por el Parlamento. Pero además de eso, resulta indispensable que se ocupe de mostrar la función integradora de la Corona, en la que insistió de forma muy penetrante Ru-

Joaquín Varela Suanzes- Carpegna (Coordinador), “Modelos constitucionales en la historia comparada”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, Nº 2, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2000, pp. 25-96; así como en la obra, ya citada, *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park*.

¹³ Cfr. mi Estudio Preliminar a J. J. Park, *Los Dogmas de la Constitución*, traducción al español a cargo de Ignacio Fernández Sarasola, Istmo, Madrid, 1999, pp. 16, 30 a 43 y 5, así como mi mencionado estudio *La soberanía en la doctrina británica* (de Bracton a Dicey). Como pongo de relieve en estos trabajos, esta manera de aproximarse al constitucionalismo, en el que un poco antes que Park habían insistido también Thomas Erskine y Lord John Russell, tendría después un brillante desarrollo en el ámbito de la teoría político-constitucional (Henry G. Grey, Stuart Mill y Walter Bagehot), en el de la Filosofía del Derecho (Austin), en el *Derecho Constitucional* (Dicey) y en la propia *Historia constitucional* (Maitland).

dolf Smend¹⁴, como símbolo y encarnación o representación del Estado (una función integradora más acusada en un rey que en un Presidente de la República), lo que requiere examinar el papel del monarca en el seno de la vida política nacional y su arraigo social, sin olvidarse de su papel moderador o arbitral¹⁵.

En definitiva, pues, cuando el historiador del constitucionalismo analiza las normas y las instituciones debe poner de relieve su permanencia, pero también su cambio. Un cambio que no sólo se lleva a cabo mediante la reforma del texto constitucional, sino merced a las reformas de otras normas materialmente constitucionales, así como a través de las convenciones y en virtud de la jurisprudencia de los tribunales, sin necesidad de que haya habido una reforma expresa de texto normativo alguno. Dicho con pocas palabras, el historiador del constitucionalismo debe tener en cuenta tanto la *Vefassungswandlung* como la *Verfassungänderung*, esto es, las “reformas constitucionales” y las “mutaciones Constitucionales”¹⁶.

III. DOCTRINAS Y CONCEPTOS CONSTITUCIONALES: SU CONTENIDO JURÍDICO

El estudio histórico de las doctrinas constitucionales plantea problemas de muy distinta naturaleza en función del tipo de fuentes a través de los cuales tales doctrinas se expresan. No es lo mismo estudiar un folleto destinado a la acción política, como *Thoughts on the Cause of the Present Discontents* (1770), de Burke, y *La Monarchie selon la Charte* (1816), de Chateaubriand, que una publicación de carácter académico, como la *Algemeine Staatslehre* (1900), de Jellinek. Los dos primeros, como es lógico, exigen que el historiador del constitucionalismo ponga el acento en el ambiente político, mientras que este último requiere hacer hincapié sobre todo en el contexto intelectual y científico. En cualquier caso, en los tres textos mencionados el historiador se encuentra con una doctrina ya elaborada. No ocurre así, en cambio, cuando se trata de estudiar los debates parlamentarios, que suministran una información muy importante, sobremanera cuando los Parlamentos tienen una naturaleza constituyente, como la Convención de Filadelfia, la Asamblea francesa de 1789 o las Cortes de Cádiz. En estos casos, después de una atenta lectura de los debates parlamentarios, corresponde al historiador reconstruir la doctrina constitucional que se expone en esos debates, para lo que resulta muy

¹⁴ Cfr. Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), traducción española *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985, especialmente pp. 73-74, 144-145, 152-154, 160-161, 169-173, 204 y 221.

¹⁵ Estas funciones simbólicas, representativas y arbitrales del monarca, en las que ya había insistido agudamente Benjamín Constant y más tarde Walter Bagehot, se recogen en el artículo 56 de la vigente Constitución española, que dice así: “El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes”. Sobre Constant me extiendo en *La Monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant* (Inglaterra como modelo), *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 10, 1991, pp. 121-138. De Bagehot, y de su influjo en España, me ocupo en el *Estudio preliminar* a su obra *La Constitución Inglesa*, CEPC, Madrid, 2009 (en prensa).

¹⁶ La distinción entre ambos conceptos está presente en Laband y Jellinek. De este último puede verse la versión española, a cargo de P. Lucas Verdú y C. Förster, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991; pero el clásico libro sobre la materia es el de Hsü-Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, Berlin und Leipzig, 1932, traducido al español por los mismos autores con el título *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1998.

útil agrupar a los miembros de estas Asambleas en “tendencias constitucionales” (que no coinciden necesariamente con los partidos políticos), de acuerdo con las propuestas que defendieron respecto de la organización del Estado y de sus relaciones con la sociedad. Unas propuestas que conforman auténticos “modelos constitucionales” en liza, que el historiador debe también examinar¹⁷.

Dentro de las doctrinas constitucionales interesa muy particularmente al historiador examinar los conceptos que puedan formularse, de manera expresa o implícita. Una cosa es la doctrina constitucional, por ejemplo de Burke, de Chateaubriand y de los “patriotas” franceses de 1789, y otra distinta los conceptos de “Constitución”, de “monarquía” y de “partido político” que estos autores y esta tendencia sostuvieron. Las doctrinas constitucionales se componen de un conjunto más o menos sistemático de ideas en torno a la organización del Estado, elaboradas por un autor o una “tendencia constitucional”. Los conceptos constitucionales son mucho más precisos y concretos, se reflejan en un término o palabra y su paternidad es mucho más variada, puesto que pueden formularlos todos los protagonistas de la vida política y jurídica: monarcas, ministros, parlamentarios, jueces, publicistas y profesores, además de expresarse mediante una variedad enorme de fuentes, como los textos normativos, las actas de un Consejo de ministros, los discursos parlamentarios, la jurisprudencia de los tribunales, la prensa y los opúsculos políticos, los manuales académicos, las enciclopedias y los diccionarios e incluso documentos anónimos, como panfletos clandestinos.

Las doctrinas y los conceptos constitucionales pueden tener un mayor o menor contenido jurídico. Desde este punto de vista, es preciso distinguir entre los países anglosajones o de *common law* y los europeos continentales. En los primeros, la reflexión intelectual sobre el Estado constitucional ha estado más apegada al ordenamiento jurídico, a veces formalmente muy estable, como en la Gran Bretaña y los Estados Unidos. Los ya citados *Commentaries* de Blackstone, de gran influjo también al otro lado del Atlántico, son a este respecto paradigmáticos. Por otro lado, en los países anglosajones la juridificación de las doctrinas y de los conceptos constitucionales se debe en gran medida a que los jueces son auténticos creadores de derecho- también de derecho constitucional- y no sus meros intérpretes y aplicadores, como ocurre en la Europa continental. La Constitución británica, como es bien sabido, es en buena medida una *judge-made constitution*. Al interpretarla y aplicarla, por ejemplo en materia de derechos individuales, las sentencias judiciales (su *ratio decidendi*, no los *obiter dicta*) van conformando una doctrina y sentando unos precedentes, a los que deben atenerse posteriormente los jueces para resolver casos similares. En los Estados Unidos la jurisprudencia de la *Supreme Court* tuvo un papel decisivo en esta labor juridificadora. Baste recordar el concepto de *judicial review of legislation*, que acuñó el juez Marshall, Presidente de este Tribunal, en 1803, de acuerdo con algunos preceptos de la propia Constitución de 1787. Un con-

¹⁷ De acuerdo con los conceptos histórico-constitucionales de “tendencias” y “modelos”, estudié las doctrinas defendidas en las Cortes de Cádiz en mi citado libro *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*. Lo hice también en relación a la Asamblea francesa de 1789 en *Mirabeau y la monarquía o el fracaso de la clarividencia*, “Historia Contemporánea”, Nº 12, Bilbao, 1995, pp. 230-245. Utilizo, asimismo, el concepto de “modelo constitucional” en *Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada*, que sirvió de *Introducción* al libro *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, CEPC, Madrid, 1988, pp. XVII-XXX. Este concepto me ha servido también para concebir y coordinar el libro colectivo, ya citado, “*Modelos constitucionales en la historia comparada*”. Por último, he utilizado el concepto de “modelo” en *La construcción del Estado en la España del siglo XIX una perspectiva constitucional*, *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 6, Enero- Abril, 1999, pp. 71-81. Un artículo este último que se ha incluido en mi citado libro *Política y Constitución en España (1808-1978)*.

cepto en el que se concretaba la doctrina- defendida antes por Hamilton en *The Federalist*- de la supremacía de la Constitución federal sobre las demás leyes y normas del ordenamiento, tanto las federales como las de los Estados miembros de la Federación, lo que suponía, a la vez, apuntalar el propio Estado Federal¹⁸.

En la Europa continental, en cambio, la juridificación de los conceptos político-constitucionales comenzó en la segunda mitad del siglo XIX, por obra de la doctrina científica, aunque no debe desdeñarse en absoluto la labor llevada a cabo por algunos tribunales, incluso años antes. Citaré a este respecto un ejemplo. La doctrina político-constitucional de Benjamín Constant sobre el poder neutro, expuesta durante la Restauración, implicaba, como es bien sabido, distinguir entre el monarca, como jefe del Estado, y el Gobierno, además de entre éste y la Administración. Pues bien, tales premisas- en las que insistieron más tarde Thiers, Prevost-Paradol y Bagehot- sentaron las bases para que el *Conseil d'Etat* distinguiese, también durante la Restauración, entre los actos jurídicos del Gobierno y sus actos políticos, así como, más tarde, entre la función ejecutiva del Gobierno y su actividad política o *extra iuris ordinem*, lo que resultó decisivo para la formación del Derecho administrativo francés y, a la vez, para la delimitación del concepto de “función de gobierno” o de “*indirizzzo politico*”, en el que insistiría la doctrina constitucional italiana del siglo XX (Crisafulli, Lavagna, Virga y Mortati).

No obstante, el protagonismo en la labor juridificadora de las doctrinas constitucionales en la Europa continental no recayó en la jurisprudencia, sino en la doctrina científica. Si hasta entonces en estos países habían sido sobre todo los filósofos y los políticos los que se habían ocupado de reflexionar sobre el Estado constitucional en ciernes (filósofos y políticos que, por supuesto, habían tenido también un papel decisivo en la Gran Bretaña y los Estados Unidos), a partir de la segunda mitad del siglo XIX, consolidado ya ese Estado en la Europa occidental, son los juristas, y muy particularmente los profesores de Derecho, los que se ocupan predominantemente de esta reflexión¹⁹. Las doctrinas y los conceptos político-constitucionales (como el de *Rechtsstaat*, acuñado por Von Mhöl, siguiendo a Kant, y réplica del anglosajón *rule of law*) se fueron depurando y transformando en doctrinas y conceptos jurídico-constitucionales, pese a que la Constitución careciese en Europa de valor normativo hasta el siglo XX. Esta labor juridificadora, en la que se enmarca la creación de la Ciencia del Derecho Constitucional como un rama de la ciencia jurídica, estuvo impulsada muy especialmente por el positivismo jurídico, que dominó la reflexión constitucional europea hasta los años treinta del siglo XX. A tenor de este proceso purificador se articularon auténticas “dogmáticas” jurídico-constitucionales, desligadas deliberadamente de la realidad política y social, con la pretensión de explicar e interpretar el ordenamiento constitucional de una nación, como en el ámbito del Derecho privado se hacía para explicar la propiedad o la familia merced a los conceptos suministrados en buena medida por el Derecho Romano. En tales

¹⁸ Del concepto de Constitución como norma suprema me ocupo en *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, “*Giurisprudenza Costituzionale*”, Anno XXXIX, fasc.5, 1994, pp. 3313-3338, recogido más tarde en Alessandro Pace/ Joaquín Varela, *La rigidez de las Constituciones escritas*, CEC, Madrid, 1995. Sobre este asunto, vid. asimismo, Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1994; y Mauricio Fioravanti, *Costituzione, Il Mulino*, Bologna, 1999; traducción española: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2000.

¹⁹ En estos extremos insisto en “¿Qué ocurrió con la ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo XIX?”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N° 9, 1997, pp. 71-128, Murcia, 1997; y *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, N° 14, Madrid, 1999, pp. 93-168. Este trabajo se recoge en mi citado libro *Política y Constitución en España (1808-1978)*.

planteamientos se basaron las grandes construcciones doctrinales de Gerber, Laband y Jellinek en Alemania, de Orlando en Italia, de Dicey en la Gran Bretaña y, más tardíamente, de Esmein y Carré de Malberg en Francia.

La crisis del positivismo jurídico que podríamos llamar “clásico” -a quien, con todas sus insuficiencias, se debe la creación del moderno Derecho Constitucional- sobre todo a partir de los años treinta del pasado siglo, entorpeció el proceso juridificador de las doctrinas y los conceptos constitucionales, que volvieron a reinsertarse en su contexto histórico, social y político, como defendieron no sólo algunos historiadores, por ejemplo Otto Hintze²⁰ y sobre todo Otto Brunner²¹, sino también no pocos cultivadores del Derecho Constitucional, entre ellos Carl Schmitt²², uno de los más agudos críticos del positivismo jurídico y, en particular, del normativismo kelseniano. Es indudable que la crítica al positivismo jurídico por parte de estos autores (y de otros muchos, como el ya mencionado Smend) resulta en buena medida muy útil todavía hoy para la Historia constitucional, aunque no necesariamente lo sea para el Derecho Constitucional ni mucho menos para la interpretación judicial del derecho²³. En cualquier caso, lo que hora importa subrayar es que los ataques al positivismo jurídico, aunque debilitaron la labor juridificadora de la doctrina constitucional, no impidieron que esa labor siguiese adelante, impulsada incluso por autores muy alejados del positivismo, como pone de relieve el mencionado concepto de *indirizzo* político. Es preciso tener en cuenta, además- y baste ahora mencionar este fenómeno, pues su examen nos llevaría muy lejos-, que la juridificación de los conceptos político-constitucionales cobró nuevo impulso en la Europa del siglo XX a resultas de la articulación de los Tribunales constitucionales en diversos países.

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LAS DOCTRINAS Y LOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES: “PRESENTISMO” Y “ADANISMO”

Me gustaría, por último, señalar que, sea cual fuere la fuente a través de la cual se expresen las doctrinas y los conceptos constitucionales, y con independencia de su mayor o menor contenido jurídico, el principal riesgo que debe evitar el historiador del constitucionalismo es el de interpretar esas doctrinas y conceptos desde el presente en vez de hacerlo desde la época en que tales conceptos surgieron. Dicho en pocas palabras: su principal riesgo es el *presentismo*, en el que han incurrido numerosos constitucionalistas, que suelen acercarse al constitucionalismo del pasado no tanto para comprenderlo y explicarlo, cuanto para justificar sus propias elaboraciones doctrinales. Así ha ocurrido, por citar un ejemplo señero, con Raymond Carré de Malberg, a mi juicio el más brillante exponente de la Ciencia del Derecho Constitucional en Francia, quien en su espléndida y sutilísima *Contribution a la Théorie*

²⁰ Cfr. Otto Hintze, *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1962.

²¹ Cfr. Otto Brunner, *Land und Herrschaft*, 1939. Sobre el gran historiador austriaco, *vid.* Helmut Quaritsch, *Otto Brunner ou le tournant dans l'écriture de l'Histoire constitutionnelle allemande*, «Droits», Nº 22, 1995, pp. 145-162.

²² Cfr. Por ejemplo, el trabajo de Carl Schmitt, bajo el reconocido influjo de Otto Brunner, *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958. Sobre la actitud de Schmitt ante la Historia constitucional, *vid.* Fulco Lancaster, “Carl Schmitt e la storia costituzionale”, *Quaderni Costituzionale*, Nº 3, 1986, pp. 487-510.

²³ En realidad, es perfectamente coherente aceptar la validez del positivismo jurídico-incluso del normativismo kelseniano- en el ámbito de la Teoría General del Derecho y del Derecho Constitucional y reconocer a la vez su escaso o nulo valor para la Historia Constitucional.

Générale de l'Etat, al extenderse sobre el concepto de soberanía en la Revolución francesa, atribuye a la doctrina constitucional de esa época una nítida distinción conceptual entre soberanía nacional y soberanía popular²⁴, que en realidad no se estableció con la nitidez y las consecuencias que Carré de Malberg señala hasta la monarquía de Julio²⁵.

El *presentismo* es la causa de muchos anacronismos, extrapolaciones y prolepsis o anticipaciones al examinar las doctrinas y los conceptos constitucionales. Y en él han incurrido también no pocos historiadores de las doctrinas políticas- algunos tan agudos como Otto von Gierke²⁶-, a veces más atentos al estudio de un repertorio de ideas invariable a lo largo del tiempo, que a ver el tiempo de tales ideas, es decir, su historicidad y, por tanto, su diverso sentido y propósito. Un peligro contra el que nos han alertado diversos autores a lo largo del siglo XX, como el mencionado Otto Brunner, codirector, junto a Reinhart Kosselleck y a Werner Conze, del *Diccionario de conceptos históricos básicos en lengua alemana*, elaborada desde 1972 hasta 1997 y sin duda el logro más brillante de la *Begriffsgeschichte*, promovida años antes por la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer y centrada sobre todo en la proyección de los conceptos políticos en la *praxis* social²⁷. Muchas de las premisas de esta *Begriffsgeschichte* resultan muy útiles también para el historiador de los conceptos constitucionales. Y lo mismo puede decirse de los planteamientos metodológicos de los integrantes de la llamada “Escuela de Cambridge”, en particular de Quentin Skinner y de J. G. A. Pocock, a quienes se debe una brillante revisión de la historia del pensamiento político, con el propósito de comprender mejor el sentido original de los textos del pasado y por consiguiente de las doctrinas que se expresan a su través. Si Skinner, como es bien sabido, es el creador del “método intencionalista”, con su hincapié no tanto en la doctrina en sí, cuanto en el *cómo* y el *para qué* de la misma, Pocock ha insistido en el análisis de los conceptos en el marco de los lenguajes o discursos políticos, que conforman un determinado *paradigma* interpretativo²⁸.

²⁴ Cfr. Contribution a la Théorie Générale de l'Etat, Paris, Sirey, 1920-1922, vol 2. pp. 152-197.

²⁵ En este extremo insiste Guillaume Bacot en su estudio Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale, éditions du CNRS, Paris, 1985, *passim*, y sobre todo pp. 14-18, 164-165 y 177-182. Vid, asimismo, Christoph Schönberger, *De la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple : mutation et continuité de la Théorie Générale de l'Etat de Carré de Malberg*, en «Revue Française d'Histoire des Idées Politiques», N° 4, 1996, pp. 297-316.

²⁶ Un autor que, pese a su frontal crítica al positivismo jurídico, sobre todo al de Laband, apenas se interesa por las circunstancias históricas de los conceptos que estudia, de ahí que incurra en extrapolaciones de bulto, por ejemplo cuando utiliza los conceptos de Estado y de soberanía en el contexto medieval, como hace en su conocida-y, por otro lado, espléndida-obra *Die publicistischen Lehren des Mittelalters* (1881), traducida al inglés por Maitland en 1900. Insisto en estos extremos en *Política y Derecho en la Edad Media*, comentario al libro de Otto Von Gierke, “Teorías políticas en la Edad Media”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 49, 1977, Madrid, 1995, pp. 335-351.

²⁷ Sobre esta escuela historiográfica, *vid*, en lengua española, Joaquín Abellán, Historia de los conceptos (*Begriffsgeschichte*) e historia social. A propósito del diccionario *Geschichtliche Grundbegriffe*, en S. Castillo (coor.), *La historia social en España. Actualidad y perspectivas*, Madrid, Siglo XXI, pp. 47-64; José Luis Villacañas y Faustino Oncina, *Introducción* a Kosselleck, Reinhart, y Gadamer, Hans-Georg, *Historia y Hermeneútica*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 9-53.

²⁸ En el Estudio Preliminar a la traducción española del deslumbrante libro de Pocock, *El momento maquiavélico* (Tecnos, Madrid, 2002), Eloy García expone los planteamientos historiográficos de este autor, su enorme influjo en diversos ámbitos culturales y lingüísticos, así como las tesis de otros miembros de la “Escuela de Cambridge”, como Skinner, pero también Peter Lasslett y John Dunn. Resulta también de interés la *Presentación* de Giuseppe Buttà al estudio de Pocock, *La ri-*

Siguiendo todos estos ejemplos- y algunos otros que podrían también ser útiles para el historiador de las doctrinas constitucionales, como los de la escuela francesa de Fontenay/Saint Cloud, impulsora del *Laboratoire de Lexicométrie et Textes Politiques*- el historiador del constitucionalismo debe tener siempre muy presente al estudiar las doctrinas y conceptos constitucionales que su objetivo fundamental es explicar su génesis y desarrollo, cómo y para qué se crearon, de qué forma se interpretaron, en estrecha conexión con el contexto político, social e intelectual en el que surgieron y sin perder de vista las conexiones con otras doctrinas y conceptos anteriores y coetáneos, tanto nacionales como extranjeros, así como el impacto normativo, institucional e intelectual que tuvieron en su época y después.

Ahora bien, tal actitud no debiera entenderse nunca como una patente de corso para echar por la borda los conceptos elaborados por la propia Historia Constitucional, a partir de un proceso racionalizador de su objeto de estudio. De lo contrario el *presentismo* se sustituiría por un *adanismo* científico insostenible, que convertiría al historiador del constitucionalismo en una especie de Sísifo intelectual, obligado a cargar y descargar sus conclusiones una y otra vez, sin incorporarlas a su propio acervo terminológico. Dicho de otra forma: la necesidad de situar los conceptos constitucionales en su tiempo, no debe suponer que la Historia constitucional, como todo saber que aspire a explicar científicamente una parcela de la realidad, renuncie a formular sus propios conceptos o categorías analíticas a la hora de examinar y exponer su objeto de estudio, como el de “modelo constitucional”, al que antes me referí, que resulta útil para sistematizar la historia constitucional, tanto comparada como nacional²⁹.

Por otro lado, el historiador del constitucionalismo al estudiar los conceptos constitucionales del pasado debe “traducirlos” al lenguaje actual, sin que nada le impida utilizarlos para explicar una realidad anterior, siempre y cuando ponga de relieve el carácter retrospectivo de esa aplicación. A este respecto, me parece oportuno subrayar que el historiador del constitucionalismo, sea cual su procedencia académica, debe poseer una sólida formación en Teoría de la Constitución. Un saber que puede definirse como una especie de Derecho constitucional común y general, elaborado a partir del examen de muy diversos ordenamientos constitucionales, vigentes o no, y que se ocupa, por citar algunos ejemplos, del concepto de Constitución, de las funciones que ésta cumple en el ordenamiento, de su elaboración, interpretación y reforma, así como de su defensa y garantía. De la misma manera que un historiador de la medicina o de la economía debe manejar con soltura los conceptos que le suministran la ciencias médicas y las económicas, un historiador del constitucionalismo debe conocer con precisión los conceptos elaborados por la Teoría de la Constitución, como el de “rigidez

costruzione di un impero, Sovranità britannica e federalismo americano, editada por Piero Lacaita Editore, Manduria, Bari, Roma, 1996, pp. IX-XXV, para el Laboratorio di Storia Costituzionale “Antoine Barvave”, de Macerata. Una interesante crítica a las tesis de la Escuela de Cambridge, y también de la *Begriffgeschichte*, en el trabajo de Lucien Jaume *El pensamiento en acción: por otra historia de las ideas políticas*, “Ayer”, Nº 53, Madrid, 2004, pp. 109-130. En general, resulta de mucho interés este número de “Ayer”, dedicado monográficamente a la “Historia de los Conceptos” y editado por Javier Fernández Sebastián y Juan Francisco Fuentes, así como el Nº 134 de la *Revista de Estudios Políticos*, dedicado de forma monográfica a “Historia, Lenguaje y política”, presentado por el mencionado Fernández Sebastián.

²⁹ O el de “principio estructural”, como conjunto de preceptos que delimitan la forma de Estado, un concepto de uso muy extendido entre los constitucionalistas españoles actuales y que yo mismo he utilizado para clasificar las constituciones históricas de mi país y para encajar en ellas la vigente Constitución de 1978, al resultar más precisa que la habitual dicotomía “constituciones conservadoras” y “constituciones progresistas” Cfr. “La Constitución de 1978 en la historia constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 69, Septiembre-Diciembre de 2003, pp. 31-67. Recojo este trabajo en mi citado libro *Política y Constitución en España (1808-1978)*.

constitucional” o el ya mencionado de “mutación constitucional”, que resultan sumamente útiles- en realidad imprescindibles- al historiador del constitucionalismo, aunque éste debe manejarlos con sumo cuidado, dejando claro su origen y procedencia.

Un ejemplo práctico- con el que voy a terminar estas reflexiones- puede ayudar a entender mejor lo que quiero decir con esta última observación. La distinción entre “constitución formal” y “Constitución material” la formula J. J. Park de forma explícita en el libro antes comentado, *The Dogmas of the Constitution*³⁰, aunque fue sobre todo el constitucionalista italiano Costantino Mortati quien la desarrollaría con gran brillantez en 1940³¹. Pues bien, esta distinción resulta de extraordinaria importancia para analizar el debate constitucional que tuvo lugar en la Gran Bretaña durante el siglo XVIII, que giró en gran medida entre los defensores de la Constitución formal (Bolingbroke y Blackstone, entre otros), tal como la había delimitado Locke inmediatamente después de la revolución de 1688, y los defensores de la Constitución material (como Walpole y Burke), que se había desarrollando a lo largo de esa centuria mediante convenciones y en la que destacaban como elemento central de esa Constitución el bipartidismo. ¿Es científicamente lícito que el historiador utilice esta distinción conceptual nacida en 1832 y desarrollada en 1940 para analizar y exponer la historia constitucional británica del siglo XVIII? Naturalmente que sí, al ser un útil instrumento analítico para estudiar esa época. Sencillamente, debe advertir que es posterior a la época que estudia³².

³⁰ Cfr. mi citado Estudio Preliminar a J. J. Park, *Los Dogmas de la Constitución*, pp. 27 y ss, así como el último capítulo de mi mencionado libro Sistema de Gobierno y partidos políticos (de Locke a Park).

³¹ Cfr. Costantino Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, 1940, reimpresa en 1998 por Giuffrè, Milán, 1998, con una *premesse* de Gustavo Zagrebelsky. Traducción española: *La Constitución en sentido material*, CEPC, Madrid, 2000, *Estudio Preliminar* y traducción de Almudena Bergareche Gros.

³² Otro concepto que puede ser útil para clasificar las “tendencias constitucionales” en la historia constitucional- en particular en la española del siglo XIX- es el de “liberalismo de izquierda”, pese a que durante esta época prefería hablarse de liberalismo “exaltado” o “avanzado”. Sobre este concepto me extiendo en *Retrato de un liberal de izquierda*, recogido en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (coordinador), *Álvaro Flórez Estrada (1766-1853). Economía, política, sociedad*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004. He incluido este trabajo en mi libro *Asturianos en la política española (pensamiento y acción)*, KRK ediciones, Oviedo, 2006.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

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

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO DEL ESTADO FEDERAL

1. *Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES): Liquidación.* 2. *Asignaciones Económicas Especiales.*

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional.* A. Poder Judicial. a. Código de Ética del Juez Venezolano. b. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. B. Poder Electoral: Registro Civil.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero.* A. Administración Financiera. B. Banco Central de Venezuela. C. Bonos de la deuda pública: Títulos de Capital Cubierto. 2. *Sistema de Planificación: Comisión Central de Planificación.* 3. *Sistema Impositivo: Declaraciones Electrónicas.*

IV. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores.* A. Tratados, Acuerdos y Convenios. 2. *Seguridad y Defensa.* A. Cuerpos de Policía. a. Régimen de permisos y licencias. b. Escala Especial de Sueldos.

V. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario.* 2. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras.* A. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. B. Apertura, traslado y cierre de agencias. C. Protección de usuarios. D. Adecuación de instalaciones. E. Tasas de interés. F. Tarifas y comisiones. G. Sudeban. a. Aportes. b. Peritos evaluadores. 3. *Régimen del Comercio Interno.* A. Comercio Informal. B. Precios mínimos pagados al productor. 4. *Régimen de Energía y Petróleo.* A. Energía: Servicio Eléctrico. 5. *Régimen Agrícola.* 6. *Régimen de los Seguros: Ley de la Actividad Aseguradora.*

VI. DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Educación.* 2. *Régimen de salud.* A. Autorización del comercio y consumo de alimentos y bebidas. 3. *Régimen de la Cultura: Patrimonio Cultural venezolano.* 4. *Régimen de la Ciencia y Tecnología.* 5. *Condecoraciones.*

VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales: Regulación de la pesca.* 2. *Régimen del Transporte y Tránsito.* A. Transporte y Tránsito Terrestre: Número de Identificación Vehicular (NIV). B. Transporte y Tráfico Aéreo: Regulaciones Aeronáuticas.

I. ORDENAMIENTO FEDERAL DEL ESTADO

1. *Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES): Liquidación*

Ley Especial de Liquidación del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES). *G.O.* N° 39.476 de 29-7-2010. (Véase *G.O.* N° 5.991 Extraordinario de esa misma fecha)

2. *Asignaciones Económicas Especiales*

Ley de Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Minas e Hidrocarburos. *G.O.* N° 39.476 de 29-7-2010 (Véase N° 5.991 Extraordinario de la *GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA*, de esta misma fecha).

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Judicial*

a. *Código de Ética del Juez Venezolano*

Ley de Reforma Parcial del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana. (Modificados los artículos 29, 34, 44, 61, 62, 74, 79, 82 y la Disposición Transitoria Tercera). *G.O.* N° 39.494 de 24-8-2010.

b. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. *G.O.* N° 39.476 de 29-7-2010. (Véase *G.O.* N° 5.991 Extraordinario de la misma fecha).

Aviso mediante el cual se corrige por error material la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sancionada el 11 de mayo de 2010 y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.991 Extraordinario, de fecha 29 de julio de 2010. *G.O.* N° 39.483 de 9-8-2010.

B. *Poder Electoral: Registro Civil*

Resolución N° 100623-0220 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se dictan las Normas para Regular los Libros, Actas y Sellos del Registro Civil. *G.O.* N° 39.461 de 8-7-2010.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero*

A. *Administración Financiera*

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. (Modificación del artículo 178). *G.O.* N° 39.465 de 14-7-2010.

B. *Banco Central de Venezuela*

Normas dictadas por el Banco Central de Venezuela que Regirán la Liquidación de las Transferencias de Fondos Interbancarios, en el Sistema de Liquidación Bruta en Tiempo Real del Banco Central de Venezuela. *G.O.* N° 39.494 de 24-8-2010.

C. *Bonos de la deuda pública: Títulos de Capital Cubierto*

Resolución N° 10-06-04 del Banco Central de Venezuela, por la cual se informa que a partir del 1° de junio de 2010, la valoración y registro contable de los títulos de capital cubierto, emitidos por el sector público nacional mantenidos por bancos, casas de cambio y demás instituciones financieras, públicas y privadas, se efectuará al tipo de cambio que en ella se indica. (4,30 por dólar, la valoración y registro contable de activos y pasivos en moneda extranjera; y 2,60 por dólar la valoración y registro contable de los títulos de capital cubierto emitidos por el sector público nacional). *G.O.* N° 39.461 de 8-7-2010.

Resolución N° 453.10 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), por la cual se dictan las Normas relativas a la aplicación y registro de los beneficios netos originados por la aplicación de la Resolución N° 10-06-04, emanada del Banco Central de Venezuela el 10 de junio de 2010. (Relativas a la valoración y registro contable de los títulos de capital cubierto, emitidos por el sector público nacional mantenidos por bancos, casas de cambio y demás instituciones financieras, públicas y privadas; y de los títulos de capital cubierto emitidos por el sector público nacional). *G.O.* N° 39.511 de 16-9-2010

2. *Sistema de Planificación: Comisión Central de Planificación*

Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación. *G.O.* N° 39.476 de 29-7-2010. (Véase *G.O.* N° 5.990 *G.O.* Extraordinario de la misma fecha).

3. *Sistema Impositivo: Declaraciones Electrónicas*

Providencia N° SNAT/2010/0051 del SENIAT, mediante la cual se establecen las Normas para la Transmisión Electrónica de la Declaración del Valor en Aduana. *G.O.* N° 39.507 de 10-9-2010.

4. *Sistema Nacional de Contrataciones*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas. *G.O.* N° 39.503 de 6-9-2010.

IV. **POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA**

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios*

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China sobre Cooperación para Financiamiento a Largo Plazo. *G.O.* N° 39.511 de 16-9-2010.

Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Osetia del Sur para el Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Osetia del Sur. *G.O.* N° 39.486 de 12-8-2010.

Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Abjasia para el Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Abjasia. *G.O.* N° 39.486 de 12-8-2010.

Memorándum de Entendimiento N° DM/180, para el Establecimiento de un Mecanismo de Consulta entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Uganda. *G.O.* N° 39.486 de 12-8-2010.

Resolución N° DM/168 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se suscribe el Protocolo Modificatorio al Memorándum 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° 39.470 de 21-7-2010.

Resolución N° DM/169 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se suscribe el Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Consultas Políticas entre este Ministerio y el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador. *G.O.* N° 39.470 de 21-7-2010.

Resolución N° DM/170 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se suscribe el Programa de Intercambio Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador para el periodo 2010-2012. *G.O.* N° 39.470 de 21-7-2010.

Resolución N° DM/171 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se suscribe el Memorándum de Entendimiento entre este Ministerio y el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Serbia, para la cooperación entre el Instituto de Altos Estudios Diplomáticos «Pedro Gual» y la Academia Diplomática «Koca Popovic». *G.O.* N° 39.470 de 21-7-2010.

Resolución N° DM/172 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se suscribe el «Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Consultas Políticas entre este Ministerio y el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Serbia». *G.O.* N° 39.470 de 21-7-2010.

Resolución N° DM/153 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se suscribe el «Programa de Cooperación en materia de Turismo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Portuguesa para el Período 2010-2012». *G.O.* N° 39.464 de 13-7-2010.

Resolución N° DM/154 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se suscribe el Programa Ejecutivo del Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria 2010-2012. *G.O.* N° 39.464 de 13-7-2010.

Resolución N° DM/155 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se suscribe el Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria. *G.O.* N° 39.464 de 13-7-2010.

2. *Seguridad y Defensa*

A. *Cuerpos de Policía*

a. *Régimen de permisos y licencias*

Resolución N° 260 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se dicta el Régimen de Permisos y Licencias de los funcionarios y funcionarias policiales en los Cuerpos de Policía Nacional Bolivariana y demás cuerpos de policía estatales y municipales. *G.O.* N° 39.516 de 23-9-2010.

b. *Escala Especial de Sueldos*

Decreto N° 7.646 de la Presidencia de la República, mediante el cual se aprueba la Escala Especial de Sueldos, aplicables a los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC). *G.O.* N° 39.500 de 1-9-2010.

Decreto N° 7.647 de la Presidencia de la República, mediante el cual se aprueba la Escala Especial de Sueldos, aplicables a los funcionarios del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN). *G.O.* N° 39.500 de 1-9-2010.

V. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario*

Convenio Cambiario N° 12. (Sobre comercialización de Oro y sus aleaciones).

Resolución N° 10-08-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas Relativas a las Operaciones en el Mercado de Divisas. *G.O.* N° 39.481 de 5-8-2010.

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

A. *Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*

Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. *G.O.* N° 39.491 de 19-8-2010.

B. *Apertura, traslado y cierre de agencias*

Resolución N° 375.10 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), por la cual se dictan las Normas para la Apertura, Traslado o Cierre de Agencias, Oficinas, Sucursales, Taquillas, Cajeros Automáticos o Electrónicos y otros Centros de Atención a Clientes y Usuarios, en el Territorio Nacional. *G.O.* N° 39.478 de 2-8-2010.

C. *Protección de usuarios*

Resolución N° 481.10 de la de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), por la cual se dictan las «Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros». *G.O.* N° 39.508 de 13-9-2010.

D. *Adecuación de instalaciones*

Resolución de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) N° 487.10, por la cual se dictan las «Normas relativas a la atención y adecuación de las instalaciones para las personas con discapacidad, de la tercera edad y mujeres embarazadas». *G.O.* N° 39.520 de 29-9-2010.

E. *Tasas de interés*

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela. (Tasas de Interés para: Prestación de Antigüedad, Adquisición de Vehículos, modalidad Cuota Balón; Operaciones con Tarjetas de Crédito; y Operaciones Crediticias destinadas al sector turismo). *G.O.* N° 39.484 de 10-8-2010.

Aviso Oficial. (Tasas de Interés para: Prestación de Antigüedad, Adquisición para vehículos modalidad “Cuota Balón”, Operaciones con tarjetas de crédito, Operaciones crediticias destinadas al sector turismo). *G.O.* N° 39.461 de 8-7-2010.

F. *Tarifas y comisiones*

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela (Límites máximos de comisiones, tarifas o recargos a cobrar por distintas operaciones y actividades). *G.O.* N° 39.494 de 24-8-2010.

G. *Sudeban*

a. *Aportes*

Resolución N° 340.10 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), por la cual se dictan las instrucciones relativas al pago del aporte especial que deben efectuar los bancos universales, bancos comerciales, bancos hipotecarios, bancos de inversión, bancos de segundo piso, bancos de desarrollo, arrendadoras financieras, fondos del mercado monetario, entidades de ahorro y préstamos, Instituto Municipal de Crédito Popular (I.M.C.P.), casas de cambio, operadores cambiarios fronterizos, fondos de capital de riesgo, sociedades de capital de riesgo, fondos nacionales de garantías recíprocas, sociedades de garantías recíprocas, los bancos sometidos a leyes especiales, entes intervenidos, estatizados, en liquidación en rehabilitación o sometidos a medidas administrativas y demás personas sujetas a la supervisión y control de esta Superintendencia. *G.O.* N° 39.465 de 14-7-2010.

b. *Peritos evaluadores*

Resolución N° 451.10 de la SUDEBAN, por la cual se dictan las «Normas Relativas al Registro de los Peritos Avaluadores». *G.O.* N° 39.500 de 1-9-2010.

3. *Régimen del Comercio Interno*

A. *Comercio Informal*

Resolución Conjunta N° DM/050, DM/SN, DM/022-10 y DM/SN de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Salud y para la Alimentación, por la cual se revoca la Resolución Conjunta N° DM/040/2010, DM/021/10 y DM/199, de fecha 21 de junio de 2010. (Publicada en la *G.O.* N° 39.454 - mediante la cual se estableció 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). *G.O.* N° 39.459 de 6-7-2010.

B. *Precios mínimos pagados al productor*

Resolución Conjunta N° DM/085, DM/066/2010, DM/039-10 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 Mínimo del Algodón en Rama pagado al Productor. *G.O.* N° 39.514 de 21-9-2010.

4. *Régimen de Energía y Petróleo*

A. *Energía: Servicio Eléctrico*

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 5.330, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico. (Modificados los artículos 1 al 9, 11 y 14). *G.O.* N° 39.494 de 24-8-2010.

B. *Petróleo: Gases licuados*

Resolución N° 125 del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, por la cual se establecen las Normas para el Almacenamiento y Comercialización en el Manejo de los Gases Licuados de Petróleo (GLP) en Cilindros, en Centros de Acopio y Estantes. *G.O.* N° 39.470 de 21-7-2010.

5. *Régimen Agrícola*

Ley de Supresión y Liquidación del Instituto Autónomo Corporación Venezolana Agraria (CVA). *G.O.* N° 39.476 de 29-7-2010. (Véase *G.O.* N° 5.990 Extraordinario de la misma fecha). 7. Régimen de los Hidrocarburos

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. *G.O.* N° 39.476 de 29-7-2010. (Véase *G.O.* N° 5.991 Extraordinario de la misma fecha).

6. *Régimen de los Seguros: Ley de la Actividad Aseguradora*

Ley de la Actividad Aseguradora. *G.O.* N° 39.476 de 29-7-2010. (Véase *G.O.* N° 5.990 Extraordinario de la misma fecha).

VI. DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Educación*

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio y para la Educación N° DM/045 y DM-058, por la cual se establece el procedimiento mediante el cual la Asamblea General Extraordinaria de Padres, Madres, Representantes y Responsables, determinará el monto de la matrícula y mensualidades en cada institución educativa privada del Subsistema de Educación Básica, conforme al porcentaje autorizado en la Resolución correspondiente. *G.O.* N° 39.460 de 7-7-2010.

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio y para la Educación DM/046 y DM-057, por la cual se fija para el año escolar 2010-2011, el ajuste en un porcentaje que no supere el veinte por ciento (20%), como límite máximo de aumento de la matrícula y mensualidades escolares en las instituciones educativas privadas del Subsistema de Educación Básica, ubicadas en todo el territorio nacional. *G.O.* N° 39.460 de 7-7-2010.

Resolución N° 549 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, por la cual se dictan los Lineamientos para la Evaluación del Desempeño Estudiantil en los Programas Nacionales de Formación. *G.O.* N° 39.483 de 9-8-2010.

2. *Régimen de la Salud*

A. *Médicos rurales*

Resolución N° 137 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, por la cual se establece que todos los médicos venezolanos deben prestar su servicio como médicos rurales en poblaciones rurales consideradas como tales aquéllas que comprenden las localidades o los centros poblados de menos de dos mil quinientos (2.500) habitantes, incluyendo la población diseminada. *G.O.* N° 39.495 de 25-8-2010.

B. *Autorización del comercio y consumo de alimentos y bebidas*

Resoluciones N° 138, 139, 140 y 141 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante las cuales se autoriza la Libre Venta y Consumo, en el territorio nacional, de los alimentos y bebidas que en ellas se mencionan. *G.O.* N° 39.495 de 25-8-2010.

3. *Régimen de la Cultura: Patrimonio Cultural venezolano*

Providencia N° 004/10 del Instituto del Patrimonio Cultural, por la cual se subsana el error material aparecido en el Catálogo del I Censo del Patrimonio Cultural Venezolano correspondiente al estado Vargas. (Reimpresión de su página 23 que indica como límite Oeste del Centro Histórico de Macuto a la Avenida La Playa, siendo lo correcto el río Macuto). *G.O.* N° 39.488 de 16-8-2010.

Providencia N° 017/10 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se dicta el Instructivo que regula el procedimiento de consulta obligatoria para la presentación y revisión de proyectos de intervención en los bienes inmuebles con valor patrimonial inscritos en el Registro General del Patrimonio Cultural. *G.O.* N° 39.511 de 16-9-2010.

4. *Régimen de la Ciencia y Tecnología*

Resolución N° 104 de los Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias, mediante la cual se dicta las Bases de los Premios Nacionales de Ciencia, Tecnología e Innovación. *G.O.* N° 39.472 de 23-7-2010.

5. *Condecoraciones*

Ley sobre la Condecoración Orden Libertadores y Libertadoras de Venezuela. *G.O.* N° 39.476 de 29-7-2010. (Véase *G.O.* N° 5.990 Extraordinario de esta misma fecha).

VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales: Regulación de la pesca*

Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras N° DM/052/2010, mediante la cual se dictan las Normas Técnicas de Ordenamiento para Regular la Pesquería Artesanal del Cangrejo Azul, *Callinectes Sapidus*, en el Lago de Maracaibo y el Golfo de Venezuela. *G.O.* N° 39.483 de 9-8-2010.

Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras N° DM/053/2010, mediante la cual dicha Resolución es aplicable para el año 2010, a los buques de Creco Clase 4 a 6, y de Palangre de más de 24 metros de eslora de bandera de la República Bolivariana de Venezuela que pesquen Atunes Aleta Amarilla (*Thunes Albacares*), Patudo (*Thunnus Obedus*), y Barrilete (*Katsuwonus Pelamis*), en la Zona comprendida entre el litoral de las Américas, en los paralelos que en ella se mencionan, debidamente autorizados para el Instituto Socialista de la Pesca y Acuicultura (INSOPESCA). *G.O.* N° 39.483 de 9-8-2010.

2. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre: Número de Identificación Vehicular (NIV)*

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias y para Relaciones Interiores y Justicia N° 064, 113 y 222, mediante la cual se establecen los procedimientos y metodología para la asignación, configuración y suspensión del Número de Identificación Vehicular (NIV); así como establecer los requisitos de contenido, estructura, especificaciones, localización, troquelado, marcado o estampado y fijación que debe reunir el Número de Identificación Vehicular (NIV), que en ella se especifican. (Para todos los vehículos a motor, incompletos, remolques y semiremolques). *G.O.* N° 39.496 de 26-8-2010.

B. *Transporte y Tráfico Aéreo: Regulaciones Aeronáuticas*

Providencia del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil N° PRE-CJU-020-10, por la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana 47 (RAV 47). *G.O.* N° 39.487 de 13-8-2010.

Providencia del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil N° PRE-CJU-020-10, mediante la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana 47 (RAV 47). *G.O.* N° 39.478 de 2-8-2010.

Providencia del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil N° PRE-CJU-353-09, por la cual se dicta la Regulación sobre las Condiciones Generales del Transporte Aéreo. *G.O.* N° 39.478 de 2-8-2010.

Comentarios Legislativos

¿POR QUÉ NO SE ENTIENDE EL ARTÍCULO 230 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL?

Claudia Nikken
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela

Resumen: *La Ley Orgánica de Poder Público Municipal, en su artículo 230, establece una limitación de importancia manifiesta a la autonomía municipal en cuanto a su “libertad” para determinar el destino de sus ingresos: se le obliga a destinar a la inversión al menos el cincuenta por ciento de los ingresos previstos. Esa norma, sin embargo, debe leerse como lo que es, es decir, como una limitación y, por ende, debe interpretarse de manera restrictiva. En otros términos, debe respetarse la autonomía municipal, a pesar de la limitación impuesta en la norma. Seguido, pues ello no se entiende así en la práctica, se trae la interpretación de la norma en cuanto se refiere a la ejecución presupuestaria y también, a fin de cuentas, en lo que atiene al significado de “gasto de inversión” de acuerdo con la propia Ley Orgánica del Poder Público Municipal.*

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en su artículo 230, establece lo siguiente:

De los ingresos previstos en el presupuesto municipal se destinará como mínimo, el cincuenta por ciento (50%) para ser aplicado a gastos de inversión o de formación de capital, entendiéndose como gasto de inversión aquéllos a los que le atribuye tal carácter la Oficina Nacional de Presupuesto y, dando preferencia a las áreas de salud, educación, saneamiento ambiental y a los proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del Municipio.

La norma transcrita establece evidentemente una limitación de la autonomía municipal, pues determina *a priori* como debe invertir sus ingresos¹. Se ha explicado esa limitación, que existía igualmente aunque en menor proporción en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal², en que se pretende evitar que los ingresos de los municipios sean destinados al gasto corriente (“burocracia”), en detrimento de la inversión que se espera realicen para dar cabal cumplimiento a su competencia constitucional y legal, siendo lo más importante, a fin de cuentas, “*el mejoramiento, en general, de la condiciones de vida de la comunidad*”³.

¹ Ver artículo 168, numeral 3, de la Constitución.

² Artículo 144.

³ Artículo 178 de la Constitución.

Porque establece una limitación a la autonomía municipal reconocida constitucionalmente, la norma debe ser interpretada de manera restrictiva. Es decir, a la norma tendría que entenderse en el sentido de que quede incólume la autonomía municipal, específicamente en lo que respecta a la potestad del municipio para definir en qué invertirá sus ingresos; lo cual a todo evento debe enmarcarse dentro de los parámetros constitucionales y legales aplicables, no sólo al ejercicio material de sus competencias, sino al gasto público.

En esa línea de razonamiento, hay que leer el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal en el sentido de que, en el momento de la formulación del presupuesto, *única oportunidad en la cual se prevén los ingresos del municipio*, debe destinarse al menos el cincuenta por ciento (50%) de esos ingresos a gastos de inversión o de formación de capital.

Lo anterior se traduce en que la norma no se aplicaría, en sí misma, a la ejecución presupuestaria, la cual está sujeta a otras normas, según se trate de la ejecución del gasto en sí o bien de las modificaciones presupuestarias permitidas por el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, resulta conveniente definir con claridad en qué consiste el gasto de inversión o de formación de capital, en los términos del artículo 230 analizado.

I. ALCANCE DEL ARTÍCULO 230 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN CUANTO SE REFIERE A LA EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA

A partir del reconocimiento constitucional de la autonomía municipal como manifestación del Poder Municipal –valga la redundancia–, entre cuyos componentes cuenta la facultad de los municipios de decidir sobre la inversión de sus ingresos, el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal debe leerse en el sentido de que, en el momento de la formulación del presupuesto, *única oportunidad en la cual se prevén los ingresos del municipio*, debe destinarse al menos el cincuenta por ciento (50%) de esos ingresos a gastos de inversión o de formación de capital.

Lo anterior se traduce en que la norma no se aplica, en sí misma, a la ejecución presupuestaria, la cual está sujeta a otras normas, según se trate de la ejecución del gasto en sí o bien de las modificaciones presupuestarias permitidas por el ordenamiento jurídico.

1. *La ejecución del gasto y el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*

Existe un principio de acuerdo con el cual los presupuestos públicos deben ser ejecutados, tanto a nivel de ingresos como a nivel de gastos. Es decir, las autoridades públicas no están facultadas para decidir discrecionalmente si recaudan o no, o si gastan lo recaudado o no. Por aplicación de este principio, el artículo 61 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público dispone lo siguiente⁴:

Si de la evaluación de los resultados físicos se evidenciare *incumplimientos injustificados* de las metas y objetivos programados, la Oficina Nacional de Presupuesto actuará de conformidad con lo establecido en el Título IX de esta Ley (énfasis añadido).

El Título IX de la ley en análisis se refiere a las responsabilidades. En cuanto nos interesa, el artículo 165 contenido en dicho título es del tenor siguiente:

⁴ Esta norma resulta aplicable a los municipios, en cuanto corresponda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Si de la evaluación de los resultados físicos de la ejecución presupuestaria se evidenciare *incumplimientos injustificados* de las metas y objetivos programados, la Oficina Nacional de Presupuesto informará dicha situación a la máxima autoridad del ente u organismo, a la respectiva Contraloría Interna y a la Contraloría General de la República, a los fines del establecimiento de las responsabilidades administrativas a que haya lugar (énfasis añadido).

En ese sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 91, numeral 10, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, *constituye supuesto de responsabilidad administrativa*.

La falta de planificación, así como el *incumplimiento injustificado* de las metas señaladas en los correspondientes programas o proyectos (énfasis añadido).

Concatenando las normas citadas, es claro que resulta obligatorio, so pena de incurrir en responsabilidad, ejecutar los presupuestos –de ingresos y gastos-, a todo nivel, incluso a nivel municipal, *salvo que medie causa que justifique el incumplimiento*.

Todo para decir que, en y por principio, de acuerdo con lo establecido en las normas antes transcritas, la ejecución del presupuesto municipal es obligatoria; por lo que, necesariamente y en la medida en que así haya sido establecido en la ordenanza correspondiente, debe cumplirse la previsión del artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal; es decir, el gasto físico de inversión debe representar al menos el cincuenta por ciento (50%) del ingreso físico.

No obstante el principio señalado, y también conforme a las normas financieras antes citadas, *la obligación* de cumplimiento de metas y, en consecuencia, de ejecución del presupuesto *no es tal cuando median causas justificadas*.

Pueden ocurrir, al menos, tres supuestos que justificarían la falta de cumplimiento de metas y, por lo tanto, de ejecución presupuestaria:

- Disminución de los ingresos
- Aumento de precios o salarios por disposición presidencial por encima de lo previsto
- Hechos sobrevenidos que impliquen la ejecución de gastos no presupuestados

El primero de los supuestos es el más relevante en lo que nos interesa: si disminuye el ingreso, por ejemplo, por concepto de situado constitucional, no podría jurídicamente sostenerse que entre las medidas que debe tomar el alcalde o alcaldesa concernido cuenta disminuir el gasto corriente en cuanto se refiere a gastos de personal, a fin de mantener el llamado equilibrio entre el gasto de inversión y el gasto corriente.

En conclusión, y con base en las normas citadas, es cierto que en la ejecución del gasto debe guardarse la proporción establecida en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *salvo que medie causa que justifique el incumplimiento*.

2. *El artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y las modificaciones presupuestarias*

La ejecución del presupuesto no consiste únicamente en recaudar y gastar. De acuerdo con la legislación sobre la materia, la ejecución presupuestaria comprende igualmente las “modificaciones presupuestarias”.

Las modificaciones presupuestarias nacionales –que en nuestro caso son referencia obligada- están reguladas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sus reglamentos y demás instrumentos dictados, entre otros, por la Oficina Nacional de Presupuesto.

En el caso específico de los municipios, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece lo siguiente:

1. En el presupuesto de gastos debe incorporarse una partida denominada “rectificaciones al presupuesto”, cuyo monto no puede exceder el 3% del total de ingresos estimados en la ordenanza, excluyendo los ingresos asignados por leyes específicas. El alcalde puede disponer de este crédito para atender gastos imprevistos que se presenten en el transcurso del ejercicio, para aumentar los créditos presupuestarios que resulten insuficientes. Salvo en casos de emergencia, los recursos de este crédito no pueden destinarse a crear nuevos créditos ni a cubrir gastos cuyas asignaciones hayan sido disminuidas por mecanismos formales. No se pueden decretar créditos para rectificaciones al presupuesto, ni la partida incrementada mediante traspaso (artículo 240).

2. El alcalde, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos que establezcan las disposiciones generales de la ordenanza de presupuesto, puede acordar traspasos de créditos entre partidas, proyectos, subprogramas, programas y otras categorías presupuestarias equivalentes (artículo 241).

3. El concejo municipal, a solicitud del alcalde, puede aprobar créditos adicionales al presupuesto de gastos para cubrir gastos necesarios no previstos en la ordenanza o créditos presupuestarios insuficientes. Estos créditos adicionales pueden financiarse con (artículo 246):

- recursos que provengan de un mayor rendimiento de los ingresos calculados en la ordenanza, certificados por el tesorero municipal;
- economías en los gastos que se hayan logrado o se estimen en el ejercicio;
- existencias en el tesoro, no comprometidas y debidamente certificadas por el tesorero municipal;
- con aportes especiales acordados por los gobiernos nacional o estatal;
- con otras fuentes de financiamiento que apruebe el concejo municipal, de conformidad con las leyes.

3. *Las insubsistencias son anulaciones totales o parciales de créditos presupuestarios, que reflejan economías en los gastos (artículo 246)*

Queda claro así que, y aunque parezca de Perogrullo, en el ámbito municipal también existen las modificaciones presupuestarias. Se hace este enfático señalamiento en razón de que, de ser cierto que la proporción señalada en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal debe mantenerse en la ejecución, incluidas las modificaciones presupuestarias, estas no tendrían en principio sentido ni razón de ser.

En efecto, en el caso de las rectificaciones, los traspasos y los créditos adicionales, su justificación está en la necesidad de cubrir *gastos imprevistos*, o bien *aumentar créditos presupuestarios que resultan insuficientes*.

No se señala en ninguna norma que los gastos imprevistos o los créditos insuficientes deban ser de inversión o formación de capital; por lo tanto la imprevisión del gasto o la insuficiencia del crédito puede referirse a gastos corrientes o a gastos de capital.

Tampoco se señala que, cuando el gasto imprevisto o el crédito insuficiente sean del tipo *corriente*, es necesario *crear* un gasto o *aumentar* un crédito de inversión, en proporción al gasto corriente que justifica en primera instancia la modificación presupuestaria.

En otro orden, pero en el mismo sentido, no es posible afirmar con base jurídica que si se decreta la insubsistencia de un crédito de inversión porque se decide, por ejemplo, no ejecutar una obra por razones climáticas, es obligatorio decretar una insubsistencia proporcional en lo que se refiere al gasto corriente, por ejemplo, en materia de compra de insumos de oficina.

Y es precisamente lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, vigente desde enero de 2006, lo que genera necesariamente que casi todos, si no todos, los municipios del país, al formular sus correspondientes presupuestos anuales, se vean obligados a definir de manera insuficiente créditos presupuestarios correspondientes a gasto corriente, incluyendo gastos de personal, lo cual los lleva a ejecutar modificaciones presupuestarias para poder luego honrar sus obligaciones y ejercer sus competencias.

En cualquier caso, y para terminar, toda modificación presupuestaria debe estar justificada para que proceda, sin excepción; tanto como debe justificarse la inejecución de metas y del presupuesto.

II. ALCANCE DEL ARTÍCULO 230 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN CUANTO AL CONCEPTO DE “GASTO DE INVERSIÓN O DE FORMACIÓN DE CAPITAL”

Como se ha dicho ya, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en su artículo 230, establece lo siguiente:

De los ingresos previstos en el presupuesto municipal se destinará como mínimo, el cincuenta por ciento (50%) para ser aplicado a gastos de inversión o de formación de capital, entendiéndose como gasto de inversión aquellos a los que le atribuye tal carácter la Oficina Nacional de Presupuesto y, dando preferencia a las áreas de salud, educación, saneamiento ambiental y a los proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del Municipio.

En lo que ahora nos interesa, la norma señala que corresponde a la Oficina Nacional de Presupuesto definir en qué consiste el gasto de inversión.

En complemento de la norma, puede citarse lo establecido en el artículo 231 de la misma ley orgánica, de acuerdo con el cual el *presupuesto de inversión* está dirigido al desarrollo humano, social, cultural y económico del municipio; debiendo elaborarse en concordancia con los proyectos generales sobre urbanismo, infraestructura, servicios y vialidad.

Así las cosas, es posible plantear dos interpretaciones. En una primera aproximación, puede afirmarse que:

- La Oficina Nacional de Presupuesto determina qué gastos tienen el carácter de “gastos de inversión o de formación de capital”.
- El presupuesto de inversión, que necesariamente reúne todos los gastos de inversión, debe estar dirigido al desarrollo humano, social, cultural y económico del municipio.
- En el presupuesto de inversión debe darse preferencia a las áreas de salud, educación, saneamiento ambiental y proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del municipio.
- El presupuesto de inversión debe elaborarse en concordancia con los proyectos generales sobre urbanismo, infraestructura, servicios y vialidad.

Sin embargo, también es posible señalar que el *gasto* de inversión:

- Debe ser definido por la Oficina Nacional de Presupuesto.

- En la definición debe darse preferencia a las áreas de salud, educación, saneamiento ambiental y a proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del municipio.
- En la definición debe aparecer que el gasto esté dirigido al desarrollo humano, social, cultural y económico del municipio.
- El gasto debe ser acorde con los proyectos generales sobre urbanismo, infraestructura, servicios y vialidad.

La primera de las interpretaciones planteadas, de manera simplificada, se traduce en que el gasto de inversión es literalmente el que permite la formación de capital, el incremento patrimonial. Entendido así el gasto de inversión, en el presupuesto de inversión debe darse preferencia a la formación de capital, al incremento patrimonial, en las áreas de salud, educación, saneamiento ambiental y, en aquellas relativas a proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del municipio; con el fin último de alcanzar el desarrollo humano, social, cultural y económico del municipio.

La segunda interpretación, en cambio, nos lleva a considerar que el gasto de inversión (que igualmente supone formación de capital, pero ahora más allá de la noción patrimonial, material) es el dirigido al desarrollo humano, social, cultural y económico del municipio; el que da preferencia a las áreas de salud, educación, saneamiento ambiental y a proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del municipio, en concordancia con proyectos generales de urbanismo, infraestructura, servicios y vialidad.

Tomemos un ejemplo que ilustre con mayor claridad la distinción. De acuerdo con la primera interpretación, es gasto de inversión comprar una ambulancia, pero no dotarla de material quirúrgico o con medicamentos. De acuerdo con la segunda, es gasto de inversión todo el que sea necesario para que, incluso con la compra de la ambulancia, se atiendan las necesidades de salud de los habitantes del municipio.

A nuestro modo de ver, ambas interpretaciones son jurídicamente sostenibles y, de hecho, entendemos que la Oficina Nacional de Presupuesto asumió la primera al definir lo que son gastos de inversión en la providencia administrativa mediante la cual se determina lo que debe considerarse como gasto de inversión o de formación de capital (Providencia 100), del 19 de julio de 2006⁵; privilegiando así, prácticamente sin distinción y únicamente, el acrecentamiento del patrimonio (capital) de los municipios.

No obstante, si el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al imponer a los municipios la obligación de destinar a la inversión al menos la mitad de sus ingresos previstos, lo hace expresamente para que, en lugar de atender el gasto corriente (“burocracia”), den preferencia a las áreas de salud, educación, saneamiento ambiental y a proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable, a fin de alcanzar el desarrollo humano, social, cultural y económico del municipio, a nuestro modo de ver *debería aplicarse la segunda de las interpretaciones propuestas*.

⁵ *Gaceta Oficial* N° 38.484 de 21 de julio de 2006.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer 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. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Responsabilidad del Estado*. A. Régimen de indemnización por daño moral a las personas jurídicas.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Restricción a los derechos fundamentales: Reserva Legal*. 2. *Garantías Constitucionales*. A. Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares. B. Las garantías del debido proceso: Derecho al Juez Natural. 3. *Derechos Individuales*. A. Libertad personal. B. Derecho a una oportuna y adecuada respuesta a las peticiones. C. Acceso y derecho a la información administrativa. D. Derecho a la intimidad: salario de los funcionarios públicos. 4. *Derechos laborales. Hecho social trabajo*.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional: El Poder Judicial: Medios alternativos para la resolución de conflictos*.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Potestad sancionatoria*.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Objeto: Exclusión del conocimiento de acciones relacionadas con providencias administrativas dictadas por Inspectorías del Trabajo*. 2. *Competencia: Prohibición a los jueces contencioso administrativos para sustituirse en la Administración y convalidar o subsanar los actos administrativos impugnados*.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Régimen legal aplicable a los procesales respecto a los procesos que cursaban ante la Sala Constitucional al entrar en vigencia la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. 2. *Acción popular de inconstitucionalidad*. A. Objeto: actos del procedimiento de reformas constitucionales. B. Legitimación activa: la "restricción" a la popularidad de la acción. 3. *Recurso de interpretación constitucional*. 4. *Revisión Constitucional: Insuficiencia del poder*. 5. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia de los Tribunales de Primera Instancia. B. Motivos: Violación de derechos y garantías constitucionales. C. Objeto: Acción de amparo contra decisiones judiciales. D. Inepta acumulación de pretensiones. E. Sentencia. Apelación (lapso).

VII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Régimen funcional en el Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito Capital.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. Responsabilidad del Estado

A. Régimen de indemnización por daño moral a las personas jurídicas

TSJ-SPA (802)

4-8-2010

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: La RocheF, C.A. vs. Electricidad del Centro (ELECENTRO)

Si bien resulta posible extender el régimen de indemnización por daño moral a las personas jurídicas, éste debe valorarse con prescindencia del elemento subjetivo y atendiendo al elemento objetivo que atañe a la reputación, que la representa la fama o prestigio de la empresa, esto es, a la apreciación que tienen los demás de una persona, ya que dadas sus características y a diferencia de lo que ocurre con las personas naturales, no puede admitirse en este escenario una afección a la esfera de sentimientos, personal e intrínseca del sujeto.

...Planteada la demanda en los términos antes expuestos, se aprecia que la accionante pretende la indemnización del daño moral y lucro cesante causados, a su parecer, como consecuencia de los siguientes factores, registrados en el marco de la relación contractual que mantuvo con la empresa demandada:

a. La iniciación, realización y sometimiento a una averiguación llevada a cabo por la Consultoría Jurídica de la Compañía Anónima Electricidad del Centro (ELECENTRO).

b. La materialización de declaraciones en prensa por parte de representantes de la sociedad mercantil demandada, específicamente del ciudadano Teófilo Romero, quien en su carácter de Presidente, procedió supuestamente a imputar a su mandante "...hechos ilícitos de estafa y robo...".

c. La disminución de comensales como consecuencia de la eliminación del subsidio del comedor y su sustitución por el beneficio de *cesta tickets*; y

d. El retiro o "...prescindencia..." del contrato de servicios "...sin juicio previo, por la conducta unilateral de ELECENTRO; sin incumplimiento de alguna de las cláusulas contractuales; sin demostrársele algún hecho concreto; sin defensa; sin oírseles; sin participación judicial...".

Ahora bien, con respecto al cumplimiento de la carga de relacionar las causas antes mencionadas con la especie concreta de daño que éstas habrían producido (daño moral y/o lucro cesante), la parte demandada alegó, que la empresa accionante omitió dicha formalidad, trayendo como consecuencia, a su juicio, una imprecisión sobre "...cual hecho dañoso determina tal o cual daño en particular..." (*sic*), situación que, según expone más adelante, es un defecto que no puede ser suplido por esta Sala.

De manera que planteado en tales términos dicho alegato, resulta necesario efectuar algunas consideraciones sobre la exigencia relativa a la especificación de los daños que se reclaman y sus causas.

En tal sentido se aprecia, que el ordinal 7° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, prevé entre otros requisitos de forma del libelo el antes mencionado, el cual tiene por finalidad que el demandado conozca la pretensión resarcitoria del actor en todos sus aspectos, a fin de elaborar adecuadamente su defensa.

No obstante la inobservancia de dicha exigencia, en el marco del proceso adjetivo civil, aplicable supletoriamente a las demandas contenciosas administrativas sustanciadas ante esta Sala de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, debe ser opuesta a través de la correspondiente cuestión previa, esto es, la contemplada en el ordinal 6° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa al defecto de forma, que abre la posibilidad al accionante de subsanar dicho defecto o bien voluntariamente o a través de la subsanación forzosa.

De hecho, como se destacó en sentencia de esta Sala N° 01874 del 20 de octubre de 2004, la contestación al fondo de la demanda hace precluir la oportunidad para hacer valer tales defectos de forma del libelo y por consiguiente, los alegatos expuestos en ese sentido por el demandado no pueden ser analizados en esta oportunidad.

Sin embargo, conviene señalar que de la lectura del libelo tampoco se refleja la pretendida imprecisión, ya que contrario a lo alegado por la representación judicial de la empresa demandada, las causas identificadas en este fallo en los literales “a” y “b” se vincularon en todo momento a una afección de tipo moral, especialmente si se toma en consideración que la parte actora expuso que ello produjo una lesión al honor y reputación de su mandante, lo cual indiscutiblemente se refiere o se vincula con el alegado daño moral; mientras que las descritas en los literales “c” y “d” se refieren a la indemnización por lucro cesante.

Por lo tanto aclarado lo anterior, debe la Sala en primer lugar pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización por daño moral, cuando la víctima es una persona jurídica en lugar de natural, como ocurre en el presente caso.

En tal sentido se aprecia, que este Órgano Jurisdiccional haciendo alusión a la doctrina más autorizada en la materia ha distinguido dentro del concepto de honor, el aspecto subjetivo, relativo a la apreciación que tiene cada individuo sobre sí mismo; del aspecto objetivo, que atañe a la reputación o apreciación que tienen los demás de una persona, considerando, además, que la noción honor es extensible a las personas jurídicas, sólo en lo que concierne al elemento objetivo.

Concretamente señaló esta Sala en sentencia N° 01419 del 6 de junio de 2006, lo siguiente:

“...la doctrina más autorizada ha distinguido dentro del concepto de honor, el aspecto subjetivo, relativo a la apreciación que tiene cada individuo sobre sí mismo; del aspecto objetivo, que atañe a la reputación o apreciación que tienen los demás de una persona, considerando, además, que la noción de honor es extensible a las personas jurídicas, sólo por lo que concierne al elemento objetivo.

Así, podría una persona jurídica, al ver afectada su reputación, observar una merma en las ganancias reportadas en virtud de su actividad comercial, llegando a ser éste, un factor determinante en su normal desenvolvimiento.

El honor, y en particular, la reputación de toda persona, encuentra tutela en el capítulo relativo a los Delitos Contra las Personas, del Código Penal, específicamente, en los artículos 444, 446 y 461, eiusdem, los cuales tipifican los delitos de difamación, injuria y chantaje, respectivamente.

La circunstancia de que la vulneración del honor y la reputación puedan encuadrar dentro del supuesto de hecho previsto en las normas aludidas y, por ende, calificarse de delito, no obsta para que la actuación lesiva de los derechos de la personalidad, se considere también como constitutiva de un ilícito civil.

En consecuencia, la referida calificación, atribuible a una conducta ofensiva del honor y/o la reputación de una persona, que le ha generado un daño a ésta en el ámbito moral, da lugar al correspondiente resarcimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.185 del Código Civil...”. (Resaltado de la Sala).

Asimismo se aprecia que esta Sala en sentencia N° 01573 del 20 de junio de 2006, además de admitir la procedencia de este tipo de indemnizaciones cuando la responsabilidad es contractual, advirtió que no debe confundirse el posible daño moral que sufriría el Presidente de una empresa con el que propiamente correspondería a la persona jurídica. Textualmente se afirmó en esa oportunidad lo siguiente:

“...Finalmente, en cuanto a la reclamación por daño moral formulada por la parte actora, esta Sala observa que los apoderados judiciales de la demandante parecen confundir el presunto daño moral experimentado por el Presidente de la empresa INVERSIONES VESERTECA, C.A. con el presunto daño moral experimentado por la empresa como persona jurídica, al ver afectado su honor y reputación, de acuerdo a lo que describen en su escrito de reforma de la demanda, concretamente en el folio 198 de la primera pieza del expediente. Sin embargo, por cuanto se ha establecido que el daño material alegado no es imputable a PDVSA PETRÓLEO, S.A. como tampoco se le puede imputar el daño moral alegado. Así se decide...”.

De manera que conforme al criterio jurisprudencial seguido por esta Sala, si bien resulta posible extender el régimen de indemnización por daño moral a las personas jurídicas, éste debe valorarse con prescindencia del elemento subjetivo y atendiendo al elemento objetivo que atañe a la reputación, que la representa la fama o prestigio de la empresa, esto es, a la apreciación que tienen los demás de una persona, ya que dadas sus características y a diferencia de lo que ocurre con las personas naturales, no puede admitirse en este escenario una aficción a la esfera de sentimientos, personal e intrínseca del sujeto.

Lo anterior, como se explicará más adelante, genera cambios incluso en el análisis del tema probatorio, por cuanto tratándose de elementos objetivos éstos no se encontrarían totalmente exentos de prueba; no obstante, preliminarmente debe la Sala verificar si en el caso concreto se cumplen con los requisitos para que proceda este tipo de indemnización.

En tal sentido se aprecia, que las causas identificadas como generadoras de esta especial forma de daño se refieren a lo siguiente:

a. La iniciación, realización y sometimiento a una averiguación llevada a cabo por la Consultoría Jurídica de la Compañía Anónima Electricidad del Centro (ELECENTRO); y

b. La materialización de declaraciones en prensa por parte de representantes de la sociedad mercantil demandada, específicamente del ciudadano Teófilo Romero, quien en su carácter de Presidente, procedió supuestamente a imputar a su mandante “...hechos ilícitos de estafa y robo...”.

Ahora bien, en cuanto a la verificación de la primera de tales circunstancias se observa que constituye un hecho admitido por las partes el atinente a que la sociedad mercantil Compañía Anónima Electricidad del Centro (ELECENRO), siguió una averiguación administrativa contra la accionante.

Corroborada lo expuesto la copia fotostática del Memorando de fecha 24 de septiembre de 1999, emanado de la Gerencia de Recursos Humanos de la empresa demandada y dirigido a la Consultoría Jurídica de esa misma empresa, mediante el cual se recomienda efectuar el pago de la factura N° 032 de fecha 04.08.99, entre otros motivos debido a que **de la investigación** adelantada por la Contraloría Interna se determinó que la contratista “...prestó el servicio sin que pudiera demostrarse incumplimiento contractual alguno de su parte...”.

El contenido de dicho documento se tiene como exacto, a tenor de lo establecido en el tercer aparte del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, ya que éste fue objeto de la exhibición requerida a la parte demandada, la cual al no haber asistido al correspondiente acto hizo posible la materialización de la consecuencia procesal antes mencionada.

No obstante se advierte, que aun cuando resulta cierto que la demandante fue sometida a una investigación administrativa, ésta tuvo su origen en las minutas de fecha 22 y 23 de septiembre de 1999, emanadas de la Contraloría Interna de ELECENRO, mediante las cuales “...se evidencian irregularidades en el control del proceso de expedición de los tickets para el suministro del servicio de almuerzo en el comedor de ELECENRO...””, lo cual habría generado controversia en el pago de la factura N° 032 del 4 de agosto de 1999, presentada para su cancelación por la contratista.

Sin embargo, finalizada dicha investigación la Consultoría Jurídica concluyó en el señalado informe, que la citada factura debía pagarse, entre otras razones, debido a que “...la emisión, custodia, control y expedición de los referidos tickets son responsabilidad exclusiva de dicha Coordinación, adscrita a la Gerencia de Recursos Humanos...” y no así de la demandante que “...prestó el servicio sin que pudiera demostrarse incumplimiento contractual alguno de su parte...”.

De manera que conforme a lo descrito, las actuaciones asumidas por la demandada se corresponden con las diligencias ordinarias a seguirse en este tipo de casos y las cuales resultan de obligatorio cumplimiento como parte del proceso de control y supervisión que legalmente debe efectuarse sobre los fondos públicos que se administran o de las relaciones contractuales en general.

En otras palabras, la sola circunstancia de que la Contraloría Interna de un determinado organismo inicie una averiguación administrativa no debe traducirse en una afección moral del encausado, la cual además no puede tampoco suponerse, sino que en todo caso, debe ser probada con elementos concretos que hagan siquiera presumir que efectivamente ocurrió una real afección a la reputación de la persona jurídica que se atribuye la condición de víctima, situación que no se verificó en el presente caso, por cuanto la demandante no aportó elementos probatorios tendientes a comprobar el daño que alega haber sufrido en ese sentido.

Lo expuesto se relaciona también con la segunda causa del pretendido daño moral, identificada con la lesión derivada de la declaración efectuada por el Ingeniero Teófilo Romero, en fecha 16 de octubre de 1999, ante el Periódico “El Aragueño”.

Tal declaración se evidencia del ejemplar del mencionado periódico inserto al folio 107 de la primera pieza del expediente y en el cual se destaca que en rueda de prensa convocada por el entonces Presidente de ELECENRO, ciudadano Teófilo Romero, éste refirió, entre otros aspectos, lo siguiente:

“...Un segundo robo está referido a un contrato que suscribió la empresa con el concesionario ‘La Rochef’ para la prestación de un servicio de comedor de trabajadores y empleados de Elecentro, calculados a (...) para un total supuesto de 13 mil platos. Al final, luego de una investigación se determinó que la cifra total de comensales apenas llegaba a 3.400 mensuales. Si aplicamos un poco de matemáticas es fácil deducir que había una abismal diferencia de 16 millones de bolívares al mes frente a 4 que se gastaban realmente para pagar el precio del condominio...”.

No obstante se advierte, que además de las limitaciones que se presentan para entender que una determinada declaración efectuada por un funcionario puede o no comprometer la responsabilidad del ente público (*Vid.*, en ese sentido, sentencia SPA N° 607 de fecha 8 de marzo de 2006), en el presente caso se observa, que la demandante no explica y mucho menos prueba la existencia de hechos concretos de los cuales se derive la grave afección que alega padecer en su esfera moral, lo cual dificulta el análisis en torno a si efectivamente podría derivarse de ese hecho un daño real a su reputación.

En efecto, tal como se destacó en las líneas que anteceden, cuando la víctima es una persona jurídica es necesario, a los efectos de entender lesionada su reputación, la prueba de ciertos aspectos objetivos, que en este caso no han sido demostrados.

De manera que no basta para que proceda una indemnización del correspondiente daño moral, la comprobación de que hubo una declaración de prensa desfavorable, sino que además es indispensable, en el caso de las personas jurídicas, que se demuestre que la difusión de esa noticia realmente afectó su reputación, entendida no como una noción subjetiva, propia de las personas naturales, sino de tipo objetiva, relacionada con la forma como el público en general percibe a la sociedad mercantil.

Lo anterior obedece a que en las personas jurídicas el daño moral, aun cuando involucra una pérdida de la reputación, ésta no se relaciona con una percepción interna, individual o personal del sujeto, sino que, como se señaló antes, se refiere a la apreciación que de su fama o prestigio tiene el público en general a partir de la ocurrencia del hecho lesivo.

Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que los Directivos o Presidentes de una determinada compañía se sientan afectados en su esfera moral, frente a comentarios adversos o desfavorables dirigidos contra la persona jurídica, sólo que en estos supuestos la acción debe ser ejercida por éstos actuando a título personal, lo cual no ocurrió en la presente controversia.

De manera que, con base en lo antes expuesto se aprecia que en el caso analizado la actora no cumplió con la carga de probar la afección a su reputación, esto es, la necesaria pérdida de prestigio o fama y por consiguiente, debe declararse improcedente la reclamación que en ese sentido se formuló.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Restricción a los derechos fundamentales: Reserva Legal

TSJ-SC (845)

11-8 -2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Defensor del Pueblo (Impugnación artículos del Código de Policía del Estado Monagas).

La restricción a los derechos fundamentales no es exclusividad del Poder Nacional, por lo que leyes estatales y ordenanzas pueden disponer ciertas restricciones al ejercicio de derechos, siempre que los referidos derechos no sean el derecho a la libertad personal o el derecho a la vida, los cuales se encuentran vedados por el Texto Fundamental, a una reserva legal nacional, en el primero de ellos, y en el segundo de los casos, a una reserva absoluta (ex artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En otro orden de ideas, alegan los accionantes que los artículos 8, numerales 13 y 14, así como los artículos 9, 13, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 del Código de Policía del Estado Monagas “(...) establecen procedimientos sumarios que no solamente atentan en sí mismos contra derechos constitucionales tales como el debido proceso, la igualdad ante la ley, la intimidad y la inviolabilidad de recintos privados, sino que al prever la aplicación de sanciones de sanciones como multas, decomiso, caución de buena conducta, amonestación, limitación de expendio y consumo de licores, desalojo de personas de establecimientos públicos, así como la aplicación de medidas como el amparo policial para protección de la posesión de bienes inmuebles y el remate de bienes pertenecientes a los ciudadanos, vulneran el principio de legalidad de los procedimientos toda vez que su regulación está reservada de manera exclusiva a la Asamblea Nacional a través de leyes nacionales (...)”.

En atención a lo expuesto, denuncia la parte accionante la presunta inconstitucionalidad por parte de los mencionados artículos, al establecer procedimientos sumarios que limitan el ejercicio de los derechos constitucionales enunciados en el escrito de nulidad. En este sentido, se aprecia que tal como se ha establecido en anteriores oportunidades, la limitación de los derechos fundamentales es, ciertamente, materia de estricta reserva legal, esto es, que sólo por ley pueden verse limitados los derechos inherentes a la persona humana, estén o no recogidos expresamente en el Texto Constitucional (Véase *Revista de Derecho Público* N° 101 sentencia de esta sala N° 266 del 16-3-2005, p. 87). Esa reserva legal no es exclusividad del Poder Nacional, por lo que leyes estatales y ordenanzas pueden disponer ciertas restricciones al ejercicio de derechos fundamentales.

En estos casos, al igual que para el supuesto de limitaciones que estén recogidas en la ley nacional, el límite del legislador es el contenido esencial del derecho fundamental, es decir, que la ley podrá limitar por causa justa el derecho siempre que no lo desnaturalice y no le imponga cortapisas desproporcionadas o arbitrarias. Como afirmó la Sala en la sentencia N° 266/05, cuando expuso: “*Estima la Sala que no resulta necesariamente contrario a la Constitución, la imposición por la Ley de restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, desde que, precisamente, el propio constituyente aceptó la posibilidad de que el Legislador ordene y limite el ejercicio de esos derechos. La violación a la Constitución sólo se producirá cuando la Ley viole el contenido esencial del derecho, esto es, cuando lo desnaturalice o cuando imponga limitaciones desproporcionadas o arbitrarias*”.

En atención a ello, se aprecia que la sola restricción a los derechos fundamentales, que invocó la parte demandante, por parte de las normas del Código de Policía del Estado Monagas que se impugnaron, no resulta contraria al principio de reserva legal en materia de regulación y limitación al ejercicio de tales derechos, siempre que los referidos derechos no sean el derecho a la libertad personal o el derecho a la vida, los cuales se encuentran vedados por el Texto Fundamental, a una reserva legal nacional, en el primero de ellos, y en el segundo de los casos, a una reserva absoluta (ex artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Así se decide.

2. Garantías Constitucionales

A. Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares

TSJ-SC (954)

21-9-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Cámara Licorera y Afines del Estado Zulia

“Artículo 130.- En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional, podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada (Véase *Revista de Derecho Público* N° 82, Sentencia de esta sala N° 269 de 25-4-200, p. 281 caso: *ICAP*).

Significa entonces, que el citado carácter instrumental determina, por una parte, su naturaleza provisional y al mismo tiempo, por su idoneidad o suficiencia para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será útil para la realización de ésta.

Resulta así oportuno referir a Calamandrei, *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1984, en el sentido que como efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

Entonces, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, en el cual, deben ponderarse las circunstancias concomitantes del caso así como los intereses públicos en conflicto, ello en virtud de la presunción de legitimidad de los actos del Poder Público.

... Al respecto, el examen preliminar de las normas impugnadas, no logra desvirtuar, *a priori*, la presunción de legitimidad de los actos recurridos y de allí, que se considere improcedente el desarrollo de los poderes cautelares de esta Sala, ya que no se configura una presunción de buen derecho para el otorgamiento de la cautela solicitada, y así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 104 del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los siguientes términos:

La representación judicial de la parte actora interpuso pretensión de nulidad por inconstitucionalidad contra la “Ordenanza de Reforma Total de la Ordenanza que crea y Regula el impuesto sobre Actividades económicas del Municipio San Francisco del Estado Zulia, publicada en la *Gaceta Municipal* de fecha 11 de diciembre de 2009, N° 258, Año XIV Extraordinaria en sus artículos 6 cardinal 5, 9 cardinal 4, 68, 113 y los Códigos con sus respectivas alícuotas N° 15, 93 y 115 del Clasificador de Actividades Económicas, Anexo ‘A’ de la

referida Ordenanza, y de los artículos 171 y 172 de la Ordenanza sobre Administración Tributaria Municipal del Municipio San Francisco del Estado Zulia, del 11 de diciembre de 2.009, publicada en *Gaceta Municipal del Municipio San Francisco del Estado Zulia Extraordinaria* N° 259 Año XIV”, a lo cual se acumuló amparo cautelar contra los referidos actos normativos.

Por su parte, el acto decisorio que fue validado en la presente sentencia admitió la demanda de nulidad por inconstitucionalidad que fue interpuesta y negó la medida cautelar que fue solicitada, porque, según el criterio mayoritario:

Al respecto, el examen preliminar de las normas impugnadas, no logra (*sic*) desvirtuar, *a priori*, la presunción de legitimidad de los actos recurridos y de allí, que se considere improcedente el desarrollo de los poderes cautelares de esta Sala, ya que no se configura una presunción de buen derecho para el otorgamiento de la cautela solicitada, y así se decide.

Ahora bien, quien suscribe el presente voto, considera que el razonamiento que fue dado para la fundamentación de la improcedencia de la referida medida atenta ineludiblemente contra el derecho a la tutela judicial eficaz y al debido proceso de la parte actora, toda vez que en su texto no fueron expuestas las razones de hecho y derecho que llevaron a la Sala a tal declaratoria.

Al respecto, es preciso el recordatorio de que cuando un Juez, mediante decreto, acuerda o niega medidas cautelares, cualesquiera que sean (nominadas o innominadas), realiza una actividad de juzgamiento que la doctrina y la jurisprudencia nacional han calificado como discrecional, lo cual no significa arbitrariedad o autonomía absoluta del criterio que sea plasmado en la decisión, pues el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil preceptúa la ineludible verificación, por parte del juez, de la satisfacción o no, según el caso, los requisitos para el otorgamiento o denegación de la medida cautelar solicitada, entre ellos, el *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, con lo que garantiza la legitimidad de la medida y evitando la arbitrariedad en su otorgamiento.

Recuérdese que es jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del actual Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha hecho suya esta Sala Constitucional en sentencias N° 1222/06-07-01, caso: *Distribuciones Importaciones Cosbell C.A.* 324/09-03-04, caso: *Inversiones La Suprema C.A.* y 891/13-05-04, caso: *Inmobiliaria Diamante S.A.*, que los requisitos intrínsecos de la sentencia, que indica el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, entre los cuales se encuentra el de la motivación, son de estricto orden público; en consecuencia, el juez está constreñido a su cumplimiento.

B. *Las garantías del debido proceso: Derecho al Juez Natural*

TSJ-SC (686)

9-7-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Manar Edith Wahab Masoud

La garantía del juez natural versa en el hecho de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces, y que éste sea independiente e imparcial al momento de decidir. No radica en que determinado abogado en su condición de juez, sea titular de la causa que por distribución correspondió al tribunal que preside, ya que existen diversos motivos por los cuales puede desprenderse del conocimiento de la misma, tal como sucedió en el caso de autos, que fue a través de una inhabilitación, sin que ello constituya violación a ser juzgado por su juez natural.

Respecto a la garantía del juez natural, esta Sala ha señalado en reiteradas sentencias: (Véase. *Revista de Derecho Público* N° 81, Sentencia de esta sala N° 144 de 24 de marzo de 2000 pp. 150 y ss. y *Revista de Derecho Público* N° 82, Sentencia N° 520 del 7-6-2000, caso: '*Mercantil Internacional, C.A.*', pp.264 y ss)

De manera que dicha garantía constitucional involucra dos aspectos, a saber:

1.- El aspecto formal, esto es, que sea un juez con competencia predeterminada en la ley el llamado a decidir sobre el mérito de la causa, pues constituye una máxima del Derecho Procesal que la competencia es un presupuesto de la sentencia y no del proceso, y para ello deben atenderse a los criterios tradicionales de materia, territorio y cuantía que fijan las leyes procesales para su correcta determinación.

2.- El sustancial, que ese juez sea idóneo, independiente e imparcial para que asegure que será justa y conforme a derecho la decisión judicial. Por tanto, se trata de una garantía jurisdiccional, es decir, inherente al ejercicio de la función de administración de justicia”.

En atención a ello, vemos que la garantía del juez natural versa en el hecho de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces, y que éste sea independiente e imparcial al momento de decidir. La garantía del juez natural pues, por ende, no radica en que determinado abogado en su condición de juez, sea titular de la causa que por distribución correspondió al tribunal que preside, ya que existen diversos motivos por los cuales puede desprenderse del conocimiento de la misma, tal como sucedió en el caso de autos, que fue a través de una inhabición, sin que ello constituya violación a ser juzgado por su juez natural.

La inhabición es un acto del juez, es un deber jurídico impuesto por la ley al funcionario judicial de separarse del conocimiento de una causa, en virtud de encontrarse en una especial situación con las partes o con el objeto del proceso.

En el presente caso, esta Sala no aprecia de qué manera la inhabición planteada y declarada con lugar por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, pueda lesionar los derechos constitucionales denunciados como infringidos, ya que dicha decisión y, en consecuencia, la exclusión del juez Rafael Ramón Rondón Graterol, a cargo del Juzgado Cuarto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, en nada afecta el debido proceso del juicio penal iniciado ni su continuación, no impide la intervención de la defensa de la accionante en las fases del proceso para formular alegatos y en fin, para proponer todas las defensas que considere pertinentes para el ejercicio de sus derechos.

En consecuencia, se estima que lo propuesto a través del amparo es la mera disconformidad del accionante con las resultas de la decisión impugnada por vía de amparo bajo el disfraz de violaciones a derechos fundamentales no evidenciados en el presente caso, que trajo como consecuencia, que el juez Rafael Ramón Rondón Graterol, a cargo del Juez Cuarto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, se separara efectivamente -como fue solicitado por éste-, del conocimiento de la causa, no correspondiendo al juez de amparo analizar si las razones que el mencionado juez expuso fueron válidas o no, ya que a fin de cuentas la inhabición es un acto voluntario, y en este caso la Corte de Apelaciones estimó, en el marco de su autonomía jurisdiccional, que las razones esgrimidas podrían comprometer la objetividad del jurisdicente para la resolución del asunto debatido.

En tal virtud, esta Sala Constitucional no advierte que en el presente caso la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, haya violado de manera alguna derechos o garantías constitucionales o actuado fuera de su competencia; razón por la cual no se configuran los supuestos de procedencia del amparo contra decisiones a que alude el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en con-

secuencia, se declara improcedente *in limine litis* la presente acción de amparo, interpuesta por el abogado Carlos Villegas, en su condición de Defensor Público Sexto (S) de la ciudadana Manar Edith Wahab Masoud, contra la decisión dictada, el 24 de noviembre de 2009, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, que declaró con lugar la inhibición planteada por el juez a cargo del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del citado Circuito Judicial Penal. Así se decide.

El anterior pronunciamiento hace innecesario emitir alguna consideración en cuanto a la medida cautelar solicitada. Así finalmente se declara.

3. *Derechos Individuales*

A. *Libertad personal*

TSJ-SC (845)

11-8 -2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Defensor del Pueblo (Impugnación artículos del Código de Policía del Estado Monagas).

Sólo por orden judicial pueden dictarse medidas privativas de libertad, salvo la única excepción de que el sujeto sea sorprendido *in fraganti*. De allí que la Sala declare que aunque las autoridades administrativas sí pueden imponer multas y cauciones –siempre y cuando estén previstas en una ley, sea nacional, estatal o municipal-, la inconstitucionalidad deviene en la imposibilidad de habilitarse a un órgano administrativo a convertir la multa o el incumplimiento de la caución en arresto.

Determinada la improcedencia para conocer la violación de las normas impugnadas respecto a las normas legales previamente denunciadas -Código Orgánico Procesal Penal y Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente-, corresponde seguidamente pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas denunciadas, en atención a lo cual se procederá en primer lugar, a conocer la denuncia de inconstitucionalidad de los artículos 10, 12, 13, 16, 17, 21, 23, 25, 26, 30, 31, 37, 40, 41, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 57 y 58 del Código de Policía del Estado Monagas, por establecer los mismos la sanción de restricción de la libertad personal, sin ninguna clase de intervención judicial y, sin que se cumpla la excepción de la flagrancia.

La lectura de tales preceptos del Código de Policía del Estado Monagas refleja que las mismas atribuyeron competencia a las autoridades policiales para la aprehensión y arresto de ciudadanos, todo lo cual implica que tales artículos incurren, ciertamente, en inconstitucionalidad, por violación al derecho a la libertad personal y a la exigencia irrestricta del artículo 44, cardinal 1, de la Constitución, de que sólo por orden judicial pueden dictarse medidas privativas de libertad, salvo la única excepción de que el sujeto sea sorprendido *in fraganti*.

En cuanto al valor de relevancia del derecho a la libertad personal, ya se ha pronunciado esta Sala con anterioridad, en donde se precisó el carácter constitucional de tal derecho y su garantía en un Estado de Derecho Social y de Justicia, como se constituye el Estado Venezolano. (Véase *Revista de Derecho Público* N° 105, sentencia de esta sala N° 130 del 1-2-2006, p. 104 y ss).

Al efecto, dispone el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente:

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

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

La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno.

2. Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada o persona de su confianza, y éstos o éstas, a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas sobre el lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados o notificadas inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o por sí mismas, o con el auxilio de especialistas. La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios o funcionarias que la practicaron.

Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará, además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia.

3. La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años.

4. Toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad estará obligada a identificarse.

5. Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta”.

Así pues, el derecho a la libertad personal surge como una obligación del Estado de garantizar el pleno desenvolvimiento del mismo, limitando su actuación a la restricción de tal derecho sólo cuando el ciudadano haya excedido los límites para su ejercicio mediante la comisión de una de las conductas prohibidas en los textos normativos de carácter legal.

En este orden de ideas, se observa que la privación de libertad, implica que la persona privada sea obligada a permanecer en un lugar determinado y que esta privación implique un aislamiento de quien la sufre, por su sometimiento a una situación que le impide desenvolverse normalmente, en consecuencia, se aprecia que tal limitación debe ser impuesta con carácter coactivo mediante una previa orden judicial.

Esta privación de libertad requiere para ser válida de una serie de condicionamientos que regulan su licitud, como son la necesaria consagración previa de la infracción que se le imputa, la condenatoria que efectúe el juez competente para dilucidar la privación de libertad, la existencia de un proceso judicial, el cumplimiento de los derechos a la tutela judicial efectiva en el marco del procedimiento judicial, el respeto de los derechos del imputado, entre los cuales debe incluirse el derecho al acceso al expediente, a la promoción y evacuación de pruebas, el derecho a oposición en el marco del procedimiento, a solicitar medidas cautelares, a la defensa, a la notificación de los cargos que se le imputan, a la posibilidad de ejercer los diversos medios de impugnación que establezca el ordenamiento jurídico, así como los demás contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la legislación especial que tipifique la conducta delictiva.

Esta Sala ha tenido ocasión de expresar su interpretación del artículo 44, cardinal 1, de la Constitución, entre otras, en sus sentencias N° 130/06, 1353/07, 940/07 y 2443/07 y, especialmente, en su decisión N° 1.744 de 9 de agosto de 2007, mediante la cual se anulaban

varios preceptos del Código de Policía del Estado Lara por las mismas razones de inconstitucionalidad que aquí se delataron. En esa última oportunidad, la Sala realizó las siguientes consideraciones, que aquí se reiteran:

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

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

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

(...)

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

Dicha norma establece:

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

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

(Subrayado del presente fallo).

Esta Sala reitera que del texto de ese primer numeral se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al referido derecho a la libertad:

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

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

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

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

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

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

(...)

Ahora bien, con base en tales funciones, los órganos policiales tienen la potestad de practicar la aprehensión in fraganti de quienes incurran en la comisión de un delito, y ponerlos a disposición del Ministerio Público. Los jueces, así, juzgan a quienes son aprehendidos por la Policía y llevados ante el Ministerio Público. De igual forma, los órganos de policía tienen la potestad de ejecutar las detenciones preventivas ordenadas por los jueces de la República”.

En el referido fallo, la Sala concluyó que “a los cuerpos policiales del Estado Lara (y los de cualquier entidad federal o municipio; ni siquiera a través de sus Gobernadores o Alcaldes) les está vedado aplicar la medida de arresto como sanción definitiva. Debe aclararse que sólo podrán hacerlo en los casos en que se haya cometido un hecho punible, sea a través de la aprehensión en flagrancia o cuando medie una orden judicial. En esos casos, tal como se señaló supra, su tarea se limita a conducir a la persona aprehendida ante el Ministerio Público (aprehensión en flagrancia) o ante el juez (orden judicial). Son órganos del sistema de justicia; nunca –como se pretende en el caso del Código impugnado- la justicia misma”. En esta oportunidad se ratifica ese pronunciamiento, respecto del caso concreto de los cuerpos policiales del Estado Monagas y del Código de Policía del Estado Monagas. Así se decide.

Con base en lo anterior, se evidencia que en el caso de los artículos 21, 23, 25, 26, 30, 46, 47, 48, 49, 51 y 57 del Código de Policía del Estado Monagas, existe una inconstitucionalidad sobrevenida que recae sobre la parte o proposición que obliga a los órganos administrativos a aplicar una pena de arresto proporcional a los infractores, siendo que tal posibilidad está proscrita por el texto del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, esta Sala ha constatado que los artículos 10, 16, 17, 31, 37 y 40, de esa ley estatal, establecen la pena de arresto como única sanción en caso de verificación de la hipótesis tipificada, por lo cual, estas últimas normas son contrarias, en la totalidad de su contenido (a diferencia de las anteriores, que sólo lo son parcialmente) al derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44 del Texto Constitucional.

En igual sentido, debe declararse que la conversión de multas en arrestos y la conversión de caución en arresto que permite los artículos 52 y 54 del Código impugnado, respectivamente son inconstitucionales, por cuanto aunque las autoridades administrativas sí pueden imponer multas y cauciones –siempre y cuando estén previstas en una ley, sea nacional, estatal o municipal–, la inconstitucionalidad deviene en la imposibilidad de habilitarse a un órgano administrativo a convertir la multa o el incumplimiento de la caución en arresto, todo ello sin que la Sala deje de reparar en la curiosa fórmula -común a otras leyes, según ha podido constatar en otros procesos de nulidad-, según la cual quien no pudiera satisfacer una multa o una caución tendrá derecho a que se le conmute en arresto. Así se declara (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 130/2006, 1744/2007 y 191/2010).

En igual sentido, debe esta Sala pronunciarse sobre la inconstitucionalidad en la cual incurren los artículos 12 y 13, al establecer mecanismos de privación de libertad por un funcionario administrativo sin la intervención del Poder Judicial, contraviniendo lo establecido en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y así se declara.

Asimismo, en relación al artículo 46 del referido Código de Policía, debe señalarse que el mismo establece la clasificación de las faltas. En tal sentido, y con base en lo anterior, se declara la inconstitucionalidad de la parte de dicho artículo en lo que se refiere a las penas de arresto –artículo 46.1-. En consecuencia, tal artículo tendrá aplicación única y exclusivamente respecto a las infracciones que no acarreen la imposición de penas privativas de libertad. Así se decide.

TSJ-SC (674)

7-7-2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Carlos Julio Colina Blanco

La Sala Constitucional reitera que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad es contraria al artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el presente caso, el Juzgado Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, mediante Oficio N° 425-10 del 26 de enero de 2010, remitió a esta Sala Constitucional, copia de la sentencia del 19 de noviembre de 2009, que dictó el mencionado órgano jurisdiccional, mediante la cual desaplicó “*la sujeción a la vigilancia a la autoridad civil*” en la causa seguida al ciudadano Carlos Julio Colina Blanco, titular de la cédula de identidad N° 15.405.268, por la comisión del delito de violencia física, previsto y sancionado en el artículo 42 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia, y robo a mano armada, previsto y sancionado en el artículo 460 del Código Penal.

En tal sentido, expresó el referido órgano judicial que los artículos desaplicados vulneran el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer una restricción al derecho a la libertad, restricción que deviene en excesiva, por cuanto el cumplimiento de la pena corporal como pena principal debe determinar la libertad plena del penado, asimismo expresó que la eficacia de la medida depende básicamente de la voluntad del penado de cumplir con ella y de la supervisión de funcionarios que por el aumento demográfico y por el desarrollo de los poblados en grandes urbes, no resultan eficaces en la pretensión de que tales funcionarios puedan ejercer algún tipo de control sobre los penados sometidos a esa pena accesoria.

Ahora bien, respecto a la desaplicación de dichos artículos la Sala había sostenido inicialmente entre otras sentencias lo siguiente:

”En ese sentido se colige que el Juez Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, motivó la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, en la consideración de que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia, viola el ‘...derecho al respeto de su honra y el reconocimiento de la dignidad...’ de los penados.

Sobre este particular, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2, disponen que nadie será objeto de ataques ilegales a su honra y reputación. La Sala considera que resulta importante, por tanto, establecer algunos alcances sobre lo que se entiende por cada uno de estos derechos, y diferenciar ambos conceptos del honor, pues son términos que se emplean frecuentemente de manera conjunta debido, precisamente, a que se encuentran estrechamente relacionados.

Desde esta perspectiva se debe señalar, en primer lugar, que el honor es la percepción que el propio sujeto tiene de su dignidad, por lo que opera en un plano interno y subjetivo, y supone un grado de autoestima personal. En otras palabras, el honor es la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás.

Por otro lado, la honra es el reconocimiento social del honor, que se expresa en el respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

La reputación, en cambio, es el juicio que los demás guardan sobre nuestras cualidades, ya sean morales, personales, profesionales o de cualquier otra índole. La reputación, también conocida como derecho al buen nombre, se encuentra vinculada a la conducta del sujeto y a los juicios de valor que sobre esa conducta se forme la sociedad.

Atentan contra el derecho a la honra y a la buena reputación todas las conductas dirigidas a denigrar de la persona, las cuales incluyen la imputación de delitos y de inmoralidades, las expresiones de vituperio y los actos de menosprecio público.

De lo anterior, se evidencia que la sujeción a la vigilancia de la autoridad en forma alguna constriñe el derecho al honor y a la protección de la honra, ya que la aludida pena accesoria no denigra ni deshonra a los penados, únicamente mantiene sobre éstos, una forma de control por un período determinado.

En lo referente al respeto a la dignidad de la persona humana, éste es uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno a la cual debe girar todo el ordenamiento jurídico de un Estado y, por ende, todas las actuaciones del poder público.

La dignidad humana consiste en la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo.

Por lo tanto, la mera existencia del hombre le atribuye a éste el derecho a exigir y a obtener la vigencia de todas las garantías necesarias para asegurar su vida digna, es decir, su existencia adecuada, proporcional y racional al reconocimiento de su esencia como un ser racional. Al mismo tiempo que le impone al Estado el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la autonomía, etc.

Con este propósito, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 3, establece que el reconocimiento de la dignidad humana constituye un principio estructural del Estado Social de Derecho y por eso prohíbe, en su Título III, Capítulo III, las desapa-

riciones forzadas, los tratos degradantes, inhumanos, las torturas o los tratos crueles que vulneren la vida como un derecho inviolable, la penas degradantes y los demás derechos inherentes a la persona humana (artículos 43 y ss. eiusdem).

Ahora bien, en vista de lo expuesto, la Sala considera que imponer a los penados la obligación de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde residan o por donde transiten de su salida y llegada a éstos, no constituye en forma alguna una penalidad de carácter denigrante o infamante. Como se dijo con anterioridad, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es un mecanismo de control sobre el reo para evitar que cometa nuevos delitos.

Sostener que esta pena accesoria infringe los derechos humanos y el orden constitucional es tanto como sostener que la principal (presidio o prisión) también, pues aquella no es sino una parte de ésta.

Finalmente, en cuanto al señalamiento de que ‘...la Institución está en desuso toda vez que debemos tomar en consideración 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, de manera que resulta imposible que éstos puedan ejercer ningún tipo de control sobre los penados que están sometidos a la sujeción de vigilancia.’, la Sala observa que el artículo 7 del Código Civil establece que ‘Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean’.

Se acota, que se trata, simplemente, del cumplimiento de una pena accesoria que devino de una sentencia condenatoria, por haberse cometido un hecho punible, que nada altera algún derecho constitucional.”

Efectivamente, la Sala había considerado que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad prevista en el artículo 13.3 del Código Penal y regulada en el artículo 22 *eiusdem*, no lesiona 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 tiene carácter denigrante o infamante, sino que la misma evita que los reos cometan nuevos delitos, concluyendo; por lo tanto, que la sujeción a la vigilancia de la autoridad no vulnera derecho constitucional alguno.

No obstante ello, la Sala mediante decisión N° 940 del 21 de mayo de 2007 (caso: “*Asdrúbal Celestino Sevilla*”), reinterpreto el criterio sostenido 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, cambiando dicho criterio y expresando que los referidos artículos son contrarios al artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En dicho fallo se estableció:

“De acuerdo al contenido del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la libertad es un derecho inviolable; asimismo, consagra dicha norma que toda persona tiene derecho a estar en libertad, a menos que exista una decisión judicial que provea lo contrario o sea capturada in fraganti en la comisión de un delito. Ese derecho a la libertad personal, es un derecho intrínseco de la persona y se puede concluir, que es el derecho más importante después del derecho a la vida.

Sin embargo, el derecho a la libertad, no es un derecho absoluto, toda vez que el mismo puede ser restringido. Esa restricción resulta cuando una persona comete un hecho delictivo y, por disposición legal, debe cumplir una pena privativa de libertad.

...omissis...

Así pues, encontramos que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad data del ordenamiento jurídico penal de 1863, manteniéndose incólume en los Códigos Penales de 1915 y sus reformas, así como las de 1926, 1964, 2000 y 2005. Dicha pena accesoria se encuentra prevista en los artículos 13, 16 y 22 del Código Penal, los cuales textualmente prescriben:

Artículo 13:

‘Son penas accesorias de la de presidio:

1°.- La interdicción civil durante el tiempo de la pena.

2°.- La inhabilitación política mientras dure la pena.

3°.- La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, desde que ésta termine’.

Artículo 16

‘Son penas accesorias de la prisión:

1°.- La inhabilitación política durante el tiempo de la condena.

2°.- La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una quinta parte del tiempo de la condena, terminada ésta’.

Artículo 22

‘La sujeción a la vigilancia de la autoridad pública no podrá imponerse como pena principal, sino como accesoria a las de presidio o prisión, y obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos.’

De modo 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 consiste, en teoría, en reinsertar socialmente al individuo. Consiste, como lo establece el artículo 22 anteriormente transcrito, 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. Sin embargo, esta pena de sujeción a vigilancia de la autoridad, comienza cuando se ha cumplido la pena principal de presidio o de prisión.

...omissis...

Ahora bien, la Sala observa que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad es excesiva de la pena que causa el delito.

La sujeción a la vigilancia de la autoridad, 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, por lo que la misma, a juicio de esta Sala, se convierte en excesiva.

En efecto, la consecuencia natural del cumplimiento de la pena corporal es que se acuerde la libertad plena.

Sin embargo, esta plenitud no es alcanzada por el ciudadano que cumplió su pena principal, por cuanto debe sujetarse a una pena accesoria que, en fin, se trata de una extensión de hecho de la condena privativa de libertad, pudiendo exceder con creces la privativa de libertad a la pena máxima establecida constitucionalmente en el artículo 44.3 in fine de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; ya que 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.

En efecto, a juicio de la Sala, la sujeción de vigilancia a la libertad (sic) obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio sobre el lugar donde resida o por donde transite, lo que equivale a un régimen de presentación que limita, a todas luces, la libertad individual.

Para la Sala, basta el cumplimiento de la pena de presidio o de prisión para justificar la privación de libertad de una persona, el que se restrinja por extensión la libertad plena a través de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es contrario al espíritu del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Se insiste, esa extensión de hecho, podría ir más allá de lo establecido en la Carta Magna, respecto al límite que debe tener toda pena que prive, de algún modo, la libertad plena del individuo. En efecto, de acuerdo con el artículo 44.3 in fine constitucional las penas privativas de libertad no excederán de treinta años, por lo que, verbigracia, si una persona es condenada a cumplir la pena de presidio por treinta años, no debería -por existir esa limitante y por tratarse de una especie de restricción de libertad-, estar sujeta a un cuarto de la pena bajo la sujeción a la vigilancia de la autoridad, ya que ello se convertiría en una extralimitación de lo señalado en la Carta Magna.

Lo anterior demuestra que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena excesiva, por lo que no cumple con las exigencias del derecho penal moderno.

...omissis...

En la práctica la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad siendo una pena de auto ejecución su eficacia depende de la persona sujeta a la misma; ahora bien, toda vez que su eficacia depende de la propia presentación del penado ante la autoridad pública, aunado a lo cual debe tomarse en cuenta, tal como lo sostuvo el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, 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, resultando imposible, por lo tanto, que dichos funcionarios pudiesen ejercer algún tipo de control sobre los penados que están sometidos a esa pena accesoria, es lógico concluir que con ella no se hace efectiva la reinserción social del penado.

...omissis...

No obstante, esta Sala considera que, a pesar de que la función que estableció el Código Penal a los Jefes Civiles fue absorbida jurisprudencialmente por los delegados de prueba, esa solución no ha sido definitiva, en virtud de que ello no ha resuelto la ineficacia de la pena de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, por cuanto queda a responsabilidad del penado, que ya cumplió su pena privativa de libertad, acudir a los delegados de prueba, en aquellos casos que transite por varios lugares; resultando iluso el quebrantamiento de la condena previsto en el artículo 262 del Código Penal, que establece una sanción para el incumplimiento de la pena accesoria de la sujeción a la vigilancia de la autoridad; al no existir un mecanismo de control que permita supervisar el cumplimiento de la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Por lo tanto, al no existir ese mecanismo, la pena accesoria deviene, además de excesiva, en ineficaz”.

En este orden de ideas, visto el cambio de criterio establecido por la Sala anterior al fallo sometido a consulta y, como quiera que el presente caso se encuentra inmerso en el mismo supuesto del fallo anteriormente transcrito, toda vez que se desaplicaron los artículos 13 numeral 3 y 22 del Código Penal por considerar que los mismos vulneran el derecho a la libertad, previsto en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala considera conforme a derecho la desaplicación que efectuara el Tribunal Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia de los artículos 13 numeral 3 y 22 del Código Penal, en lo que respecta a la sujeción de la vigilancia de la autoridad de la ciudadana Carlos Julio Colina Blanco. Así se decide.

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:

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 fallo de 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 disentimiento, 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 concepto 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 aquélla, 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.

Fecha *retro*.

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 Juzgado 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 dictada el 19 de noviembre de 2009, en el marco del proceso penal que se instauró contra el ciudadano Carlos Julio Colina Blanco, titular de la cédula de identidad N° V-15.405.268, quien fue condenado por la comisión de los delitos de violencia física, previsto y sancionado en el artículo 42 de la Ley Orgánica sobre el Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia, y robo a mano armada, previsto y sancionado en el artículo 460 del Código Penal.

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 individuo 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.

B. *Derecho a una oportuna y adecuada respuesta a las peticiones*

TSJ-SC (745)

15-7-2010

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Asociación Civil Espacio Público vs. Contraloría General de la República.

No sólo basta que la Administración dé una respuesta sino que la misma sea, en primer lugar, oportuna en el tiempo, es decir que no resulte inoficiosa debido al largo transcurso desde la petición formulada hasta la respuesta obtenida; y en segundo lugar, debe ser adecuadamente motivada de acuerdo a las diversas pretensiones solicitadas por el administrado; esto es, debe contener una congruente decisión de acuerdo a las circunstancias planteadas en el caso concreto.

Determinada como fue la competencia, esta Sala observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la presunta negativa de otorgar “oportuna y adecuada respuesta” a la solicitud formulada por la Asociación Civil Espacio Público el 13 de noviembre de 2008 y ratificada el 10 de febrero de 2009, respecto del salario base y otras “erogaciones” que devenga el Contralor General de la República así como las remuneraciones del resto del personal de la Contraloría General de la República.

En ese sentido, alega la parte accionante que le solicitó en varias oportunidades a la Contraloría General de la República que le informara el monto del salario devengado por los funcionarios de ese organismos, petición que, luego de ser ratificada por los solicitantes, resultó negada por la Dirección de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República aduciendo que no se podía facilitar la información requerida en virtud de que ella formaba parte del derecho a la intimidad de los funcionarios y excedía el ámbito objetivo de potestades y funciones otorgadas por el sistema jurídico venezolano. Esta respuesta, en crite-

rio de los accionantes en amparo, no cumple con el parámetro constitucional de “*adecuación*” de lo cual deducen los accionantes la lesión constitucional alegada como infringida. En cambio, para los representantes del órgano accionado la respuesta satisfizo el derecho a la oportuna y adecuada respuesta, y por tanto no existe lesión constitucional.

En tal sentido, esta Sala Constitucional observa que la acción de amparo constitucional interpuesta no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inadmisibilidad establecidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Asimismo, se constata que el escrito de amparo cumple con los extremos exigidos por el artículo 18 *eiusdem*, por lo que la acción resulta admisible. Así se decide.

Sin embargo, antes de analizar el fondo de la controversia, cabe una precisión preliminar. Luego de la interposición de la acción de amparo el 12 de agosto de 2009, la siguiente actuación procesal de la parte actora fue el 11 de marzo de 2010; esto es, más de seis (6) meses después de haber presentado el escrito, lo que implicaría la extinción del proceso por abandono del trámite en atención al precedente contenido en la sentencia N° 982 del 6 de junio de 2001 (caso: *José Vicente Arenas Cáceres*); no obstante ello, en el presente caso subyace un interés constitucional, más allá del interés particular del accionante, que obliga a la Sala a emitir el pronunciamiento correspondiente conforme a lo solicitado.

Entiende la Sala que los accionantes plantean en amparo la infracción de: “...*los derechos a la petición y oportuna respuesta, y al acceso a la información pública (libertad de expresión y de información...)*, consagrados en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos...”, justificando además como vía idónea el amparo ante la inexistencia de otra vía ordinaria que permitiera la reparación de los derechos invocados como infringidos. Además, indica la accionante que para lograr una gestión pública cónsona con los principios de transparencia y rendición de cuentas, es necesaria la publicidad de los recursos que se administra incluyendo los sueldos de los funcionarios públicos, ya que estos ejercen funciones públicas, están al servicio de los ciudadanos y sus remuneraciones se pagan con los tributos pagados por estos; en consecuencia, -concluye la accionante- el tema de las remuneraciones de los funcionarios públicos escapa de la esfera privada de los mismos, y no se viola el derecho a la intimidad con la solicitud de dicha información, por lo que no es suficiente negar la información solicita alegando simplemente la privacidad de los funcionarios-.

Por consiguiente, en la presente acción de amparo constitucional se encuentra en discusión el derecho a la oportuna y adecuada respuesta y en confrontación dos derechos constitucionales; a saber, el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos, cuyo análisis hará de seguidas la Sala a la luz de nuestro ordenamiento constitucional y legal.

Del derecho constitucional a la oportuna y adecuada respuesta.

El derecho a la oportuna y adecuada respuesta está previsto en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece la obligación de todos los órganos y entes públicos de pronunciarse respecto de las solicitudes que les sean formuladas por los particulares. Así, dicho contenido normativo es del tenor siguiente:

Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta.

Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

En ese sentido, el derecho de petición y oportuna respuesta respecto de los funcionarios y entes de la Administración Pública supone que, ante la petición de un particular, la Administración se encuentra en la obligación, si bien no de satisfacer la pretensión del administrado, sí de dar respuesta específica a la solicitud; o en todo caso, indicar las razones por las cuales no resuelve respecto de lo que se le hubiere solicitado (*vid.* sent. 2031/2003 caso: *Miguel Antonio Albornoz Rodríguez y Rosalba Marcano De Albornoz*), sin que sea obligatorio dar una respuesta favorable a la petición del administrado.

Igualmente, esta Sala, en sentencia del 4 de abril de 2001 (Caso: *Sociedad Mercantil Estación de Servicios Los Pinos, S.R.L.*), señaló en cuanto al goce y garantía del referido contenido normativo, lo siguiente:

”Tal como lo exige el artículo 51 de la Constitución, toda persona tiene derecho a obtener una respuesta ‘oportuna’ y ‘adecuada’. Ahora bien, en cuanto a que la respuesta sea ‘oportuna’, esto se refiere a una condición de tiempo, es decir que la respuesta se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta.

En cuanto a que la respuesta deba ser ‘adecuada’, esto se refiere a la correlación o adecuación de esa respuesta con la solicitud planteada. Que la respuesta sea adecuada en modo alguno se refiere a que ésta deba ser afirmativa o exenta de errores; lo que quiere decir la norma es que la respuesta debe tener relación directa con la solicitud planteada. En este sentido, lo que intenta proteger la Constitución a través del artículo 51, es que la autoridad o funcionario responsable responda oportunamente y que dicha respuesta se refiera específicamente al planteamiento realizado por el solicitante (...).”

Se infiere del criterio citado *supra* que no sólo basta que la Administración dé una respuesta sino que la misma sea, en primer lugar, oportuna en el tiempo, es decir que no resulte inoficiosa debido al largo transcurso desde la petición formulada hasta la respuesta obtenida; y en segundo lugar, debe ser adecuadamente motivada de acuerdo a las diversas pretensiones solicitadas por el administrado; esto es, debe contener una congruente decisión de acuerdo a las circunstancias planteadas en el caso concreto.

En el caso de autos se observa que, mediante comunicación dirigida al Contralor General de la República el 10 de febrero de 2009, la abogada Marianna Belalba, actuando en representación de la Asociación Civil Espacio Público, solicitó, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se le informara sobre lo siguiente:

“1.- ¿Cuál es el salario base y otras erogaciones que devenga usted como Contralor General de la República?

2.- Copia de la tabla de remuneraciones aplicadas al personal que labora en la institución”.

Asimismo, tal como lo refieren los representantes de la Contraloría General de la República, de las actas que conforman el expediente se observa que mediante oficio N° 01-04-217 del 13 de febrero de 2009 la Contraloría General de la República, a través de la Dirección de Recursos Humanos, se pronunció acerca de lo solicitado por la Asociación Civil Espacio Público, en los siguientes términos:

Ciudadana

MARIANNA BELALBA

C.I. N° 17.065.632

Asoc. Civil Espacio Público

Presente.

Me dirijo a usted en atención a su comunicación de fecha 10 de febrero de 2009, dirigida al ciudadano Contralor General de la República, mediante la cual solicita información, fundamentada en el ejercicio del derecho constitucional de petición establecido en los artículos 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Al respecto, estimo imperativo indicarle que las interrogantes de su comunicación, implica una invasión de la esfera privada de los funcionarios públicos, que se encuentran protegidos, como todo ciudadano, por el derecho al honor y privacidad, consagrado en el artículo 60 de nuestra Carta Magna, por lo que no están cubiertas por el derecho constitucional de petición y oportuna respuesta. En consecuencia, las mismas, exceden el ámbito objetivo de potestades y facultades otorgadas por el sistema jurídico venezolano, en el ejercicio del cargo que la máxima autoridad de este Organismo ostenta.

Por tanto, es criterio de la Sala que la petición de la accionante no sólo fue proveída por la Contraloría General de la República, sino que además fue suficientemente motivada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aun cuando no fuera a satisfacción cabal de la solicitante. Así se declara.

C. *Acceso y derecho a la información administrativa*

TSJ-SC (745)

15-7-2010

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Asociación Civil Espacio Público vs. Contraloría General de la República.

Esta Sala determina con carácter vinculante, a partir de la publicación de esta decisión, que en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: Que el o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información; y que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada.

De los límites al ejercicio del derecho fundamental a la información contenido en el artículo 143 de la constitucional.

El verdadero punto álgido del conflicto sometido a la consideración de la Sala radica en establecer los límites que conciernen al ejercicio de tales derechos; asunto éste que adquiere una mayor importancia en la medida del reconocimiento constitucional que se le ha dado en la Carta Magna al novísimo derecho de la ciudadanía a solicitar información y a ser informada oportuna y verazmente sobre asuntos de interés público (artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); y reconocido constitucionalmente tal derecho y en ausencia de ley expresa, cuáles son los límites aceptables del ejercicio del derecho a la información dentro de una sociedad democrática en materias relativas a la seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de la vida privada; o en materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. Vale decir, cuál es la información que puede ser solicitada por los ciudadanos y ciudadanas, y cuál es aquella que debe ser suministrada cuando se trata de un funcionario público.

Sin duda alguna el derecho a la información está legitimado en función del principio de transparencia en la gestión pública, que es uno de los valores expresamente establecidos en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sin embargo, el artículo 143 *eiusdem* expresamente regula tal derecho, en los términos siguientes:

Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. **Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada**, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad (resaltado añadido).

De dicha lectura se infiere que aun cuando el texto constitucional reconoce el derecho ciudadano a ser informado, determina límites externos al ejercicio de tal derecho, en el entendido de que no existen derechos absolutos, salvo en nuestro derecho constitucional el derecho a la vida. Así, la invocación del derecho constitucional a la información no actúa como causa excluyente de la antijuricidad.

De modo que, esta Sala determina con carácter vinculante, a partir de la publicación de esta decisión, que en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que el o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la 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.

D. *Derecho a la intimidad: salario de los funcionarios públicos*

TSJ-SC (745)

15-7-2010

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Asociación Civil Espacio Público vs. Contraloría General de la República.

La Sala Constitucional declara que los datos referentes a los ingresos y remuneraciones de los funcionarios públicos forman parte de su intimidad económica. Así, en criterio de la Sala, 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 adscrito al órgano contralor respecto a la solicitud de información de sus salarios, porque no es 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 dicha información.

De la ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos.

Establecido lo anterior, en el caso *sub iudice* se discute si la remuneración del Contralor General de la República así como de los demás funcionarios de ese órgano contralor es una información de irrestricto acceso público; o si, por el contrario, forma parte del derecho a la intimidad de los funcionarios, y como tal, no existe la obligación de suministrarla. La vigencia simultánea de tales derechos obliga a esta Sala a realizar un juicio de ponderación y analizar el alcance del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos como un derecho fundamental que pudiera calificarse de *inespecífico* porque se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales con ocasión del desempeño de la función pública.

En tal sentido, el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela indica:

Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

De ese modo, la *protección de la vida privada* es un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento constitucional, en principio, sin ningún tipo de distingo, enmarcado en los denominados derechos de la personalidad. El problema ha radicado en determinar de qué manera puede lesionarse dicho derecho a la intimidad o a la vida privada; o dicho de otra manera, cómo valorar el ejercicio de otro derecho, como lo es el de la información, que puede invadir a aquél.

Es así como, entre los intentos para definir la delimitación del derecho a la intimidad la doctrina constitucional destaca la teoría de las esferas, de factura alemana, según la cual, *grosso modo*, se distinguen varios ámbitos de acción del individuo: el centro más cercano al individuo corresponde al *secreto*; la periferia atañe a la *individualidad de la persona*; y, entre ambas, una intermedia referida la *intimidad*, en la que se sitúa todos aquellos aspectos que se desean mantener al margen de la injerencia de terceros.

Vale acotar que esta teoría no ha dejado de tener sus detractores, sobre todo en la determinación de *lo íntimo* como criterio referente y, por tanto, validante de la intromisión; sin embargo, sigue siendo esta la tesis más difundida para explicar cómo se articula el derecho a la intimidad con el derecho a la información en cuanto concierne al funcionario público, como es el supuesto que ocupa en esta oportunidad a esta Sala Constitucional. Así, precisamente, en atención a la definición de *lo íntimo*, se han propuesto tres tesis: la espacial, la objetiva y la subjetiva.

Desde la concepción espacial, la intimidad está asociada con el control que se tiene sobre determinadas áreas u objetos, así, por ejemplo, lo que acontece en el interior del hogar queda al amparo de cualquier intromisión, y por extensión también la correspondencia o las comunicaciones telefónicas, de suerte que su restricción queda sometida a regímenes autorizatorios legislativos. La concepción objetiva, atiende al distingo de conductas públicas y privadas; de modo que, serán conductas privadas aquellas realizadas con la intención de satisfacer necesidades personales, mientras que las públicas son todas aquellas que tienen por objeto satisfacer necesidades ajenas y, por tanto, están privadas de la cobertura protectora de la intimidad. Finalmente, la concepción subjetiva hace distinción del sujeto, es decir, si el personaje que lo detenta es público (en nuestro contexto democrático sería usualmente el funcionario) o privado (particular). Según esta tesis los funcionarios públicos quedarían excluidos de la protección constitucional a la intimidad, dado el carácter público de sus funciones.

No obstante ello, la doctrina constitucional contemporánea reconoce sin restricciones la vigencia de los derechos fundamentales y distingue los diversos ámbitos en los cuales el ciudadano y ciudadana puede hacer uso de ellos, reconociéndose **derechos fundamentales inespecíficos**, según se trate del ejercicio de los mismos en los ámbitos del trabajador asalariado o del funcionariado público. Es decir, la condición de funcionario público y aun la de trabajador asalariado no invalida en el ámbito de trabajo el ejercicio de **derechos fundamentales específicos** como son: el derecho a la vida privada, a la intimidad, a la libertad de expresión, a la libertad de religión, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; sólo que en estos casos debe pasarse por el *test* de constitucionalidad, ponderándose con criterios de proporcionalidad, adecuación, pertinencia y necesidad.

El hecho es que reconocido para los funcionarios públicos la intimidad como **derecho fundamental inespecífico**, cabría analizar el contenido de la intimidad, esto es, precisar cuál es la información que pertenece al ámbito de la vida privada; o, en términos más concretos, si la remuneración, al igual que el derecho a la imagen, libertad de expresión o el derecho a la libre orientación política, forma parte de la esfera íntima del funcionario, reconociéndose un **derecho a la intimidad económica**.

En ese sentido, desde una perspectiva inicial no cabe lugar a dudas que respecto de un particular los datos referentes a sus ingresos y remuneraciones forman parte de su intimidad; en la jurisprudencia constitucional europea se insiste en que lo decisivo para determinar la licitud o ilicitud de una solicitud de exteriorización de datos económicos es “*la actitud de estos para, en un análisis detallado y de conjunto, acceder a informaciones ya no atinentes a la esfera económica de la persona sino relativa directamente a su vida íntima y familiar*”. La información económica ha de examinarse en lo que de instrumentalidad tiene para la reconstrucción de la vida íntima de las personas o de su familia (*vid.* Salvador del Rey Guanter, 1999). Sin embargo, en Venezuela, al igual que en Brasil, no existe una ley general que obligue a que se hagan públicos los salarios de los funcionarios del gobierno, en cambio en otros países, como los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, la gran mayoría de los salarios de los altos funcionarios del gobierno federal se aprueban y se fijan por Ley, lo que implica su publicidad obligatoria. En cambio, en nuestro ordenamiento jurídico, la información sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos está señalada bien de manera global en las partidas presupuestarias que se incluyen anualmente en la Ley de Presupuesto, donde se indican los montos asignados a cada ente u órgano de la administración pública para las remuneraciones de personal; o bien en los Manuales de Cargos y Salarios, en los que no se distingue a qué funcionario en concreto le pertenece la remuneración, pues ello es información que pertenece al ámbito íntimo de cada individuo.

Por otra parte, el carácter reservado de la declaración de impuesto sobre la renta, o de la declaración de bienes que los funcionarios públicos realizan ante la Contraloría General de la República demuestra que tal información no es un dato de difusión pública, pues se trata de información que se contrae a la esfera privada o intimidad económica de los funcionarios. Aun en la doctrina norteamericana actual, se ha pretendido superar la concepción pasiva de *la privacidad*, concebida como ausencia de información sobre nosotros en la mente de otros; sustituyéndola por una concepción activa de la privacidad que reconoce el control y disposición sobre cuándo, quién y para qué se puede acceder a la información que nos concierne, el denominado derecho a controlar la información acerca de sí mismo (*the right to control information about oneself*), lo cual implica que la información privada o íntima está sometida al control de sí mismo, y es al funcionario quien le corresponde discrecionalmente decidir si otorga o no la información de sí mismo.

Dicho esto, en el caso de autos se observa que para los accionantes la información solicitada es “...realmente información pública, ya que ten[ía] repercusiones en la sociedad, por tratarse la información pública de la base de una sociedad democrática, y en el caso planteado, implica una correcta participación ciudadana en la transparencia de la gestión pública, en el control social del ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado”. Del análisis de este alegato, que es, en definitiva, el argumento central del amparo, se concluye que los accionantes dan por descontado que por tratarse del salario de un funcionario público de ello se deriva el interés público, y por tanto, es por sí sólo un título validante en la invasión del derecho constitucional a la intimidad del funcionario.

Al respecto, cabe señalar que aun cuando efectivamente se invocó un interés que se interrelaciona con la necesidad de proteger otro bien jurídico constitucional, este es, la participación ciudadana en la gestión pública; sometida la pretensión de amparo al *test* de constitu-

cionalidad, constata la Sala 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, en criterio de la Sala, 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 adscrito al órgano contralor.

Siendo así, la Sala Constitucional constata que no existe lesión a derecho constitucional alguno de la Asociación Civil Espacio Público, razón por la cual la acción de amparo interpuesta en contra de la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela se declara improcedente *in limine litis*. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El 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, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

Aunque se comparte la trascendencia del asunto de autos más allá de la esfera jurídica de la demandante como fundamento para que no se declare la terminación del proceso por abandono del trámite, así como la declaración de ausencia de violación al derecho a oportuna respuesta, se discrepa de la conclusión mayoritaria acerca de que el salario de los funcionarios públicos sea un dato que pertenezca a su intimidad y que, por tanto, esté protegido por el derecho constitucional a su disfrute. Por el contrario, no cabe duda al disidente acerca de la naturaleza pública y no íntima del salario de los funcionarios públicos y de su pertenencia al ámbito del derecho a la información de los ciudadanos, en relación con el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública (artículo 141 CRBV).

En primer lugar, cabe poner de relieve que no se solicitó que se revelase la identidad de los funcionarios, sólo la escala de sueldos, con lo cual, salvo por el Contralor General, difícilmente puede sostenerse que se invadiría su intimidad.

Por otra parte, existe una tendencia mundial a la inclusión de los datos que pretendía obtener la demandante dentro de la información pública como indicador de transparencia y como medio para el cabal ejercicio de la contraloría social a que tenemos derecho los venezolanos en el sistema democrático a que se refiere la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que, entre otras características, es definido como protagónico y de corresponsabilidad. Al respecto, puede leerse en la Exposición de Motivos del Texto Magno:

La corresponsabilidad entre sociedad y estado, en el sentido de progresividad de los derechos, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos constituyen una herramienta doctrinaria que define una nueva relación de derechos y obligaciones entre sujetos que participan solidariamente en la construcción de una sociedad democrática, participativa, autogestionaria y protagónica (...)/ La participación directa de la gente en la toma de decisiones para la solución de sus problemas y los de su comunidad, crea una nueva relación ciudadana que en el ámbito de los derechos sociales, desarrolla la tríada solidaria entre sociedad, familia y Estado, lo que coloca al legislador y a los órganos que integran el sistema de justicia, en un nuevo espacio de interpretación de la democracia social y del Estado de Derecho y de Justicia.

Concretamente, el derecho a la participación social en los asuntos públicos está preceptuado en el artículo 62 constitucional, que reza:

Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

Esta norma de principio debe iluminar todo análisis de cualquier norma de rango infraconstitucional –e incluso constitucional– en relación con la participación social en la gestión pública, que impone la mayor amplitud en la interpretación, en ejercicio del deber de “*facilitar la generación de las condiciones más favorables*” para su desarrollo y, en forma inversamente proporcional, la mayor restricción en la fijación de los límites a la participación.

La “*participación directa de la gente en la toma de decisiones para la solución de sus problemas y los de su comunidad*” forma parte de la llamada contraloría social. En este sentido, los artículos 141 y 142 de la Ley Orgánica de Administración Pública recogen el deber de la Administración de que establezca sistemas de información amplia, oportuna y veraz a la población sobre su organigrama, procedimientos, servicios y actividades para que ésta pueda ejercer el control social, y reconocen el derecho correlativo de las personas a que soliciten la información que necesiten para el cabal ejercicio de esa contraloría. El derecho a la información, además, es una de las garantías sociales o extrainstitucionales de los derechos sociales que ampara nuestra Constitución. (Vid. PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007; COURTIS, CHRISTIAN, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 185 a 209).

Una concreción legislativa de los principios constitucionales a que se ha hecho referencia es la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado Bolivariano de Miranda (*Gaceta estatal* N° 0244 de 09-10-2009), que en su artículo 25 clasifica como información pública y, por tanto, de acceso público, entre otros datos, el salario de sus funcionarios:

Artículo 25.- **Información Mínima a Ser Difundida por Portales y Páginas Web de los Órganos y Entes del Estado.**- Para que cualquier persona pueda acceder libremente a información que por su naturaleza contribuya a la transparencia, la rendición de cuentas sobre la utilización de los recursos públicos y la gestión del Estado, cada órgano y ente sujeto a esta Ley publicará y actualizará mensualmente, a través de un portal de información o página Web, así como de los medios necesarios a disposición del público, la siguiente información, que para efectos de esta Ley se considera de naturaleza obligatoria:

- a) Su estructura orgánica, así como las actividades y funciones que ejerce; / (...)
- e) Una lista de los nombres, cargos, escalafón salarial y montos de los salarios, remuneraciones u honorarios, con un desglose de su composición, de los representantes legales o titulares y de todos los funcionarios del órgano o ente, incluyendo aquellos contratados bajo las normas del Código Civil; / (...). (Subrayado añadido).

La tendencia en otros ordenamientos jurídicos, como se dijo, es semejante a la de la pionera ley estatal mirandina.

Por ejemplo, en sentencia N° 12852 (Expediente: 08-010536-0007-CO) de 22-08-2008 de la Sala Constitucional de Costa Rica, se afirmó:

SOBRE EL FONDO. Esta Sala con anterioridad se ha referido al acceso a la información pública, así en la resolución número 2007-006100 de las diecisiete horas y cuatro minutos del ocho de mayo del dos mil siete, dispuso: / (...)

Sin embargo, a pesar de lo dicho, aunque el acceso al expediente personal de los funcionarios públicos está vedado, salvo autorización expresa del mismo funcionario u orden judicial, parte de la información que allí se consigna sí puede ser solicitada por cualquier sujeto interesado. Es decir, aún sin tener acceso propiamente al expediente personal de un funcionario público, cualquier interesado puede solicitar se le indique el tipo de puesto que ocupa, las funciones asignadas a dicho puesto, los requisitos para el puesto y si el funcionario los cumple, entre otros, todos ellos aspectos que en nada comprometen el derecho a la intimidad del funcionario público pues son aspectos de interés público." (el subrayado no es del original).

En el presente caso, como se acredita de los autos nos encontramos frente a una petición de información contenida en los registros de una entidad pública (la Universidad Nacional), y al recurrente se le denegó parcialmente la información solicitada, por considerarse información personal de los funcionarios. Se observa en el expediente, que la información solicitada es relativa al nombre de los profesores y al salario que perciben por prestar servicios para la UNA por medio de la FUNDAUNA. Con respecto a lo anterior, considera este Tribunal que sin duda la información requerida es de naturaleza pública, y de interés general, pues está de por medio el adecuado control y manejo de fondos públicos, así como la pertinencia de los servicios públicos que a través de ésta se prestan. En razón de lo indicado en la resolución parcialmente transcrita, el brindar el nombre, el cargo y las funciones de profesores de esa universidad - educación de naturaleza pública- así como el salario que se devenga en dichas funciones, vinculadas con fondos públicos, no se puede considerar información personal de los funcionarios. Además en atención del deber de transparencia que debe caracterizar la función pública, según dispone el artículo 11 constitucional, no puede la Administración negar el acceso a la información que revista interés público, a menos que estemos ante secretos de Estado, datos confidenciales o datos cuya divulgación puede afectar gravemente el interés general, situación que en el presente caso no se demuestra. En consecuencia, procede acoger el recurso (Subrayado y destacado añadidos).

[http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&strTipM=E1&tem6=0&nValor2=421476&pgn=TES&nTermino=14486&tem4="&tem2=&tem3=&nValor3=126882&strDirTe=DD](http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&strTipM=E1&tem6=0&nValor2=421476&pgn=TES&nTermino=14486&tem4=)

En el mismo sentido se pronunció la Procuraduría General de la República de Costa Rica:

... la Administración de JAPDEVA [Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica] considera que no está obligada a dar información sobre sus funcionarios y, en concreto, sobre los salarios que paga. Criterio en que difiere de su Asesoría Jurídica.

Para que JAPDEVA pudiese negarse a dar la información correspondiente, tendría que tratarse de información cubierta por el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad de los documentos privados o la autodeterminación informativa. Supuestos bajo los cuales la información tendría que ser considerada como de interés privado. En ese sentido, los Derechos Fundamentales del funcionario constituirían un límite para el ejercicio del derecho a la información.

Pero es lo cierto que tal invocación no es procedente en tratándose de información que concierne directamente al funcionario en su calidad de tal. En efecto, el funcionario podrá ampararse en sus Derechos Fundamentales cuando la información que conste en JAPDEVA se refiera a su vida privada, pero no respecto de la relacionada con el ejercicio y desempeño de la función pública y por ende, del respeto a los deberes de dicha función. Se encuentra dentro de esta última categoría la información referida a los salarios, puesto que estos son cubiertos por fondos públicos. El carácter de interés público de la información salarial fue retenido tempranamente por la Sala Constitucional.

En efecto, al conocer de un Recurso de Amparo interpuesto contra la negativa del Banco Central de suministrar información respecto del salario de uno de sus jefes, el Tribunal Constitucional manifestó:

“...Así el derecho a la información sobre determinada actividad, ventaja o derecho que un particular ostente estarla vedado por lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política, cosa que no sucede en cuanto al funcionario público, por el evidente interés que para la comunidad representa el poder estar debidamente informada de su actividad, del buen o mal desempeño en el ejercicio de su cargo, de las ventajas o no que el nombramiento conlleva y de los derechos que como tal obtiene, fundamentalmente en cuanto éstos sean de índole económica -salarios, en dinero o en especie, pluses, dietas, etcétera- pues en tratándose de fondos públicos son los administrados en general -o como usuarios del servicio- los que los pagan con sus contribuciones y tienen el derecho de saber cómo se administran y se gastan éstos. Toda la actividad del funcionario público es evidentemente de interés público -no sólo en buena lógica- sino por propia definición del artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, ya que el desempeño de sus funciones debe estar encaminado primordialmente a la satisfacción de aquél y en cuanto se separe de aquella finalidad -que le envuelve como tal- estaría faltando a lo que constituye la esencia de su función. Sería conveniente, tal vez, para algunos funcionarios que pasara inadvertida su actividad, para que ésta no pudiera ser calificada así por la colectividad, pero desde la aceptación del cargo ello no es posible pues sobre aquella conveniencia privan los valores de seguridad jurídica y de justicia, no sólo para la comunidad sino también para todos y cada uno de los individuos que la forman -que en todo caso deben ser considerados como representantes de aquélla, de la que el funcionario depende- y acto de justicia es el derecho a saber cómo se emplean y el destino que se da a los recursos que esa colectividad aporta y que hacen posible la retribución por sus servicios al ‘servidor público’.

Conlleva pues, lo expuesto, el derecho que tiene todo administrado de obtener información en cuanto se refiera a la actividad del funcionario en el desempeño de sus funciones, de sus emolumentos y de la forma en que se administran los fondos públicos en general y la obligación del servidor público de rendirlos a la comunidad -y a cualquier ciudadano como representante de aquélla- de quien el funcionario depende, con la única salvedad de que se trate de un secreto de Estado o de información suministrada a la administración por particulares, para gestiones determinadas, que conservarán siempre su confidencialidad siempre y cuando ésta esté constitucional o legalmente protegida.

Procede así declarar con lugar el amparo y ordenar la entrega de la información solicitada dentro del plazo perentorio indicado en el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional”, Resolución N° 880-90 de 14:25 hrs. de 1 de agosto de 1990, reafirmada en la resolución N° 6240-93 de cita.

Asimismo, la Procuraduría ha indicado:

“En el ejercicio de la función pública los empleados públicos están en el deber de informar de todas sus actividades, de rendir cuenta de su gestión y deben someterse al control que ejercen sobre ellos los administrados, la sociedad civil y los medios de comunicación colectiva. Solo pueden retener aquella información que el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) considera como asuntos de interés privado y, por ende, no media un interés general, y aquella que ha sido calificada como secreto de Estado o confidencial”. C-217-2000 de 13 de setiembre del 2000”.

No debe quedar duda alguna respecto de que la Institución no puede ampararse en los Derechos Fundamentales de sus funcionarios para negarse a dar información de interés público, como lo es la identidad de los servidores responsable de un acto o actuación, la forma de desempeño y las retribuciones o ventajas que reciben.

En igual forma, está cubierto por el artículo 30 constitucional lo relativo a la parte operativa y administrativa del Ente, lo que abarca necesariamente la gestión financiera de JAPDEVA y su actividad contractual.

CONCLUSIÓN:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

JAPDEVA como parte de la Administración Pública, se rige por el principio de transparencia y publicidad.

El cumplimiento de estos principios requiere de la Administración el comunicar al público la información relativa a las políticas institucionales, los objetivos que procura la gestión y los medios para lograrlo. Medios que, si bien son instrumentales, permiten el logro de los cometidos públicos.

El respeto de estos principios se correlaciona con el Derecho Fundamental de todas las personas a la información de interés público.

Con base en ese Derecho, los terceros pueden exigir que les sean suministrados los documentos de JAPDEVA e información sobre sus actuaciones y las de sus funcionarios, aún cuando éstas estén referidas a la actuación operativa o instrumental de la Entidad.

Ese Derecho faculta, en general, a los particulares para solicitar información relativa a los fondos públicos y, por ende, sobre salarios de los funcionarios de la Entidad, así como la relativa a su desempeño institucional (Subrayado y destacado añadidos).

(http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=12193&strTipM=T)

Es ilustrativo del punto que se quiere establecer, el documento que la organización Open Society Justice Initiative presentó en calidad de *amicus curiae* en el caso *Defensoría del Pueblo contra Municipalidad de San Lorenzo s./ Acción de Inconstitucionalidad* ante la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, que contiene un extenso análisis del tema en cuestión y en el que se hace un estudio de Derecho Comparado del cual sólo se copiarán, a continuación, la parte que concierne a América Latina y las conclusiones, según las cuales, no cabe duda acerca de la naturaleza pública y no íntima del salario de los funcionarios públicos y de su relación con el derecho a la información de los ciudadanos y con la transparencia en el función pública.

(Nota: las citas al pie fueron incorporadas entre corchetes en el texto para facilitar la lectura):

C. Práctica y legislación comparada sobre el acceso a la información sobre los salarios de los funcionarios públicos / (...)

(...) En este apartado resumiremos la práctica y la legislación comparada relativa a la divulgación de datos sobre la remuneración de los funcionarios, y abordaremos la cuestión de si aquella debe mantenerse como confidencial para proteger el derecho a la intimidad de los funcionarios, examinando, para ello, la legislación y las prácticas de seis estados miembros de la OEA, así como las de otros ocho países de África, Asia, Europa y Medio Oriente / (...)

2. América

61. En Brasil no existe un requisito legal general que obligue a que se hagan públicos los salarios de los funcionarios del gobierno. Sin embargo, en junio de 2009, el alcalde de Sao Paulo, en cumplimiento de las medidas de transparencia aprobadas por la municipalidad, ordenó la difusión en un sitio web especial del nombre, cargo y salario exacto de los 147.000 empleados y otras 15.000 personas contratadas por la municipalidad. Dos asociaciones de funcionarios públicos impugnaron la decisión de la Municipalidad aduciendo razones de seguridad y de protección de su intimidad. En la apelación, la Corte Suprema de Brasil, tras valorar los derechos e intereses en conflicto, resolvió que debía prevalecer el interés público en la revelación de la información en cuestión. La Corte observó que el advenimiento de Internet había transformado la capacidad de la ciudadanía de controlar el gasto social [*SINESP y otros c/ Ciudad de Sao Paulo*, sentencia del 8 de julio de 2009].

62. En Canadá, la federación y cada una de las trece provincias y territorios cuentan con distintas leyes reguladoras de la libertad de información y de protección de la intimidad. En general, sin embargo, la información sobre los salarios y prestaciones de los funcionarios de gobierno se encuentra a disposición del público en todas esas jurisdicciones, ya sea que ésta se haga pública directamente o previa solicitud. La información sobre los salarios de los (altos) funcionarios del gobierno puede consultarse en el sitio web del Parlamento canadiense [Véase...<http://www2.parl.gc.ca/Parlinfo/Lists/Salaries.aspx?Section=b571082f-7b2d-4d6a-b30ab6025a9cbb98>], mientras que las escalas salariales de los funcionarios federales están publicadas en el sitio web de la Junta del Tesoro (*Treasury Board*), el empleador del gobierno federal [Véase <http://www.tbs-sct.gc.ca/tbs-sct/audience-auditore/employee-employee-eng.asp>]. Los salarios de los directores de las empresas y órganos administrativos estatales también están disponibles públicamente para su consulta.

63. En Chile, la ley de acceso a la información de 2008 exige a todas las instituciones y organismos estatales a los que resulta de aplicación la ley que pongan «a disposición permanente del público», a través de sus sitios electrónicos, la planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones [Ley N° 20285 sobre transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado, art. 7(d)]. La información debe actualizarse con una periodicidad mensual como mínimo.

64. En México, el artículo 7 de la ley nacional de acceso a la información [Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental] exige a todas las entidades públicas obligadas por la ley a poner a disposición del público y actualizar regularmente el listado de funcionarios públicos, así como la «remuneración mensual por puesto». En la práctica, la información está generalmente disponible [Véase el motor de búsquedas para acceder a la información sobre salarios: <http://portaltransparencia.gob.mx/pot/remuneracion-Mensual/beginAPF.do?method=beginAPF>].

65. En Perú, el artículo 40 de la Constitución exige la publicación periódica de los ingresos que perciben los (altos) funcionarios en razón de sus cargos. El artículo 41 de la Constitución exige a todos los funcionarios públicos, incluidos los que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, que hagan declaración jurada de bienes y rentas durante el ejercicio de sus cargos [Véase http://right2info.org/information-of-high-public-interest/asset-declarations#_ftn7#_ftn7].

Según un dictamen reciente de la Procuradora de la Administración peruana (un organismo administrativo de control), el público en general debe tener acceso a los datos relativos a los salarios de los funcionarios públicos. Según lo establecido en el dictamen, las hojas de cálculo de los salarios de todos los órganos nacionales deben tener carácter público, incluido el nivel salarial de cada cargo específico. El acceso a dicha información es considerado necesario para garantizar el cumplimiento de la obligación del gobierno de rendir cuentas y el control cívico [Ministerio Público, Procuradora de la Administración, Informe N° C-128 del 19 de abril de 2002].

66. En septiembre de 2009, el Tribunal Constitucional del Perú confirmó esa posición en un caso de *habeas data*, sosteniendo que, además de los resúmenes de las declaraciones de bienes de funcionarios que ya se pueden consultar públicamente, algunos apartados de las declaraciones detalladas de bienes también deberían divulgarse previa solicitud. Entre estos apartados se incluyen los «ingresos y bienes provenientes del sector público», así como toda la información sobre bienes muebles e inmuebles que obre en registros públicos [Asunto *Casas Chardon*, nota 3 anterior].

67. En Estados Unidos de América, la gran mayoría de los salarios de los funcionarios del gobierno federal se fijan por ley y, por lo tanto, son objeto de registro público.

Los jueces, miembros del Congreso, los secretarios de Estado y los altos funcionarios de los órganos ejecutivos perciben salarios fijos que se aprueban y ajustan por ley.

Otros empleados del poder ejecutivo son remunerados de acuerdo con escalas o tablas que también se fijan por ley; la mayoría se establecen a través del Tabulador General (*General*

Schedule), que establece los rangos de salario para los empleados de carrera en todos los niveles del gobierno federal. Los permisos básicos y demás prestaciones de los empleados federales también se establecen por ley, y la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Management and Budget*) publica información detallada sobre las prestaciones de los funcionarios del poder ejecutivo [Véase, por ejemplo, *United States Office of Personnel Management* [la Oficina de Estados Unidos de Gestión de Personal], *Presidential Transition Guide to Federal Human Resources Management*, [Guía de transición presidencial para la gestión de recursos humanos federales, junio de 2008; disponible en <http://www.chcoc.gov/Transmittals/Attachments/trans1300.pdf>].

Con fundamento en las consideraciones que preceden y porque se comparten los antecedentes de Derecho Comparado que se citaron, el disidente estima que la demanda que encabeza estas actuaciones ha debido ser declarada con lugar.

4. *Derechos laborales. Hecho social trabajo*

TSJ-SPA (638)

6-7-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Asociación de Jubilados y Pensionados de C.V.G. Venalum (AJUPEVE).

El valor del hecho social trabajo debe trascender en condiciones de igualdad la vida del trabajador para que sus prestaciones sociales sean transferidas igualitariamente a sus causahabientes, por ser el trabajo el hecho social fundamental de producción en la sociedad, que se basa justamente en el trabajo humano, que provee bienes y servicios a todos y medios de subsistencia a la gran mayoría, “más allá del capital”.

Para decidir adecuadamente esta petición de aclaratoria, la Sala debe precisar que el objeto de la sentencia satisfizo la pretensión de los actores, que estaba limitada a declarar la nulidad del artículo 23 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. De manera que cualquier petición de aclaratoria de esa sentencia que se dirija a dilucidar un asunto diferente al *thema decidendum* debe ser considerada improcedente, pues la decisión que se pide aclarar declaró la nulidad de un artículo reglamentario, única petición de la demanda, que no fue de interpretación de leyes sino de nulidad de norma.

También considera la Sala que -dada la amplitud del petitorio de aclaratoria- puede considerarse que dicha aclaratoria pretende una ampliación del fallo, lo cual no es ilegal, y por lo tanto, tampoco improcedente. Dada esa situación hermenéutica, este Máximo Tribunal pasa a dar respuesta a la solicitud de aclaratoria, independientemente de que contenga elementos que la aproximan a la ampliación.

Punto 1.- En cuanto al primer punto, se observa que la sentencia cuya aclaratoria se pidió, decidió lo siguiente: “(.) En el presente caso, el artículo 15 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios dispone que la pensión de sobreviviente se obtendrá por el fallecimiento del beneficiario de la pensión de jubilación; nada mencionó sobre los casos en los que el beneficio acordado hubiera sido la pensión de invalidez.

Al contemplar el artículo 23 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios que la muerte de un beneficiario de una pensión de invalidez no causará pensión de sobrevivientes, hizo intrusión en un ámbito que es potestativo de la Ley, y que ésta -siéndole propio- no contempló, invadiendo así el Reglamento la reserva legal; y más aún, alterando el 'espíritu, propósito y razón' de la Ley.

La referida norma reglamentaria creó una limitación a los sobrevivientes de los pensionados por invalidez, que la Ley no reguló expresamente, no resultando tal restricción compatible con los postulados previstos en los transcritos artículos 86 y 89 constitucionales, vigentes desde el 30 de diciembre de 1999, cuya protección especial prohíbe cualquier discriminación relacionada con el 'hecho social' trabajo.

(.) Por las razones expuestas, esta Sala estima que el artículo 23 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, es violatorio del principio constitucional que impone los límites a la potestad reglamentaria contenida en el numeral 10 del artículo 236, en concordancia con el numeral 1 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, debe declararse con lugar el recurso de nulidad interpuesto y, por lo tanto, nulo el referido artículo 23 del citado Reglamento. Así se establece.

Igualmente considera la Sala que los efectos de este fallo abarcan también la situación jurídica de los herederos de los recurrentes que fenecieron luego de iniciar su solicitud, esperando esta sentencia. Así también se determina. (.).". (Destacado de la Sala).

Tal como lo precisó el fallo parcialmente transcrito, el artículo reglamentario declarado nulo es violatorio del principio constitucional que establece los límites a la potestad reglamentaria; y además, la norma anulada imponía una limitación al derecho constitucional de los sobrevivientes del pensionado por invalidez a recibir la pensión de éste, cuestión que adicionalmente es contraria a la Ley. La disposición anulada transgredía principios generales del derecho, especialmente del derecho laboral, según los cuales los emolumentos que deba recibir el trabajador por sus servicios, incluso los que le correspondan al cesar su relación laboral, son de rango constitucional, intangibles, irrenunciables, progresivos; en fin, son derechos humanos garantizados constitucionalmente, por cuya observancia debe velar el Estado, en este caso a través del Poder Judicial.

El citado fallo sujeto a esta aclaratoria extendió sus efectos a la situación jurídica de los herederos de los recurrentes que fenecieron luego de iniciar su solicitud, a la espera de que se les hiciera justicia. Obviamente, suprimida la limitación que contenía el artículo 23 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios para el goce de la pensión de sobrevivientes -anulada esa norma por inconstitucional- queda el Reglamento como si tal disposición no hubiese existido, porque siempre fue violatoria de la Constitución, de modo que la sentencia anulatoria produce efectos jurídicos respecto de todos los sobrevivientes herederos de los pensionados por invalidez que dependan de la Administración Pública Nacional, aun de aquéllos que fallecieron antes de la publicación del fallo, independientemente de que se hubiesen adherido a la presente causa. Ello en virtud de que al desaparecer la norma que limitaba sus derechos (de los herederos), ya no existe la limitación que pudiera derivarse de esa norma anulada, en relación de los sobrevivientes de los incapacitados de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal. Así se declara.

En razón de lo expuesto, la Sala debe declarar que es procedente la aclaratoria del punto N° 1 de la solicitud, determinado en el párrafo anterior. Así se establece.

Punto 2.- En cuanto al segundo punto, corresponde precisar los efectos de la decisión anulatoria en el tiempo, para determinar si son *ex nunc* o *ex tunc*, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 aparte 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. En tal sentido, se observa que es labor del Juez Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, determinar los efectos en el tiempo de su decisión, tal como lo expresó esta Sala en la sentencia N° 02607 del 22 de noviembre de 2006 (caso: *INSPECTORÍA GENERAL DE TRIBUNALES vs. COMISIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL*), en la que estableció lo siguiente: “(.) Si bien en algunos casos, bastaría la nulidad del acto para que los efectos del mismo se retrotraigan *per se* al estado anterior al momento en que ocurre una lesión, en otros supuestos, es necesario ir más allá de una simple declaratoria, como ocurre en el caso presente, haciéndose imperativo disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica infringida, esto es, dictar una decisión judicial con la facultad de determinar, incluso, sus efectos en el tiempo; de lo contrario, sólo se tendría una declaratoria judicial inútil e ineficaz frente al hecho lesivo producido por la autoridad administrativa, de suma importancia, además, si se trata, como en el caso de autos, de resguardar intereses colectivos representados en la ciudadanía como destinatarios de una correcta aplicación del derecho para lograr la justicia”.

La sentencia que se aclara, similar a la precitada en cuanto resguarda derechos e intereses colectivos de la ciudadanía -en este caso las masas trabajadoras- se dirige a la declaratoria de nulidad de una norma reglamentaria que se excede en su potestad, violentando derechos constitucionales de trabajadores (incluso de sus herederos) disminuidos en sus capacidades por las labores que desempeñan.

La norma reglamentaria cuya nulidad se pidió no sólo invadía potestades de la Ley, sino que atentaba contra los trabajadores que con ocasión de la prestación de sus servicios han llegado a baldarse, perdiendo algunos de ellos sus capacidades, hasta el punto de que muchos (según pruebas y estadísticas incorporadas a los autos) quedan impedidos físicamente para hacer otros trabajos. Tales enfermedades profesionales en no pocos casos son aniquilatorias (cuando se originan por la exposición continua del trabajador a “gases, vapores tóxicos, polvos contaminantes, altas temperaturas, productos irritantes, alúmina, carbón, alquitrán, coque, hulla, entre otros componentes químicos”) -según alegan los actores-, causándoles la muerte y, de todos modos, obligándolos a someterse a costosos tratamientos, casi nunca al alcance de su seguridad social y capacidad de compra de los medicamentos necesarios para poder seguir vivos, aunque en precarias condiciones de salud.

Además, tales baldaduras de los declarados incapacitados los afecta no sólo a ellos, sino fundamentalmente a sus hijos y otros causahabientes (como el o la cónyuge sobreviviente), porque al fenecer el pensionado, éstos (los causahabientes) no pueden heredar sus pensiones, por imperativo de una normativa sub legal impetradora de una desigualdad inconstitucional.

Esta minusvalía jurídica de los incapacitados frente a los jubilados -que imponía contra *legem* la norma reglamentaria anulada- mantenía un trato jurídico desigual entre ambos grupos de trabajadores, conculcándoles a los primeros (los incapacitados) la garantía constitucional según la cual tanto éstos como los jubilados -siendo iguales ante la Ley y la Economía, deben gozar de iguales derechos respecto del hecho social trabajo, cuya contraprestación -en un estado de derecho justo- debe servirles para cubrir las necesidades económicas básicas del grupo familiar, de manera tal que los trascienda más allá de la muerte, de modo que sus sobrevivientes no queden desprotegidos social y económicamente cuando acaece el deceso del pensionado.

Para responder este punto de la aclaratoria, que en verdad contiene elementos de ampliación, la Sala considera necesario precisar que el hecho social trabajo es de enorme trascendencia en toda sociedad, mucho más en la sociedad que constitucionalmente se basa en la justicia social. Por lo tanto, el valor del hecho social trabajo no debe estar sujeto a desigualdades desventajosas para el trabajador ni para su grupo familiar, puesto que tales desproporciones atentan contra principios sociales consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fundamentalmente del Estado Social de Derecho y de Justicia que es norte de la República Bolivariana de Venezuela.

Atendiendo a este principio constitucional de igual trabajo igual remuneración económica y social, la Sala de Casación Social de este Alto Tribunal ha definido el hecho social trabajo a la luz de esta Constitución:

“(.) Efectivamente, la protección del hecho social trabajo visto desde el prisma del Derecho del Trabajo, busca resaltar la preeminencia de su contenido ético social, sobre el contenido patrimonial, es decir, se reconoce el valor fundamental de la actividad de la persona humana como instrumento para su progreso y desarrollo, en virtud de la necesidad de ejercer habitualmente en forma subordinada o independiente una ocupación remunerada que le permita superarse profesionalmente y gozar de ciertos beneficios económicos y sociales considerados indispensables para una vida decorosa.

En sintonía con lo señalado en el precedente párrafo, este Máximo Tribunal ha señalado que ‘el artículo 1º de la LOT enuncia el trabajo como un hecho social; pero en verdad, jamás ha dejado de poseer esa naturaleza. Es decir, que también bajo el imperio de la Ley del Trabajo abrogada fue un hecho influido por factores de orden ético, sociológico, psicológico y físico, que determinan la inclinación y el aprecio de la sociedad hacia el trabajo, el respeto a los valores morales que su práctica entrena, la duración y condiciones en que esa actividad debe prestarse. Es imposible negar, entonces, que ese hecho social ha estado y está igualmente influido por los factores de orden económico que afectan el rendimiento del esfuerzo humano dentro de una sociedad determinada’. (CSJ, SCC, 17 de marzo de 1993, caso *Camiilius Lamorell* (.).”. (Criterio ratificado por la Sala de Casación Social en sentencias Nos. 050 del 22 de marzo de 2001 y 305 del 28 de mayo de 2002). (Resaltado de la Sala).

Respecto de los factores económicos y jurídicos que determinan al hecho social trabajo, tanto para la ciencia económica (también denominada Economía Política), como para el derecho del trabajo, este hecho social se expresa en la capacidad de trabajo o fuerza laboral del prestador de ese servicio esencial e indispensable para toda sociedad, que el trabajador entrega directamente a su patrono en forma de prestación de hacer denominada prestación de servicio laboral, por cuya labor el prestador recibe un precio (visto así desde la Economía Política) llamado sueldo, salario o contraprestación, que es el valor de esa actividad en el mercado de trabajo.

Carlos Marx, en su obra fundamental EL CAPITAL, llama “peregrina mercancía” (por su peculiaridad en la Economía, que se sostiene gracias a ella) a esta fuerza social, a cuyo estudio como valor social y económico dedicó gran parte de sus reflexiones filosóficas y económicas:

“El valor de la fuerza de trabajo, como el de toda otra mercancía, lo determina el tiempo de trabajo necesario para la producción, incluyendo, por tanto, la reproducción de este artículo específico”.

“El valor de la fuerza de trabajo es el valor de los medios de vida necesarios para asegurar la subsistencia de su poseedor. Sin embargo, la fuerza de trabajo sólo se realiza ejercitándose, y sólo se ejercita trabajando. Al ejercitarse, al trabajar, se gasta una determinada canti-

dad de músculos, de nervios, de cerebro humano, etc., que es necesario reponer. Al intensificarse este gasto, tiene que intensificarse también, forzosamente el ingreso. Después de haber trabajado hoy, el propietario de la fuerza de trabajo tiene que volver a repetir mañana el mismo proceso, en idénticas condiciones de fuerza y salud. Por tanto, la suma de víveres y medios de vida habrá de ser por fuerza suficiente para mantener al individuo trabajador en su estado normal de vida y de trabajo. A diferencia de las otras mercancías, la valoración de la fuerza de trabajo encierra pues, un elemento histórico moral". (Selección de *Lecturas de EL CAPITAL*, Editorial Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1979, pp. 134 y 135).

La precedente cita filosófica es pertinente porque la aclaratoria o ampliación que solicitan los trabajadores actuantes en esta causa consiste en que en este punto la Sala exprese con mayor amplitud su determinación acerca de si "los efectos de este fallo abarcan también la situación jurídica de los herederos de los recurrentes que fenecieron luego de iniciar su solicitud, esperando esta sentencia".

La decisión judicial que se aclara evidencia que -tal como lo probaron los actores- todos ellos están constreñidos a medicarse de por vida para poder sobrevivir, sabiéndose amenazados de segura muerte próxima provocada por la enfermedad profesional, como ha acontecido a lo largo de esta causa, pues en efecto varios de ellos han fenecido a la espera de esta sentencia, cual personaje kafkiano que murió esperando justicia "ante la puerta de la Ley" (Ante la Ley, relato de Franz Kafka incorporado en su obra *EL PROCESO*. Alianza Editorial. Madrid, 1998). Mientras tanto, los hijos en etapa de crecimiento de estos discapacitados por enfermedad profesional, que a consecuencia de la misma van muriendo, se mantienen injustamente en estado de desigualdad respecto de sus homólogos causahabientes de jubilados fallecidos, cuyas pensiones sí se trasladan a los sobrevivientes. Ante esta evidente e inicua desigualdad frente al hecho físico de la muerte del pensionado y sus efectos jurídicos, la jurisprudencia debe tener una respuesta que se ajuste al Estado Social de Derecho y de Justicia que rige a la República Bolivariana de Venezuela.

La pregunta de los recurrentes en este punto de la aclaratoria se refiere a los efectos temporales de la nulidad decretada respecto de los sobrevivientes de los incapacitados, incluyendo a los que fenecieron (los incapacitados -se precisa-) antes de la fecha de la sentencia, aunque tales discapacitados premortales no se hubiesen adherido al presente proceso. Tal pregunta está directamente conectada con el valor del hecho social trabajo y su relación con el deceso del trabajador declarado incapacitado, cuyos sobrevivientes aptos para heredar su pensión, han estado sometidos a desigualdad respecto de los sobrevivientes de los jubilados, desigualdad jurídica inconstitucional que impetraba la norma anulada.

El tema de la muerte del trabajador desatendido socialmente, en una sociedad que lo consideraba un objeto de uso para fines mercantiles, cual mercancía con mero valor de reposición a través de sus hijos, lo trata el autor citado así como sigue:

"El poseedor de la fuerza de trabajo es un ser mortal. Por tanto, para que su presencia en el mercado sea continua, como lo requiere la transformación continua de dinero en capital, es necesario que el vendedor de la fuerza de trabajo se perpetúe, 'como se perpetúa todo ser viviente por la procreación' (Petty). Por lo menos, habrán de reponerse por un número igual de fuerzas nuevas de trabajo las que retiran del mercado el desgaste y la muerte. La suma de los medios de vida necesarios para la producción de la fuerza de trabajo incluye, por tanto, los medios de vida de los sustitutos, es decir, de los hijos de los obreros, para que esta raza especial de poseedores de mercancías pueda perpetuarse en el mercado". (Subrayado de la Sala).

“Es decir, que el obrero adelanta en todas sus partes al capitalista el valor de uso de la fuerza de trabajo y el comprador la consume, la utiliza, antes de habérsela pagado al obrero, siendo por tanto, éste el que abre crédito al capitalista. Y que esto no es ninguna fantasía lo demuestra el hecho de que, de vez en cuando, los obreros pierdan los salarios devengados, al quebrar el capitalista”. (Obra citada, páginas 135 y 138).

Las precedentes disquisiciones constituyen una original temática de las ciencias sociales desde que el autor las publicó en el Tomo I de su tratado filosófico-económico en 1867, que la Sala cita por su pertinencia para explicar el valor del hecho social trabajo, que en el derecho moderno trasciende la muerte del trabajador, para transferirse a sus herederos. En efecto, si el trabajador es quien “abre crédito al capitalista” por su fuerza de trabajo que le vende, entonces es evidente que los herederos del prestador de tan importante servicio deberían contar con la seguridad social suficiente que les permita disfrutar los beneficios de la plusvalía que su causante entregó a su patrono hasta morir, o hasta que -como en el caso de marras- fue declarado incapacitado, con derecho a disfrutar de una pensión vitalicia, trasladable a sus causahabientes en condiciones legales de acceder a tal subrogación. Obviamente, en estos tiempos de mayor justicia social, cuando las constituciones y las leyes laborales protegen al trabajador y a su familia más allá de su muerte, no hay razón alguna para que se establezcan diferencias respecto de las prestaciones postmortem entre jubilados e incapacitados.

Por tales razones, considera este Alto Tribunal que el valor del hecho social trabajo debe trascender en condiciones de igualdad la vida del trabajador para que sus prestaciones sociales sean transferidas igualitariamente a sus causahabientes, por ser el trabajo el hecho social fundamental de producción en la sociedad, que se basa justamente en el trabajo humano, que provee bienes y servicios a todos y medios de subsistencia a la gran mayoría, “más allá del capital”, como sostiene en su obra homónima el filósofo marxista Mészáros. (Mészáros, István, *Más Allá del Capital*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 2006).

Es evidente que la relación capital-trabajo equivale a patrono-trabajador, independientemente de que el patrono sea un capitalista privado o algún ente público actuando como dueño de determinados medios de producción, porque igualmente es un empleador de la fuerza de trabajo, es decir, un patrono. Obviamente, el patrono público no puede ser calificado como aprovechador a ultranza de la plusvalía de sus trabajadores, porque los proventos del plusvalor del trabajo están destinados al provecho público. Así lo ha venido precisando tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, tal como se evidencia en las siguientes normativas:

La Asamblea Nacional dictó recientemente la 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 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.976 Extraordinario del 24 de mayo de 2010), en la que estableció el salario mínimo nacional como límite inferior del monto de la pensión de sobrevivientes de los jubilados y pensionados. La 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 (publicada en la mencionada Gaceta) determinó que el salario mínimo nacional será la cantidad a recibir por los beneficiarios o beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cual en su Disposición Derogatoria Única precisó: “(.) queda sin efecto toda disposición normativa que contradiga o resulte incompatible con lo dispuesto en la presente Ley en materia de pensión de sobrevivientes”. La Ley del Estatuto de la Función Policial (*Gaceta Oficial* N° 5.940 Extraordinario de fecha 7 de diciembre de 2009) prevé que cuando ocurriera el fallecimiento de un funcionario en actos del servicio “se acordará su ascenso de honor con efectos inmediatos sobre las remuneraciones y beneficios sociales que corresponden a sus herederos y herederas”.

Para la Sala es obvio que los citados cuerpos normativos progresivamente han venido reconociendo mejoras de los proventos que corresponden a los beneficiarios de la pensión de sobreviviente del jubilado y del pensionado.

Las normas reformadas consagran un trato igualitario -respecto del monto más alto- en materia de pensión de sobrevivientes, lo cual ratifica la tendencia del Estado hacia la protección social preferente de los causahabientes del trabajador, con lo que tal empleador cumple teleológicamente su obligación constitucional de establecer la igualdad de los que deben ser igualados ante la Constitución y la Ley.

Precisado este punto, considera la Sala que al haberse anulado el artículo 23 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, la consecuencia jurídica de tal anulación es que dicha norma debe tenerse como inexistente en el ordenamiento jurídico, es decir, como si nunca se hubiere dictado. Ergo, ese Reglamento debe aplicarse sin considerar en absoluto la norma que desapareció por esta declaratoria de nulidad. Por tales razones, los efectos de esta sentencia son *ex tunc*, locución latina que significa “desde siempre” y “entonces”, según el *Diccionario Jurídico de Derecho Romano Latín-Español*, de Urbano Rivero (Editorial Buchivacoa, C.A. Caracas, 1999). Agrega este autor que tal expresión “indica que tiene efectos retroactivos, o que la situación actual se supone perfeccionada desde su origen”.

El Diccionario de frases y aforismos latinos, de Germán Cisneros Farías, contiene las siguientes acepciones para la expresión *ex tunc*: “Desde entonces; característica de las normas que tienen efecto retroactivo”. (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos N° 51. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003). Se evidencia, pues, que los latinistas citados coinciden en que el término *ex tunc* tiene carácter de calificar como retroactiva a dicha locución, es decir, con efectos desde que se originó la cuestión, o sea desde el pasado y para siempre.

La razón fundamental respecto de los efectos temporales de aplicabilidad con carácter *ex tunc*, consiste en que la norma anulada por inconstitucional ha de tenerse como nula “desde siempre”, ya que desde siempre -se reitera-, desde su origen atentaba contra los derechos humanos de trabajadores y el hecho social trabajo, impetrando “entonces”, desde cuando existía en el ordenamiento jurídico, un régimen prestacional injusto que afectaba a los sobrevivientes del trabajador incapacitado fenecido, entre los cuales (los herederos) casi siempre hay niños, niñas y adolescentes, cuyos derechos espirituales y económicos, en el ámbito jurídico, son de elevado rango constitucional, en atención al interés superior de quienes no han arribado a la mayoría de edad, y que además de su natural debilidad jurídica, quedan en la orfandad.

Es evidente, pues, que de mantenerse esa inconstitucional norma en el tiempo, millares de niños, niñas y adolescentes perderían junto con su progenitor o progenitora fallecido o fallecida por efecto de discapacidad, perderían -reafirmamos- también su derecho de rango constitucional superior a la manutención económica por falencia de la pensión que les corresponde.

Por lo tanto, procede la aclaratoria respecto del punto N° 2 de la solicitud, referida a que los efectos de esa sentencia son *ex tunc*, es decir, que se retrotraen al pasado. Así se decide.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional: El Poder Judicial: Medios alternativos para la resolución de conflictos*

TSJ-SPA (927)

29-9-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Alfredo Valentín Méndez Carballo

La Sala reitera que para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar determinados elementos fundamentales, que seguidamente señala:

La Sala observa que la sentencia consultada fue emitida el 16 de junio de 2010 con la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.447, de fecha 16 de junio de 2010 (reimpresa por error material en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.451 el día 22 de ese mes y año). Dicha Ley dispone el régimen de competencias atribuido a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 23.20, que reza:

“Artículo 23. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de:

...omissis...

20. Las consultas y recursos de regulación de jurisdicción”.

Se evidencia que la normativa de la nueva Ley determina el mismo régimen competencial del Código de Procedimiento Civil.

Así, mediante sentencia de fecha 16 de junio de 2010, el Juzgado Undécimo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró con lugar la cuestión previa opuesta conforme al ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil; en consecuencia, negó la jurisdicción del Poder Judicial para conocer la demanda, y ordenó la remisión del expediente a esta Sala Político-Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en su artículo 258 el deber que tiene el legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos, como alternativa ante las típicas disputas o querrelas en sede judicial, lo que refleja la constitucionalización de los medios alternativos para la resolución de conflictos.

De suerte tal que el arbitraje constituye una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querrelas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva y la garantía de acceso a la justicia, previstos en el artículo 26 del Texto Constitucional.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han considerado al arbitraje como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, quienes mediante una voluntad expresa, convienen de forma anticipada, en sustraer del conocimiento del Poder Judicial

(acuerdo éste que también podría ser posterior, es decir, ya iniciada una causa judicial) las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico que puedan tener.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha dejado sentado en reiteradas oportunidades que no obstante la constitucionalización de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, debe erradicarse el uso tergiversado que de ellos pueda pretenderse, en aras de garantizar los principios del sistema de administración de justicia (*Vid.* sentencia N° 2571 del 5 de mayo de 2005 y 1356 del 31 de julio de 2007).

Asimismo, ha sido criterio reiterado de esta Sala que para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:

”(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b).- La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b'1) La denominada “**Renuncia Tácita al Arbitraje**”, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en “forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconvinando (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión *ficta*). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en “forma” esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen las cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil) (Véanse, entre otras, sentencias números 1209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: *Hoteles Doral C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A.*, respectivamente).

En primer término, es menester precisar que en el contrato objeto de la demanda de autos se estableció una cláusula arbitral, la cual dispone:

“DÉCIMO SÉPTIMA: Las partes convienen expresamente que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre este contrato o su ejecución y que no puedan ser resueltas de manera amistosa, serán decididas mediante Arbitraje Independiente, de acuerdo a los términos de la Ley de Arbitraje Comercial promulgada en *Gaceta Oficial* N° 36.416 del siete (7) de Abril de Mil Novecientos Noventa y Ocho y se acuerda así mismo que esta iniciativa deberá ser agotada obligatoriamente antes de recurrir a la vía contenciosa” (Subrayado de la Sala).

Ahora bien, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la *Gaceta Oficial de Venezuela* N° 36.430 del 7 de abril de 1998, consagra expresamente la posibilidad de que las partes sometan a arbitraje la resolución de controversias o disputas, mediante un acuerdo denominado “acuerdo de arbitraje”; en efecto, la norma *in commento* señala:

“Artículo 5: El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria” (Subrayado de la Sala).

De la disposición anterior se evidencia, que al estar el acuerdo de arbitraje contemplado en una cláusula contractual, adquiere carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato, quienes por dicha disposición renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios a someter sus controversias.

Asimismo, dispone la primera parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, lo siguiente:

“Artículo 6.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”

Se observa pues, que la referida cláusula arbitral no contiene una manifiesta e inequívoca disposición de un sometimiento a la jurisdicción de unos árbitros privados, esto es, no existe una indubitada disposición de renunciar al libre acceso a los órganos de administración de justicia de la jurisdicción ordinaria, ya que en su parte final expresa “antes de recurrir a la vía contenciosa” (ver sentencia de esta Sala N° 2571 de fecha 5 de mayo de 2005).

Igualmente, cabe advertir que -en cuanto al segundo de los requisitos- referido a la renuncia tácita al arbitraje el demandado debe oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción.

En el caso de autos la parte demandada, en la primera oportunidad que acudió al proceso, solicitó se declarara la perención de la instancia y no opuso la existencia de la cláusula de arbitraje.

En consecuencia, la Sala declara que el caso de autos no cumple con los requisitos que deben concurrir para excluir su conocimiento de la jurisdicción.

Por los razonamientos expuestos, esta Sala Político-Administrativa declara que el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer y decidir la demanda de autos. Se revoca la decisión de fecha 16 de junio de 2010, mediante la cual el Juzgado remitente declaró su falta de jurisdicción. Así se decide.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Potestad sancionatoria

TSJ-SC (845)

11-8 -2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Monagas

Dentro del Derecho Administrativo Sancionador cuando se cuestiona la legalidad o no de una determinada sanción administrativa, la reserva legal es suficiente, cuando ésta se encuentra consagrada en un acto normativo estatal o municipal, pues las mismas no son materia de reserva legal nacional.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Objeto: Exclusión del conocimiento de acciones relacionadas con providencias administrativas dictadas por Inspectorías del Trabajo*

TSJ-SC (955)

23-9-2010

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Bernardo Jesús Santeliz Torres y otros.

La Sala estableció con carácter vinculante la competencia de los tribunales laborales para conocer de las pretensiones procesales que se propongan con ocasión a actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo. Cambio de criterio.

No obstante lo anteriormente expuesto, esta Sala, con el objeto de determinar los tribunales competentes para conocer en primera instancia y en alzada de acciones como la de autos, considera oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

Ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Sala Constitucional, que el conocimiento de las acciones referidas a providencias administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Dicha doctrina fue establecida por esta Sala en el fallo N° 1318 del 2 de agosto de 2001 (caso: *Nicolás José Alcalá Ruiz*), en los siguientes términos:

“...como quiera que, la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, esto es, de las Inspectorías del Trabajo, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias era la jurisdicción contencioso administrativa, siendo consecuente con el principio del juez natural. De lo expuesto se colige, que el criterio sostenido en la sentencia anteriormente citada, dictada por la Sala Político Administrativa, debe ser abandonado. En consecuencia, deberá prevalecer el presente criterio, lo que implica que, en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, dictadas por las Inspectorías del Trabajo, por ser éstos los órganos judiciales a los cuales les incumbe conocer de este tipo de juicios.

Así, dado que a la jurisdicción contencioso-administrativa le compete el conocimiento de las demandas de nulidad en contra de las decisiones administrativas provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo; en el ejercicio de esa competencia, debe poseer igualmente la potestad para resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de ese tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa tal como lo es, se insiste, para conocer de su nulidad...” (Subrayado nuestro).

Por otra parte (Véase *Revista de Derecho Público* N° 89-90/ 91-92 Sentencia de esta sala N° 2862 del 20-11-2002 p. 300 y ss. (caso: *Ricardo Baroni Uzcátegui*),

De las sentencias citadas y parcialmente transcritas *supra*, se colige que esta consideración se produjo en el marco de la interpretación que ha hecho esta Sala con relación al contenido y alcance del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en innumerables decisiones (*vid.* sentencias N° 2353/2001, 131/2006 y 347/2006, entre otras).

Dicho estudio ha señalado, en forma generalizada, el ámbito de aplicación de la norma contenida en el citado artículo 259 de la Carta Magna, indicando que la misma es atributiva de la competencia, más no constitutiva de derechos; por lo tanto, sólo regula el contenido y alcance de la jurisdicción contencioso administrativa.

En tal sentido, el artículo 259 constitucional, establece lo siguiente:

“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”.

Así las cosas, si bien es cierto que el referido artículo 259 establece una regla general, existen algunas excepciones, como es el caso de la jurisdicción especial agraria, que conoce asuntos que versan sobre aspectos del contencioso administrativo, pero que por la especialidad de la materia y la protección constitucional reconocida a la misma, han sido reservados a los tribunales agrarios (artículo 269 de la Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario).

En vista de esta situación, considera oportuno la Sala revisar los criterios de interpretación de esta norma constitucional, que ha venido aplicando de manera pacífica y reiterada en casos como el de autos, a fin de garantizar la efectiva vigencia y respeto de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A estos efectos, es importante recordar que una norma no puede ser interpretada de forma aislada, sino dentro del contexto en el cual la misma se encuentra. De allí que debe analizarse hasta qué punto podría ser viable la exclusión del conocimiento de acciones relacionadas con providencias administrativas dictadas por Inspectorías del Trabajo –en el ámbito de una relación laboral–, de la jurisdicción contencioso administrativa.

En este orden de ideas, destaca la regulación constitucional del derecho al trabajo, plasmada en los artículos 87 al 97, Título III: Derechos Sociales, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al considerarlo un derecho y un hecho social, el Constituyente impone al Estado el deber de protegerlo.

De allí que la Disposición Transitoria Cuarta, en su numeral 4, de nuestra Carta Magna, estableció el deber para la Asamblea Nacional de aprobar, dentro del primer año, contado a partir de su instalación:

“Una ley orgánica procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una **jurisdicción laboral autónoma y especializada**, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La ley orgánica procesal del trabajo estará

orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso” (Negritas y subrayado nuestro).

Esta posición se ve reforzada por la reciente entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 377.244 del 16 de junio de 2010; la cual tiene por objeto “regular la organización, funcionamiento y competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo previsto en las leyes especiales” (artículo 1).

Las competencias de los órganos integrantes de esta jurisdicción, están consagradas en los artículos 9, 23, 24, 25 y 26 de la referida Ley Orgánica. De esos artículos interesa, a los efectos de determinar la competencia para el conocimiento de las acciones relacionadas con providencias administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo, lo contenido en el numeral 5 del artículo 23, en el numeral 5 del artículo 24 y en el numeral 3 del artículo 25:

“Artículo 23. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de:

(...omissis...)

5. Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, los Ministros o Ministras, así como por las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional, si su competencia no está atribuida a otro tribunal.

(...omissis...)”.

“Artículo 24. Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son competentes para conocer de:

(...omissis...)

5. Las demandas de nulidad de los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por autoridades distintas a las mencionadas en el numeral 5 del artículo 23 de esta Ley y en el numeral 3 del artículo 25 de esta Ley, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de la materia.

(...omissis...)”.

”Artículo 25. Los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son competentes para conocer de:

(...omissis...)

3. Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, dictados por las autoridades estadales o municipales de su jurisdicción, con excepción de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo.

(...omissis...)” (Subrayado nuestro).

De los artículos anteriormente transcritos, se puede apreciar que el legislador excluyó – de forma expresa– de las competencias asignadas a los órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa, la relativa al conocimiento de “*las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo*”.

Con este criterio, la Sala puede evidenciar que el legislador viene a fortalecer la protección jurídico-constitucional de los trabajadores, a través de normas garantistas de los derechos amparados por la Constitución, favoreciendo la tutela judicial efectiva y protegiendo la vigencia y efectividad del trabajo, como derecho y como hecho social que deber ser protegido por el Estado (artículos 87 y 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en pro del interés general y de la propia vida en el porvenir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para hacerla descansar en la justicia social y humanitaria.

En este sentido, la Constitución venezolana es expresión del constitucionalismo social y humanitario, alejándose definitivamente de la etapa del Estado de Derecho formal y de las “experiencias de instrumentalización mediática o autoritaria de la legalidad formal” (José Manuel Pureza. *¿Derecho Cosmopolita o Uniformador? Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en la Posguerra Fría*. Discurso F. Carrasquero L. p. 19).

De allí se deriva el particularismo del Derecho del Trabajo y su legislación proteccionista del hiposuficiente, que ha requerido una protección humana específica, como específica por la materia debe ser su jurisdicción, para amparar con profunda justicia social los derechos e intereses de los trabajadores en su condición de productores directos de las mercancías, en el sistema capitalista.

Ese deber del Estado se ha traducido en la creación de una jurisdicción especial -la laboral-, que conoce las normas sustantivas dictadas en la materia y los procedimientos especialmente creados para resolver las controversias surgidas con ocasión de relaciones laborales.

De lo anterior se colige que aun cuando las Inspectorías del Trabajo sean órganos administrativos dependientes -aunque desconcentrados- de la Administración Pública Nacional, sus decisiones se producen en el contexto de una relación laboral, regida por la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual debe atenerse al contenido de la relación, más que a la naturaleza del órgano que la dicta, para determinar que el juez natural en este caso no es el contencioso administrativo, sino el laboral. Una relación jurídica denominada relación de trabajo, expresada y manifestada por la fuerza de trabajo desplegada por los trabajadores, que exige un juez natural y especial, para proteger la propia persona de los trabajadores. En fin, la parte humana y social de la relación.

En efecto, los órganos jurisdiccionales especializados en los conceptos debatidos en las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo (derecho al trabajo y a la estabilidad en el trabajo), sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inejecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado -el patrono o el trabajador- para su ejecución o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos; son los tribunales del trabajo. Así se declara.

Por todo lo anterior, esta Sala Constitucional, actuando como máximo intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estima que el conocimiento de las acciones intentadas en ocasión de providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, debe atribuirse como una excepción a la norma general contenida en el artículo 259 constitucional, a los tribunales del trabajo. Así se declara.

Con fundamento en las consideraciones que se expusieron, y en ejercicio de la facultad de máximo intérprete del Texto Constitucional, esta Sala deja asentado el siguiente criterio, con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República:

1) La jurisdicción competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo, es la jurisdicción laboral.

2) De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo y en segunda instancia, a los Tribunales Superiores del Trabajo.

Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El 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, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La discrepancia de la decisión que precede atañe, en primer lugar, a la declaración de inadmisión de la demanda de amparo constitucional, porque no está acreditada la representación judicial de los accionantes.

En efecto, la mayoría sentenciadora negó la admisión de la pretensión de tutela constitucional con afincamiento en que quien se presentó como representante judicial de los trabajadores demandantes presentó un poder que le fue otorgado por éstos para que los representase ante los tribunales laborales de la República y la Inspectoría del Trabajo, ante lo cual se declaró, una vez más, que **“para la interposición de un amparo constitucional (...) el ius postulandi o derecho de hacer peticiones en juicio, deberá ser ejercido por un abogado que detente el derecho de representación, en virtud de un mandato o poder auténtico y suficiente. / (...), la ausencia de tan indispensable presupuesto procesal deberá ser controlada de oficio por el juez de la causa mediante la declaratoria de inadmisibilidad de la acción”**. Al respecto, se advierte:

1.1 En la situación que se examina, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales norma claramente cuáles son los requisitos que debe satisfacer la solicitud de amparo constitucional so pena de que se niegue la admisión de la pretensión.

En criterio del salvante, los supuestos de inadmisibilidad que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo constitucional son los que derivan de los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que establece el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y de los criterios doctrinales que ha establecido esta Sala.

1.2 De conformidad con lo anterior, quien se aparta del veredicto que antecede concluye que si quien alegue que actúa en nombre y por cuenta de la parte actora en un proceso de protección constitucional no acredita debidamente dicha representación, junto con la demanda de tutela constitucional, tal omisión debe dar lugar al referido pronunciamiento de inadmisión sólo después de que caduque el lapso que dispone el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin que el abogado subsane el defecto de acreditación de su cualidad procesal.

1.3 Como conclusión, el salvante estima que la Sala debió ordenar la subsanación de la demanda de protección constitucional de conformidad con lo que preceptúa la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo artículo 19 impone, a la luz del principio *pro actione*, que se dé oportunidad, a quienes impetran protección para sus derechos constitucionales, no sólo de enmienda del escrito continente de su demanda sino de

subsanación de omisiones en las que hubiere podido incurrir que dificulten la posibilidad de decisión acerca de la admisión, tal como hizo esta misma Sala desde sus inicios, incluso en causas semejantes a la de autos.

2. Por otra parte, cumple a quien discrepa la reiteración de su criterio en el sentido de que:

... se discrepa del asentamiento de un criterio vinculante en un “*obiter dictum*”, porque ello resulta contradictorio.

En efecto, dentro de cualquier veredicto judicial, el fragmento que se identifica como *obiter dictum* recoge consideraciones adicionales a las que son necesarias para la fundamentación de la sentencia, las cuales, por su naturaleza, no son vinculantes.

Es de doctrina que la porción de los actos jurisdiccionales que vincula al resto de los tribunales del país únicamente es aquella en la que se plasma el razonamiento jurídico que conduce al veredicto que se pronunció, a lo que se dispone y al que se contrae el dispositivo, que se conoce como la *ratio decidendi*.

En relación con lo precedente, puede leerse una sencilla explicación al respecto, en una enciclopedia virtual de uso corriente y universal, lo siguiente:

Obiter dictum (o, en plural, ***obiter dicta***) es una expresión latina que, literalmente en español significa “dichos de paso”, hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial, que corroboran la decisión principal, pero que no tienen poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

Estos sólo tienen una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del juez o tribunal del cual emana, constituyéndose como criterio auxiliar de interpretación (para así tomar una determinación concluyente.

([http://es.wikipedia.org/wiki/Obiter dictum](http://es.wikipedia.org/wiki/Obiter_dictum))

Ratio decidendi es una expresión latina, que significa literalmente en español “razón para decidir” o “razón suficiente”. Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

En el common law, es decir, en el derecho anglosajón, la *ratio decidendi* tiene gran importancia, pues al revés del *obiter dictum*, sí tiene carácter vinculante y, por tanto, obligan a los tribunales inferiores cuando deben resolver casos análogos (principio de stare decisis).

([http://es.wikipedia.org/wiki/Ratio decidendi](http://es.wikipedia.org/wiki/Ratio_decidendi))

Así, la Sala no puede establecer una opinión vinculante fuera de la *ratio decidendi* del acto de juzgamiento de que se trate porque sólo aquella posee tal fuerza respecto de los demás juzgados de la República. (Voto salvado de s.S.C. N° 2197 de 23.11.07).

De acuerdo con los principios universales que rigen la actividad judicial de los tribunales constitucionales cuyas decisiones son vinculantes (todos, en los sistemas de control difuso de constitucionalidad –por la vía del principio del *stare decisis*- y solo uno en los sistemas de control concentrado o, como el nuestro, mixto), *la parte vinculante de la motivación de las sentencias constitucionales se limita a la ratio decidendi* (“razón para decidir”), *vale decir, los razonamientos interpretativos de normas, principios y/o valores constitucionales indispensables para la resolución del caso concreto*. Por el contrario, toda consideración adicional, especialmente si es ajena al punto que debía resolverse, constituye *obiter dicta* (“dicho de paso”) y, como tal, no es vinculante. (Voto salvado de s.S.C. N° 53 de 3.02.09).

En relación con el “*Obiter Dictum*”, el voto salvante está, de nuevo, en franco desacuerdo con que se tomen decisiones a las que se atribuya carácter vinculante bajo ese título, cuyo significado literal es “dicho de paso” y se usa, en Derecho, para la identificación de aquellos argumentos que se hacen en la parte motiva de una sentencia y colorean, pero no hacen parte de la decisión principal, los cuales carecen de poder vinculante (precedente judicial) porque su naturaleza es meramente complementaria. Esta parte de un veredicto judicial sólo tiene valor de criterio auxiliar de interpretación y, por ello, la contradicción entre el título y el contenido del capítulo VI del fallo es evidente y la confusión que ello causa, insalvable. (Voto salvado de s.S.C. N° 1659 de 11-02-09).

3. Por último, más allá de que ya se descartó, en Derecho, el carácter vinculante del contenido del capítulo III del veredicto que antecede, el salvante manifiesta su discrepancia respecto del cambio de criterio en relación con la competencia para el conocimiento de las demandas de cualquier naturaleza que se interpongan contra los actos administrativos de las Inspectorías del Trabajo porque no comparte los argumentos que se ofrecieron como fundamento, los cuales resultan insuficientes para el abandono de la interpretación pacífica de esta Sala, desde 2001, de las normas aplicables al asunto.

En efecto, yerra la mayoría cuando sostiene que el juez natural para la resolución de las pretensiones que tengan por objeto la actividad o inactividad de las Inspectorías del Trabajo son los laborales porque sus decisiones, aunque administrativas, “*se producen en el contexto de una relación laboral, regida por la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual debe atenderse al contenido de la relación, más a que a la naturaleza del órgano que la dicta (...) Una relación jurídica denominada relación de trabajo desplegada por los trabajadores, que exige un juez natural y especial, para proteger la propia persona de los trabajadores*”. Cuando se enjuicia o se pretende el enjuiciamiento de las actuaciones u omisiones de un órgano público como las Inspectorías del Trabajo, no se pretende la protección del trabajador frente a su patrono, en el marco de la relación laboral que los vincula; lo que se pretende es el examen de la conducta de una autoridad administrativa que tiene a su cargo una labor arbitral o cuasi-jurisdiccional –como la califica nuestra mejor doctrina-, por lo que la relación que existe entre el demandante -que no necesariamente es el trabajador, podría ser el patrono- y demandado, la Administración Pública, no es laboral sino jurídico-pública y el juez natural de esa relación, a tenor de lo que preceptúa el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el contencioso administrativo; es él el juez conocedor de la manera en que debe formarse la voluntad de la Administración y cómo debe desplegar sus actividades, de qué privilegios goza y cuáles son sus límites frente a las personas que con ella se relacionan, que es, en realidad, lo que será sometido al juez y no la relación laboral en la que ella haya intervenido, siempre en protección de la legalidad y del débil jurídico. No debe olvidarse que cuando el legislador le confiere a la Administración labores cuasi-jurisdiccionales, lo hace en situaciones en las que se precisa la protección de un débil jurídico: trabajadores, inquilinos, consumidores, usuarios de la banca o de los seguros, por ejemplo.

Por último, la iniciación de la vigencia del artículo 25.3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es relevante para el caso bajo análisis en virtud de que ya había dicho esta Sala que si existiese una norma que otorgase competencia a los tribunales laborales para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos que emitan los inspectores del trabajo, “*sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental*”, como citó la mayoría (s.S.C. N° 2862 de 20-11-02), lo cual no queda contradicho por la orden que le dio el constituyente a la Asamblea Nacional en la Disposición Transitoria Cuarta constitucional, de que apruebe una ley orgánica que garantice una “jurisdicción” laboral, cuyo ámbito material de aplicación, lógicamente, serán las relaciones laborales, no las de los ciudadanos con la Administración Pública.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Fecha *retro*.

Voto Concurrente de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

En virtud de la potestad que le confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quien, suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, consigna su opinión concurrente al contenido decisorio del presente fallo.

Un considerable grupo de trabajadores accionaron en amparo, ante esta Sala Constitucional, en contra de la CENTRAL LA PASTORA, C.A. por la trasgresión de su derecho al trabajo, en virtud de que dicha compañía no ha acatado la providencia administrativa dictada por la Inspectoría del Trabajo del Estado Lara, que declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos. La mayoría sentenciadora, por su parte, declaró INADMISIBLE la acción de amparo ejercida por la abogada Nurbis Cárdenas con el carácter de apoderada judicial de los ciudadanos BERNARDO JESÚS SANTELIZ TORRES y otros, en virtud de que del poder especial consignado a los autos se desprendía que la aludida profesional del Derecho carecía de facultada para actuar ante este Alto Tribunal, confirmando así el criterio reiterado de la Sala. Sin embargo, con base en el artículo 25.3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la mayoría sentenciadora cambió el criterio recaído en la sentencia N° 1318/2001, respecto de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la nulidad de los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo; y finalmente señalar, mediante *Obiter Dictum*, lo siguiente:

“1.- La jurisdicción competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo, es la jurisdicción laboral.

2.- De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo y en segunda instancia, a los Tribunales Superiores del Trabajo”.

El hecho es que en la motivación para el cambio de criterio que opera con ocasión de la sentencia concurrida no se advierte que se plantea, una vez más, un aspecto largamente debatido en la jurisprudencia de esta Sala, cual es, la idoneidad del amparo para lograr la ejecución de las decisiones administrativas, siendo una problemática que continuará subyaciendo aun cuando sea el Juez laboral el competente en lo adelante conocer de los amparos constitucionales que suscite la ejecución de una providencia administrativa emanada de las Inspectorías del Trabajo.

Es por ello, que la Magistrada concurrente estima que ha debido insistirse en el criterio recaído en la sentencia de esta Sala N° 2308/2006, de 14 de diciembre (caso: *Guardianes Vigimán S.R.L.*), que no se modifica ni siquiera con el cambio de criterio, en el sentido que, para el caso de los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, “...la ejecución de las decisiones administrativas debe ser exigida primeramente (sic) en vía administrativa y, en caso de no ser fructífera la gestión, agotado como haya sido el procedimiento de multa previsto en la Ley Orgánica del Trabajo Título XI, podría recurrir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios...” Por lo cual, “...sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento afecte un derecho constitucional, puede recurrirse al amparo constitucional, para exigir un mandamiento judicial que consista en una conducta que debió instarse directamente en sede administrativa...”

Se trata de una justificación que con ocasión del cambio de criterio respecto de la competencia para conocer del amparo merece ser recalçada, ya que, si bien es cierto que el acto

administrativo tiene que ser ejecutado forzosamente por el órgano emisor, esto es, a través de sus funcionarios o valiéndose de la fuerza pública; no se puede desconocer que la falta de ejecución de la providencia administrativa no puede impedir el acceso a la justicia conforme con el artículo 26 constitucional y, por tanto, la acción de amparo resulta idónea para tutelar la resistencia del patrono en cumplir con tal providencia; máxime cuando no existe acción judicial nominada para exigir dicho cumplimiento.

Finalmente, debe quien suscribe el presente voto concurrente realizar dos advertencias marginales a la argumentación esgrimida por la sentencia aprobada por la mayoría sentenciadora. La jurisdicción especial agraria conoce de asuntos que versan sobre aspectos del contencioso administrativo porque es la propia Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario la que así lo estipula, lo que no sucede con la impugnación de los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo con base en la Ley Orgánica del Trabajo, pues este texto legal no crea un contencioso laboral propiamente dicho; pareciera más bien, que es la novísima Ley Orgánica del Contencioso Administrativo la que, con la excepción contenida en su artículo 26.3, crea la jurisdicción contencioso laboral.

Finalmente, considera quien suscribe que la sentencia concurrida, con ocasión del *Obiter Dictum* y atendiendo a las razones de interés social a que alude el artículo 34 de la Ley Orgánica del Trabajo, ha debido declinar el conocimiento de este asunto en el Juez Laboral (ante quien la apoderada sí posee representación) para permitir que fuese el propio Juez quien determine si se está en presencia de un despido masivo y proceder en consecuencia.

2. *Competencia: Prohibición a los jueces contencioso administrativos para sustituirse en la Administración y convalidar o subsanar los actos administrativos impugnados*

TSJ-SC (803)

27-7-2010

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Gil Mary Castellano Cadiz vs. Decisión Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

El Juez no puede convalidar o subsanar los actos administrativos impugnados, indicando los presuntos motivos de hecho o derecho que tuvo la Administración para dictarlo, ya que los mismos se deben encontrar expresados en el acto, siendo esta una actividad exclusiva de la Administración, pues en todo caso cuando predomine el interés y cuando con el mantenimiento del acto se alcance un fin conforme a derecho podrá conservar el acto en los términos que ha sido dictado por la Administración, pero nunca subsanar una actuación ilegítima de la Administración, pues ello constituye una motivación sobrevenida por parte de los órganos judiciales.

Ahora bien, por otra parte la Sala pudo advertir del contenido del fallo objeto de estudio, que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, cuando conoció el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la querellante, contra la decisión dictada el 22 de febrero de 2006, por el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante la cual declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el apoderado judicial de la ciudadana Gil Mary Castellanos Cadiz, contra el entonces Ministerio del Interior y Justicia, consideró que “*el fundamento empleado por la Dirección de Recursos Humanos del entonces Ministerio de Interior y Justicia*

para proceder a la remoción y retiro de la querellante del cargo de Vigilante código 7456, adscrita al Centro Penitenciario Metropolitano mediante Resolución Administrativa Número 87 del 26 de mayo de 2005, residió en la consideración de su cargo como de confianza y por ende, de libre nombramiento y remoción en virtud que las funciones y tareas inherentes a dicho cargo correspondían a las denominadas actividades de seguridad del Estado a las cuales alude el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública”, lo que no corresponde con las actividades desempeñadas por la recurrente, por cuanto las labores de seguridad del Estado, “comprenden las labores de inteligencia desarrolladas, entre otras, por la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención adscrita al Ministerio del Interior y Justicia, así como a la Dirección de Inteligencia Militar Adscrita al Ministerio de la Defensa (DIM) (...), en tanto las funciones desempeñadas por la recurrente comprenden principalmente la custodia y resguardo de los reclusos que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad en los centros penitenciarios y el mantenimiento del orden y las condiciones de seguridad obligatorias en dichos establecimientos penales, no siendo posible la identificación o equiparación de dichas funciones a las labores de seguridad de Estado a las cuales alude el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en criterio de esta Corte”.

No obstante, aplicando el “principio de conservación de los actos administrativos”, efectuó un análisis de las funciones desempeñadas por la querellante, para determinar que “el cargo de Vigilante de la querellante dentro del precitado penal, corresponde a la categoría de los cargos de confianza y por consiguiente, de libre nombramiento y remoción, en virtud de las funciones inherente al mismo”, en atención a lo que consideró “que los efectos del acto administrativo impugnado deb(fan) conservarse, no siendo procedente la pretensión de la querellante de declarar la nulidad del mismo”.

En este contexto, aprecia la Sala que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se substituyó en la administración y motivó sobrevenidamente el acto administrativo de remoción, para así -a pesar de que estimó que el Ministerio del Interior y Justicia al fundamentar el acto administrativo recurrido incurrió “en la confusión de considerar que las funciones desempeñadas por la querellante correspondían a las denominadas actividades de seguridad de Estado”- mantener la validez de dicho acto administrativo, pues al haberse desestimado el fundamento que sirvió para determinar que el cargo de Vigilante era de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, ello conllevó indefectiblemente a la nulidad del acto administrativo, lo cual imposibilita mantener la validez del acto en virtud de la aplicación del principio de conservación de los actos, el cual está dirigido a conservar aquellos actos que pueden cumplir su finalidad sin infringir el ordenamiento jurídico, o que infringiéndolo sea necesaria su conservación para evitar un grave perjuicio al interés general, puesto que su nulidad causaría un daño mayor que el que podría causar su conservación. (Vid. BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y Eficacia de los actos Administrativos*, Marcial Pons, pp. 43 y 47).

Por ello, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo al aportar un nuevo fundamento legal para considerar que las funciones desempeñadas por la recurrente eran de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, no conservó -definido por la Real Academia Española como mantener algo o cuidar de su permanencia- el acto, si no que suplió a la Administración y “dictó” un nuevo acto administrativo, basado en un fundamento legal distinto al del acto primigenio, lo cual acarrea indudablemente la violación del derecho a la defensa, ya que no existe mecanismo de control sobre dicho acto administrativo.

Así, que la asunción del criterio sostenido por la Corte, implicaría la subsanación por parte de los órganos de justicia, de los vicios que adolezca un acto administrativo, lo cual no es potestad de los órganos de administración de justicia, la subsanación es una técnica conva-

lidatoria que solamente puede realizar la Administración, pues a través de ella se revisan los actos administrativos inválidos con el fin de eliminar los defectos que adolezcan, para así adaptarlos al ordenamiento jurídico o para determinar su anulación, supuesto en el que la corrección del vicio solo se corrige eliminando el acto y dictando otro que lo sustituya que sea conforme a Derecho. (Vid. BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y Eficacia de los actos Administrativos*, Marcial Pons, pp. 199-260).

En esa forma, resulta sumamente delicado que los jueces contenciosos administrativos, se sustituyan en la administración en lugar de cumplir su función natural que no es otra que la de restablecer la legalidad alterada por el acto ilegal o mantener la legalidad que el acto de la Administración no ha vulnerado, en atención al principio de la legalidad y de la responsabilidad, pilares del Derecho Administrativo contemporáneo.

De lo expuesto, se deriva de manera precisa, que el Juez no puede convalidar o subsanar los actos administrativos impugnados, indicando los presuntos motivos de hecho o derecho que tuvo la Administración para dictarlo, ya que los mismos se deben encontrar expresados en el acto, siendo esta una actividad exclusiva de la Administración, pues en todo caso cuando predomine el interés y cuando con el mantenimiento del acto se alcance un fin conforme a derecho podrá conservar el acto en los términos que ha sido dictado por la Administración, pero nunca subsanar una actuación ilegítima de la Administración, pues ello constituye una motivación sobrevenida por parte de los órganos judiciales.

Así las cosas, considera la Sala que la argumentación expresada en la sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo representa una motivación sobrevenida, para subsanar en sede judicial, el vicio del acto administrativo mediante el cual se le removió del cargo a la querellante, pues como se apuntó, éste quedó nulo al desestimarse el fundamento jurídico que sirvió al órgano querellado para determinar que las funciones desempeñadas por la querellante correspondían a un cargo de confianza.

Por ello, a juicio de esta Sala, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo vulneró el derecho a la defensa de la querellante, el cual conforme al artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “*se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas*”. (Vid. sentencia de esta Sala del 24 de enero de 2001 (Caso: *Supermercado Fatima, S.R.L*), motivo por el cual se anula la sentencia N° 2007-01735 del 17 de octubre de 2007, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativa, que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por el apoderado judicial de la querellante, contra la decisión dictada el 22 de febrero de 2006, por el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante la cual declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el apoderado judicial de la ciudadana Gil Mary Castellanos Cadiz. Así se decide.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Régimen legal aplicable a los procesales respecto a los procesos que cursaban ante la Sala Constitucional al entrar en vigencia la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*

TSJ-SC (952)

20-8-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Festejos Mar. C.A.

La Sala Constitucional determinó que los artículos 135 y siguientes de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia son aplicables exclusivamente a las causas que requieran sustanciación y que los artículos 129 al 134 *ejusdem* son aplicables a todos los procesos que cursen ante la Sala Constitucional, incluso los que no requieran sustanciación y los de amparo constitucional.

Antes de emitir cualquier pronunciamiento en torno al asunto sometido al conocimiento de la Sala, es menester efectuar algunas consideraciones procesales con ocasión de la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010, que resultan además de trascendencia para resolver el caso de autos.

Señala la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 24, que *“Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso...”* A la letra de lo señalado en dicho precepto, los procesos que cursan actualmente ante esta Sala es menester tramitarlos con base en las nuevas reglas procesales; y, de ser necesario, las actuaciones procesales realizadas encauzarlas dentro del nuevo diseño procedimental.

Teniendo tal mandato constitucional como referente, se observa que en el nuevo esquema procesal dispuesto en la reciente Ley se distingue entre las causas que requieren sustanciación (artículo 128) y las que no (artículo 145), a los efectos de someter a cada una de ellas a reglas procesales distintas.

Así, siguiendo la distinción legislativa, las causas que requieren sustanciación son: la nulidad de actos normativos, bien sean nacionales (numeral 1) estatales o municipales (numeral 2), o los dictados por el Ejecutivo Nacional (numeral 3); los actos dictados en ejecución directa de la constitucional (numeral 4); las omisiones legislativas en cualquiera de sus divisiones verticales (numeral 7); los recursos de colisión de leyes (numeral 8); las controversias constitucionales entre cualesquiera de los órganos del Poder Público (numeral 9); y la demanda de interpretación de leyes (numeral 17).

Por su parte, de conformidad con el artículo 145 de esa misma Ley, *“En las causas en las que no se requiera sustanciación, la Sala decidirá en un lapso de treinta días de despacho contados a partir del día en que se dé cuenta del recibo de las actuaciones, salvo lo que preceptúan la Constitución de la República y leyes especiales”*, agregando luego que *“No requerirán sustanciación las causas a que se refieren los numerales 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del artículo 25. Queda a salvo la facultad de la Sala Constitucional de dictar autos para mejor proveer y fijar audiencia si lo estima pertinente”*.

Las causas a que se refiere el artículo aludido son: las de verificación de la constitucionalidad de los Tratados internacionales suscritos por la República (numeral 5); la constitucionalidad de los decretos que declaren los Estados de excepción (numeral 6); las revisiones de sentencia en cualesquiera de sus sub tipos: las dictadas por cualquier tribunal de la República (numeral 10), las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (numeral 11) y las que realizan control difuso de la constitucionalidad de leyes (numeral 12); los conflictos de cualquier naturaleza que se presenten entre Salas (numeral 13); la constitucionalidad del carácter orgánico de las Leyes y decretos leyes (numeral 14); y la constitucionalidad de una Ley antes de la promulgación (numeral 15).

Lo cierto es que ambos tipos de procedimiento se encuentran agrupados bajo el mismo Capítulo II *“De los procesos ante la Sala Constitucional”*; de tal modo que el término proce-

sal “sustanciación” es el concepto clave para distinguir cuáles son las reglas procesales exclusivas de las causas a que se refieren el artículo 128.

Así, la ciencia procesal nos indica que la sustanciación de la causa comienza con la admisión de la demanda, que es el acto con el cual nace el proceso. De ese modo, se colige que las reglas procesales del Capítulo II de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que son de aplicación exclusiva para las causas a que se refieren el artículo 128 son las contenidas en los artículos 135 y siguientes, al ser las que regulan la sustanciación de las causas una vez producida la admisión de la demanda.

De ese modo, por interpretación en contrario, las normas a que se refieren los artículos 129 (requisitos de la demanda), artículo 130 (solicitud de medidas cautelares); artículo 131 (oposición a la medida cautelar); artículo 132 (designación de ponente); artículo 133 (causales de inadmisión) y el artículo 134 (despacho saneador) son reglas comunes no sólo a ambos tipos de procedimiento (los que requieren sustanciación y los que no), sino además a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, pese a que no sea objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales, como bien lo precisa el título del Capítulo en referencia al disponer “*De los procesos ante la Sala Constitucional*”. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

2. Por último, no comparte el salvante la afirmación que hizo la mayoría cuando sostuvo:

De ese modo, por interpretación en contrario, las normas a que se refieren los artículos 129 (requisitos de la demanda), artículo 130 (solicitud de medidas cautelares); artículo 131 (oposición a la medida cautelar); artículo 132 (designación de ponente); artículo 133 (causales de inadmisión) y el artículo 134 (despacho saneador) son reglas comunes no sólo a ambos tipos de procedimiento (los que requieren sustanciación y los que no), **sino además a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, pese a que no sea objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales**, como bien lo precisa el título del Capítulo en referencia al disponer “*De los procesos ante la Sala Constitucional*”.

Así se declara (resaltado añadido).

Por el contrario, en criterio de quien disiente, los supuestos de inadmisibilidad que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo constitucional son los que derivan de los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios jurisprudenciales que ha establecido esta Sala, y no los que contiene la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (133), máxime cuando, como sostiene la mayoría, el procedimiento de amparo no es “*objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*”, pues, se insiste, tiene su propia regulación en materia de requisitos de la demanda (artículo 18), causales de inadmisión (artículo 6) y despacho saneador (artículo 19).

Quedan expresados, en los términos precedentes, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto concurrente.

Fecha *retro*.

2. *Acción popular de inconstitucionalidad*A. *Objeto: actos del procedimiento de reformas constitucionales***TSJ-SC (796)****22-7-2010**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Francisco Javier Suárez, Ricardo Ludwig Estévez y Edgar José Saldivia.

La Sala ratifica el cuestionado criterio de que la acción popular contra los actos del procedimiento de las reformas constitucionales es “improponible”.

Con respecto a la admisibilidad de la acción incoada, resulta pertinente hacer mención a la decisión N° 2189, dictada por esta Sala el 22 de noviembre de 2007, en la cual se ratificó lo que a continuación se transcribe:

“Como ya se indicó en las sentencias 2108/2007 y 2147/2007, el procedimiento para la reforma constitucional es un ‘proceso complejo’ que comienza con la iniciativa (artículo 342); continúa con la discusión y aprobación, que corresponde a la Asamblea Nacional (artículo 343); sigue con el referendo constitucional, regulado en el artículo 344, que corresponde ejercerlo al pueblo “como validante definitivo de la reforma”; y, finalmente, la promulgación por el Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 346 constitucional.

En consecuencia, a pesar de tratarse de un procedimiento especial agravado o dificultado, como es característico de las constituciones rígidas, es claro que se trata de un proceso complejo de formación de actos normativos que se asemeja al ordinario de formación de leyes; y una de las coincidencias absolutas es que no se puede hablar de un acto definitivo si no se han cumplido todos los pasos de este trámite procedimental.

Este procedimiento complejo, conformado en etapas sucesivas de una relación interorgánica, no causa gravamen hasta tanto no exteriorice sus efectos (mediante la promulgación y publicación en Gaceta Oficial).

Mientras el proyecto de reforma esté en proceso de trámite no es susceptible de control jurisdiccional, salvo que el proceso de reforma ‘aborte’ en alguna de esas etapas sucesivas y no se perfeccione el acto normativo (Vid. sentencia N° 2147 del 13 de noviembre de 2007, caso: Rafael Ángel Briceño)

La Sala insiste en que el control de la constitucionalidad del acto normativo del Poder Constituyente derivado, cualquiera que sea la naturaleza y consecuencias jurídicas del mismo, es posterior al acto definitivo y no previo.

El control previo de constitucionalidad sobre actos no perfeccionados de los poderes públicos (constituidos) es absolutamente excepcional y la propia Constitución lo determina en artículos como el 336 cardinales 5 y 6; 203 y 214”. (Destacado agregado).

Como resultado del análisis expuesto, la Sala concluyó señalando que los actos preparatorios de los procesos de modificación constitucional (enmienda o reforma), no son susceptibles de control previo, toda vez que sus eventuales efectos se encuentran condicionados por los actos conclusivos del proceso y de allí, que su constitucionalidad sólo pueda ser confrontada conjuntamente con la impugnación del acto aprobatorio del proceso de enmienda o reforma.

En el marco de lo anteriormente expuesto, los actos cuya nulidad se pretenden versan sobre la convocatoria y determinación de la fecha en la que se celebraría el Referéndum Aprobatorio de la Enmienda Constitucional, así como las normas para la celebración del

mencionado referéndum, la regulación de la actividad de propaganda y publicidad del citado evento comicial y, finalmente, el cronograma de actividades para su realización.

Dichos actos, fueron exclusivamente dictados con miras a la realización de la enmienda constitucional celebrada el 15 de febrero de 2009 y por tanto, resulta patente que constituyen actos preparatorios que conforme a los argumentos expuestos, no son impugnables por vía autónoma.

En tal virtud, esta Sala declara la improponibilidad de la presente demanda y así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El 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, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. Estima quien se aparta del criterio mayoritario que la Sala se excedió en sus consideraciones acerca de la legitimación porque si la demanda, en su criterio, era improponible, el análisis de ese punto era innecesario. En relación con el motivo por el que se desechó la demanda, el disidente reitera su criterio al respecto:

El fallo del que se discrepa declaró improponible la demanda de nulidad, por inconstitucionalidad, que se ejerció contra la Resolución N° 090116-0005 que el Consejo Nacional Electoral emitió, el 16 de enero de 2009, mediante la cual se convocó a la realización del referendo aprobatorio de la enmienda constitucional y se fijó como fecha de la elección el 15 de febrero de 2009 y ii) el acto sancionatorio de la enmienda constitucional que la Asamblea Nacional dictó.

La mayoría sentenciadora decidió que los actos que se impugnaron no eran susceptibles de control judicial previo, razón por la cual la demanda fue declarada improponible. Como fundamento del veredicto, se invocó la doctrina de los actos decisivos N° 2.147/07 y 2.189/07, en los cuales quien discrepa rindió voto salvado y del primero de ellos, reproduce a continuación:

1. En criterio de quien discrepa, esta decisión de la Sala viola el principio de *universalidad del control* de todos los actos del Poder Público, pues implica concluir que hay actos –como los de este caso– que no están sujetos al control jurisdiccional, supuesto que ha sido rechazado desde siempre por nuestra jurisprudencia, tal como fue expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, entre otros, en su conocido fallo de principios, caso *Anselmo Natale*, de 08-11-90.

Por el contrario, se impugnó la decisión del Presidente de la República de 15 de agosto de 2007 mediante la cual ejerció, con fundamento en el artículo 342 de la Constitución, la iniciativa de reforma constitucional ante la Asamblea Nacional. Se trata de un acto del Presidente en ejecución directa de la Constitución, lo que implica que sí está sujeto al control de la Sala Constitucional de conformidad con el artículo 336. 3 constitucional, según el cual esta Sala es competente para: “*Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución*”. Asimismo, el resto de los actos del Ejecutivo Nacional cuya nulidad se solicita son actos consecuenciales de éste, y los de la Asamblea Nacional serían actos parlamentarios sin forma de Ley, que fueron expedidos en ejecución del artículo 343 de la Constitución, que es el que recoge el procedimiento de discusión de la reforma constitucional.

Por otra parte, el acto del Presidente de la República del 15 de agosto de 2007 no es un acto de trámite, sino uno que culminó el procedimiento de elaboración de un anteproyecto de reforma que, a su vez, pauta al inicio de una fase posterior –la discusión en la Asamblea Nacional– de lo que es un procedimiento complejo –compuesto de sub-procedimientos, cada uno

de los cuales concluye con un acto definitivo, que es impugnabile autónomamente-: el procedimiento de reforma constitucional cuando la iniciativa, conforme al artículo 342, la asume un sujeto distinto de la propia Asamblea Nacional, y el resto de las actuaciones objeto de la demanda son subsecuentes a aquél.

(V.S. s.S.C. N° 2108 de 07-11-07, exp. N° 07-1484).

Con ocasión de otra decisión análoga a la que antecede, el salvante expresó su disidencia en los términos que se reiteran a continuación:

En todo caso, aun en el supuesto de que se considerase que el acto que dictó el Consejo Moral Republicano es un acto de trámite dentro de un procedimiento simple cuyo único acto definitivo es la decisión de la Asamblea Nacional respecto de la aplicación del artículo 23, cardinal 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, considera el salvante que el acto en cuestión sigue siendo susceptible de control autónomo, siempre que cumpla con los requisitos que comúnmente son exigidos para ello, y que establece, con carácter de regla general, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 85) -aplicable al caso, de manera supletoria, según dispone el artículo 1 de la misma Ley-, en el sentido de que el acto imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, siempre que lesione derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de quien lo alegue. En el caso de autos, la parte actora alegó la supuesta indefensión que le habría causado el acto contra el cual planteó su pretensión de amparo, de manera que, con independencia del pronunciamiento de fondo que pudiere haberse dictado, el mismo sí era susceptible de impugnación autónoma. También el Código de Procedimiento Civil, como regla general, permite la impugnación inmediata de las decisiones interlocutorias, y, si causan gravamen irreparable, son susceptibles de apelación en ambos efectos. / (...).

(V.S. a s.S.C. N° 1117 de 05-06-06, exp. N° 06-0770).

En el supuesto de actuaciones como la que fue objeto de la demanda de nulidad que impulsa esta causa, si bien no podría enjuiciarse su contenido, el cual, en efecto, está sujeto al control de la Asamblea Nacional en forma análoga a la de un proyecto de ley, ellas sí pueden ser objeto de control respecto de sus aspectos externos o elementos formales: competencia, forma, procedimiento, ya que si éstos no satisfacen los parámetros constitucionales aplicables, el contenido, de suyo, carecería de validez.

Este control de la forma es el más primario, el que reconoce aún el sistema más estricto al respecto, como es el de control concentrado que diseñó Hans Kelsen y del cual somos tributarios, en mayor o menor medida, muchos de los ordenamientos jurídicos vigentes en el mundo. Dicho control, político y no jurídico –aunque se confiase a un tribunal- se limitaba a los aspectos formales de la formación de la ley.

En el asunto concreto, el acto del Presidente de la República objeto de la demanda es un acto de ejecución directa de la Constitución y, por tanto, está sometido al control de esta Sala, tal como lo reconoció la mayoría cuando declaró su competencia para el conocimiento de aquél, en forma contradictoria con su resolución posterior que consideró que se trata de un actuación exenta de tal control. Esta actuación, como toda otra en el ámbito jurídico público, está sometida a formalidades esenciales de las que depende su validez con independencia, se insiste, de su contenido; para la determinación de esa validez ha debido ser admitida la demanda de autos y, en consecuencia, ha debido darse inicio al procedimiento correspondiente, en lugar de haberse pronunciado una sentencia de fondo, sin trámite previo, bajo la ambigua fórmula de no haber lugar a una demanda que era proponible y era admisible.

En conclusión, en tributo a la coherencia jurídica, quien suscribe considera que, por en razón del principio de la universalidad del control de los actos estatales, la demanda de autos no debió declararse improponible.

(*omissis*)

B. *Legitimación activa: la “restricción” a la popularidad de la acción*

TSJ-SC (796)

22-7-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Francisco Javier Suárez, Ricardo Ludwig Estévez y Edgar José Saldivia.

La Sala Constitucional, contrariando el carácter “popular” de la acción de inconstitucionalidad, le niega legitimación activa para demandar la nulidad de un acto estatal de ejecución directa de la Constitución por vía de acción popular, a la asociación civil SÛMATE (Organización No Gubernamental) por haber supuestamente recibido “financiamiento de naciones extranjeras para desarrollar actividad pública”, considerando que quien lo hace, carece “de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna.”

Conforme señaló esta Sala en la sentencia N° 1174 del 12 de agosto de 2009 (caso: *Colegio Cantaclaro*), la idoneidad para actuar en juicio en defensa de un estatus jurídico es lo que se conoce como la legitimación, cuyo fundamento se encuentra, tanto en el monopolio legítimo de la fuerza, según el cual, el Estado reside en sus órganos jurisdiccionales cualquier reclamo que no puedan resolver los justiciables por vía de la autocomposición; como en el principio del respeto a las situaciones jurídicas, según el cual, se deben otorgar a los administrados los mecanismos procesales que permitan salvaguardar sus derechos e intereses frente a cualquier afectación de los mismos.

Entre los mecanismos procesales que reconoce el ordenamiento jurídico venezolano se encuentra el juicio de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 334 del Texto Fundamental, el cual (tal como señaló esta Sala en sentencia N° 2735 del 7 de agosto de 2003, dictada en el caso *Ildemaro Brett Smith*), presenta un carácter eminentemente objetivo, toda vez que la Sala Constitucional, al ejercer en forma exclusiva el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, toma un acto que tiene el rango o valor de ley y lo contrasta directamente con las normas, los altos principios de definición, organización y funcionamiento del Estado y; con los valores históricos, políticos, económicos, sociales y democráticos que están reconocidos en la Constitución.

De allí que, por regla general, se ha establecido que la acción de nulidad por inconstitucionalidad es una acción popular que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, vale decir, que toda persona tiene, en principio, la cualidad o interés procesal para la impugnación de las leyes o actos con rango de ley, por medio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Dicho en otros términos, la legislación venezolana no exige un interés procesal calificado, ni por la posible existencia de una especial situación de hecho que vincule alguna posición jurídico-subjetiva con cierta norma legal (individualizada), ni por el ejercicio de un cargo público, sea de representación popular o sea dentro del Poder Ciudadano.

Por tanto, reiterando lo señalado en la decisión N° 3125 del 20 de octubre de 2005, dictada en el caso *Francesco Casella Gallucci y Alice Juliette García Guevara*, el ejercicio de acciones como la de autos, no requiere de mayores exigencias en la legitimación, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

Sin embargo, tal como se estableció en la sentencia N° 1395 del 21 de noviembre de 2000 (caso: *Gobernador del Estado Mérida y otros*), no escapa a esta Sala el hecho que las

organizaciones que se desenvuelven como actores sociales, encuentran cabida en el contexto público siempre que su estructura de financiamiento sea transparente y, por tanto, gocen de cierto nivel de independencia.

Ahora bien, los sistemas democráticos se apoyan en la participación de sus ciudadanos y de las organizaciones políticas que los aglutinan (partidos, grupos de electores, etc.), para participar en el sistema político y, así, articular la actuación pública en favor de los miembros de la sociedad nacional y no de agentes externos que pudieran intervenir en la vida política de un Estado, lesionando el derecho de la Nación a su autodeterminación, su independencia y soberanía (Artículo 1, único aparte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En efecto, la vida política nacional, como hecho social, puede verse afectada por factores ajenos a la realidad de cada Estado, tales como la actuación de organizaciones vinculadas ideológica, orgánica y funcionalmente a intereses foráneos que las patrocinan con el objeto de propugnar sus intereses particulares, para así incidir en las políticas públicas y crear condiciones favorables para el desarrollo de pretensiones expansionistas en los económico y político.

De este modo, tanto los capitales transnacionales, como algunos Estados con posiciones anacrónicamente colonialistas, vulneran el derecho a la autodeterminación nacional y la soberanía popular mediante el estímulo económico, técnico o logístico de ciertas actividades, como la propaganda ideológica, que tienen por finalidad orientar la política de otros Estados para hacerla más favorable a sus propios intereses.

Tal circunstancia, resulta evidentemente lesiva de un atributo de las democracias participativas y protagónicas como es la soberanía, por cuanto incorpora al proceso de toma de decisiones políticas, una voluntad ajena al consenso nacional, a la idiosincrasia y a las aspiraciones propias de cada nación. La doctrina del *consensus gentium* así lo afirma, estableciendo que los procesos políticos de las naciones se sustentan en la voluntad de sus miembros, en el entendimiento de sus realidades y en la autoconstrucción de soluciones que conduzcan al bienestar común. Es así, una cuestión de conciencia de los pueblos, de identificar que el conocimiento de su propia realidad representa el punto de partida para el abordaje de los asuntos políticos, y que, precisamente por ello, las guías políticas deben ser internas y no externas a las sociedades.

Adicionalmente, debe esta Sala recodar que la obtención de recursos financieros, ya sea de manera directa o indirecta, provenientes de estados extranjeros con la intención de emplearse en perjuicio de la República, los intereses del Pueblo (donde reside la soberanía a que alude el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), actos políticos o sociales, económicos etc., podría eventualmente configurar el delito previsto en el artículo 140 del Código Penal Venezolano, incluyendo el párrafo único que prohíbe gozar de los beneficios procesales de ley, ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena, comprendidos en el Título Primero de los delitos contra la independencia y seguridad de la Nación, concretamente, referido a la traición a la Patria y otros delitos contra ella.

Así pues, son los miembros de la sociedad quienes expresan la denominada deseabilidad general, es decir, la cualidad de expresar la voluntad nacional, y ello es propio y exclusivo de cada uno de los pueblos, forma parte de su pensamiento colectivo y constituye, la esencia de la independencia nacional.

En este sentido, permitir que posiciones políticas o económicas, supuestamente universales, ilustren los procesos sociales de cada Estado, no sólo desconoce las realidades concretas de las naciones, sino que presenta una agresión a su independencia y a la libertad de los pueblos. No es, desde luego, que referencialmente no puedan analizarse o estudiarse las instituciones políticas, económicas o sociales de otros estados, sino que éstos (los estados y otros factores de poder internacional), no deben ejercer una influencia práctica sobre los destinos de otro país.

De allí, la exigencia de indagar el sentido real de los procesos socio-políticos y, dentro de éstos, de las avenencias de quienes actúan en el contexto público en supuesta defensa de principios fundamentales del Estado, pues la orientación y los destinos de la Nación no pueden depender de la intencionalidad de otro Estado o de los grandes intereses económicos, sino de los ideales programáticos que la propia sociedad se establece, pues, como quiera que la soberanía se refiere a la autónoma energía de gobierno, cada Estado se encuentra en la capacidad de exigir que sus actores políticos y sociales obren en beneficio de su sociedad y no de intereses foráneos.

Ciertamente, la soberanía es un atributo particular de los pueblos, en términos del artículo 5 del Texto Fundamental que establece lo siguiente:

"Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos."

Significa entonces, que las actividades que trascienden el mero análisis objetivo de las instituciones políticas de un Estado, para adentrarse en el debate público, a los fines de incidir en la política interna de la Nación y así determinar el sentido de la actuación de sus poderes, o incluso, su organización jurídica y demás instituciones públicas, no puede estar determinado por la voluntad de sujetos ajenos a la sociedad.

Las consideraciones anteriores resultan determinantes en el caso de autos, toda vez que, conforme a los estatutos de la "**ASOCIACIÓN CIVIL SÚMATE**", los cuales cursan en autos al folio 37, tiene como fines "...promover en todas las formas posibles de la democracia como sistema de convivencia social dentro del marco de la libertad y el respeto a los derechos humanos. Para ello, la asociación promoverá la celebración de actos, eventos, congresos, seminarios y similares como instrumentos para fomentar la libertad individual y la expresión del libre pensamiento y el ejercicio pleno de los derechos y el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución venezolana y demás leyes de la República. La asociación promoverá, patrocinará y aportará recursos para la elaboración de estudios, sondeos de opinión y la publicación de tales estudios, resultados de sondeos y opiniones calificadas que puedan expresarse sobre la democracia, libertad, el pleno ejercicio de los derechos previstos en la Constitución venezolana tales como derechos civiles, políticos, ciudadanos, morales, personales, electorales sin perjuicio de liderizar o cooperar con iniciativas tendentes al logro del pleno ejercicio de los derechos humanos y constitucionales de los venezolanos y de quienes residan en Venezuela en cualesquiera forma y momento o circunstancia. Promoverá y asistirá económicamente, en la medida de sus posibilidades la realización de estudios en materia política y económica y publicará o promoverá la publicación de los resultados de dichos estudios a fin de contribuir con el ejercicio pleno de la democracia participativa prevista en la Constitución Nacional. La asociación podrá llevar a cabo todo acto lícito que fuese necesario para cumplir con su objeto, siendo entendido que lo establecido en este artículo no es limitativo".

Del texto transcrito se observa que objeto social de la “**ASOCIACIÓN CIVIL SÚ-MATE**” es el desarrollo de actividades vinculadas a uno de los principios rectores del Estado venezolano, a saber, el principio democrático, que en el contexto anteriormente expuesto y tal como señaló esta Sala en la sentencia número 780 del 8 de mayo de 2008 (caso: Patria Para Todos (P.P.T.) y Democracia Social (PODEMOS), supone lo siguiente:

*“...el principio democrático, como manifestación de confianza en la sociedad y en su capacidad de autodeterminarse, es modernamente concebida como un supra concepto, que trasciende los meros esquemas electorales, para adentrarse en lo que Araujo Rentería (1999. **Principios de Derecho Constitucional**. McGraw-Hill Interamericana. Bogotá. Pág. 3), califica como el poder del pueblo, pues éste es el titular del poder político.*

*En este sentido, se pronunció García-Pelayo (1951. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, p. 321), señalando, que el análisis de la democracia implica algo más que un puro método de formación de la voluntad del Estado, que se desarrolla desde el punto de vista de los particulares, a través de los distintos medios de participación política, dentro de los cuales guarda un papel estelar, el sufragio universal, directo y secreto.*

De este modo, el maestro García Pelayo planteaba, que el origen del principio in commento, se encontraba en la antítesis del sistema de privilegios de l' ancien régime, para caracterizarse, por una voluntad y actividad estatal formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas (igualdad), lo cual supone, que el pueblo dirige el poder del Estado.

*De allí, que Hauriou (1971, **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Barcelona. Editorial Ariel, p. 73), concibe a la democracia como una organización racional, que mediante el debate, le asigna a la comunidad política una finalidad humanista, propugnando el desarrollo del grupo social, la salvaguarda del bien común, la defensa y la protección de la persona y sus bienes.*

*En tal sentido se pronuncia Naranjo Díaz (1996. **Introducción al Estudio del Derecho Constitucional**. Caracas: Editorial Mobil Libros. p. 85), al atribuirle a la democracia el carácter de régimen político, en el cual, la acción de gobierno la ejerce el pueblo en su propio beneficio, y por tanto, en pro del mayor bienestar colectivo posible.*

De esta forma, el principio democrático tiende a construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto, donde priva por encima de todo el interés de la sociedad y el respeto a la dignidad del ser humano y a sus derechos esenciales. Es decir, el bien común es la función determinante de toda la acción de Estado democrático y es su efectividad material o finalista, la que permite evaluar si el Estado se adecua a dicho principio.

*Sobre la base de la anterior consideración Calero (1982. **Partidos Políticos y Democracia**. Barcelona: Ediciones Salvat. p. 53), afirma certeramente, que la democracia supone lucha contra la pobreza, la falta de oportunidades, el estancamiento económico y en fin, las distintas situaciones que de manera negativa afectan a la sociedad y de allí, que un Estado democrático, es aquel que con base jurídica, es capaz de adoptar las decisiones esenciales para la vida de la comunidad.*

Ahora bien, el complemento constitucional en el término democracia se encuentra positivizado en el preámbulo de la Constitución, que como columna vertebral o propósito del pacto político, hace referencia, a que la democracia venezolana es de carácter participativo, lo cual, parte de una visión protagonista del pueblo y del espíritu cívico de su población.

Así, la democracia concebida por el Constituyente de 1999, parte de una base valorativa en la educación ciudadana, proclive a la participación, establecida en los artículos 62 y 70 eiusdem, como un derecho ciudadano; una obligación del Estado, que lo coloca en una situación jurídica en la cual debe permitir y fomentar tal participación; y finalmente, un deber de la sociedad como determinante de su propio destino, en todos los ámbitos, no sólo político, sino social, humano, cultural y familiar.

Según se observa, la democracia participativa supone la armonización entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía, pues el pueblo incide libre y directamente en los asuntos públicos, en concordancia con el principio de soberanía popular y con la noción de un Poder Público abierto o permeable a las aspiraciones populares, adaptándose a las exigencias que la propia sociedad plantea.”

Tal como se desprende de la sentencia parcialmente transcrita, la democracia supone, entre otros elementos, la capacidad que tiene la sociedad de autodeterminarse y en este sentido, la “**ASOCIACIÓN CIVIL SÚMATE**” fue creada con la finalidad de fomentar actividades en torno a la promoción de la democracia y, por tanto, incidir en el poder político que tiene intransferiblemente el pueblo para formar la voluntad del Estado a través de los distintos medios de participación o, en otros términos, la organización actora busca “...liderizar o cooperar con iniciativas” que repercuten directamente en dos de los rasgos fundamentales de la democracia, como son el carácter directo y participativo de la democracia, lo cual, mediatiza la dirección del poder protagónico del pueblo, ya que no sólo busca formar o estimular el espíritu cívico de la población, sino orientar (liderizar) a la sociedad. Entonces, es evidente, que la “**ASOCIACIÓN CIVIL SÚMATE**”, tiene como fin pretender guiar al Pueblo Venezolano en la adopción de posiciones políticas.

Establecido lo anterior, resulta necesario advertir que el ciudadano Ricardo Estévez, antes identificado, actuando como vocero de la referida asociación, declaró a los medios de comunicación nacional (según consta de las páginas oficiales de Venezolana de Televisión y de YVKE Mundial del 19 de febrero de 2009), que las actividades públicas de la citada asociación civil fueron parcialmente financiadas por la *National Endowment For Democracy*, que es una organización vinculada financiera e ideológicamente a la política de otra nación, pues se encuentra supervisada y recibe permanentemente fondos del Congreso de los Estados Unidos, tal como se evidencia de la información contenida en su propia página web (www.ned.org), en los términos que se transcriben a continuación:

“Financiada mayormente por el Congreso de los Estados Unidos, el apoyo que NED le da a los grupos en el extranjero envía un mensaje importante de solidaridad a muchos demócratas que están trabajando por la libertad y los derechos humanos, a menudo en oscuridad y aislamiento.

La Fundación se guía por la convicción de que la libertad es una aspiración humana universal que puede lograrse a través del desarrollo de instituciones, procedimientos y valores democráticos. La democracia no puede lograrse a través de una única elección y no necesita basarse según el modelo de los Estados Unidos o cualquier país específico. Más bien, se desarrolla de acuerdo a las necesidades y tradiciones de diversas culturas políticas. Al apoyar este proceso, la Fundación ayuda a fortalecer el lazo entre los movimientos democráticos autóctonos en el extranjero y la gente de los Estados Unidos un lazo basado en un compromiso en común de un gobierno representativo y libertad como una forma de vida.

Bipartidaria y Transparente

Desde sus inicios, NED se ha mantenido bipartidaria con determinación. Creada conjuntamente por Republicanos y Demócratas, NED está dirigida por una junta equilibrada entre ambos partidos y posee apoyo del congreso de todo el espectro político. NED opera con un alto grado de transparencia y responsabilidad reflejando la convicción de nuestros fundadores de que la promoción de la democracia en el exterior debe ser conducida abiertamente.

Publicamos información acerca de nuestras donaciones y actividades en este sitio Web y estamos sujetos a varias capas de supervisión del Congreso de los Estados Unidos, el Departamento de Estado y una auditoría financiera independiente.”

Tal financiamiento constituye, en el contexto expuesto, una típica manifestación de la política intervencionista de una potencia extranjera para incidir en los asuntos internos del

Estado venezolano, toda vez que la aportación de recursos, es sin duda, una de las modalidades a través de las cuales se sirven los distintos centros de poder (entre ellos otros Estados), para el fomento de sus intereses, incluso, fuera de sus fronteras. Efectivamente, el estímulo económico es una de las vías para permeabilizar la intervención en los asuntos internos de un Estado, ya que hace dependiente a la organización financiada y la somete a la línea de actuación que determina el financista para que continúe la asignación de los fondos.

En el presente caso, los recursos que de manera mediata asignó el Congreso de los Estados Unidos a la “**ASOCIACIÓN CIVIL SÚMATE**”, a los fines de “*liderizar*” a un sector de la población que se presenta opositor al gobierno legítimo y democrático de la República Bolivariana de Venezuela, representa una franca lesión de la autonomía funcional que demanda la actuación pública y, dentro de ésta, a los procesos políticos internos del Estado venezolano, concretamente los actos preparatorios del proceso de enmienda constitucional.

Por supuesto que los partidos o grupos políticos electorales son constitucionalmente permitidos, lo que no está permitido es el financiamiento de naciones extranjeras para desarrollar actividad política en los términos expuestos anteriormente.

Por ello, en salvaguarda de la plena soberanía de la República, de su independencia y del deber que tienen los órganos del Estado de no someterse a un poder extranjero (artículos 1 y 5 del Texto Fundamental), esta Sala, a los fines de garantizar que las funciones del Estado se desarrollen de forma unilateral en provecho de los particulares y no de intereses otro Estado, de conformidad con el artículo 19.6 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, desestima la cualidad de la “**Asociación Civil SÚMATE**” para interponer la presente demanda de nulidad, por carecer de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna y pasa a proveer sobre la admisibilidad de la pretensión incoada sólo respecto de los ciudadanos **FRANCISCO JAVIER SUÁREZ, RICARDO LUDWIG ESTÉVEZ y EDGAR JOSÉ SALDIVIA**, y así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El 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, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

(*omissis*)

2. No obstante lo anterior, el salvante no puede dejar de manifestar su desacuerdo con los argumentos que fundamentaron la innecesaria declaratoria de falta de legitimación de Asociación Civil Súmate, en la misma línea de pensamiento que la Sala expresó, entre otras, en su sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000 (cuando aquél no formaba parte de este Alto Tribunal). Para la sustentación de su disidencia, quien discrepa hace suyas las siguientes observaciones y recomendaciones que recoge el informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” de 30 de diciembre de 2009:

(<http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm>. Nota: el contenido de las notas al pie se incluye en el texto entre corchetes):

V. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN / (...)

A. Asociación para la promoción y defensa de los derechos humanos / (...)

559. La CIDH ha subrayado que los Estados tienen facultad para reglamentar la inscripción, vigilancia y control de organizaciones dentro de sus jurisdicciones, incluyendo las organiza-

ciones de derechos humanos. No obstante, de conformidad con el derecho de asociarse libremente, los Estados deben asegurar que los requisitos legales no impidan, retrasen o limiten la creación o funcionamiento de estas organizaciones [CIDH. *Informe sobre la Situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas*. 7 de marzo de 2006, párrafo 77] A continuación, la Comisión analizará si el marco jurídico existente y las políticas del Estado venezolano permiten a las organizaciones de derechos humanos ejercer libremente su derecho de asociarse. / (...)

562. La Comisión nota con preocupación que, de acuerdo a la información recibida, si bien se permite la conformación de organizaciones de la sociedad civil por parte de extranjeros y se permite su financiamiento externo, se continúa restringiendo la participación en los asuntos públicos de ciertas organizaciones en virtud de su financiamiento, del origen nacional de sus integrantes, de su forma de organización o de la ausencia de leyes que regulen su actividad [COFAVIC. *Venezuela: Los defensores y defensoras de derechos humanos bajo la línea de fuego*. Marzo de 2009, página 34]. Estas restricciones están basadas en lo establecido por el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela mediante sentencias de fecha 30 de junio de 2000, 21 de agosto de 2000 y 21 de noviembre de 2000 (Subrayado añadido). / (...)

564. Respecto de estas sentencias, en su *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela* del año 2003 la Comisión ya llamó la atención sobre la importancia de que el concepto de sociedad civil sea entendido democráticamente, sin exclusiones irrazonables ni discriminaciones inaceptables, tales como establecer que las organizaciones no gubernamentales que reciban subsidios del exterior o sus directivas estén integradas por extranjeros o religiosos, no formarían parte de la sociedad civil y por tanto quedarían excluidas, entre otros, de su derecho a participar en la integración de los Comités de Postulaciones previstos en la Constitución para la selección de los órganos del Poder Ciudadano, Poder Electoral y Tribunal Supremo de Justicia CIDH. [*Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*. 24 de octubre de 2003, párrafo 223]. / (...)

566. La CIDH reconoce la facultad del Estado de dictar regulaciones razonables al derecho de asociación en el marco de una sociedad democrática, pero reitera que la aplicación de las restricciones establecidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al aplicarse en términos discriminatorios contra organizaciones independientes, podría tener un efecto excluyente, lo que resulta inaceptable para la participación abierta de la sociedad civil en Venezuela [CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*. 24 de octubre de 2003, párrafo 225].

2. Controles administrativos y financieros a las organizaciones de derechos humanos

568. A juicio de la Comisión, los Estados deben abstenerse de restringir los medios de financiación de las organizaciones de derechos humanos y deben además permitir y facilitar el acceso de las organizaciones de derechos humanos a fondos extranjeros en el marco de la cooperación internacional, en condiciones de transparencia (Subrayado añadido). / (...)

584. Al respecto, la Comisión subraya que “las defensoras y defensores tienen derecho a solicitar y obtener recursos económicos que financien sus tareas. Los Estados deben garantizar de la manera más amplia posible el ejercicio de este derecho, así como promoverlo, por ejemplo, a través de exenciones de impuestos a las organizaciones dedicadas a defender los derechos humanos” [CIDH. *Informe sobre la Situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas*. 7 de marzo de 2006, párrafo 40.]. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido que la libertad de asociación consiste no sólo en la facultad de constituir organizaciones, sino además, de “poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho” [Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia 2 de Febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 156].

585. En ese sentido, la CIDH estima que las organizaciones de la sociedad civil pueden legítimamente recibir fondos de ONG’s extranjeras o internacionales, o de gobiernos extranjeros,

para promover los derechos humanos, y el Estado está obligado a garantizar su conformación y funcionamiento sin imponer restricciones más allá de las permitidas por el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Subrayado añadido) / (...)

C. Recomendaciones

666. A efectos de permitir que los defensores de derechos humanos puedan ejercer libremente su importante labor, la Comisión recomienda: / (...)

8. Abstenerse de imponer a las organizaciones de derechos humanos restricciones ilegítimas a su financiamiento, incluyendo el financiamiento externo (Subrayado añadido).

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Fecha *retro*.

Voto Concurrente de la Magistrado Carmen Zuleta de Merchán

En virtud de la potestad que le confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quien, suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, consigna su opinión concurrente al contenido decisorio del presente fallo.

La sentencia concurrida certeramente declaró la falta de legitimación de la “Asociación Civil SÚMATE” para interponer la demanda de nulidad contra las Resoluciones dictadas por el Consejo Nacional Electoral números 090116-0005, 090116-006, 090116-010 y 090116-0011, publicadas en la Gaceta Electoral N° 474 del 26 de enero de 2009; y las Resoluciones números 090116-0061 y 090116-0060, publicadas en la Gaceta Electoral N° 475 de 29 de enero de 2009. Asimismo, declaró IMPROPONIBLE la misma demanda pero presentada, en nombre propio, por los ciudadanos FRANCISCO JAVIER SUÁREZ, RICARDO LUDWIG ESTÉVEZ y EDGAR JOSÉ SALDIVIA.

Sin embargo, a los efectos de pronunciarse acerca de la admisibilidad de la demanda propuesta, la sentencia concurrida invocó el precedente contenido en el fallo N° 2189 del 22 de noviembre de 2007, en la cual se indicó, lo siguiente:

La Sala insiste en que el control de la constitucionalidad del acto normativo del Poder Constituyente derivado, cualquiera que sea la naturaleza y consecuencias jurídicas del mismo, es posterior al acto definitivo y no previo. El control previo de constitucionalidad sobre actos no perfeccionados de los poderes públicos (constituidos) es absolutamente excepcional y la propia Constitución lo determina en artículos como el 336 cardinales 5 y 6; 203 y 214.

Respecto del extracto citado, invocado para concluir en la improponibilidad de la demanda interpuesta, en nombre propio, por los ciudadanos FRANCISCO JAVIER SUÁREZ, RICARDO LUDWIG ESTÉVEZ y EDGAR JOSÉ SALDIVIA, quien suscribe reitera el voto concurrente presentado con ocasión de la sentencia N° 2189 citada, el cual se refleja en el siguiente extracto:

A fin de garantizar la tutela judicial efectiva considero que la Sala ha debido desarrollar más ampliamente doctrina sobre la oportunidad de efectuar el control jurisdiccional de los actos jurídicos que tienen por resultado la reforma del texto constitucional, ya que no es enteramente cierto que pudiera por analogía aplicarse el procedimiento de formación de las leyes previsto en el Texto Fundamental.

Ello es aún más obligante, al advertirse que no hay expresa disposición constitucional para aplicar dicho control en materia de reforma constitucional; y por cuanto no queda duda de que por tratarse de actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución la competencia de la Sala la faculta no sólo para efectuar dicho control constitucional sino también para determinar los modos de ejercerlo. El acontecer histórico inédito que el país transita lleva a la

Sala a asumir tales cuestiones en el marco del Estado de Derecho, y así lo ha entendido la Sala en su trayectoria jurisprudencial, para lo cual basta citar, entre otras decisiones, las sentencias números 1447/2000 (Caso: *León Arismendi, Humberto Villasmil y otros*), 202/2002 (Caso: *Confederación de Trabajadores de Venezuela*), 3342/2002 (Caso: *Félix Rodríguez*) y 442/2004 (Caso: *Ismael García*).

De allí que, visto que uno de los fundamentos de la improponibilidad de la demanda interpuesta es el contenido decisorio de la sentencia N° 2189 del 22 de noviembre de 2007, quien suscribe, por razones de coherencia con los argumentos vertidos en el voto citado, consigna su opinión concurrente a la presente decisión.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada concurrente.

En Caracas, fecha *ut supra*.

Fecha *ut retro*.

3. *Recurso de interpretación constitucional*

TSJ-SC (797)

22-7-2010

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Organización no Gubernamental Quinto Mandamiento de Derechos Humanos. Y OTROS.

La Sala Constitucional califica un recurso de interpretación de leyes como un recurso de interpretación constitucional, para despojar a la Sala Político Administrativa de su competencia para decidir, interpretando leyes sin interpretar la Constitución para resolver situaciones de hecho concretas.

Solicitan la interpretación constitucional de las disposiciones contenidas en los artículos 169, 171 y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que se refieren a la organización municipal y a los distritos metropolitanos; así como del artículo 5 de Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, de los numerales 4 y 5 del artículo 9 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, y de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas.

En este sentido, indican que fueron informados de que estaban fuera del presupuesto de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas para el presente año, ello a pesar de que estaban trabajando en condiciones inhumanas, siendo el caso que hasta la fecha no han recibido ningún tipo de beneficio laboral como sueldos o tickets de alimentación, entre otros.

Asimismo indican que “[l]os obligan a firmar la lista de asistencia y cumplir un horario laboral sin cumplir ningún tipo de funciones, obligando al personal a mantenerse en los pasillos y sin que nadie [les] diera respuestas sobre [su] estabilidad laboral, por este motivo decidi[eron] tomar acciones de protesta, como el cierre del edificio Gual y España y la huelga de hambre”.

En este sentido indican que a pesar de lo expuesto, las autoridades metropolitanas “han mantenido una actitud cerrada, rehusándose a asumir el compromiso con [ellos], alegando que no pertenece[n] a la Alcaldía Metropolitana de Carracas, sino al gobierno del Distrito Capital, todo esto sin tener un fundamento legal ya que el personal de Infraestructura, no fue

transferido al gobierno del Distrito Capital, como si transfirieron trabajadores de otros entes mediante *Gaceta Oficial*".

Señalan además que *"El alegato de los Directivos de la Alcaldía Metropolitana de Caracas, es el mismo desde el inicio de [sus] propuestas: 'La Secretaría de Infraestructura fue transferida al gobierno del Distrito Capital igual que sus recursos'. Sin embargo, "no existe ninguna Gaceta Oficial (sic) donde se diga que el personal de esta Secretaría es transferido"*.

Indican en este contexto que *"En reunión sostenida el día viernes (sic) del presente año, entre una representación de los trabajadores en conflicto y los directivos de la Alcaldía Metropolitana de Caracas, en el piso 25 del Centro Financiero Latino, Héctor Urgelles (Director de Finanzas de la Alcaldía Metropolitana de Caracas) dijo que no [los] incluyeron en el presupuesto del año 2010, ya que hasta el 31 de diciembre ellos pensaban que el personal iba a ser transferido según un supuesto acuerdo verbal con el gobierno del Distrito Capital. De tal manera, que han transcurrido tres (3) meses y diez (10) días, desde el 1 de enero de 2010, fecha desde la cual el personal obrero y empleado no recibe el salario correspondiente y demás beneficios laborales encontrándo[se] en un limbo jurídico aun no habiendo sido despedidos legalmente"*.

Indican que al ser excluidos de la nómina de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, se está violando derechos económicos, sociales, laborales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en pactos internacionales.

Así, las disposiciones cuya interpretación solicitan son las siguientes:

1.- Artículo 169 de la Constitución, conforme al cual: *"La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados. // La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación establecerá las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena. En todo caso, la organización municipal será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local"*.

2.- Artículo 171 *eiusdem*, que prevé: *"Cuando dos o más Municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como distritos metropolitanos. La ley orgánica que al efecto se dicte garantizará el carácter democrático y participativo del gobierno metropolitano y establecerá sus competencias funcionales, así como el régimen fiscal, financiero y de control. También asegurará que en los órganos de gobierno metropolitano tengan adecuada participación los respectivos Municipios, y señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de estos últimos al distrito metropolitano. // La ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los distritos metropolitanos atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico y social, situación geográfica y otros factores de importancia. En todo caso, la atribución de competencias para cada distrito metropolitano tendrá en cuenta esas condiciones"*.

3.- Disposición Transitoria Primera de la Constitución, que señala: “La ley especial sobre el régimen del Distrito Capital, prevista en el artículo 18 de esta Constitución, será aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, y preservará la integridad territorial del Estado Miranda. Mientras se aprueba la ley especial, se mantiene en vigencia el régimen previsto en la Ley Orgánica del Distrito Federal y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal”.

Y por vía de consecuencia, se interprete:

4.- Disposición Transitoria Tercera de la Ley Especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas, según la cual: “El personal al servicio del Distrito Metropolitano de Caracas, a la entrada en vigencia de esta Ley, seguirá gozando de los derechos laborales previstos en las leyes que rigen la materia y, por tanto, se les garantizará su estabilidad laboral. A los fines de garantizar lo pautado en la presente disposición, las autoridades del Área Metropolitana de Caracas deberán realizar la reorganización del personal en las dependencias, según la nueva estructura orgánica y funcional, sin menoscabo de sus derechos laborales”.

5.- Artículo 5 de la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, que establece: “El personal al servicio de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, de sus entes, dependencias, servicios adscritos y demás formas de administración funcional a ser transferidos continuaran en el desempeño de sus cargos hasta tano se materialice su transferencia, de conformidad con las normas contenidas en la Constitución de la República y en las leyes”.

6.- Numerales 4 y 5 del artículo 9 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, los cuales indican: “Artículo 9. Atribuciones. Corresponde al Jefe o Jefa de Gobierno del Distrito Capital: 4.- Presentar el Anteproyecto de Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos para su consideración y aprobación ante el Consejo de Ministros y Ministros. 5.- Solicitar créditos adicionales y demás modificaciones del Presupuesto del Distrito Capital previo cumplimiento de los requisitos legales”.

En virtud de lo expuesto, solicitan que esta Sala Constitucional interprete los textos mencionados, a los fines de aclarar la ambigüedad u oscuridad que presentan los mismos, asimismo una vez interpretadas dichas normas se establezca a quién de los entes involucrados, corresponde asegurarles su estabilidad laboral, sus derechos laborales y correspondientes pagos.

Finalmente, teniendo como fundamento la violación de los derechos constitucionales referidos en el escrito de interpretación, vista la precaria situación laboral en la que se encuentran los accionantes los cuales trabajan sin sueldo “y donde sus derechos humanos garantizados bajo el principio de la progresividad como el derecho a la salud, entre otros”, solicitan como medida cautelar que “los trabajadores y trabajadoras sean reincorporados o reincorporadas a sus puestos de trabajo con el goce respectivo de sus sueldos y demás derechos laborales, mientras continúa la presente acción por el trámite ordinario”.

II

DE LA COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala determinar su competencia para conocer de la interpretación constitucional solicitada y, al efecto, observa que en sentencia Nº 1.077 del 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León*), esta Sala se declaró competente para conocer de las solici-

tudes de interpretación acerca del contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, con fundamento en la cualidad que tiene esta Sala como garante máximo del respeto del Texto Fundamental, así como en los poderes que expresamente le han sido atribuidos para la interpretación vinculante de sus normas, de conformidad con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 336 *eiusdem*.

Ahora bien, en el presente caso, ha sido propuesta la interpretación de los artículos 169, 171 y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela y, por vía de consecuencia, del artículo 5 de Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital; los numerales 4 y 5 del artículo 9 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital; y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas.

Al respecto, si bien se observa que la acción de interpretación corresponde a cada una de las Salas del Tribunal Supremo según la materia afín al objeto del mismo y las competencias atribuidas a cada una de éstas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y su primer aparte, se observa que la Sala tiene el monopolio competencial para el conocimiento de las acciones de interpretación sobre el alcance e inteligencia de normas constitucionales, como ocurre en el presente caso, en el cual se solicitó la interpretación de los artículos 169, 171 y de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como por vía de consecuencia de normas legales de desarrollo de dichos preceptos constitucionales.

En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el criterio jurisprudencial expuesto (caso: *Servio Tulio León*), y a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con su primer aparte, esta Sala se declara competente para el conocimiento de la acción de interpretación ejercida. Así se decide.

III

DE LA ADMISIBILIDAD

Determinada su competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción de interpretación interpuesta y, a tal efecto, observa que en sentencia N° 278 del 19 de febrero de 2002 (caso: *Beatriz Contasti Ravelo*), esta Sala resumió los criterios relativos a la interpretación constitucional, señalando como requisitos de su admisibilidad, los siguientes:

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

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

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

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

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

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

7.- *Inteligibilidad del escrito.*

8.- *Representación del actor”.*

Con fundamento en los requisitos de admisibilidad expuestos, y una vez examinado el escrito contentivo de la presente acción, se desprende claramente que ésta tiene por objeto la interpretación constitucional de preceptos que gozan de tal naturaleza. Se observa que en el presente caso no existe un recurso paralelo para dilucidar esta específica consulta; y no se han acumulado a dicha acción otros medios judiciales o de impugnación a través de los cuales deba ventilarse el presente asunto, cuyos procedimientos sean incompatibles o se excluyan mutuamente; igualmente se aprecia que se acompañaron los documentos indispensables, aunado a que el escrito no contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos.

Por otra parte observa la Sala que quienes incoan la acción tienen la legitimación requerida, pues se encuentran en una situación de hecho que manifiesta su interés particular en la interpretación, ya que se trata de unos funcionarios de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas que alegan que en criterio del mencionado ente metropolitano, la Secretaría en la que prestan servicios fue transferida al Distrito Capital, motivo por el cual desconoce la relación jurídica que sostienen y los consecuentes derechos de orden económico, social y laboral que la misma conlleva.

Con fundamento en lo antes expuesto, esta Sala admite la acción de interpretación propuesta. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El 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, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La petición de interpretación a que se contrae la solicitud de autos sólo tiene por objeto normas legales; las constitucionales apenas fueron mencionadas; por tanto, la Sala ha debido establecer que lo que se pretende es una interpretación de normas de rango infraconstitucional y declarar su incompetencia para su conocimiento, para que luego hiciera la correspondiente declinatoria de competencia en la Sala Político-Administrativa, de conformidad con lo que dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Una conclusión similar puede leerse en el voto salvado a la sentencia de esta Sala N° 1563 de 13-12-2000 que se citó como fundamento del veredicto del que hoy se discrepa).

La circunstancia que se apuntó, en todo caso, determinaba la inadmisión de la pretensión por la existencia de otros medios judiciales a través de los cuales deba ventilarse la controversia (la interpretación de leyes). Al respecto, no puede pasarse por alto la mención con la que puede presumirse que la mayoría quiso evadir este insalvable escollo: que la transferencia de bienes, recursos y dependencias del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital “*se reguló vía legal, pero bajo fundamento constitucional*”, como si todas las leyes no tuviesen que regular la materia que sea su objeto *bajo fundamento constitucional*, o no fuesen todas *leyes de desarrollo constitucional*.

2. Por otra parte, se declaró la legitimación de los solicitantes porque son “*unos funcionarios de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas*” que denunciaron que “*se desconoce la relación jurídica que sostienen y los consecuentes derechos de orden económico,*

social y laboral que la misma conlleva". Es evidente para el disidente, aunque no para la Sala, porque nada dijo al respecto, que la Organización No Gubernamental Quinto Mandamiento de Derechos Humanos no se halla, ni podría hallarse, en la situación legitimadora que la decisión anterior describió y así ha debido ser declarado.

Más grave aún, es que no hay prueba alguna en autos de que las personas naturales solicitantes sean o hayan sido funcionarios de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas. En efectos, los únicos anexos que fueron incorporados al expediente constan en una página del diario Últimas Noticias del 28-04-10, récipes e informes médicos varios (unos en original y otros en copias), *todos de personas que no figuran entre los firmantes de la solicitud* y copias fotostáticas de cédulas de identidad, nada de lo cual, como es evidente, establece algún vínculo entre los solicitantes y aquél ente, de modo que, aún después de que se erró en la asunción de la competencia, ha debido ser declarada la inadmisión de la solicitud por falta de legitimación.

No obstante lo anterior, es pertinente que se ponga de relieve que la solicitud que encabeza estas actuaciones (11-03-10) se basó en el artículo 266.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que confiere competencia al Tribunal Supremo de Justicia para la interpretación de textos legales, y pidió la interpretación de las leyes Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, Especial sobre la organización y régimen del Distrito Capital y Especial del régimen municipal a dos niveles del Área Metropolitana de Caracas. Fue en un escrito posterior (26-04-10) que los abogados asistentes, sin la comparecencia de ninguno de sus asistidos, copiaron las normas constitucionales a que se refiere la decisión y afirmaron que "*por vía de consecuencia estas normas constitucionales deben ser interpretadas en concordancia con...*" "las leyes que fueron objeto del escrito inicial, porque, en su criterio, *“las mismas normas constitucionales no logran expresar con claridad la oscuridad, especialmente no logra definir cuál era la Ley a crear”*, lo cual habría generado *“una confusión que las autoridades locales tanto del Distrito Capital como la del Área Metropolitana de Caracas, aun no terminan definiendo y asumiendo sus verdaderos roles”* (sic).

El escrito al que se acaba de hacer referencia no ha debido ser tomado en cuenta por la Sala porque fue presentado por personas sin legitimación *ad causam* en lo personal y sin representación de algún verdadero legitimado.

En cuanto al dispositivo que no se comparte, su propio contenido es revelador de la naturaleza distinta de la de una sentencia mero declarativa acerca de la inteligencia, contenido y alcance de normas constitucionales que tiene el fallo anterior, ya que se contrajo a declarar que "*resuelve la interpretación*" en el sentido de que "*los funcionarios recurrentes* (sic) *siguen siendo trabajadores de la Alcaldía Metropolitana de Caracas y por ende acreedores de todos los beneficios laborales inherentes*", lo cual, como es obvio, es un hecho que no se desprende en forma alguna de los artículos 169 (legislación municipal; su organización, gobierno y administración), 171 (legislación en materia de distritos metropolitanos) o la Disposición Transitoria Primera (deber de la Asamblea Nacional de aprobar la ley especial sobre el régimen del Distrito Capital) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disposiciones respecto de las cuales no se pronunció la existencia de alguna oscuridad u ambigüedad, que fue el fundamento de la petición.

Llama la atención la incongruencia entre la decisión que acaba de reseñarse y la siguiente afirmación del veredicto de la ciudadana Presidenta de esta Sala Constitucional cuando declaró sin lugar la recusación del ponente: "*el fin último de la acción de interpretación es una declaración de certeza sobre el contenido y alcance de normas y principios constitucio-*

nales que le presenten dudas a los ciudadanos y que tiene como finalidad, obtener una decisión mero declarativa que dé certeza a normas constitucionales, la cual no beneficiará a un particular o a una relación jurídica determinada, sino al colectivo,...

3. En todo caso, el acto decisorio del que se aparta el disidente dio por probado un hecho fundamental, sin que haya ofrecido un razonamiento demostrativo del mismo, cuando declaró que “*la Comisión de Transferencia (prevista en Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital) no transfirió la Secretaría de Infraestructura del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital*”, por lo que “*esa dependencia administrativa aún queda adscrita al primero de los mencionado*”, sin sustento en prueba alguna que conste en autos o en algún documento que quede abarcado por el *iura novit curia* o, al menos, que sea un hecho notorio, a pesar de que éste es, precisamente, el hecho controvertido entre las partes en el conflicto que subyace en la pretensión de interpretación que ha debido ser resuelta por la Sala Político-Administrativa; por el contrario, se afirmó erradamente que “*no resulta controvertida la relación de empleo que poseen los accionantes con el Distrito Metropolitano de Caracas*”, aunque en la narrativa se recogió, entre los alegatos de los solicitantes, que las autoridades metropolitanas alegaron persistentemente que no pertenecen a ese ente sino al Distrito Capital porque la secretaría en la que laboran habría sido transferida a este último igual que sus recursos, pero aquéllos sostienen que no existe tal transferencia porque ella no consta en ninguna Gaceta. Por tanto, hay controversia, esa es la controversia, cuya resolución no corresponde a una interpretación, por cierto, ni constitucional ni legal, porque no es asunto de mero derecho sino estrictamente fáctico: ¿fueron transferidos o no la Secretaría de Infraestructura y los recursos que le corresponden del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital?

4. Por último, el fallo del que se difiere corre el riesgo de ser ineficaz porque el problema tras el asunto de autos tendría su origen en indisponibilidad de recursos por parte del ente que fue declarado como empleador, en cuyo presupuesto no habría sido incluida la nómina de los supuestos pretendientes; de modo que este acto decisorio, por sí solo, no bastará para la solución de la controversia de fondo.

4. Revisión Constitucional: Insuficiencia del poder

TSJ-SC (952)

20-8-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Festejos Mar. C.A.

La Sala Constitucional declara inadmisibile la solicitud de revisión constitucional por no tener facultad expresa el abogado actuante. Votos salvados.

Ahora bien, revisadas las actas que conforman el expediente, esta Sala observa que la solicitud de revisión fue suscrita por la ciudadana MARGARITA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, aduciendo el carácter de representante legal de FESTEJOS MAR, C.A. y por el abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo, quien indicó actuar con el carácter de apoderado de la indicada compañía; sin embargo, tal como se desprende de la nota de secretaría de esta Sala Constitucional estampada al dorso del escrito, la solicitud fue presentada sólo por el apoderado judicial de FESTEJOS MAR C.A., abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo, para cuya acreditación acompañó a su solicitud copia simple del poder que le fue otorgado en sustitución por la abogada Joshua E. Flores Mogollón.

Al ser ello así, caben las siguientes consideraciones:

La abogada Joshua E. Flores Mogollón sustituyó el poder que le fue otorgado por la sociedad mercantil **FESTEJOS MAR C.A.**, en la persona del abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo, otorgándole la facultad para que “...sostenga y defienda los derechos e intereses de mi representada sociedad mercantil **FESTEJOS MAR C.A.**, antes identificada, y en modo especial, para que actúe en defensa de mi mandante, con ocasión a las **SOLICITUDES EXTRAORDINARIAS DE REVISIÓN** que serán interpuestas ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia...”; no obstante, el poder consignado el 7 de julio de 2009 por la abogada Joshua E. Flores Mogollón, mediante el cual se le otorga la representación de Festejos Mar, C.A., no la faculta de manera expresa para interponer solicitudes de revisión ante esta Sala, pese a que ésta debe obedecer a una facultad expresa.

Así, dicho documento expresa textualmente lo que sigue:

Yo, JAVIER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ...procediendo en este acto en representación y bajo mi condición de DIRECTOR ADMINISTRATIVO de la sociedad mercantil “FESTEJOS MAR C.A.”, empresa debidamente inscrita ante el Registro Mercantil (...) por el presente instrumento declaro: “que otorgo PODER GENERAL, en términos amplios y suficientes cuanto en derecho se requiera y sea necesario, a la ciudadana JOSHUA E. FLORES MOGOLLÓN, venezolana, mayor de edad, de este domicilio, titular de la cédula de identidad número 10.512.129, abogada en ejercicio e inscrita en el Instituto de Previsión Social del abogado bajo el número 109.941, para que con el más amplio carácter que en derecho se existe y sea necesario, sostenga y represente los derechos e intereses de mi representada, sociedad mercantil “FESTEJOS MAR, C.A.”, en todos los asuntos, actos y/o actuaciones, en sede judicial y/o administrativa, que puedan presentarse en contra de mi representada, así como, en cualquier asunto que pueda relacionarse con la sociedad mercantil FESTEJOS MAS, C.A., y que guarde algún vínculo o relación con acciones y/o reclamaciones judiciales o administrativas en los que mi representada, tenga o pueda tener algún interés directo, indirecto o sea parte. En este sentido, entiéndase a la precitada mandataria que por el presente mandato se constituye, plenamente facultada para incoar y/o sostener en nombre y representación de la sociedad mercantil “FESTEJOS MAR, C.A.”, todo tipo de peticiones, escritos, recursos y actuaciones administrativas, judiciales y extrajudiciales; y en general, acciones de cualquier naturaleza en resguardo de los derechos e intereses de la identificada sociedad mercantil. En ejercicio de este mandato, la prenombrada abogada queda facultada para darse por citada o notificada, gestionar citaciones y/o notificaciones, desistir, transigir, convenir y disponer del derecho en litigio o en sede administrativa por cualquier forma de autocomposición procesal; suspender el curso del proceso, interponer denuncias; comprometer en árbitros arbitradores o de derecho, intervenir en todos los actos del procedimiento y seguirlo hasta su fase final, ante cualquier órgano judicial y/o administrativo de la República Bolivariana de Venezuela, así como, ejercer todo tipo de recursos ordinarios y extraordinarios, solicitar todo tipo de medidas preventivas cautelares o ejecutivas u oponerse a cada una de ellas; recibir o pagar sumas de dinero cuya expresa beneficiaria sea la sociedad mercantil FESTEJOS MAR, C.A., otorgando o exigiendo los recibos o documentos de cancelación; pudiendo la referida apoderada sustituir este poder en profesionales de su confianza, reservándose su ejercicio, otorgándoles las facultades que estime convenientes y necesarias (*sic*).

En tal sentido, esta Sala estima oportuno referir que en sentencia N° 1406 del 27 de julio de 2004, (caso: *Nicolás Tarantino Ruíz*), estableció:

“ (...) 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.”

Asimismo, en la sentencia N° 782 del 7 de abril de 2006, recaída en el caso: “*José Pascual Bautista Contreras*”, determinó la insuficiencia del poder como incumplimiento de los presupuestos procesales para instaurar los procedimientos que a bien deban manejarse ante este Supremo Tribunal, en especial, la revisión constitucional, toda vez que la particularidad de la representación en la causa principal o con ocasión a ella no puede hacerse extensiva para acudir ante esta vía especial de revisión constitucional, a saber:

Efectivamente, la revisión de una sentencia constituye una atribución exclusiva otorgada constitucionalmente a la Sala Constitucional, que sólo puede ejercer de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, por lo cual su acceso debe entenderse como el ejercicio de una solicitud independiente, que es del conocimiento exclusivo de la Sala Constitucional, por lo cual, no es, ni puede entenderse como un recurso ordinario o extraordinario, que se deriva de la acción principal.

De allí que, el poder para interponer la solicitud debe ser especial, siendo inválido, todo poder que se acompañe en copia fotostática certificada, que sea otorgado para el juicio principal, que originó la decisión de la cual se solicita su revisión. Por tanto, al no constar en autos poder eficaz y suficiente otorgado al abogado que le acredite capacidad para interponer la presente solicitud, resulta imperativo declarar la falta de legitimación del solicitante y así se declara.

Siendo ello así, en el poder sustituido al abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo, mal podía conferírsele una facultad que no le había sido otorgada a la abogada Joshua E. Flores Mogollón para solicitar la revisión constitucional ante esta Sala, por lo que se considera que dicho instrumento resulta insuficiente en derecho, y se concluye que no se encuentra acreditada la debida representación judicial en el caso de autos, en la persona del referido abogado para intentar la solicitud de revisión. Así se decide.

Por otra parte, se observa que la solicitud de revisión fue también suscrita por la abogada Margarita Rodríguez Rodríguez, quien fue identificada en el escrito como representante legal de **FESTEJOS MAR, C.A.**, invocándose para ello el contenido de los literales “b” y “h” de la cláusula octava del documento de reforma estatutaria de dicha compañía, el cual fue consignado junto con la solicitud de revisión en copia simple marcado con letra “B”.

No obstante, tal como se refirió, la Secretaría de esta Sala Constitucional dejó constancia de que el escrito fue presentado sólo por el abogado Gabriel Montiel -sedicente apoderado judicial de FESTEJOS MAR, C.A.-, no así por la persona señalada como representante legal de FESTEJOS MAR, C.A., que aparece suscribiendo el escrito.

En tal sentido, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil aplicable por remisión del artículo 98 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señala:

Las partes harán sus solicitudes mediante diligencia escrita que extenderán en el expediente de la causa en cualquier hora de las fijadas en la tablilla o Cartel a que se refiere el artículo 192, y firmarán ante el Secretario; o bien por escrito que presentarán en las mismas horas al Secretario, firmado por la parte o sus apoderados.

Respecto de los supuestos descritos por el artículo anterior cabe señalar que, aunque pareciera distinguirse entre diligencia y escrito a los efectos de señalar que en la primera la rúbrica debe ser estampada en presencia del Secretario; mientras que el segundo permite que sea presentado ante el Secretario ya suscrito, el hecho cierto es que tanto de la parte *in fine* del precepto aludido como de la norma contenida en el artículo 194, también del Código de Procedimiento Civil, se desprende el deber de las partes o de sus apoderados de presentar personalmente ante el Secretario las actuaciones procesales. Así, lo exige expresamente el artículo en referencia cuando se lee:

Las diligencias, solicitudes, escritos y documentos a que se refieren los artículos 106 y 107 de este Código deberán ser presentados por las partes dentro de las horas del día fijadas por el Tribunal para despachar.

La exigencia a que aluden los artículos citados se justifica por el deber del Secretario de: “Recibir los documentos y escritos que presenten las partes, anotando al pie la fecha y hora de presentación y dar cuenta inmediata al juez o presidente del tribunal” (ordinal 5° del artículo 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o también en el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil), de tal suerte que le corresponde constatar que las actuaciones (trátase de escritos o diligencias) fueron realizadas, suscritas o presentadas efectivamente por las partes o sus apoderados, a efectos de dar fe pública no sólo de que quien acudió ante el Tribunal efectivamente es quien dijo ser, sino además de la autenticidad de su firma.

De ese modo, en el caso en concreto si bien se trata de un escrito que supuestamente fue suscrito por la abogada MARGARITA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, con el carácter de representante legal de FESTEJOS MAR, C.A., una vez declarada la falta de representación por insuficiencia de poder del abogado representante del escrito, ciudadano GABRIEL ENRIQUE MONTIEL LUGO, es necesario, por imperativo de los artículos 187 y 194 del Código de Procedimiento Civil aplicables por remisión de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que la solicitud haya sido presentada personalmente por la parte y no sólo suscrita por ella, pues, ante la circunstancia anotada de la falta de representación, sólo a través de la presentación personal de la solicitud de revisión por quien dice ser la representante legal de FESTEJOS MAR, C.A. es que el Secretario, mediante la identificación *in situ* de la compareciente, está en capacidad de hacer constar que quien suscribió la solicitud de revisión es quien dice ser en el escrito, esto es: la ciudadana MARGARITA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, representante legal de FESTEJOS MAR, C.A., y que la firma estampada en él es la suya. Así se decide.

Al ser ello así, y en atención a lo dispuesto en el artículo 87 de la Nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 5.991 del 29 de julio de 2010, que dispone: “[p]ara actuar en cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia se requiere la asistencia jurídica de un abogado o una abogada que cumpla los requisitos que exige el ordenamiento jurídico.” Y considerando que en autos no consta ninguna actuación posterior de la parte solicitante que convalide el escrito de solicitud de revisión constitucional presentado por el sedicente apoderado judicial de FESTEJOS MAR, C.A., abogado GABRIEL ENRIQUE MONTIEL LUGO, la Sala, en atención a los criterios jurisprudenciales citados *up supra* y conforme a lo dispuesto en el artículo 133, numeral 3 *eiusdem*, declara inadmisibles las solicitudes de revisión presentadas por insuficiencia del poder acreditado. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, aun cuando comparte la declaración de que no ha lugar a la pretensión de revisión, discrepa de la afirmación que se hizo con respecto a la supuesta insuficiencia del poder que fue otorgado a la abogada Joshua E. Flores Mogollón y sustituido al abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo, razón por la cual, de conformidad con el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa voto concurrente en los siguientes términos:

En efecto, la mayoría sentenciadora fundamentó la supuesta insuficiencia del poder que se otorgó a la abogada Joshua E. Flores Mogollón en que “...no le fue otorgada la facultad para proponer solicitudes de revisión de sentencias y, como se ha dicho de manera reiterada, esta debe obedecer a una facultad expresa”, más adelante, se sostuvo “(s)iendo ello así, en

el poder sustituido al abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo, mal podía conferírsele a éste, una facultad que no le había sido otorgada a la abogada Joshua E. Flores Mogollón, para presentar la solicitud de revisión constitucional ante esta Sala, por lo que se considera que dicho instrumento resulta insuficiente en derecho y, se concluye que, no se encuentra acreditada la debida representación judicial en el caso de autos, en la persona de los referidos abogados, para intentar la solicitud de revisión. Así se establece". Tal afirmación, a juicio de quien concurre, lesiona el principio *pro actione*, por cuanto dicha exigencia no es requerida ni por el Código de Procedimiento Civil ni por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil preceptúa lo siguiente:

El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma; pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, se requiere facultad expresa.

El contenido de la disposición legal que se citó *supra* es claro y no admite interpretación respecto a los actos procesales que requieren facultad expresa para su ejercicio por parte del apoderado judicial (convenimiento y desistimiento en la demanda, transigir, comprometer en árbitros, solicitud de pronunciamiento conforme a la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disposición del derecho en litigio), con excepción de los actos que atañen a los derechos personalísimos, *intuitu personae*, que están establecidos en el Código Civil (vg. interposición de demandas de divorcio o separación de cuerpos y bienes, nulidad de matrimonio, solicitudes de interdicción o inhabilitación, entre otros), y de la necesaria facultad expresa para darse por citado (*ex* artículo 217 del Código de Procedimiento Civil); por tanto, todo aquello que no sea expresamente requerido o prohibido en la ley, es perfectamente realizable mediante un mandato con facultades generales de actuación en el proceso.

Por su parte, el artículo 133.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sólo preceptúa que resultará inadmisibile la demanda, cuando no sea manifiesta la falta de representación o legitimación que se atribuya el actuante.

Así, en razón de la inexistencia legal de requerimiento expreso, este Magistrado estima que, para la proposición de una pretensión de revisión constitucional, como la del caso *sub examine*, basta con la existencia de un poder general.

Quien concurre al criterio mayoritario ha expresado, en otras oportunidades, que el alcance del principio *pro actione* (a favor de la acción) ha sido objeto de un sistemático tratamiento por parte de esta Sala. La conclusión que se puede extraer de los juzgamientos que han considerado el tema, es que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio del derecho de acción, a través de la cual se deduce la pretensión, pues "*el propio derecho a la tutela judicial eficaz garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia*" (*vid.*, entre otras, ss. S.C. N° 1.064/2000, de 19 de septiembre, y 97/2005, de 02 de marzo).

Además, ha sido parecer pacífico y reiterado de esta Sala Constitucional que la tutela judicial eficaz, de amplio contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia que establece el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino además el derecho a que, en cumplimiento con los requisitos que preceptúan las leyes adjeti-

vas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares, dentro de un debido proceso, y resuelvan la controversia mediante una decisión que sea expedida conforme a derecho. En este sentido, el Texto Fundamental establece que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (*ex artículo 257*). En un Estado social de derecho y de justicia (*ex artículo 2*), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (*ex artículo 26*), “*la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instauro*”. Así, la correlación de los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución obliga al juez a la interpretación de las instituciones procesales al servicio de un proceso, cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles. (*vide. s. S.C. N° 708/2001, de 10 de mayo*)

Respecto al derecho al acceso a los medios que dispone la ley como parte del derecho fundamental a la tutela judicial eficaz, se destaca que se requiere que este Tribunal Constitucional, en forma ejemplarizante para los demás tribunales de la República, realice una interpretación razonada y razonable de las causas de inadmisión de aquellos y, en caso de duda interpretativa de normas procesales, debe optarse siempre por aquella que haga posible su admisión y sustanciación, es decir, por la que resulte más favorable para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, como parte medular de la tutela judicial eficaz. De allí que resulte contrario a los derechos y garantías constitucionales que, como en el caso que se examina, se exijan requisitos que la ley no contenga expresamente ni puedan deducirse de su interpretación.

Contrariamente a lo que se expuso en el veredicto del cual se difiere, el abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo tenía facultades generales y amplias que le había otorgado, mediante sustitución de instrumento poder, la abogada Joshua E. Flores Mogollón, para la representación de Festejos Mar C.A. ante cualquier tribunal de la República. En ejercicio de ese mandato, el abogado en referencia podía hacer todo cuanto fuera necesario procesalmente en defensa de los intereses de dicha compañía, dentro de las cuales debe entenderse, en el contexto normativo constitucional que se señaló *supra*, que quedaba comprendida la específica de solicitar una revisión constitucional.

En conclusión, en opinión de quien suscribe, se insiste en el señalamiento de que el instrumento poder que fue otorgado por Festejos Mar C.A. a la abogada Joshua E. Flores Mogollón y que esta sustituyó al abogado Gabriel Enrique Montiel, es suficiente para que este obrara en los términos en que lo hizo, pues dicho mandatario fue investido con facultades precisas y bastantes para el ejercicio de la representación del poderdante en el trámite de la revisión que peticionó. El razonamiento que se sigue en el acto decisorio al cual se concurre, la exigencia de otras formalidades que -se reitera- no han sido establecidas expresamente por la ley, restringe el acceso a la justicia, lo cual es contrario a los postulados de la Constitución sobre la tutela judicial eficaz.

Por consiguiente, lo ajustado a derecho hubiese sido la declaración de que no ha lugar a la solicitud, por cuanto no contribuiría con la uniformidad jurisprudencial, además de que el veredicto objeto de la pretensión no se subsume en ninguno de los supuestos de procedencia que, previa y reiteradamente, ha fijado esta Sala.

2. Por último, no comparte el salvante la afirmación que hizo la mayoría cuando sostuvo:

De ese modo, por interpretación en contrario, las normas a que se refieren los artículos 129 (requisitos de la demanda), artículo 130 (solicitud de medidas cautelares); artículo 131 (oposición a la medida cautelar); artículo 132 (designación de ponente); artículo 133 (causales de inadmisión) y el artículo 134 (despacho saneador) son reglas comunes no sólo a ambos tipos de procedimiento (los que requieren sustanciación y los que no), **sino además a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, pese a que no sea objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales**, como bien lo precisa el título del Capítulo en referencia al disponer “*De los procesos ante la Sala Constitucional*”. Así se declara (resaltado añadido).

Por el contrario, en criterio de quien disiente, los supuestos de inadmisibilidad que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo constitucional son los que derivan de los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios jurisprudenciales que ha establecido esta Sala, y no los que contiene la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (133), máxime cuando, como sostiene la mayoría, el procedimiento de amparo no es “*objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*”, pues, se insiste, tiene su propia regulación en materia de requisitos de la demanda (artículo 18), causales de inadmisión (artículo 6) y despacho saneador (artículo 19).

Quedan expresados, en los términos precedentes, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto concurrente.

Fecha *retro*.

Voto Salvado del Magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón

Quien suscribe, Magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón, discrepa de la mayoría que suscribió la decisión que antecede; en consecuencia, salva su voto, con fundamento en la siguiente consideración:

El fallo que antecede declaró inadmisibile la solicitud de revisión presentada contra el fallo dictado el 12 de junio de 2007, por el Tribunal Superior Tercero del Trabajo del Circuito Judicial de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con fundamento en el artículo 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al considerar que: “(...) *La abogada Joshua E. Flores Mogollón sustituyó el poder que le fue otorgado por la sociedad mercantil FESTEJOS MAR, C.A., en la persona del abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo, otorgándole la facultad para que ‘...sostenga y defienda los derechos e intereses de mi representada sociedad mercantil FESTEJOS MAR, C.A., antes identificada, y en modo especial, para que actúe en defensa de mi mandante, con ocasión a las SOLICITUDES EXTRAORDINARIAS DE REVISIÓN que serán interpuestas ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia...’; no obstante, el poder consignado el 7 de julio de 2009 por la abogada Joshua E. Flores Mogollón, mediante el cual se le otorga la representación de Festejos Mar, C.A. no la faculta de manera expresa para interponer solicitudes de revisión ante esta Sala, pese a que ésta debe obedecer a una facultad expresa*”. (Subrayado del presente voto).

Sobre este particular, se disiente de la decisión a la que arribó la mayoría sentenciadora, al señalar que para presentar la solicitud de revisión constitucional se requiere que el abogado - que aduce actuar en nombre del solicitante- presente mandato en el que conste facultad expresa para intentar dicha solicitud. Tal exigencia, se estima, es un excesivo formalismo que atenta contra el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Así, en sentencia N° 389 del 7 de marzo de 2002, se indicó lo siguiente:

“A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumplan con los elementos antes descritos es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio del pro actione”.

Exigir que el documento poder sea presentado con una especificidad tal que se obligue a los justiciables –sin ley previa que así lo disponga- a hacer expresa mención en los documentos-poder de que se faculta para interponer todas y cada una de las acciones o solicitudes nominadas a las cuales pretende facultar, es un formalismo excesivamente riguroso, que implica una limitación constitucionalmente indebida al acceso a la justicia, por cuanto, de conformidad con el artículo 133.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la falta de representación que acarrea la inadmisión de la pretensión es la manifiesta.

En el presente caso, del mandato que fue conferido por el representante de la sociedad mercantil solicitante a la abogada Joshua E. Flores Mogollón –transcrito en el fallo del cual se disiente–, se observa que dicho poder es general y amplio y suficiente cuanto en derecho se requiera y sea necesario, para que con el más amplio carácter que en derecho existe y sea necesario, sostenga y represente la mencionada abogada los derechos e intereses de la aludida sociedad mercantil en cualquier asunto que pueda relacionarse y que guarde vínculo con acciones y/o reclamaciones judiciales o administrativas en los que Festejos Mar, C.A. tenga o pueda tener algún interés directo, indirecto o sea parte; en ese sentido –se expresa– *“(...) la precitada mandataria (...) se constituye, plenamente facultada para incoar y/o sostener en nombre y representación de la sociedad mercantil ‘FESTEJOS MAR, C.A., todo tipo de peticiones, escritos, recursos y actuaciones administrativas, judiciales y extrajudiciales; y en general, acciones de cualquier naturaleza en resguardo de los derechos e intereses de la identificada sociedad mercantil”.*

Asimismo, de dicho poder general se lee que puede: *“(...) la referida apoderada sustituir este poder en profesionales de su confianza, reservándose su ejercicio, otorgándoles las facultades que estime convenientes y necesarias”.* (Subrayado del presente voto).

De lo anterior se observa que el poder que sustituyó la abogada Joshua E. Flores Mogollón en el abogado Gabriel Enrique Montiel Lugo –quien presentó, según nota de Secretaría, la solicitud de revisión constitucional– resulta suficiente para pretender la revisión del fallo objeto de la solicitud de autos, por cuanto, tal como se advierte de la lectura del mandato otorgado por el representante judicial de la sociedad mercantil solicitante, dicha profesional del derecho estaba general y ampliamente facultada para representarla y, además, se delegó en la aludida abogada la posibilidad de sustituir el poder, reservándose su ejercicio,

pudiendo otorgar las facultades que estimare convenientes y necesarias; siendo una de ellas la atinente a la solicitud de revisión constitucional, que como antes se dijo, no requiere facultad expresa del otorgante.

5. Acción de Amparo Constitucional

A. Competencia de los Tribunales de Primera Instancia

TSJ-SC (682)

9-7 -2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Tobías Nóbrega Suárez

Determinada como ha sido la competencia, debe esta Sala pasar a decidir el conflicto de competencia planteado, en base a las siguientes consideraciones:

En el presente caso, el ciudadano Tobías Nóbrega Suárez, asistido por el abogado Agustín Andrade González interpuso acción de amparo constitucional contra la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República.

En tal sentido, el Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Contencioso Administrativo del Área Metropolitana de Caracas fundó su declinatoria de competencia en las siguientes razones:

“(...) estima quien aquí decide que entre las competencias asignadas a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, no se encuentra atribuida la de conocer de los recursos de nulidad contra los actos dictados por los demás órganos de control fiscal distintos del Contralor General de la República o sus delegatarios, ya que tal competencia ha sido expresamente otorgada a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, por tanto tampoco la pueden tener para conocer de los amparos que se interpongan contra esos mismos actos, pues ella se inserta en la competencia atribuida a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con la norma anteriormente citada y parcialmente transcrita (...)”.

Por su parte, la Corte Primera de lo Contencioso administrativa expresó al respecto lo que sigue:

“(...) NO ACEPTA la declinatoria de competencia efectuada por el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, al considerar que el conocimiento de la presente acción de amparo corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el criterio jurisprudencial antes expuesto y el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en aras de salvaguardar el derecho al juez natural y el debido proceso (...)”.

Ahora bien, observa esta Sala –como se indicó con anterioridad–, que la presente acción ha sido interpuesta contra la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, con ocasión de los actos administrativos del 27 de octubre de 2009 y 27 de noviembre de 2009, mediante los cuales se consideró que *“(...) queda en manos del interesado la carga de traer al expediente pruebas que permitan evidenciar ante la administración la licitud de tu actuación, por tal motivo, en esta oportunidad la carga de la prueba corresponde a los imputados (...) teniendo en consideración que la carga de la prueba en esta fase del procedimiento corresponde a los imputados, acuerda la evacuación de las testimoniales promovidas por los representantes legales y/o interesados asistidos por abogados en el caso que corresponda, para el día lunes 7 de diciembre de 2009 (...) en la Dirección de Determinación de Responsabilidades adscritas a la Dirección General de Procedimientos Especiales ubicada en el*

(...) edificio sede de la Contraloría General de la República (...) oportunidad para que los interesados o sus representantes legales expresen, en forma oral y pública los argumentos que consideren les asisten para la mejor defensa de sus intereses (...)”.

Atendiendo a lo expuesto, y por cuanto el fuero especial que asegura que el control de la constitucionalidad de los actos emanados de los más altos funcionarios del Estado, debe ser ejercido por este Máximo Tribunal, no puede ser extendido a todo tipo de autoridad del Poder Público (Dirección o Dependencia interna de la Contraloría General de la República), considera esta Sala, que al presente caso no le es aplicable el contenido del artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ya que la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República por su naturaleza no posee jerarquía constitucional, que permita subsumirla dentro del ámbito subjetivo contemplado en el artículo 8 *eiusdem*, y así se declara.

Así las cosas, como es sabido el criterio general que permite la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de amparo constitucional en primera instancia, se encuentra recogido en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de la siguiente forma:

“(...) Artículo 7.- Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.

Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia.

Del amparo de la libertad y seguridad personales conocerán los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, conforme al procedimiento establecido en esta Ley (...)”.

Así, es claro el establecimiento de tres parámetros atributivos de competencia en amparo, en razón del (i) grado de la jurisdicción (Tribunal de Primera Instancia), (ii) la materia (afinidad con la naturaleza del derecho o la garantía constitucional violados o amenazados de violación), y (iii) el territorio (el lugar donde hubiere ocurrido el hecho, acto u omisión que se reputa inconstitucional); cuya conjunción permite fijar -en principio- el órgano jurisdiccional competente para sustanciar el amparo incoado en primera instancia, tomando en consideración la prelación del criterio material antes señalado, en el caso de que pudieran plantearse dudas al respecto.

En atención a ello, se aprecia que el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece:

“Contra las decisiones del Contralor General de la República o sus delegatarios, señaladas en los artículos 103 y 107 de esta Ley, se podrá interponer recurso de nulidad por ante el Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a su notificación.

En el caso de las decisiones dictadas por los demás órganos de control fiscal se podrá interponer, dentro del mismo lapso contemplado en este artículo, recurso de nulidad por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”.

Puede deducirse de la referida disposición legal, por una parte, que el control jurisdiccional de las decisiones dictadas por el Contralor General de la República, o sus delegatarios, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, y por la otra, el conocimiento de los actos dictados por los demás órganos de control fiscal, a las Cortes de lo Contencioso Administrativo.

De tal forma, que al devenir la situación jurídica infringida de la actuación por parte de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, el juzgado competente para conocer de la acción de amparo propuesta, será aquel relacionado con la materia afín con el derecho transgredido, por lo que, la calificación jurídica de dicho derecho conduce a que sea la jurisdicción contencioso administrativa, la competente para conocer del amparo incoado, competencia ésta que al determinar el lugar donde ocurrieron los actos denunciados, genera a una Corte de lo Contencioso Administrativo, como competente para conocer en primera instancia de un amparo autónomo como el de autos, máxime cuando se encuentra establecida dicha competencia de manera expresa, en virtud de lo dispuesto en los artículos 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 108 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (*Vid.* Sentencias N° 1.555/2000, caso: “*Yoslina Chanchamire Bastardo*”, 2.083/2001, caso: “*Freys Alberto Martínez Colmenares*” y 1.659/2009, caso: “*Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras*”), y así se decide

En razón de las consideraciones anteriores, esta Sala se declara competente para conocer el conflicto de competencia suscitado y declara que el Tribunal competente es la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por lo que debe esta Sala remitir a dicho tribunal el presente expediente para que se pronuncie con respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la presente acción, y así se declara.

B. *Motivos: Violación de derechos y garantías constitucionales*

TSJ-SC (685)

9-7 -2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Henry Eduardo Bilbao Morales

Previo a cualquier decisión esta Sala debe revisar los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta y, a tal efecto, verifica que la misma no está incurso en ninguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; asimismo, constata que se han cumplido los requisitos de la solicitud contenidos en el artículo 18 *eiusdem*, así como los previstos en el artículo 19, quinto aparte, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

No obstante, es necesario hacer una revisión exhaustiva sobre la procedencia de la pretensión, a fin de evitar que se de apertura de manera innecesaria a un contradictorio cuando *in limine litis* se puede verificar su improcedencia, pues lo contrario atentaría no sólo contra la celeridad y economía procesal sino contra la tutela judicial efectiva.

En atención a ello, la Sala observa lo siguiente:

En el presente caso, la defensa del accionante denuncia la presunta violación del principio a la tutela judicial efectiva, debido proceso y la garantía de presunción de inocencia, por parte de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, pues a su decir, actuó fuera de su competencia, con extralimitación de sus funciones, abuso de autoridad e hizo uso indebido de sus facultades, ya que en la decisión que se impugna dictada, el 17 de

septiembre de 2009, se declaró con lugar el recurso de apelación formulado por el Ministerio Público y anuló la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal del 20 de enero de 2009, que absolvió a su representado de la comisión de los delitos de transporte ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y resistencia a la autoridad, y ordenó la realización de un nuevo juicio oral y público, al considerar que la decisión del *a quo* estaba viciado de inmotivación.

Expone la defensa que “[c]uando la recurrida afirma que la motivación del fallo proferido por el Tribunal de Juicio es insuficiente evidentemente que está violentando el contenido del ordinal 2° del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal por cuanto este dispositivo legal lo que sanciona es la FALTA en la motivación y al existir motivación aunque sea insuficiente o al ser insuficiente la motivación esto no constituye la falta que sanciona la ley [...] si la ley sanciona la falta de motivación el juzgador no puede arbitrariamente, separándose de la norma legal, sancionar la insuficiencia en la motivación lo que nos conduce a la violación del artículo 26 constitucional conforme al cual es Estado debe garantizar una justicia sin formalismos inútiles”.

Respecto a la afirmación de la defensa del accionante, es de señalar que, contrario a lo expuesto, cuando hablamos de insuficiencia en la motivación, esto equivale a falta en la motivación o inmotivación, la cual no en todos los casos, ciertamente, implica violación a la tutela judicial efectiva, como se expone *infra*.

No obstante, observamos que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara estimó que el tribunal *a quo*, al considerar en su decisión como no culpable al ciudadano Henry Eduardo Bilbao Morales, no realizó el análisis exhaustivo del caso en estudio, pues no comparó debidamente todas y cada una de las pruebas cursantes en los autos, entre ellas, las documentales, las cuales sólo se limitó a señalar sin realizar la respectiva valoración de las mismas.

Asimismo, recalcó dicha alzada que no se plasmó un señalamiento expreso y circunstanciado de los hechos que consideró acreditados en los autos del elenco probatorio evacuado en el juicio oral, explicando cuáles son los criterios jurídicos esencialmente argumentadores o motivadores de su resolución judicial, siendo poco coherente el análisis sobre el caso en concreto, lo que hizo impreciso e inadecuado el fallo apelado y que, en conclusión, vició de inmotivación el mismo.

Como vemos entonces, en el caso que se plantea, para la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, la decisión apelada no fue lo suficientemente convincente en cuanto a estudio y análisis de las pruebas, para demostrar que el accionante estaba exento de culpa como se declaró.

Esta Sala Constitucional ha sido consistente en resaltar la importancia de la motivación como requisito esencial de toda decisión judicial, requisitos de orden público de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la República. Así pues, en sentencia N° 1516 del 8 de agosto de 2006, caso: *C.A. Electricidad de Oriente (Eleorient)*, estableció:

“Conexo a dicho elemento, dispuesto en el artículo 173 *eiusdem* con respecto a que la decisión debe ser fundada, la misma debe atenerse a lo alegado y probado en autos, por cuanto es de la motivación que se desprende de un determinado fallo, que se puede verificar si se apreciaron o no los argumentos de hecho y de derecho alegados por las partes, ya que si bien es cierto que la procedencia de una pretensión no requiere el análisis exhaustivo de cada alegato, debe destacarse que si éstos son relevantes para los resultados del proceso, debe procederse a su apreciación, en aras de la congruencia de la decisión que se trate.

De dicho fundamento, surge la necesidad de que los fallos judiciales resuelvan todos los puntos formulados en la causa, siempre y cuando los mismos resulten necesarios e indispensables para las resultas del proceso, aun cuando previamente se haya determinado la procedencia de la pretensión y éstos puedan generar un cambio en el ánimo decidendi del juez, sin embargo, si por el contrario, éstos constituyen elementos redundantes que no van a modificar el destino de la decisión jurisdiccional los mismos pueden ser omitidos, siempre que se haya estimado previamente la procedencia de la tutela jurisdiccional”.

De igual forma, la Sala, en sentencia N° 1893, del 12 de agosto de 2002, caso: *Carlos Miguel Vaamonde Sojo*, sostuvo lo siguiente:

“Así las cosas, esa exigencia del Juez de motivar la sentencia, que está plasmada igualmente en los distintos sistemas procesales venezolanos, no es una garantía para una sola de las partes, sino que le corresponde a todas las partes involucradas en el proceso, correspondiéndole entonces tanto al imputado, a la víctima y al Ministerio Público, que tiene la misma posición, delineada por la objetividad en los términos planteados en el artículo 281 del Código Orgánico Procesal Penal, de sujeto agente y no exactamente de tercero de buena fe, en razón de que ejercita la acción penal en interés del Estado.

Razón por la cual, el imputado tiene derecho de conocer los motivos por los cuales fue absuelto o condenado, al igual que la víctima y el Ministerio Público y, por ello, no puede entenderse que la motivación es una garantía establecida sólo a favor del imputado [...].

En esos términos, la motivación de la sentencia, como garantía de las partes, es una exigencia constitucional, que no puede ser limitada por lo establecido en el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal”.

Así pues, esta Sala ratifica que la motivación de la sentencia, como garantía de las partes, es una exigencia constitucional que no puede ser limitada por norma legal alguna, por lo que los fallos judiciales deben resolver todos los puntos formulados en la causa, siempre y cuando resulten necesarios e indispensables para las resultas del proceso, salvo que sean elementos redundantes que no van a modificar el destino de la decisión jurisdiccional.

Ahora bien, en atención a lo expuesto, esta Sala observa que, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los requisitos de procedencia de la acción de amparo contra sentencias judiciales son los siguientes: a) el juez que emanó el acto presuntamente lesivo haya incurrido en una grave usurpación de funciones o abuso de poder, b) que tal proceder ocasione la violación de un derecho constitucional y, finalmente, c) que se hayan agotado todos los mecanismos procesales existentes, o que los mismos resulten inidóneos para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado.

Asimismo, esta Sala ha establecido en numerosas oportunidades, que en virtud de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces al decidir, los mismos, si bien deben ajustarse a la Constitución y a las leyes al resolver una controversia, disponen de un amplio margen de valoración sobre los medios probatorios y del derecho aplicable a cada caso, por lo cual pueden interpretarlos y ajustarlos a su entendimiento, como actividad propia de su función de juzgar, sin que el juzgador de amparo pueda inmiscuirse dentro de esa autonomía del juez en el estudio y resolución de la causa, salvo que tal criterio viole, notoriamente, derechos o principios constitucionales [Cfr. sentencia N° 3.149 del 6 de diciembre de 2002, caso: *Edelmiro Rodríguez Lage*, ratificada en decisiones núms. 1211/2006, 2483/2007, entre otras].

De igual manera, en (Véase. *Revista De Derecho Público* N° 83, Sentencia de esta sala N° 828 del 27-7-2000, caso *Segucorp*, p. 290 y ss.) la Sala sostuvo que “en el procedimiento

de amparo el juez enjuicia las actuaciones de los órganos del poder público o de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales. Pero, en ningún caso, puede revisar, por ejemplo, la aplicación o interpretación del derecho ordinario, por parte de la administración o los órganos judiciales, a menos que de ella se derive una infracción directa de la Constitución”.

Siendo ello así y del análisis efectuado en el presente caso, esta instancia no evidencia la violación a los derechos constitucionales delatados, pues, como se señaló, la Corte de Apelaciones consideró, luego de su análisis efectuado dentro del ámbito de su competencia, que el Juzgado Segundo de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, fue poco coherente en el análisis sobre el caso en concreto, lo que hizo impreciso e inadecuado el fallo que absolvió al ciudadano Henry Eduardo Bilbao Morales de los delitos de transporte ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y resistencia a la autoridad, lo que trajo como consecuencia, la declaratoria con lugar del recurso interpuesto por el Ministerio Público y que se anulara el fallo dictado por dicho tribunal de juicio el 20 de enero de 2009, en virtud de no cumplir con el requisito de motivación como garantía constitucional de las partes en el proceso.

Ahora bien, se observa que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, cuando expidió la decisión que se impugnó mediante amparo, actuó apegada a lo que preceptúa la norma adjetiva penal en sus artículos 452.2 y 457 primer párrafo, por cuanto la consecuencia legal de declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto, no es otra que la adoptada en el dispositivo del fallo, esto es, la anulación de la sentencia impugnada y la “realización de un nuevo juicio oral y público por ante un Tribunal de Juicio distinto del que dictó la decisión”.

Así las cosas, estima esta Sala Constitucional que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara no ha incurrido en violación constitucional alguna, ya que actuó dentro del ámbito de su competencia, al emitir su pronunciamiento como órgano jurisdiccional, decidiendo dentro de los límites establecidos para ello y actuando sin abuso de poder, ni extralimitación de atribuciones, razón por la cual, en criterio de esta Sala, no se encuentran configurados en el presente caso los extremos de procedencia establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En razón de los anteriores argumentos, esta Sala considera que la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado Euro Ramón Carrillo Carrasquero, en su carácter de defensor privado del ciudadano Henry Eduardo Bilbao Morales, contra la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2009, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, resulta improcedente *in limine litis*. Así se decide.

C. *Objeto: Acción de amparo contra decisiones judiciales*

TSJ-SC (681)

9-7-2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Pedro Miguel Medina Maita vs. Decisión de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas.

La Sala ha reconocido que deben concurrir las siguientes circunstancias para declarar la procedencia del amparo contra actos jurisdiccionales: (a) que el juez de quien emanó el acto supuestamente lesivo incurra en usurpación de funciones o abuso de poder, y (b) que tal acto ocasione la violación de un derecho constitucional; de lo cual

se puede inferir que no es impugnabile mediante amparo aquella decisión que simplemente desfavorece a un determinado sujeto procesal.

Ahora bien, conforme a la doctrina de la Sala, siendo el objeto de la acción de amparo interpuesta una decisión judicial, se considera necesario fijar posición en cuanto a su procedencia, la cual debe verificarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

“Artículo 4. Igualmente procede la acción de amparo cuando un tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.

En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva” (Subrayado de la Sala).

Al respecto, de la norma que subyace en ese precepto legal se deduce que será procedente esta modalidad de acción de amparo constitucional en aquellos casos en los que un tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional (*Vid.* Sentencia N° 3.102 del 20 de octubre de 2005).

En primer lugar, con relación a la citada frase “*actuando fuera de su competencia*”, esta Sala ha sostenido que, a los efectos de la norma *in commento*, la misma no sólo debe entenderse en el sentido procesal estricto (incompetencia por la materia, valor o territorio), sino que “*también corresponde a los conceptos de abuso de poder o extralimitación de atribuciones*” y, en segundo lugar, respecto a la idea de lesión constitucional, la cual está inmersa en la propia naturaleza de la acción de amparo, este órgano jurisdiccional ha señalado inveteradamente que “*...la acción de amparo constitucional está concebida como una protección de derechos y garantías constitucionales stricto sensu; de allí que lo realmente determinante para resolver acerca de la pretendida violación, es que exista una violación de rango constitucional y no legal, ya que si así fuere el amparo perdería todo sentido y alcance y se convertiría en un mecanismo ordinario de control de la legalidad*” (*Vid.* Decisiones de la Sala N° 492 del 31 de mayo de 2000 y N° 1 del 24 del enero de 2001).

Por ende, la Sala ha reconocido que deben concurrir las siguientes circunstancias para declarar la procedencia del amparo contra actos jurisdiccionales: (a) que el juez de quien emanó el acto supuestamente lesivo incurra en usurpación de funciones o abuso de poder, y (b) que tal acto ocasione la violación de un derecho constitucional; de lo cual se puede inferir que no es impugnabile mediante amparo aquella decisión que simplemente desfavorece a un determinado sujeto procesal.

Al respecto, esta Sala ha estimado que con el establecimiento de tales extremos de procedencia, se pretende fundamentalmente, evitar la interposición de solicitudes de amparo incoadas con el propósito de que simplemente se reabra un asunto que ha sido resuelto judicialmente dentro del ámbito de competencia del juez respectivo.

Expuesto lo anterior, esta Sala pasa a verificar los mencionados extremos de procedencia de la acción de amparo *sub examine*.

En tal sentido, el objeto de la presente acción, es la sentencia del 26 de noviembre de 2009, dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas, mediante la cual se declaró entre otros aspectos “*(...) con lugar el recurso de apelación interpuesto por la (...) Fiscal Segundo del Ministerio Público del Estado Monagas (...)*” y,

en consecuencia “(...) decre[tó] la nulidad absoluta de la decisión publicada el 6/10/2008, así como la audiencia oral y pública celebrada en el asunto principal en referencia, y ordena la remisión el asunto a un juez distinto de aquel que emitió la decisión aquí anulada (...)”, por presuntamente violar sus derechos a la igualdad, a la tutela judicial efectiva, a la defensa y el debido proceso, contenidos en los artículos 21, 26 y 49 de la Carta Magna, respectivamente.

Ahora bien, debe indicarse que el Ministerio Público fundamentó el recurso de apelación que dio lugar a la decisión accionada, en el artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 452. Motivos. El recurso sólo podrá fundarse en:

(...)

2. Falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia, o cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral;

(...)” (Subrayado de la Sala).

Ante ello, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas declaró con lugar el mencionado recurso de apelación, anuló el fallo recurrido y ordenó la remisión el asunto a un juez distinto de aquel que emitió la decisión anulada, con el objeto de que se efectuase nuevamente el acto del juicio oral y público, conforme a lo prescrito en el artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal, cuyo texto es reproducido a continuación:

“Artículo 457. Decisión. Si la decisión de la corte de apelaciones declara con lugar el recurso, por alguna de las causales previstas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 452, anulará la sentencia impugnada y ordenará la celebración del juicio oral ante un Juez en el mismo circuito judicial, distinto del que la pronunció.

En los demás casos, la corte de apelaciones dictará una decisión propia sobre el asunto con base en las comprobaciones de hecho ya fijadas por la decisión recurrida, siempre que la sentencia no haga necesario un nuevo juicio oral y público sobre los hechos, por exigencias de la inmediatez y la contradicción, ante un Juez distinto a aquel que dictó la decisión recurrida.

Si se trata de un error en la especie o cantidad de la pena, la corte de apelaciones hará la rectificación que proceda” (Subrayado de la Sala).

Al respecto, observa esta Sala que la decisión accionada se ajusta a lo dispuesto en el precitado artículo, por cuanto, luego de confirmar -en el marco de su esfera competencial- la falta de motivación a que se refiere el artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal, declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, anuló la sentencia recurrida y ordenó la remisión el asunto a un juez distinto de aquel que emitió la decisión anulada, con el objeto de que se llevase a cabo la celebración del juicio oral.

En efecto, ante la denuncia de falta de motivación de la sentencia absolutoria recurrida por el Ministerio Público y ante la constatación de tal circunstancia por parte de la referida Corte de Apelaciones, esta última anuló la decisión impugnada en su totalidad, conforme lo dispone expresamente el referido artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal, pues no puede pretenderse mantener con plenos efectos jurídicos parte de la decisión en cuestión, pues ello no es cónsono con las reglas de derecho aplicable, ya que el vicio de inmotivación en base al artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal es de tal envergadura que a tenor del artículo 457 *eiusdem*, requiere el pase del conocimiento completo de la causa a un tribunal distinto al que incurrió en el agravio en cuestión.

En razón de ello, esta Sala aprecia que la sentencia accionada no viola los derechos constitucionales señalados por la parte accionante; más aún la Corte de Apelaciones en cuestión, actuó en el marco de su potestad jurisdiccional, apreciando la existencia de falta de motivación lo que la llevó a anular el fallo de la primera instancia penal y a ordenar la celebración de un nuevo juicio.

Así se reitera, que al haber la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas declarado con lugar la apelación del Ministerio Público, en base a la “*falta, contradicción e ilogicidad manifiesta*” en la motivación de la decisión del 6 de octubre de 2008, dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas (artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal), por estimar que la referida sentencia adolecía de falta de motivación, vicio que, por mandato legal (artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal), implica la anulación del fallo recurrido y la reposición de la causa al estado de celebración del juicio oral ante un juez distinto del que la dictó, tal como lo ordenó la accionada, actuó apegada a la ley.

En razón de lo anterior, esta Sala considera, en correspondencia con lo expresado *ut supra*, que la declaratoria de nulidad de la decisión absolutoria recurrida por el Ministerio Público se enmarca dentro de la legalidad procesal, la cual constituye, como se sabe, una manifestación primaria del debido proceso –y, en definitiva, no vulnera ninguno de los derechos constitucionales aducidos por el quejoso (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 757 del 5 de abril de 2006).

Así pues, conforme a lo antes expuesto, esta Sala aprecia que la decisión objeto de la presente acción de amparo no se subsume en los supuestos de procedencia establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, puesto que no evidencia una actuación fuera de la competencia del juzgado que la dictó y tampoco que la misma haya lesionado algún derecho o garantía constitucional, razón por la cual, conforme a la doctrina pacífica de esta Sala, la acción de amparo constitucional que da lugar a la presente sentencia debe declararse improcedente *in limine litis*.

Finalmente, siendo que la presente acción es improcedente *in limine litis*, resulta inoficioso el estudio de la tutela judicial cautelar solicitada, dado su carácter accesorio e instrumental respecto de la acción principal. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su inconformidad con el acto decisorio que antecede, razón por la cual salva el voto, con fundamento en las razones que serán expuestas a continuación:

1. La mayoría concluyó que

...debe indicarse que el Ministerio Público fundamentó el recurso de apelación que dio lugar a la decisión accionada, en el artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual dispone lo siguiente:

(...)

Ante ello, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas declaró con lugar el mencionado recurso de apelación, anuló el fallo recurrido y ordenó la remisión del asunto a un juez distinto de aquel que emitió la decisión anulada, con el objeto de que se efectuase el acto de juicio oral y público, conforme a lo prescrito en el artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal, cuyo texto es reproducido a continuación:

(...)

Al respecto, observa esta Sala que la decisión accionada se ajusta a lo dispuesto en el precitado artículo, por cuanto, luego de confirmar –en el marco de su esfera competencial- la falta de motivación a que se refiere el artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal, declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, anuló la sentencia recurrida y ordenó la remisión del asunto a un juez distinto de aquel que emitió la decisión anulada, con el objeto de que se llevase a cabo la celebración del juicio oral.

En efecto, ante la denuncia de falta de motivación de la sentencia absolutoria recurrida por el Ministerio Público y ante la constatación de tal circunstancia por parte de la referida Corte de Apelaciones, esta última anuló la decisión impugnada en su totalidad, conforme lo dispone expresamente el referido artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal, **pues no puede pretenderse mantener con plenos efectos jurídicos parte de la decisión en cuestión, pues ello no es cónsono con las reglas de derecho aplicables, ya que el vicio de inmotivación en base al artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal es de tal envergadura que a tenor del artículo 457 eiusdem**, requiere el pase del conocimiento completo de la causa a un tribunal distinto al que incurrió en el agravio en cuestión (resaltado por el salvante).

2. En relación con el pronunciamiento que acaba de ser reproducido, quien suscribe estima que son menester las siguientes consideraciones:

2.1. Mediante la revisión al expediente se verificó que el capítulo dispositivo de la sentencia definitiva que expidió el *a quo* penal, contiene dos pronunciamientos: uno, de absolución, en relación con los cargos fiscales por la comisión de los delitos consumado y frustrado de homicidio intencional calificado; otro, de sobreseimiento, por prescripción de la acción penal, en lo que concierne a los delitos de lesiones personales graves y menos graves por los cuales Ministerio Público también acusó.

2.2. Asimismo, del texto de los respectivos escritos por los cuales el Ministerio Público y la víctima formalizaron apelación contra la sentencia definitiva que se señaló en el anterior aparte, se evidencia que dichos recurrentes no impugnaron el antes referido decreto judicial de sobreseimiento.

2.3. De acuerdo con el artículo 441 del Código Orgánico Procesal Penal, “*Al tribunal que resuelva el recurso se le atribuirá el conocimiento del proceso, exclusivamente, en cuanto a los puntos de la decisión que han sido impugnados*” (nuestro el resaltado).

2.4. En acatamiento a la norma legal que acaba de ser reproducida, la Alzada penal no entró a la valoración de la conformidad jurídica del predicho decreto de sobreseimiento, razón por la cual el mismo quedó firme, pues, contra el mismo, no era admisible –por razón de la cuantía de la pena eventualmente imponible- el recurso de casación. Así las cosas, no hay omisión de pronunciamiento que, al respecto, deba reprocharse a la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas.

2.5. Ahora bien, se observa que, no obstante que el antes indicado decreto de sobreseimiento no fue impugnado y, por consiguiente, no fue valorado por la Alzada, ésta declaró la nulidad absoluta de la sentencia de primera instancia, sin percatarse de que la misma contenía un pronunciamiento que no fue impugnado y que, por consiguiente, quedó firme, como antes se afirmó.

2.6. La nulidad parcial de los actos jurisdiccionales ha sido aceptada pacíficamente en la doctrina venezolana; incluso, por esta Sala (*vide*, por ejemplo, ssSC n.ºs 2563, 817, 2728 y 912, de 24 de septiembre de 2003, 02 de mayo de 2006, 12 de agosto de 2005 y 04 de junio de 2008, respectivamente), de cuya lectura se evidencia, entonces, que constituye una innovación doctrinal –con la esperanza de que no lo sea, igualmente, jurisprudencial- la afirmación que antes fue transcrita, de que no es dable “*mantener con plenos efectos jurídicos parte*

de la decisión en cuestión, pues ello no es cónsono con las reglas de derecho aplicable[s], ya que el vicio de inmotivación en base al artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal es de tal envergadura que a tenor del artículo 457 eiusdem, requiere el pase del conocimiento completo de la causa a un tribunal distinto al que incurrió en el agravio en cuestión”.

2.6.1. La doctrina que acaba de ser reproducida colide abiertamente con el artículo 441 del Código Orgánico Procesal Penal. En efecto, si el recurrente ataca sólo parcialmente el acto de juzgamiento, la decisión de la Corte de Apelaciones estará estrictamente limitada a la decisión sobre los puntos de impugnación que contenga el recurso. Así las cosas, resulta obvia la conclusión de que si, por ejemplo, la Alzada declara la procedencia de dicho recurso, los efectos de tal pronunciamiento no pueden recaer sino solamente sobre los particulares que constituyeron los puntos de impugnación; por consiguiente, la declaración de nulidad que, eventualmente, expida el órgano jurisdiccional de apelación afectará sólo a dicho contenido y esto sólo tiene una calificación: nulidad parcial, sanción que tiene aceptación universal y pacífica salvo, al parecer, por la mayoría que conforma actualmente la Sala Constitucional.

2.6.2. El criterio que introdujo la Sala y que es objeto del actual examen, conduce a la absurda conclusión –contraria, por lo demás, a la letra y el espíritu de nuestra ley procesal penal fundamental- de que la declaración de procedencia de la apelación mediante la cual se impugne sólo parte de una decisión, sea conducente a la revocación o anulación de todo el contenido del acto decisorio contra el cual se haya interpuesto dicho recurso.

2.6.3. La declaración de nulidad, por parte de la Corte de Apelaciones, sólo podía abarcar la plenitud del acto decisorio contra el cual se apeló, en el caso de que hubiera estimado, por revisión de oficio, que el pronunciamiento de sobreseimiento estaba afectado por algún vicio no subsanable, como son los supuestos que contienen los artículos 173 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal, que hubiera obligación a la declaración de su nulidad. Tal no fue la situación en el caso que se examina, porque, en el mismo, como antes fue dicho, la Corte de Apelaciones no hizo valoración alguna sobre dicho pronunciamiento de sobreseimiento; por consiguiente, ningún señalamiento hizo sobre vicios que pudieran afectar la validez del mismo.

2.6.4. Por otra parte, una interpretación lógica al artículo 442 del Código Orgánico Procesal Penal, de acuerdo con el cual cuando la apelación haya sido intentada por una parte distinta del imputado, la decisión que sea el objeto de dicha impugnación podrá ser modificada por la Alzada, aun en perjuicio de aquél. Ahora bien, tal reforma *in peius* resulta procedente sólo cuando esté referida a los puntos de impugnación que hayan sido alegados por el recurrente.

Así, en el caso bajo examen, debe concluirse que el pronunciamiento de sobreseimiento no fue impugnado por los apelantes; luego, sobre el mismo no podía decidirse en segunda instancia, salvo que se tratara –y no lo fue ahora- una situación de vicios conducentes a declaración de nulidad absoluta. Por otra parte, si a la Alzada no le estaba competencia para la decisión sobre el sobreseimiento en cuestión, menos le estaba atribuida para una reforma de la sentencia de primera instancia, en perjuicio del procesado.

2.6.5. Esta Sala Constitucional tampoco dio respuesta motivada alguna a su afirmación de que el vicio de inmotivación que confirmó a través del acto decisorio del cual se discrepa obligaba a la anulación **total** de la sentencia del *a quo* penal. Se limitó al señalamiento de que *“no puede pretenderse mantener con plenos efectos jurídicos parte de la decisión en cuestión, pues ello no es cónsono con las reglas de derecho aplicables, ya que el vicio de inmotivación en base al artículo 452.2 del Código Orgánico Procesal Penal es de tal envergadura que a tenor del artículo 457 eiusdem*, afirmación a través de la cual, como se afirmó

supra, no se dio razón alguna para la extensión del efecto de nulidad al pronunciamiento de sobreseimiento, al cual la Corte de Apelaciones ni la Sala Constitucional calificaron como inmotivado.

2.6.6. No puede encontrarse relación lógica ni jurídica alguna entre el vicio de “*tal envergadura*” que condujo a la declaración de nulidad total de la sentencia definitiva penal de primera instancia y la declaración de sobreseimiento que la misma contenía, cuya validez los recurrentes, ni la Corte de Apelaciones, ni la Sala Constitucional –se insiste– jamás cuestionaron y que, por otra parte, no tenía relación causal ni de dependencia alguna con el pronunciamiento que fue anulado por razón de su inmotivación, que hubiera obligado a que aquél corriera la misma suerte que este último, de conformidad con el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal.

2.7. En definitiva, si la Corte de Apelaciones nada decidió –como, en efecto, no lo hizo– atinente al sobreseimiento que declaró el *a quo* penal, dicho pronunciamiento quedó firme. De ello se concluye que al mismo no podían ser extendidos los efectos de la nulidad que decretó dicha alzada, sobre la base del vicio de inmotivación que ese órgano de segundo grado de jurisdicción apreció –en la sentencia definitiva de primera instancia– sólo en cuanto a la absolución por los delitos de homicidio que fueron imputados por el acusador público. Se trató, entonces, de un exceso, por parte de la legitimada pasiva, que fue convalidado por esta Sala Constitucional y que no sólo fue contrario a la Ley sino que, además, resultó en seria lesión a los derechos fundamentales cuya tutela reclamó el accionante en la presente causa.

Quedan expresados, en los términos que fueron reproducidos *supra*, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto salvado.

Fecha *retro*.

D. *Inepta acumulación de pretensiones*

TSJ-SC (684)

9-7 -2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Oscar Veiga Viera vs. Decisión Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua.

...de la lectura de las actas que conforman el presente expediente, y del acta contentiva del amparo ejercido de forma verbal, se observa que en éste han sido acumuladas pretensiones dirigidas contra órganos del Poder Público diferentes, como consecuencia de diversas infracciones constitucionales presuntamente ocasionadas por aquéllos.

En efecto, la acción de amparo se encuentra dirigida contra: *a)* La omisión del Juzgado Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, de tramitar el recurso de apelación ejercido contra la medida privativa de libertad impuesta, el 21 de septiembre de 2009, al ciudadano Oscar Veiga Viera; *b)* La falta de pronunciamiento de ese órgano jurisdiccional, respecto al traslado del referido ciudadano al Hospital General de Maracay y a la medicatura forense del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, a los fines de determinar su estado de salud, y *c)* La omisión de la Fiscalía Vigésimo Segunda del Ministerio Público de remitir el expediente de la causa al Juzgado Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua.

De lo anterior se desprende que la acción sometida a consideración de esta Sala contiene pretensiones que no pueden acumularse, en razón de que la competencia jurisdiccional difiere para cada uno de los sujetos señalados como presuntos agraviantes.

Así, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara tiene atribuida la competencia para conocer las acciones de amparo ejercidas contra las presuntas omisiones en que incurrió, según el accionante, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, por cuanto es el tribunal superior del supuesto agraviante, ello con base en el criterio asentado en sentencias 1/2000, del 20 de enero; y 26/2001, del 25 de enero, de esta Sala, así como también en lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Dispone el referido artículo lo siguiente:

“Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.

En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.”

No obstante lo anterior, dicha Corte de Apelaciones no era competente para conocer la pretensión de amparo ejercida contra la Fiscalía Vigésima Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, ya que tal competencia le corresponde a los Juzgados de Primera Instancia en Funciones de Juicio, esto último de conformidad con el criterio asentado en sentencia N° 40/2005, del 5 de mayo.

Aunado a lo anterior, observa esta Sala que en el caso de autos no opera el principio *pro actione*, el cual permitiría conocer conjuntamente ambas pretensiones de amparo -aun y cuando hayan sido dirigidas contra órganos distintos-, toda vez que se ha constatado que entre la presunta omisión endilgada a la Fiscalía Vigésima Segunda del Ministerio Público y las omisiones imputadas al Juzgado Tercero de Control, no existe una íntima relación causal, en el sentido de que estas últimas no se produjeron por la referida omisión de la representación fiscal.

El artículo 49 del Código de Procedimiento Civil (de aplicación supletoria a los procesos de amparo constitucional según lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) establece que la acumulación procede siempre que “*hubiere conexión por el objeto de la demanda o por el título o hecho de que dependa*”. En este sentido, es posible acumular en una sola demanda varias pretensiones contra distintas personas, en razón de la conexión que existe entre ellas; ya sea por el objeto que se pretende o por la razón que motiva la pretensión. Sin embargo, el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, prohíbe la concentración de pretensiones en una misma demanda en los casos en que las pretensiones se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; cuando, por razón de la materia, no correspondan al conocimiento del mismo tribunal; y en los casos en que los procedimientos sean incompatibles.

Así pues, toda acumulación de pretensiones realizada en contravención a lo dispuesto por la mencionada ley adjetiva, es lo que la doctrina denomina inepta acumulación.

Del análisis de los hechos que rodean el presente caso, a la luz de estas consideraciones, se concluye que la situación sometida a examen de esta Sala, constituye, a todas luces, un supuesto de inepta acumulación de pretensiones, ya que se trata de tres pretensiones planteadas conjuntamente en un mismo amparo, y cuyo conocimiento corresponde a órganos jurisdiccionales diferentes, en el sentido en que expuso *supra*.

Por tanto, en el caso de autos si bien el amparo constitucional ejercido era a todas luces inadmisibile, no es menos cierto que el *a quo* constitucional debió justificar tal declaratoria sobre la base de la inepta acumulación de pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 78 *eiusdem*, aplicables supletoriamente al proceso de amparo según el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y no en las causales de inadmisibilidad descritas en los numerales 1 y 5 del artículo 6 de dicha ley de amparo. Así se establece.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su conformidad con la decisión que contiene este fallo; no obstante, por razón de discrepancias de los motivos de la sentencia, que serán expuestas a continuación, expide el presente voto concurrente, de conformidad con el artículo 62 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, en los siguientes términos:

1. La Sala declaró la improcedencia de la apelación que incoó contra la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua y, en consecuencia, decretó la inadmisión, con base en el vicio de inepta acumulación de las pretensiones de amparo constitucional que el legitimado activo interpuso contra las omisiones de pronunciamiento en que habrían incurrido el Juez Tercero del Tribunal de Control del mismo Circuito dentro de la causa penal que se seguía o sigue contra el demandante de pretensión constitucional y el representante del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua.

2. La mayoría sentenciadora falló en los siguientes términos:

Del análisis de los hechos que rodean el presente caso, a la luz de estas consideraciones, se concluye que la situación sometida a examen de esta Sala, constituye a todas luces, un supuesto de inepta acumulación de pretensiones, ya que se trata de tres pretensiones planteadas conjuntamente en un mismo amparo, y cuyo conocimiento corresponde a órganos jurisdiccionales diferentes, en el sentido en que expuso *supra*.

Por tanto, en el caso de autos si bien el amparo constitucional ejercido era a todas luces inadmisibile, no es menos cierto que el *a quo* constitucional debió justificar tal declaratoria sobre la base de la inepta acumulación de pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 78 *eiusdem*, aplicables supletoriamente al proceso de amparo según el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y no en las causales de inadmisibilidad descritas en los numerales 1 y 5 del artículo 6 de dicha ley de amparo. Así se establece.

2.1 En relación con el pronunciamiento que acaba de ser reproducido, quien suscribe observa que la acumulación de causas de amparo constitucional, cada una de las cuales deba ser decidida por órganos jurisdiccionales diferentes e, incluso, de distinta jerarquía ha sido acogida por esta Sala Constitucional –si bien debe reconocer que, respecto del particular que se examina, dicho órgano jurisdiccional no ha mantenido un criterio doctrinal uniforme y coherente-. Tal es el caso de las pretensiones tutelares constitucionales, en materia penal, contra acciones u omisiones del Ministerio Público y un Tribunal penal de primera instancia, las cuales, en principio, deben ser conocidas, en primera instancia, por el *a quo* penal y la Corte de Apelaciones, respectivamente. De acuerdo con dicho criterio, entonces, no sería contraria a derecho la acumulación de pretensiones que propuso la parte actora, luego de que hubieran sido acreditadas las identidades que, de conformidad con el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, conduzcan a la afirmación de conexidad entre dichas causas, salvo que exista algún impedimento legal para ello, por razón de que las mismas se excluyan mu-

tuamente o deban ser decididas a través de procedimientos que se excluyan entre sí, conforme también con doctrina vigente de esta Sala (*cf.* su sentencia N° 1279, de 20 de mayo de 2003; ratificada en decisiones tan recientes como la N° 29, de 03 de enero de 2009). Por consiguiente, quien suscribe no encuentra razón lógica alguna que, por el mero hecho de que “*la competencia jurisdiccional difiere para cada uno de los sujetos señalados como presuntos agraviantes*”, cuando la misma objeción competencial fue obviada en el caso, antes citado, de demandas de amparo como la de autos contra un juez penal de primera instancia y el Ministerio Público.

2.2 Se concluye, entonces, que, de acuerdo con la antedicha doctrina de la Sala Constitucional, mediante la interpretación de las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, era legalmente admisible la acumulación de causas aun cuando el conocimiento de cada una de ellas correspondiera, en principio, a órganos jurisdiccionales distintos; ello, porque, según la narración que contiene el fallo de cuya motivación se disiente, estarían acreditadas la identidades que debieron haber conducido a la convicción de la conexión entre las dos delaciones de agravio constitucional; entre las mismas, la íntima conexión existente entre los agravios que fueron delatados: a) el que el demandante imputó al Juez Tercero de Control, esto es, la omisión en la tramitación de la apelación que intentó la defensa en contra del decreto de medida preventiva privativa de libertad que pesaba sobre el ahora quejoso; b) la omisión de pronunciamiento en que habría incurrido el *a quo* penal, respecto del traslado del imputado al Hospital General de Maracay y la medicatura forense del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, para la determinación de su estado de salud; y c) el que habría derivado de la omisión en que habría incurrido la Fiscal Vigésimo Segunda del Ministerio Público de remisión del expediente de la causa al Juzgado Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua.

2.3 A juicio de este Magistrado, lo procedente en derecho hubiera sido la confirmación de la declaración de inadmisión de la pretensión por los motivos que expresó la primera instancia constitucional, esto es, por cuanto, respecto del Tribunal de Control, cesaron los supuestos agravios cuando, por una parte, tramitó la apelación que había interpuesto la defensa y, por la otra, proveyó en relación con la solicitud de traslado al Hospital General de Maracay y la medicatura forense del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, para la determinación de su estado de salud del imputado; y, respecto de la omisión del Ministerio Público, el actor contaba con medios judiciales preexistentes de impugnación diferentes de la tutela constitucional.

3. Sin perjuicio de lo que antes se expresó, este voto salvante discrepa, asimismo, de la referida decisión respecto de la negativa de admisión de la demanda de amparo constitucional con base en la regulación supletoria del artículo 19 de del Tribunal Supremo de Justicia. Ahora bien, al respecto debe señalarse que no es posible la aplicación de la consecuencia jurídica que preceptúa el artículo 19 de del Tribunal Supremo de Justicia para la declaración de inadmisión de una pretensión de protección constitucional, pues esta ley se creó para “*establecer el régimen, organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia*”. Más aún, cuando se observa que la inadmisión de las demandas de tutela constitucional, operaría, necesariamente, sólo en las demandas que sean interpuestas ante este Tribunal Supremo de Justicia, pero no ante los juzgados de instancia que conozcan en primer grado de jurisdicción, aplicación que, en todo caso, crea un desfase en el tratamiento de esta materia.

Las causales de inadmisión del amparo constitucional son las que están dispuestas en el artículo 6 de la ley que lo regula, el Código de Procedimiento Civil, por expresa remisión del artículo 48 de de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y los criterios jurisprudenciales que ha establecido esta Sala.

De allí que, en criterio de quien suscribe, la negativa de admisión del amparo de autos no se ha debido fundamentar el artículo 19 de del Tribunal Supremo de Justicia.

Por la razón que precede, quien concurre considera que era innecesaria la invocación del artículo 19 de del Tribunal Supremo de Justicia para la declaración de inadmisión de la demanda de autos. Queda así expuesto el criterio del magistrado que rinde este voto concurrente.

Fecha *retro*.

E. *Sentencia. Apelación (lapso)*

TSJ-SC (684)

9-7 -2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Oscar Veiga Viera

Cuando el órgano jurisdiccional haya dispuesto notificar a las partes de la decisión emitida, el lapso para ejercer los mecanismos impugnativos correspondientes (en este caso el recurso de apelación) deberá ser computado a partir de dicha notificación.

A los fines de delimitar el objeto de la presente controversia, y revisadas como han sido las actas que conforman el presente expediente, se observa que el recurso de apelación ha sido interpuesto por la abogada Yoleide Baptista Muchacho, en su condición de defensora técnica del ciudadano Oscar Veiga Viera, contra la sentencia dictada, el 5 de noviembre de 2009, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, que declaró inadmisibles la acción de amparo constitucional ejercido por dicha abogada, y en la cual se denunció la vulneración de los artículos 21, 49 en sus numerales 3 y 8, 43, 44.2, 46.2, 51, 83, 257, 272 y 285, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Previo a cualquier tipo de consideración, esta Sala debe pronunciarse respecto a la admisibilidad del presente recurso de apelación. Al respecto, debe reiterarse que de conformidad con la interpretación que se le ha dado al texto del artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (sentencias 501/2000, del 31 de mayo; y 3.027/2005, del 14 de octubre), el lapso para recurrir de la decisión dictada por la primera instancia en el proceso de amparo, es de tres días contados a partir de la fecha de publicación del fallo (sentencia N° 11/2004, del 14 de enero), los cuales a su vez deben ser computados por días calendarios consecutivos, excepto los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales y los declarados no laborables por otras leyes, ello a los fines de salvaguardar el derecho a la defensa, el cual también tiene una dilatada vigencia en el marco del proceso de amparo. Aceptar lo contrario sería desconocer la aplicabilidad de tal derecho en cualquier *iter procesal*, en otras palabras, sacrificar el derecho a la defensa de los ciudadanos -mediante juicios relámpago, por ejemplo- en aras de una mayor celeridad, sería subvertir el orden lógico de los fundamentos que constituyen el Estado Democrático, de Derecho y de Justicia que definen a nuestra República (sentencia N° 501/2000, del 31 de mayo).

No obstante lo anterior, en el supuesto que el órgano jurisdiccional haya dispuesto notificar a las partes de la decisión emitida -tal como ha ocurrido en el presente caso-, el lapso para ejercer los mecanismos impugnativos correspondientes (en este caso el recurso de apelación) deberá ser computado a partir de dicha notificación (ver sentencia N° 5.063/2005, del 15 de diciembre).

En el caso *sub lite*, la sentencia hoy recurrida fue dictada el 5 de noviembre de 2009, siendo que en el texto de dicho acto jurisdiccional se ordenó la práctica de la notificación de las partes. Igualmente, se observa que el 12 de noviembre de 2009, fue practicada la notificación de la abogada Yoleide Baptista Muchacho, en su condición de defensora del ciudadano Oscar Veiga Viera, siendo que, el 16 de noviembre de 2009, presentó un escrito contentivo del recurso de apelación contra la mencionada sentencia.

Lo anteriormente expuesto denota que la parte actora ejerció el recurso de apelación dentro de los tres días siguientes a su notificación, lo cual se entiende incluido dentro del lapso al cual se hizo referencia *supra*. En vista de ello, considera esta Sala que el referido recurso ha sido presentado de forma tempestiva y por tanto, el mismo resulta admisible. Así se declara.

VII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Régimen funcional en el Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito capital

TSJ-SC (797)

22-7-2010

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Organización no Gubernamental Quinto Mandamiento de Derechos Humanos. Y otros.

La Sala analiza la relación funcional o laboral mediante las normas interpretadas de los empleados del Distrito Metropolitano de Caracas y del Distrito Capital.

En relación al régimen jurídico del Distrito Metropolitano de Caracas, esta Sala señaló en su decisión del 13 de diciembre de 2000 (caso: *Alfredo Peña*), (Véase *Revista de Derecho Público* N° 84 Sentencia de esta sala N° 1563 de 13-12-200, p. 98 y ss) que la Asamblea Nacional Constituyente, que la Asamblea Nacional Constituyente, en uso de poder originario, no dictó la Ley sobre el Régimen del Distrito Capital, sino que de una vez procedió a dar cumplimiento al artículo 18 de la Constitución, y decretó la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, dando cumplimiento directo al artículo 18 constitucional, cumpliendo así parcialmente el mandato constitucional sobre el régimen del Distrito Capital, y de los municipios que conforman la ciudad de Caracas. En este sentido, se indicó que no hizo falta que se dictara previamente la mencionada ley del Distrito Capital para la creación del Distrito Metropolitano de Caracas, porque la Asamblea Nacional Constituyente, con su poder de creación y aceptando su propio mandato establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, procedió de una vez a cumplir en extenso el artículo 18 de la Carta Magna, señalando cuáles son los límites territoriales del Distrito Capital (Municipio Libertador del antiguo Distrito Federal), y dándole de una vez a dicho Distrito el régimen de Distrito Metropolitano (artículo 171 de la vigente Constitución). Así, dentro de su poder creativo y sin salirse de los límites de la mencionada Disposición Transitoria Primera, conjugó al gobierno municipal de dos niveles, previsto en el artículo 18 para la unidad territorial de la ciudad de Caracas, en un Distrito Metropolitano, el cual es una entidad estrictamente municipal.

En la referida decisión de esta Sala, se acotó que el Distrito Metropolitano de Caracas es un ente de nivel municipal que no puede confundirse con un territorio federal autónomo, por lo que la creación de ese distrito metropolitano obró conforme al artículo 18 de la Constitución, sin desconocer la organización político territorial.

Así, no se eliminó la existencia del Distrito Capital, ni se creó el Distrito Metropolitano de Caracas en sustitución de aquél, subsistiendo la competencia del artículo 156 constitucional para que la Asamblea Nacional legislara sobre el Distrito Capital, como en efecto se hizo.

En este orden de ideas, el Distrito Metropolitano de Caracas, como unidad político-territorial de la ciudad de Caracas, goza de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y las leyes, y le es aplicable, atendiendo a sus especiales características, las normas sobre los Distritos Metropolitanos, más las que le son propias a este ente especial, por tener su asiento en la ciudad de Caracas, siendo una específica manifestación del Poder Público Municipal. Para prestar los servicios de su competencia, el Distrito Metropolitano de Caracas recibió las dependencias, instalaciones y bienes que correspondían al Distrito Federal, más la creación de otras dependencias atendiendo a su ya comentada naturaleza de ente municipal.

Ahora bien, en desarrollo de las normas constitucionales mencionadas, particularmente la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, la Asamblea Nacional dictó la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.156 del 13 de abril de 2009), cuyo objeto es: “*la creación y organización del régimen del Distrito Capital, el cual comprende su organización, gobierno, administración, competencias y recursos de [esa] entidad político territorial*” (artículo 1).

En la Disposición Transitoria Primera de dicha ley se dispuso que le correspondía a la Asamblea Nacional regular la transferencia de los recursos y bienes que le correspondían al Distrito Federal y que administraba transitoriamente y de manera especial y provisional el Distrito Metropolitano de Caracas.

En este sentido, se dictó la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.710 del 4 de mayo de 2009), en cuyo artículo 2 se dispone que: “*Se declara la transferencia orgánica y administrativa y quedan adscritos al Distrito Capital las dependencias, entes, servicios autónomos, demás formas de administración funcional y los recursos y bienes del Distrito Metropolitano de Caracas que por su naturaleza permitan el ejercicio de las competencias del extinto Distrito Federal, entre otras: los servicios e instalaciones de prevención; lucha contra incendios y calamidades públicas; los servicios e instalaciones educacionales, culturales y deportivas; la ejecución de obras públicas de interés distrital; la lotería distrital; los parques, zoológicos y otras instalaciones recreativas; el servicio de transporte colectivo; el servicio de aseo urbano y disposición final de desechos sólidos; la protección a los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad y los adultos y adultas mayores; la prefectura y las jefaturas civiles parroquiales; y las demás que resultaren del inventario de recursos y bienes efectuado por la Comisión de Transferencia establecida en esta Ley*”.

De la disposición transcrita se observa, en primer lugar, que la enunciación de las formas de organización funcional que serán o han sido transferidas del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, es de forma enunciativa, por lo que no se limita únicamente a las allí establecidas sino a las otras que sean necesarias para el cumplimiento de esa ley, en concordancia con la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital. En segundo lugar, que a la Comisión de Transferencia le corresponderá, entre otras funciones, determinar los mecanismos normativos y procedimentales de transferencia de los recursos, bienes, entes, dependencias servicios adscritos y demás formas de administración funcional que debe asumir el Distrito Capital (artículo 7.1 de la mencionada ley especial de transferencia).

Aunado a lo anterior, hay que señalar que el artículo 5 de dicha ley especial de transferencia prevé que: *“El personal adscrito al servicio de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, de sus entes, dependencias, servicios adscritos y demás formas de administración funcional a ser transferidos, continuarán en el desempeño de sus cargos hasta tanto se materialice su transferencia, de conformidad con las normas contenidas en la Constitución de la República y en las leyes”*.

De lo anterior se puede colegir que dada la creación del Distrito Capital conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, y vista la situación histórica-constitucional mediante la cual el Distrito Metropolitano de Caracas administró los recursos y bienes que le correspondían al Distrito Federal, se reguló vía legal, pero bajo fundamento constitucional, la transferencia de los bienes, recursos y dependencias del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, quedando a cargo de la Comisión de Transferencia, creada por la mencionada ley especial de transferencia, la determinación de las dependencias que serían transferidas, así como el momento en que ello ocurriría, permaneciendo las dependencias y sus funcionarios, trabajadores o empleados en general en el Distrito Metropolitano de Caracas, hasta que tal transferencia al Distrito Capital ocurra efectivamente.

Debe agregarse a lo anterior, que la Ley Especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.276 del 1 de octubre de 2009), dictada en desarrollo de los artículos 18, 169, 170 y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, establece en su artículo 3 que el Área Metropolitana de Caracas se organiza en un sistema municipal a dos niveles: 1. El nivel metropolitano, formado por un órgano ejecutivo y un órgano legislativo, cuya jurisdicción comprende la totalidad territorial metropolitana; y 2. El nivel municipal, formado por un órgano ejecutivo y un órgano legislativo en cada municipio integrante del Área Metropolitana de Caracas, con jurisdicción municipal.

Dicha ley prevé en su Disposición Transitoria Tercera que: *“El personal al servicio del Distrito Metropolitano de Caracas, a la entrada en vigencia de esta Ley, seguirá gozando de los derechos laborales previstos en las leyes que rigen la materia y, por tanto, se les garantizará su estabilidad laboral. A los fines de garantizar lo pautado en la presente disposición, las autoridades del Área Metropolitana deberán realizar la reorganización del personal en las dependencias, según la nueva estructura orgánica y funcional, sin menoscabo de sus derechos laborales”*.

La transcrita disposición es clara al indicar que el personal del Distrito Metropolitano, esto es, funcionarios, empleados, contratados y obreros, seguirán prestando sus servicios para ese ente municipal metropolitano, debiendo éste garantizar su estabilidad, para lo cual las autoridades del Área Metropolitana de Caracas deberán realizar la reorganización del personal en las dependencias, según la estructura orgánica y funcional, sin menoscabo de los derechos laborales.

Concatenando esto último con lo antes señalado, esta Sala puede concluir que conforme a la interpretación de las normas constitucionales antes realizada, en concordancia con las leyes de desarrollo citadas, el personal adscrito a la distintas dependencias administrativas del Distrito Metropolitano de Caracas permanecerán funcional o laboralmente en dicho ente público municipal, debiendo sus autoridades garantizar su estabilidad, para lo cual ajustarán su estructura orgánica y funcional, al caso.

Así, siendo que la Comisión de Transferencia (prevista en Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital) no transfirió la Secretaría de Infraestructura del Distrito Me-

tropolitano de Caracas al Distrito Capital, esa dependencia administrativa aún queda adscrita al primero de los mencionados, motivo por el cual, ese ente metropolitano municipal debe garantizar la estabilidad de todo el personal que labora en la referida dependencia. Así se declara.

Decidido lo anterior, no puede escapar del conocimiento de esta Sala Constitucional la denuncia de orden social que manifiestan los empleados de la Secretaría de Infraestructura del Distrito Metropolitano de Caracas, a quienes desde el mes de enero del presente año se les ha negado la prestación efectiva de servicio y el sueldo o salario que les corresponde, lo que les afecta no solo en lo personal, sino a su grupo familiar.

Así, los accionantes, identificados en la parte inicial del presente fallo, indican que pertenecen a la Secretaría de Infraestructura de la Alcaldía Metropolitana, y que a pesar de ello, y de formar parte de la nómina de esa dirección, no reciben el sueldo que les corresponde ni ningún tipo de beneficio laboral, a pesar de que –además– son obligados a firmar la lista de asistencia y a cumplir un horario de trabajo sin realizar ningún tipo de funciones o de asignaciones.

Ahora bien aprecia esta Sala que el punto a dilucidar en la presente interpretación constitucional y, en concordancia con lo alegado por los accionantes, consiste en determinar si a empleados como ellos, que pertenecen a la nómina del Distrito Metropolitano de Caracas, y cuya dirección no ha sido eliminada ni traspasada al Distrito Capital, tienen derecho a seguir percibiendo sus sueldos o salarios y demás beneficios laborales.

Así, aprecia la Sala Constitucional que las normas cuya interpretación se solicitan regulan en cierta forma la relación funcionarial o laboral de los empleados del Distrito Metropolitano de Caracas y del Distrito Capital, en el proceso histórico constitucional antes analizado; regulando, las mencionadas leyes de desarrollo constitucional, la continuidad y permanencia de una relación de empleo entre el personal y el Distrito Metropolitano de Caracas, cuyos empleados, como los de autos, deben permanecer prestando servicios en dicho ente metropolitano municipal, quien les debe garantizar la estabilidad y no excluirlos de nómina o suspenderles sus sueldos o salarios, sin base constitucional o legal alguna.

Debe agregar la Sala que un caso como el presente, requiere de una pronta y rápida respuesta por los órganos de administración de justicia (en este caso la Sala Constitucional, que ha sido la llamada a resolver la situación), ya que en un estado de derecho no pueden permitirse situaciones en las cuales los justiciables quedan en un estado de indefensión por el transcurso del tiempo, más aun cuando han realizado innumerables llamados a la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, al punto de que han tenido que realizar acciones con cierta contundencia social como lo son manifestaciones en las puertas de las dependencias administrativas de ese ente metropolitano.

Ahora bien, ya esta Sala con anterioridad ha evidenciado el carácter urgente de casos como el de autos en el cual está en juego el sueldo o salario de una cantidad considerable de personas, precisamente en relación con la Alcaldía Metropolitana y el Distrito Capital.

Al respecto, puede apreciarse la sentencia de esta Sala N° 1393 del 2 de noviembre de 2009, en la cual se estableció lo siguiente:

“Por ello, esta Sala advierte de manera preliminar que en el presente caso la presunta omisión imputada a la Alcaldía Metropolitana de Caracas, no sólo generaría un posible agravio a los accionantes, sino como se señaló anteriormente a los habitantes de la ciudad de Caracas e incluso al funcionamiento de la propia Alcaldía antes mencionada, en la medida que la omisión en el cumplimiento de un acto administrativo emanado de la Administración del

Trabajo en los términos de la presente causa, abarca en principio pasivos laborales que afectarían eventualmente la ejecución presupuestaria de esta entidad, es por lo que esta Sala considera que en el presente caso existe una situación de amenaza que amerita la utilización por parte de esta Sala Constitucional de sus amplios poderes cautelares, en los siguientes términos:

(i) La Sala ordena al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, a la Procuraduría General de la República, a la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas y a los representantes judiciales de los trabajadores accionantes en el presente amparo, constituir una comisión o mesa de trabajo en la cual se planteen el problema denunciado mediante la pretensión de amparo interpuesta y elaboren un informe en el que traten los siguientes aspectos: a.- Determinación del número y disponibilidad de cargos en la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas; b.- Monto al cual asciende el posible pasivo laboral generado desde la desincorporación de los trabajadores de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas calificado por la Administración del Trabajo como un despido masivo; c.- Listado de cuentas nómina aún activas en entidades bancarias, a nombre de los trabajadores objeto del presunto despido masivo y d.- Disponibilidad presupuestaria de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

(ii) Realizada la última de las notificaciones a los órganos o entes a los que se refiere el punto anterior, comenzará a correr un lapso de diez (10) días continuos para que la comisión se reúna y elabore el respectivo informe, el cual será aprobado por sus integrantes y consignado en el expediente dentro de los mencionados diez (10) días.

(iii) Se ordena a los entes u órganos mencionados en el punto (i), que comparezcan a la audiencia oral, a los fines de que expongan de acuerdo a sus respectivos ámbitos de competencia, los aspectos señalados en el punto (i)".

Ahora bien, en el caso de autos, aprecia la Sala que existe una situación particular como es que los accionantes pertenecen a una dependencia administrativa en particular como lo es la Secretaría de Infraestructura de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

En este sentido un elemento que si bien no es controvertido pero que sí resulta de gran importancia es el hecho de que a -pesar de todos los cambios que en materia competencial se han producido entre el Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito Capital- el primero no se encuentra carente en un todo de competencias en materia de infraestructura, es decir el Distrito Metropolitano de Caracas todavía posee competencias y responsabilidades en esta materia que impliquen la necesidad de que empleados como los accionantes presten sus servicios y se mantengan en sus puestos de trabajo.

Al respecto, lo que no puede permitir esta Sala, es que bajo el argumento de que el ordenamiento jurídico ha realizado cambios en las competencias del Distrito Metropolitano de Caracas, éste pueda sin mayor explicación prescindir de su personal, ya que pudieran vulnerarse sus derechos funcionariales o laborales, según el caso.

En este contexto, permitir lo contrario, sería tanto como convalidar un fraude a la ley, ya que los distintos argumentos a utilizarse pudieran implicar el desconocimiento de una serie de derechos y de la legislación que protege a los funcionarios, contratados, obreros y empleados en general.

A este respecto, en el caso de autos no resulta controvertida la relación de empleo que poseen los accionantes con el Distrito Metropolitano de Caracas, lo cual hace a su vez, a los accionantes titulares de una serie de derechos y de garantías que otorga el ordenamiento jurídico para proteger -entre otros- el derecho al trabajo (en sentido amplio).

En este orden de ideas, la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social, considera como elementos definitorios de la relación de trabajo, los siguientes:

“(…) en el único aparte del citado artículo 65, se debe establecer la consecuencia que deriva de la norma jurídica que consagra tal presunción, a saber, la existencia de una relación de trabajo, la cual por mandato legal expreso, se tiene por plenamente probada, salvo prueba plena en contrario, es decir, que el juez debe tener por probado fuera de otra consideración la existencia de una relación de trabajo, con todas sus características, tales como el desempeño de la labor por cuenta ajena, la subordinación y el salario. Se trata de una presunción iuris tantum, por consiguiente, admite prueba en contrario, y el pretendido patrono puede, en el caso, alegar y demostrar la existencia de un hecho o conjunto de hechos que permitan desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, por no cumplirse alguna de las condiciones de existencia, tales como la labor por cuenta ajena, la subordinación o el salario y como consecuencia lógica, impedir su aplicabilidad al caso en concreto.” (Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 16 de marzo de 2000.)

Así, resulta un contrasentido el mantener a los accionantes sin ningún tipo de beneficios laborales, a pesar de que forman parte de la nómina del Distrito Metropolitano de Caracas, y que han venido cumpliendo sus funciones bajo todos los elementos de la relación de empleo, como lo son la prestación de servicio bajo un régimen de subordinación y con la percepción de un sueldo.

Por ello, probada la relación de empleo, mal pudiera dejar de pagársele a los accionantes sus sueldos o salarios y el resto de los beneficios laborales, sin que ello dejara de implicar la violación de los derechos antes mencionados.

En relación con el derecho al trabajo, la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° AMD683 del 17 de junio de 2004, dejó establecido lo siguiente:

Ahora bien, el Derecho del Trabajo “es el conjunto de preceptos de orden público, regulador de las relaciones jurídicas que tienen por causa el trabajo por cuenta ajena y bajo la dependencia ajenas, con el objeto de garantizar a quien lo ejecuta su pleno desarrollo como persona humana, y a la comunidad, la efectiva integración del individuo en el cuerpo social y la regularización de los conflictos entre los sujetos de esas relaciones” (Rafael Alfonso Guzmán, *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo, Decimosegunda Edición, Editorial Melvin, p. 11*). (Subrayado de la Sala).

Es de allí, que el Derecho del Trabajo como instrumento contralor del proceso económico-social “capital-trabajo”, tenga como fin inmediato el tutelar la ejecución de la actividad profesional en condiciones que garanticen la vida, salud y desarrollo moral, intelectual y material de la persona del trabajador.

Bajo tal connotación filosófica, el Derecho del Trabajo es calificado como un Derecho de orden “Social”, ello, sobre la base, de que dados los desequilibrios connaturales de la economía de mercado, debe concebirse la existencia de mecanismos (fundamentalmente legislativos) que procuren “nivelar o “igualar” el “poder social” de la clase obrera ante los grupos o individuos que regentan por el comportamiento de la relación, dicho poder.

Es así como la adecuación del Derecho del Trabajo en el ámbito del “Derecho Social”, deviene de la idea del pensamiento social de la “igualación” en contraposición al pensamiento liberal de la “igualdad”. Por tanto, el Derecho del Trabajo reproduce en su seno la idea de la cuestión social, fundamentalmente, al resquebrajarse la vocación formal de la igualdad y demostrarse en la dinámica productiva, que los trabajadores como débiles económicos del proceso ocupan una situación social deprimida.

Por ende, el Derecho del Trabajo procura como visión ontológica, la realización de la “justicia social”. De modo que, la justicia sólo dará concreción a lo social, si se establece un tratamiento desigual, al menos compensatorio, entre los hombres y las situaciones relacionales disímiles que los circundan.

De tal manera, el Derecho del Trabajo es un Derecho de “igualación” o “nivelación” en sus ámbitos de aplicación subjetivos, a saber, individual y colectivo. En el campo del Derecho Colectivo del Trabajo, la ecuación referida supra “capital-trabajo” genera por antonomasia, una yuxtaposición de intereses que reconoce al conflicto como un presupuesto propio del sistema de relaciones laborales.

Por ello, estando probada la relación de empleo, no puede el Distrito Metropolitano de Caracas dejar de cumplir sus obligaciones sin violar los derechos funcionariales o laborales de su personal.

Quiere esta Sala dejar sentado que lo antes expuesto no implica que el Distrito Metropolitano de Caracas no pueda realizar cambios en las relaciones que tenga con sus empleados o funcionarios; pero lo que manda un estado de derecho es que esos cambios se hagan apegados al ordenamiento jurídico, y no que sencillamente se desconozcan relaciones funcionariales o laborales sin base constitucional o legal alguna.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El 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, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La petición de interpretación a que se contrae la solicitud de autos sólo tiene por objeto normas legales; las constitucionales apenas fueron mencionadas; por tanto, la Sala ha debido establecer que lo que se pretende es una interpretación de normas de rango infraconstitucional y declarar su incompetencia para su conocimiento, para que luego hiciera la correspondiente declinatoria de competencia en la Sala Político-Administrativa, de conformidad con lo que dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Una conclusión similar puede leerse en el voto salvado a la sentencia de esta Sala N° 1563 de 13-12-2000 que se citó como fundamento del veredicto del que hoy se discrepa).

La circunstancia que se apuntó, en todo caso, determinaba la inadmisión de la pretensión por la existencia de otros medios judiciales a través de los cuales deba ventilarse la controversia (la interpretación de leyes). Al respecto, no puede pasarse por alto la mención con la que puede presumirse que la mayoría quiso evadir este insalvable escollo: que la transferencia de bienes, recursos y dependencias del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital “*se reguló vía legal, pero bajo fundamento constitucional*”, como si todas las leyes no tuviesen que regular la materia que sea su objeto *bajo fundamento constitucional*, o no fuesen todas leyes de desarrollo constitucional.

2. Por otra parte, se declaró la legitimación de los solicitantes porque son “*unos funcionarios de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas*” que denunciaron que “*se desconoce la relación jurídica que sostienen y los consecuentes derechos de orden económico, social y laboral que la misma conlleva*”. Es evidente para el disidente, aunque no para la Sala, porque nada dijo al respecto, que la Organización No Gubernamental Quinto Mandamiento de Derechos Humanos no se halla, ni podría hallarse, en la situación legitimadora que la decisión anterior describió y así ha debido ser declarado.

Más grave aún, es que no hay prueba alguna en autos de que las personas naturales solicitantes sean o hayan sido funcionarios de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas. En efectos, los únicos anexos que fueron incorporados al expediente constan en una página del diario Últimas Noticias del 28-04-10, récipes e informes médicos varios (unos en original y otros en copias), *todos de personas que no figuran entre los firmantes de la solicitud* y copias fotostáticas de cédulas de identidad, nada de lo cual, como es evidente, establece

algún vínculo entre los solicitantes y aquél ente, de modo que, aún después de que se erró en la asunción de la competencia, ha debido ser declarada la inadmisión de la solicitud por falta de legitimación.

No obstante lo anterior, es pertinente que se ponga de relieve que la solicitud que encabeza estas actuaciones (11-03-10) se basó en el artículo 266.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que confiere competencia al Tribunal Supremo de Justicia para la interpretación de textos legales, y pidió la interpretación de las leyes Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, Especial sobre la organización y régimen del Distrito Capital y Especial del régimen municipal a dos niveles del Área Metropolitana de Caracas. Fue en un escrito posterior (26-04-10) que los abogados asistentes, sin la comparecencia de ninguno de sus asistidos, copiaron las normas constitucionales a que se refiere la decisión y afirmaron que “*por vía de consecuencia estas normas constitucionales deben ser interpretadas en concordancia con...* “las leyes que fueron objeto del escrito inicial, porque, en su criterio, “*las mismas normas constitucionales no logran expresar con claridad la oscuridad, especialmente no logra definir cuál era la Ley a crear*”, lo cual habría generado “*una confusión que las autoridades locales tanto del Distrito Capital como la del Área Metropolitana de Caracas, aun no terminan definiendo y asumiendo sus verdaderos roles*” (sic).

El escrito al que se acaba de hacer referencia no ha debido ser tomado en cuenta por la Sala porque fue presentado por personas sin legitimación *ad causam* en lo personal y sin representación de algún verdadero legitimado.

En cuanto al dispositivo que no se comparte, su propio contenido es revelador de la naturaleza distinta de la de una sentencia mero declarativa acerca de la inteligencia, contenido y alcance de normas constitucionales que tiene el fallo anterior, ya que se contrajo a declarar que “*resuelve la interpretación*” en el sentido de que “*los funcionarios recurrentes (sic) siguen siendo trabajadores de la Alcaldía Metropolitana de Caracas y por ende acreedores de todos los beneficios laborales inherentes*”, lo cual, como es obvio, es un hecho que no se desprende en forma alguna de los artículos 169 (legislación municipal; su organización, gobierno y administración), 171 (legislación en materia de distritos metropolitanos) o la Disposición Transitoria Primera (deber de la Asamblea Nacional de aprobar la ley especial sobre el régimen del Distrito Capital) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disposiciones respecto de las cuales no se pronunció la existencia de alguna oscuridad u ambigüedad, que fue el fundamento de la petición.

Llama la atención la incongruencia entre la decisión que acaba de reseñarse y la siguiente afirmación del veredicto de la ciudadana Presidenta de esta Sala Constitucional cuando declaró sin lugar la recusación del ponente: “*el fin último de la acción de interpretación es una declaración de certeza sobre el contenido y alcance de normas y principios constitucionales que le presenten dudas a los ciudadanos y que tiene como finalidad, obtener una decisión mero declarativa que dé certeza a normas constitucionales, la cual no beneficiará a un particular o a una relación jurídica determinada, sino al colectivo...*”.

3. En todo caso, el acto decisorio del que se aparta el disidente dio por probado un hecho fundamental, sin que haya ofrecido un razonamiento demostrativo del mismo, cuando declaró que “*la Comisión de Transferencia (prevista en Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital) no transfirió la Secretaría de Infraestructura del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital*”, por lo que “*esa dependencia administrativa aún queda adscrita al primero de los mencionado,*” sin sustento en prueba alguna que conste en autos o

en algún documento que quede abarcado por el *iura novit curia* o, al menos, que sea un hecho notorio, a pesar de que éste es, precisamente, el hecho controvertido entre las partes en el conflicto que subyace en la pretensión de interpretación que ha debido ser resuelta por la Sala Político-Administrativa; por el contrario, se afirmó erradamente que “*no resulta controvertida la relación de empleo que poseen los accionantes con el Distrito Metropolitano de Caracas*”, aunque en la narrativa se recogió, entre los alegatos de los solicitantes, que las autoridades metropolitanas alegaron persistentemente que no pertenecen a ese ente sino al Distrito Capital porque la secretaría en la que laboran habría sido transferida a este último igual que sus recursos, pero aquéllos sostienen que no existe tal transferencia porque ella no consta en ninguna Gaceta. Por tanto, hay controversia, esa es la controversia, cuya resolución no corresponde a una interpretación, por cierto, ni constitucional ni legal, porque no es asunto de mero derecho sino estrictamente fáctico: ¿fueron transferidos o no la Secretaría de Infraestructura y los recursos que le corresponden del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital?

4. Por último, el fallo del que se difiere corre el riesgo de ser ineficaz porque el problema tras el asunto de autos tendría su origen en indisponibilidad de recursos por parte del ente que fue declarado como empleador, en cuyo presupuesto no habría sido incluida la nómina de los supuestos pretendientes; de modo que este acto decisorio, por sí solo, no bastará para la solución de la controversia de fondo.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Fecha *retro*.

Comentario Jurisprudencial

LA SALA CONSTITUCIONAL vs. LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se destina a analizar la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 797 de 22 de julio de 2010 (Caso: Quinto Mandamiento de derechos Humanos), mediante la cual, usurpando las competencias de interpretación de las leyes de la Sala Político Administrativa, con la excusa de que para ello necesitaba interpretar unas normas constitucionales, lo cual no era cierto, terminó interpretando leyes sin interpretar la Constitución para resolver situaciones de hecho concretas.*

En el ordenamiento jurídico venezolano a los jueces corresponde, por esencia, la tarea de interpretar las leyes para su aplicación en los casos concretos que deban decidir, incluyendo, la interpretación de las mismas conforme a la Constitución. Por ello, todos los jueces, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución, en el ámbito de sus competencias, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, de manera que en caso de incompatibilidad entre ella y una ley u otra norma jurídica, deben, aun de oficio, aplicar con preferencia las disposiciones constitucionales y decidir lo conducente, es decir la inaplicabilidad de las normas legales.

Es más, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de 21 de noviembre de 1990 (Caso PDVSA), con razón señaló que la interpretación de las normas legales ni siquiera es “es del monopolio del Poder Judicial,” pues la misma corresponde, incluso, a “cualquier administración o cualquier particular a quien corresponda adoptar una decisión concreta,” a cuyo efecto “deberá también, normalmente, interpretar previamente la ley, tarea que tendrá que desarrollar -al igual que el juez, en su caso y posteriormente, en vía judicial de revisión de la actuación administrativa previa- con estricta sujeción a las normas de nuestro ordenamiento positivo, y, particularmente, a las reglas que proporciona el artículo 4 del Código Civil.”¹

Pero en el ámbito judicial, debe destacarse, además, que en el ordenamiento venezolano se ha establecido un mecanismo de interpretación abstracta de las leyes, mediante la atribución al Tribunal Supremo de Justicia de la competencia para conocer de recursos autónomos de interpretación, particularmente a partir de la sanción de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976. En efecto, antes de esa fecha puede decirse que no era usual la

¹ Consultada en original.

existencia de una competencia de interpretación abstracta de las leyes,² salvo en relación con leyes específicas, como fue el caso de la Ley de Carrera Administrativa de 1970 en la cual se consagró un recurso de interpretación ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, en relación a las dudas que pudieran surgir en cuanto a la aplicación e interpretación de la misma y de sus Reglamentos, aclarándose, sin embargo, que el ejercicio de dicho recurso no podía ser motivo para la paralización de ninguna medida que las autoridades competentes puedan ordenar³. Mediante esta norma legal se puede decir que por primera vez en Venezuela se consagró expresamente la competencia de interpretación abstracta de leyes atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, aún cuando en este caso, limitada al contencioso-funcionario.

Posteriormente, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 estableció en forma general la competencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema Tribunal para “conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales”, pero “en los casos previstos en la Ley” (Art. 42,24).⁴ 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.”⁵

Ello implicó, incluso que con base en esta atribución, la antigua Corte Suprema de Justicia se reservara la competencia para conocer, incluso, del recurso de interpretación previsto en la derogada Ley de Carrera Administrativa. Posteriormente, otras leyes regularon el recurso de interpretación, como sucedió por ejemplo, con la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 148); la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976; y la Ley de Licitaciones.⁶

Siguiendo esta tradición legislativa, la Constitución de 1999 estableció como competencia del Tribunal Supremo de Justicia, el “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales”, pero “en los términos contemplados en la ley” (artículo 266,6), atribución que debía ser ejercida “por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (único aparte, artículo 266). Por ello, el artículo 5, párrafo 1º, de la Ley Orgánica de 2004, atribuye a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para:

² Allan R. Brewer-Carías y Enrique Pérez Olivares. “El Recurso Contencioso-Administrativo de Interpretación en el Sistema Jurídico Venezolano”, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Central de Venezuela, N° 32, Caracas, 1965, pp. 103-126.

³ Artículo 64 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970.

⁴ 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.

⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pp. 146-147.

⁶ 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. *G.O.* N° 34.528 de 10-08-90.

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.

Más recientemente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010,⁷ en su artículo 31.5, siguiendo la orientación de la LOTSJ 2004, también atribuyó a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para conocer del recurso de interpretación de las leyes, así:

5. 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.

Y adicionalmente, en específico a la Sala Político Administrativa la misma Ley Orgánica de 2010 le atribuyó en su artículo 26.21, competencia para conocer de “Los recursos de interpretación de leyes de contenido administrativo.”

Esta competencia para interpretar en abstracto la leyes atribuidas a las Salas del Tribunal Supremo, en todo caso, no sustituye la competencia de los jueces ordinarios, de manera que estos ni siquiera podrían renunciarla “ni delegar la señalada aplicación de la norma -previa su interpretación por el mismo- ni menos aún la decisión del caso concreto, en el órgano judicial al que se le hubiere dado competencia para interpretar, con carácter vinculante, sólo la norma -se insiste- sin extender su tarea al caso concreto, lo cual le está vedado.”⁸

II

Por otra parte, en material de interpretación de la Constitución, también es función de los jueces interpretarla para aplicarla en los casos concretos que deban decidir, incluso para ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Como es sabido, no existía en el ordenamiento jurídico venezolano un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, como el que existía respecto de las leyes. Sin embargo, y aún en ausencia de competencia constitucional en la materia, la Sala Constitucional en 2000 consideró que “no requieren los ciudadano de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para interponerlo,”⁹ procediendo entonces a crear un recurso autónomo de interpretación de las normas constitucionales, no previsto constitucional ni legalmente, basándose para ello en el artículo 26 de la Constitución que consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual dedujo que si bien dicha acción no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, tampoco estaba prohibida, agregando que, por lo tanto:

No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la jurisdicción¹⁰.

⁷ Véase en *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.991 de 29 de julio de 2010.

⁸ Consultada en original.

⁹ Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 09-11-00 (N° 1347), 21-11-00 (N° 1387), y 05-04-01 (N° 457), entre otras.

¹⁰ Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00 (Caso: *Servio Tulio León Briceño*), en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

Siguiendo la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 ha regulado por primera vez a nivel legislativo, la competencia expresa de la Sala Constitucional para “conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.” Esta competencia, que da origen al proceso constitucional de interpretación constitucional,¹¹ tal como se ha regulado, es mucho más amplia que la que se había venido desarrollando jurisprudencialmente, pues incluye demandas de interpretación de “normas y principios” no sólo de la Constitución, sino de las fuentes que “integren el sistema constitucional,” sin que se defina el ámbito del mismo.

Mediante este recurso, en todo caso, la Sala Constitucional tiene competencia para interpretar en abstracto la Constitución, pero no tiene competencia para interpretar en abstracto normas legales, sino como consecuencia de la interpretación que haga de normas constitucionales. Por ello, la Sala Constitucional en sentencia N° 602 de 9 de abril de 2007 (Caso: *Solididad de interpretación del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones*) al declarar inadmisibles dichos recursos de interpretación de un artículo de una ley, precisó el ámbito de su competencia reducida a interpretar el Texto Fundamental y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, lo que “es distinta a la de interpretación de ‘textos legales’” que corresponde a todas las Salas del Tribunal Supremo. Por ello, dijo la Sala, que la misma había declinado aceptar su competencia “cuando se trata de pretensiones interpretativa de textos legales,” aclarando que “no puede, entonces, sostenerse que la relación de una norma legal con las normas constitucionales sea fundamento suficiente para que esta Sala fije su sentido y alcance, pues sería tanto como desplazar a ella la casi totalidad de las acciones autónomas de interpretación.”¹²

El principio general en esta materia, es que los Tribunales Constitucionales como la Sala Constitucional, son intérpretes de la Constitución y no de las leyes, excepto cuando lo hacen en conexión con la Constitución. Esto es, la interpretación de leyes por los Tribunales Constitucionales sólo puede realizarse mediante la interpretación de la Constitución, sea declarando la inconstitucionalidad de la ley, declarando sin lugar la acción de inconstitucionalidad, estableciendo una interpretación conforme con la Constitución, o en el caso venezolano, mediante un recurso abstracto de interpretación constitucional. La función de los Tribunales Constitucionales no es entonces interpretar las leyes aisladamente, sin interpretar la Constitución, siendo esta tarea la que normalmente corresponde a los jueces. En este sentido, por ejemplo, Iván Escobar Fornos ha señalado que “el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad...La tarea de interpretar la ley corresponde a la justicia ordinaria...El juez constitucional no tiene competencia para interpretar, corregir y aplicar la ley directamente, sin contrastarla con la Constitución.”¹³ En esos casos, el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución y la ley, pero la interpretación aislada de la ley sin interpretar la Constitución, no es más que una reforma legislativa de un texto legal realizada por el Tribunal Constitucional. Como lo ha explicado Francisco Díaz Revorio:

¹¹ Véase sobre el recurso Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Venezuela”, en *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris 2007, pp. 61-70

¹² Consultada en original.

¹³ See Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, pp. 104; y *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 497.

“para que una sentencia interpretativa se mantenga dentro de las funciones del Tribunal Constitucional es preciso que la interpretación o el contenido normativo que el Tribunal establece como conforme a la Constitución, sea realmente consecuencia de las exigencias constitucionales, y no una ‘nueva’ norma carente de fundamento constitucional.”¹⁴

Ahora bien, en la misma sentencia N° 609 de 9 de abril de 2007, la Sala Constitucional aclaró que incluso en los casos de recursos de interpretación de textos legales, a los efectos de determinar la competencia de la Sala respectiva, lo relevante era “precisar la ‘materia’ que regula la norma en cuestión, es decir, el ámbito de relaciones sobre las que incide (civiles, mercantiles, laborales, administrativas, por citar parte de una clasificación tradicional de relaciones inter-subjetivas regidas por el derecho).” Por tanto, en el caso concreto decidido, tratándose de una norma que regulaba el arbitraje respecto de inversiones extranjeras, la Sala lo consideró como un asunto de derecho público declinando la competencia en la sala Político Administrativa del mismo Tribunal Supremo.¹⁵

III

Sin embargo, la Sala Constitucional no ha sido consecuente ni con los principios fundamentales en la materia ni con su propia doctrina jurisprudencial, y en evidente fraude a la Constitución, ha distorsionado su propia competencia y la competencia de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, asumiendo directamente la interpretación de textos legales sin interpretar normas constitucionales o supuestamente “interpretando” normas constitucionales que no requieren de interpretación alguna.

Un caso notorio fue precisamente en relación con la interpretación del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, en cuanto al consentimiento otorgado por el Estado para arbitrajes internacionales, particularmente en relación con la aplicación de la Convención del CIADI. Luego de que la Sala Constitucional había considerado que dicho artículo no era inconstitucional mediante sentencia N° 186 de 14 de febrero de 2001, y que además, en 2007 había declinado en la Sala Político Administrativa mediante la citada sentencia N° 609 de 9 de abril de 2007, la competencia para conocer de la interpretación de dicha norma y que esta última Sala declarara inadmisibles las solicitudes de interpretación por falta de legitimación (sentencia N° 927 de 5 de junio de 2007), la Sala Constitucional, al año siguiente, procedió a interpretar la norma a solicitud esta vez del Procurador General de la República con la excusa de interpretar el artículo 258 de la Constitución, que por su texto, no requería de interpretación constitucional alguna. En efecto, el artículo 258 de la Constitución dispone que “la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos,” configurándose como una norma orientadora de la acción legislativa, perfectamente clara con nada oscuro, ambiguo o inoperante, por lo que era obvio que el verdadero propósito del recurso de interpretación constitucional formulado por los representantes de la República de Venezuela, no era obtener una interpretación aclaratoria de dicho artículo constitucional, sino más bien, la utilización de este recurso de interpretación constitucional como un vehículo para obtener una interpretación de orden legal, del Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999, en el sentido de que el mismo no contenía una oferta pública y unilateral del Estado para someter a arbitraje internacional ante el CIADI controversias relativas a inversiones internacionales, respecto de lo cual nada decía, ni por asomo, el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protec-

¹⁴ See Francisco Javier Díaz Revorio, “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 296-297.

¹⁵ Consultada en original.

ción de Inversiones. En particular, el Procurador General de la República al formular su solicitud de interpretación constitucional del artículo 258 de la Constitución lo que en realidad solicitó fue una declaración de que el “Artículo 22 de la Ley de Promoción y protección de Inversiones no puede ser interpretado en el sentido de que constituya el consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje internacional” y que dicha norma del artículo 22 “no contiene una oferta unilateral para el arbitraje, es decir, que no sule la falta de declaración expresa otorgada por escrito por parte de autoridades venezolanas para someterse a arbitraje internacional, ni tampoco mediante un acuerdo o tratado bilateral que lo establezcan explícitamente.”¹⁶

La Sala Constitucional, dictó rápidamente decisión en la materia, la N° 1.541 de fecha 17 de octubre de 2008, para lo cual observó que la Constitución de 1999 efectivamente permitía a la República poder dar su consentimiento unilateral para someter disputas relativas a inversiones extranjeras a arbitraje internacional.¹⁷ Sin embargo, en relación con el artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, pasó la Sala Constitucional a interpretar la norma, tal como lo había sido solicitado el procurador, indicando que la misma no constituía tal expresión de consentimiento unilateral.¹⁸ La decisión contó con un Voto Salvado, del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien también había disentido de la decisión de la misma Sala al admitir el supuesto recurso de interpretación constitucional, en el cual enfatizó que la Sala Constitucional para dictar su decisión había actuado *ultra-vires* cuando se involucró en la interpretación de un texto legal (Artículo 22),¹⁹ argumentando que el Artículo 258 no planteaba ninguna duda razonable que requiriera interpretación, pues se trataba únicamente de un exhorto al legislador para que promoviera el arbitraje. El magistrado disidente consideró con razón que la solicitud de interpretación en cuestión lo que tenía por objeto era obtener de la Sala Constitucional un dictamen u opinión jurídica, configurándose ello como una especie de control *a priori* judicial sobre la actividad del Legislador, que no existe en Venezuela, buscando en definitiva el ejercicio de la función legislativa por la Sala Constitucional. Para ello, señaló el magistrado disidente que la decisión de la Sala no interpretó ni aclaró el Artículo 258 de la Constitución, que fue lo que motivó el recurso del procurador, pues era evidente que este precepto era claro y no generaba duda alguna. En esta forma, consideró el magistrado disidente que la Sala Constitucional se había excedido en el ejercicio de su competencia al involucrarse en la interpretación del Artículo 22 de la Ley de de promoción y Protección de Inversiones, lo que es de competencia exclusiva de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como la misma Sala lo había decidido previamente, contradiciendo su propia jurisprudencia. Por ello, el Magistrado disidente señaló que en definitiva la Sala Constitucional al interpretar el Artículo 22 de la mencionada Ley había ejercido una “función legislativa,” es decir, había actuado como legislador Positivo, al establecer, mediante un procedimiento de revisión judicial *a priori*, reglas que el Legislador debe seguir en el futuro con el fin de expresar el consentimiento del Estado al arbitraje internacional mediante una ley.²⁰

¹⁶ Véase las transcripciones del texto de la solicitud del Procurador en la sentencia Decisión N° 1.541 de 17 octubre de 2008 en *Gaceta Oficial* N° 39.055 de 10 de noviembre de 2008, p. 365.483.

¹⁷ Decisión N° 1.541 de 2008, pp. 365.486 y 365.492.

¹⁸ Id., pp. 365.495-365.497.

¹⁹ Voto Salvado, Decisión N° 1.541 de 2008, p. 365.498.

²⁰ Voto Salvado, Decisión N° 1.541 de 2008, p. 365.498.

En este caso se trató, en consecuencia, de la utilización indebida de un recurso de interpretación constitucional interpuesto a requerimiento del Procurador para interpretar una norma constitucional (artículo 258) que no requiere interpretación, con la excusa de interpretar una norma legal aisladamente. Se trató de una manipulación fraudulenta de lo que resultó la usurpación por parte de la sala Constitucional de la competencia de la Sala Político Administrativa para interpretar las leyes.

IV

Pero en un caso más reciente, la misma Sala Constitucional ha usurpado de nuevo las competencias de interpretación de la Sala Político Administrativa en materia de interpretación de leyes, pero esta vez ejerciendo la competencia que el artículo 266.6 de la Constitución atribuye a todas las Salas para interpretar las leyes, pero con la excusa de que para ello necesitaba interpretar unas normas constitucionales, lo cual no era cierto. La Sala Constitucional en definitiva, calificó un recurso de interpretación de leyes como un recurso de interpretación constitucional, para despojar a la Sala Político Administrativa de su competencia para decidir, interpretando leyes sin interpretar la Constitución para resolver situaciones de hecho concretas.

En efecto, un grupo de ciudadanos que se atribuyeron el carácter de funcionarios de la Alcaldía Metropolitana de Caracas, “asistidos” por una Organización No Gubernamental, “Quinto Mandamiento de Derechos Humanos,” formularon un recurso de interpretación conforme al artículo 266.6 de la Constitución referido a la interpretación de artículos de la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, la Ley Especial sobre la organización y régimen del Distrito Capital y la Ley Especial del régimen municipal a dos niveles del Área Metropolitana de Caracas,” alegando que a pesar de estar trabajando en la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, no habían recibido remuneración y estaban fuera del presupuesto, pues se consideraba que estaban asignados al gobierno del Distrito Capital. Alegaron que al ser excluidos de la nómina de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, se estaba violando derechos económicos, sociales, laborales contenidos en la Constitución y en pactos internacionales. Posteriormente, los abogados asistentes, en otro escrito copiaron los artículos 169, 171 y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, que se refieren a la organización municipal y a los distritos metropolitanos indicando que “*por vía de consecuencia estas normas constitucionales deben ser interpretadas en concordancia con...* “las leyes que fueron objeto del recurso. La Sala Constitucional en decisión N° 797 de 22 de julio de 2010 (Caso *Quinto Mandamiento de derechos Humanos*),²¹ invirtió los términos de la solicitud y supuestamente procedió a interpretar los referidos artículos 169, 171 y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, que se refieren a la organización municipal y a los distritos metropolitanos, “*en concordancia con* el artículo 5 de Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, de los numerales 4 y 5 del artículo 9 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, y de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas”.

Las disposiciones constitucionales cuya interpretación se solicitó por vía de consecuencia de la interpretación de unas normas legales, fueron el artículo 169, que se refiere a la *legislación que debe regir la organización de los municipios*; e artículo 171, sobre la *organi-*

²¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/797-22710-2010-10-0252.html>

zación de distritos metropolitanos; y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, sobre el régimen del Distrito Capital. Y las disposiciones legales que supuestamente “por vía de consecuencia” se solicitó se interpretasen fueron, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas, que estableció el régimen de los derechos laborales del personal al servicio del Distrito Metropolitano de Caracas, que debían ser garantizados autoridades del Área Metropolitana de Caracas; el artículo 5 de la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, sobre el régimen de transferencia de funcionarios a ser transferidos; y los numerales 4 y 5 del artículo 9 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, los cuales indican, sobre las competencias del Jefe de Gobierno de Distrito Capital en materia reelaboración del presupuesto. El objeto de la interpretación solicitada en definitiva era que se estableciera “a quién de los entes involucrados, correspondía asegurarles su estabilidad laboral, sus derechos laborales y correspondientes pagos.”

La Sala comenzó su decisión recordando su propia competencia para conocer el recurso de interpretación constitucional que ella misma había creado (sentencia N° 1.077 del 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León*), precisando además, la competencia que en materia de interpretación de leyes que “corresponde a cada una de las Salas del Tribunal Supremo según la materia afín al objeto del mismo y las competencias atribuidas a cada una de éstas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.” Luego observó que como la Sala tiene el monopolio competencial para el conocimiento de las acciones de interpretación sobre el alcance e inteligencia de normas constitucionales, como ocurre en el caso sometido a su conocimiento, en el cual se solicitó la interpretación de los artículos 169, 171 y de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aún cuando “por vía de consecuencia” se haya solicitado la interpretación de “normas legales de desarrollo de dichos preceptos constitucionales,” la competencia entonces es de la propia Sala Constitucional, y así lo declaró en el caso “conforme a lo establecido en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el criterio jurisprudencial expuesto (caso: *Servio Tulio León*), y a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con su primer aparte.” El artículo 5.52, sin embargo, no regula recurso de interpretación constitucional alguno sino más bien un recurso de interpretación de leyes atribuyendo el conocimiento a todas las Salas con competencia afín a la materia debatida.

En la sentencia, en todo caso, lo que hizo la Sala Constitucional fue sólo interpretar las normas legales mencionadas, a lo cual se dedicó toda la decisión, glosándolas e interpretándolas, sin siquiera mencionar las normas constitucionales mencionadas, concluyó simplemente diciendo que “conforme a la interpretación de las normas constitucionales antes realizada, en concordancia con las leyes de desarrollo citadas, el personal adscrito a la distintas dependencias administrativas del Distrito Metropolitano de Caracas permanecerán funcional o laboralmente en dicho ente público municipal, debiendo sus autoridades garantizar su estabilidad, para lo cual ajustarán su estructura orgánica y funcional, al caso.” Para ello, se insiste, la Sala no interpretó ni hizo análisis alguno de las normas constitucionales cuya “interpretación se solicitó,” sino que se limitó a resolver la cuestión de hecho que se le había planteado con motivo de aplicar unas normas legales. No hubo por tanto interpretación constitucional alguna que “por vía de consecuencia” pudiera conducir a lo decidido sobre las normas legales.

En definitiva, en esa forma, la Sala concluyó que en virtud de que la Comisión de Transferencia (prevista en Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital) no trans-

firió la Secretaría de Infraestructura del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, la dependencia administrativa en la cual laboraban los solicitantes “queda adscrita al primero de los mencionados, motivo por el cual, ese ente metropolitano municipal debe garantizar la estabilidad de todo el personal que labora en la referida dependencia. Así se declara.”

Luego pasó la Sala a considerar la “denuncia de orden social” que manifestaron los recurrentes, a quienes se les había “negado la prestación efectiva de servicio y el sueldo o salario que les corresponde,” de lo cual dedujo que “el punto a dilucidar en la presente interpretación constitucional y, en concordancia con lo alegado por los accionantes, consiste en determinar si a empleados como ellos, que pertenecen a la nómina del Distrito Metropolitano de Caracas, y cuya dirección no ha sido eliminada ni traspasada al Distrito Capital, tienen derecho a seguir percibiendo sus sueldos o salarios y demás beneficios laborales.” Apreció entonces la Sala que en las normas legales cuya interpretación se solicitó, en cierta forma se regula la relación funcional o laboral de los empleados del Distrito Metropolitano de Caracas y del Distrito Capital, y que dada la cuestión social envuelta debía decidir con la mayor celeridad y estando “probada la relación de empleo, no puede el Distrito Metropolitano de Caracas dejar de cumplir sus obligaciones sin violar los derechos funcionariales o laborales de su personal,” resolviendo “la interpretación solicitada y, en consecuencia, interpreta las referidas disposiciones en el sentido de que los funcionarios recurrentes siguen siendo trabajadores de la Alcaldía Metropolitana de Caracas y por ende acreedores de todos los beneficios laborales inherentes.”

El tema que resalta no es por supuesto la preocupación de la Sala Constitucional por resolver un problema de orden laboral de unos funcionarios públicos, por más loable que sea; sino que la vía escogida para ello no es la que está acorde con lo que significa una interpretación abstracta de la Constitución, en caso de oscuridad o incongruencias de normas constitucionales. En la sentencia, no se interpretó en forma alguna las normas constitucionales citadas, sino que, abusando de su potestad de interpretar la Constitución, lo que se resolvió fue una cuestión de hecho laboral concreta con base en la aplicación de unas normas legales, tarea judicial que no corresponde a la Sala Constitucional, sino a otros tribunales.

V

Esta usurpación de las funciones del juez ordinario por parte de la Sala Constitucional fue destacada por el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien en su Voto Salvado a la sentencia, constató que la petición de interpretación en efecto tenía por objeto sólo normas legales, de manera que “las constitucionales apenas fueron mencionadas,” por lo que la Sala lo que debió fue declarar su incompetencia pues lo que se pretendía era una interpretación de normas de rango infraconstitucional, y remitir el asunto al conocimiento de la Sala Político-Administrativa. El Magistrado disidente, con razón, le observó a la Sala que no podía “pasarse por alto la mención con la que puede presumirse que la mayoría quiso evadir este insalvable escollo: que la transferencia de bienes, recursos y dependencias del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital “*se reguló vía legal, pero bajo fundamento constitucional*”, como si todas las leyes no tuviesen que regular la materia que sea su objeto *bajo fundamento constitucional*, o no fuesen todas *leyes de desarrollo constitucional*.”

Más grave aún fue la observación que hizo el Magistrado disidente en el sentido de que el dispositivo de la sentencia nada tuvo que ver con interpretación constitucional alguna, lo que se revela del propio contenido de la sentencia reducido a declarar que “*resuelve la interpretación*” en el sentido de que “*los funcionarios recurrentes (sic) siguen siendo trabajadores de la Alcaldía Metropolitana de Caracas y por ende acreedores de todos los beneficios laborales inherentes*”, lo cual, “como es obvio, es un hecho que no se desprende en forma

alguna de los artículos 169 (legislación municipal; su organización, gobierno y administración), 171 (legislación en materia de distritos metropolitanos) o la Disposición Transitoria Primera (deber de la Asamblea Nacional de aprobar la ley especial sobre el régimen del Distrito Capital) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disposiciones respecto de las cuales no se pronunció la existencia de alguna oscuridad u ambigüedad, que fue el fundamento de la petición.”

La controversia sometida irregularmente al conocimiento de la Sala Constitucional, en este caso, en definitiva, como lo afirmó el Magistrado disidente, no tenía por objeto obtener una declaración de certeza sobre el contenido y alcance de normas y principios constitucionales que le presenten dudas, la cual supuestamente como se afirmó en la sentencia, “no beneficiará a un particular o a una relación jurídica determinada, sino al colectivo,” sino dando por probado hechos fundamentales no comprobados y más bien cuestionados en autos, resolver una “controversia, cuya resolución no corresponde a una interpretación, por cierto, ni constitucional ni legal, porque no es asunto de mero derecho sino estrictamente fáctico: ¿fueron transferidos o no la Secretaría de Infraestructura y los recursos que le corresponden del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital?”

En esta forma, una vez más, la Sala Constitucional ilegítimamente distorsiona su competencia para interpretar normas y principios constitucionales, procediendo ora y simplemente a interpretar normas de rango legal, violando elementales normas del debido proceso, resolviendo controversias de hechos cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios. Con ello, en definitiva lo que ha hecho el juez constitucional es actuar como “legislador positivo”.

DE LA CASA DE CRISTAL A LA BARRACA DE ACERO: EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA

Allan R. Brewer Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este comentario está destinado a analizar la sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 745 de 15 de julio de 2010 (Caso Asociación Civil Espacio Público), en la cual se negó sin fundamento alguno el acceso a la información administrativa sobre remuneraciones pagadas por la Administración a sus funcionarios públicos (nada menos que respecto del Contralor General de la república), considerando que se debía “proteger” el derecho a la privacidad o “intimidad económica” de los mismos.*

I. SOBRE LA TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se atribuye al Juez Louis Brandeis de la Suprema Corte de los Estados Unidos, refiriéndose al tema de la ausencia de transparencia en la Administración Pública y sus consecuencias en materia de corrupción, haber considerado al hablar de la publicidad con razón, que “la luz del sol es el mejor desinfectante,”¹ es decir, la transparencia

Y este es el principio que se puede apreciar en las sociedades democráticas contemporáneas, al configurarse el principio de la libertad de información y del derecho de acceso a la información como instrumentos para fortalecer la democracia y promover eficiencia y eficacia en la Administración, de manera que incluso frente a la duda, debe siempre prevalecer la apertura frente al secretismo. Ello implica que lo confidencial en el seno de la Administración debe quedar reducido a la mínima expresión, en materias sólo vinculadas, por ejemplo, con la seguridad de la nación.

Este concepto de la transparencia en el Gobierno responde a la idea política figurada en torno al principio de la denominada “casa de cristal” (*la maison de verre*), que después de muchos años de opacidad administrativa, comenzó a desarrollarse vinculada al simbolismo de lo visible, lo asequible y lo transparente, contrario a lo cerrado, misterioso, inasequible o inexplicable. Es decir, lo abierto y transparente, como sensación de tranquilidad y serenidad que resulta de lo dominado o racionalizado, y que es lo contrario a la angustia y la perturbación causadas por lo que es misterioso y desconocido.²

¹ Véase Louis Brandeis, “What publicity can do?”, “en Harper's Weekly December 20, 1913

² Véase Jaime Rodríguez-Arana, “La transparencia en la Administración Pública,” en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 42, Oñati 1995, p. 452.

Este concepto de transparencia ha sido uno de los elementos clave que en la evolución de la Administración Pública en el mundo democrático moderno, ayudaron a la transformación del Estado Burocrático tradicional en el Estado Administrativo y Democrático de nuestros tiempos, más dedicado a los ciudadanos que al Monarca o a la burocracia. Por ello, la Constitución de 1999 dice: “La Administración está al servicio de los ciudadanos” y entre otros, se fundamenta en el principio de la transparencia. (artículo 141).

En cambio, aquél Estado Burocrático era el caracterizado por Max Weber como la organización que trataba “de incrementar la superioridad del conocimiento profesional de las autoridades públicas, precisamente a través del secretismo y de la confidencialidad de sus intenciones”. Por eso, dijo Weber, los gobiernos burocráticos, debido a sus tendencias, son siempre “gobiernos que excluyen la publicidad”.³

Al contrario, en el mundo contemporáneo, la franqueza, la apertura y la transparencia son la regla; por lo que, decisiones como la adoptada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 745 de 15 de julio de 2010 (Caso *Asociación Civil Espacio Público*),⁴ negando el acceso a la información administrativa sobre remuneraciones pagadas por la Administración a sus funcionarios públicos, para “proteger” el derecho a la privacidad o “intimidad económica” de los mismos, y por considerar no acreditado el propósito para el cual se requería la misma, es un retroceso en lo que ha sido un progresivo proceso de configuración de la Administración como una “casa de cristal,” buscando con esta lamentable decisión, su sustitución por una Administración que podría ser una “barraca de acero,” rodeada de secretos e impenetrable.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA APERTURA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sin embargo, antes de analizar esa “desafortunada” decisión, estimamos que resulta necesario analizar algunos antecedentes legislativos contemporáneos sobre el tema, para situarnos en su significado.

Finlandia fue el primer país que después de la Segunda Guerra mundial adoptó en 1951 un estatuto sobre el acceso a la información pública,⁵ lo cual fue seguido en 1966 por los Estados Unidos cuando se aprobó la legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública conocida como la *Freedom of Information Act (FOIA)* (Ley de libertad de información). El origen común de ambas legislaciones fue que su promulgación se debió a la iniciativa de los propios órganos legislativos, como parte de un activismo legislativo desplegado frente a los Poderes Ejecutivos con el objeto de imponer políticas de transparencia, habiendo sido en ambos casos, promovida por los partidos de oposición a los gobiernos de la época en cada país.⁶

³ Véase Max Weber, *Economía y Sociedad*, Vol. II, Fondo de Cultura Económica, México 1969, p. 744.

⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html>

⁵ En 1766, en Suecia se aprobó una ley sobre el mismo tema de acceso a la información.

⁶ En cuanto a la FOIA, su origen resulta de la creación, durante la década de los cincuenta, de Comisiones de Senadores y Representantes para resolver la falta de acceso efectivo a la información de acuerdo a las provisiones de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), las cuales, a pesar de ser muy importantes en su momento, fueron descritas por el Representante John E. Moss, como parte de la “teoría burocrática” que permitía que cada entidad pública decidiera qué tipo de información debía llegar al público. Véase Pierre-Francois Divier, “Etats-

Más recientemente, en México, en 2002, pero aprobada tras varias iniciativas de ONGs, como el Grupo Oaxaca y basada en un proyecto del Poder Ejecutivo, se sancionó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a Información Gubernamental Pública;⁷ y más importante, con la gran diferencia de que en este caso de México, la legislación estaba destinada a garantizar la aplicación de un derecho constitucional que había sido incorporado en la Constitución mexicana en una Enmienda de 1977, que había establecido el derecho de los ciudadanos a la información.

En efecto, en la Constitución mexicana, en contraste con la Constitución de los Estados Unidos en la que nada se puede encontrar que permita identificar un derecho fundamental a tener acceso a la información pública, el artículo 6 establece el derecho de todo ciudadano a la información que el “Estado garantizará” (artículo 6). Por ello, basado en este derecho constitucional y en relación con la información pública, 15 años más tarde se sancionó la mencionada Ley Federal de Transparencia y Acceso a Información Gubernamental Pública, la cual tiene por objeto contribuir a la democratización de la Sociedad mexicana y garantizar la aplicación eficiente del Estado de derecho; garantizar el derecho de todos de tener acceso a la información; buscar la transparencia del servicio público por medio de la difusión de información pública; reforzar la posibilidad de responsabilidad pública; y proteger la datos personales contenidos en los registros públicos (artículo 6)

Además, y para ampliar el rango de su protección, la Ley Federal dispuso expresamente que el derecho de tener acceso a la información pública debía ser interpretado no solo en conformidad con la Constitución, sino también con lo previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en la Convención Americana de los Derechos Humanos; en la Convención para la eliminación de cualquier tipo de discriminación contra la mujer, y en los otros instrumentos internacionales ratificados por México (artículo 6); y además, conforme a la interpretación dada por las instituciones internacionales especializadas, como por ejemplo, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.⁸

Unis L'Administration Transparente: L'accès des citoyens américains aux documents officiels,” en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, N° 1, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1975, p. 64; Miguel Revenga Sánchez, “El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano”, Ariel, Madrid 1995, p. 153). Luego la FOIA fue reformado en 1974 y en 1976 para hacerla más eficiente. Durante los mismos años, luego de los escándalos de *Watergate* y los *Pentagon Papers* (documentos del Pentágono), se aprobaron dos nuevas leyes: la *Federal Privacy Act* y la *Federal Government in the Sunshine Act*. Véase James Michael, “Freedom of information in the United States” en *Public access to government-held information* (Norman Marsh Editor), Steven & Son LTD, Londres 1987.

⁷ Algunos artículos de la Ley fueron reformados en 2006.

⁸ Esta declaración tan importante de sometimiento a las reglas y principios internacionales, inherentes de un gobierno democrático, contrastan con la situación que se presenta en otros países como Venezuela, donde desafortunadamente, el Tribunal Supremo de Justicia no solo ha sentenciado que en material de libertad de expresión las Recomendaciones de la Comisión Inter-Americana no son obligatorias en el país, sino que las propias decisiones de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos no son ejecutables en el país. Esta decisión fue dictada por la sala Constitucional del Tribunal Supremo en diciembre de 2008, en relación con la decisión de la Corte Inter-Americana de Derechos humanos del 5 de Agosto de 2008; emitida en el Caso *Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*, en el cual la Corte sentenció que el Estado venezolano había violado las garantías jurídicas de varios jueces que habían sido removidos, establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, condenando al

Con esta legislación tendiente a implementar una política de transparencia y apertura, puede decirse que México comenzó a resolver el permanente conflicto entre “secretismo” y “apertura” que todas las Administraciones Públicas han experimentado; y que ha existido, no solo en forma estructural conformando el secretismo atávico que durante tantos años han sido la regla, y no la excepción, en muchas de las Administraciones Públicas de Latinoamérica; sino también en forma circunstancial, en situaciones particulares que se han desarrollado, por ejemplo, como consecuencia del síndrome del espionaje de la post-guerra que marcó la era de la Guerra Fría, o de la lucha contra el terrorismo como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001.⁹

Para imponer la transparencia y garantizar el derecho de tener acceso a la información pública, la Ley Federal de Transparencia mexicana del año 2002, definió también una presunción a favor de la publicidad, estableciendo el principio de que la interpretación de sus normas deben siempre ser realizadas en las entidades públicas en favor del “principio de mayor publicidad,” es decir, lo contrario al secretismo.

El resultado de este proceso inicial también fue la aprobación, en 2007, de una nueva Enmienda constitucional sobre el mismo artículo 6 de la Constitución para agregar a la declaración inicial del derecho a la información, que el Estado debe garantizar, también con rango constitucional en todas las agencias y entidades públicas la presunción de publicidad antes mencionada, es decir, el principio de que toda información que esté en manos de cualquier autoridad o entidad pública debe considerarse cómo de carácter público, siendo la excepción de esta regla, su declaración temporal como reservada basada en motivos de interés público. Es por ello que, en la interpretación del derecho constitucional a la información, la Ley Federal de 2002 establecía el principio de que la mayor publicidad siempre debe prevalecer.

Los otros principios que se incluyeron en la Enmienda constitucional mexicana de 2007, que ya había desarrollado en la Ley Federal, fueron la previsión expresa del derecho de todos de que toda información relacionada con la vida privada y la datos personales esté debidamente protegida; y el derecho de tener acceso sin costo alguno, a la información pública relativa a los datos personales y a su rectificación. Para ello, la legislación debe establecer los medios adecuados para garantizar el acceso a la información y también procedimientos simples y expeditos de revisión ante entidades imparciales, autónomas y especializadas.

En todo caso, la legislación mexicana del año 2002 no fue el primer estatuto en esta materia en América Latina. En 1985, en Colombia se promulgó la Ley N° 57 sobre la publicidad de documentos oficiales y administrativos, y en enero de 2002, antes de la Ley mexicana, se aprobó en Panamá la Ley N° 6 sobre las previsiones para la transparencia en la gestión pública y sobre acciones de habeas data. Además de estos casos, el hecho es que en todas las otras leyes aprobadas en América Latina durante los últimos años, la Ley Federal mexicana ha

Estado a pagarles la compensación debida, a reincorporarlos en cargos similares en el Poder Judicial, y a publicar parte de la decisión en los periódicos venezolanos (Véase decisión en Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182, en www.corteidh.or.cr). Sin embargo, el 12 de diciembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia emitió la decisión N° 1939, (Expediente: 08-1572), Caso: *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, declarando que la decisión antes mencionada de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, del 5 de agosto de 2008, era inejecutable en Venezuela; instando al Ejecutivo a denunciar a la Convención Americana de Derechos Humanos y acusando a la Corte Inter-Americana de haber usurpado los poderes del Tribunal Supremo.

⁹ Véase Sheryl Gay Stolberg “On First Day, Obama Quickly Sets a New Tone”, *The New York Times*, 22 de febrero de 2009, p. A1

tenido una influencia definitiva en su redacción en lo que se refiere a la transparencia y al derecho al acceso a la información pública.¹⁰ Ese ha sido el caso, por ejemplo, de los estatutos aprobados en el Perú en 2003 (Ley N° 27.806 de Transparencia y el acceso a la información pública); en Ecuador en 2004 (Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública), y el mismo año en la República Dominicana (Ley General N° 200-04 del Libre acceso a la información pública); en Honduras, en 2006 (Ley de Transparencia y acceso a la información pública); en Nicaragua en 2007 (Ley N° 621-2007 de acceso a la información); y en Chile (Ley de Transparencia y acceso a la información), en Guatemala (Ley de acceso a la información pública), y en Uruguay (Ley N° 18381 de acceso a la información pública y del *amparo informativo*), durante el año 2008.

Para promover la transparencia de las funciones administrativas dentro de todas las entidades públicas, todas estas Leyes establecen el derecho al acceso de información como un derecho fundamental de todos los ciudadanos; presumen expresamente que toda información emitida por las entidades públicas debe considerarse como de carácter público, con la excepción de los documentos confidenciales o aquellos declarados como reservados; casi todas establecen la presunción del silencio positivo ante la ausencia de respuestas expeditas a las solicitudes de información; y obligan a las entidades públicas a publicar la información concerniente a su organización o a su funcionamiento. Sin embargo, en muchas de estas leyes, y partiendo del precedente mexicano, también se establecen previsiones específicas para la protección judicial del derecho al acceso a la información, a través de la acción de *habeas data*, que se configura como una especie de *amparo informativo*, como se lo define en el derecho uruguayo.

En efecto, a pesar de que México es la cuna de la acción de *amparo*, en lo que respecta al derecho al acceso a la información y a su protección judicial, en contraste con el régimen establecido en los otros países Latinoamericanos, ni en la Constitución y en la Ley Federal se reguló la acción de *habeas data*; es decir, el medio judicial específico diseñado para garantizar la protección de los derechos a la información sin necesidad de agotar, previamente, cualesquiera recursos de revisión administrativa. Esta acción específica de *habeas data*, establecida originalmente para la protección de datos personales y progresivamente ampliada para la protección del derecho de acceso a la información pública, ha sido prevista en las Constituciones de Argentina, Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, en paralelo a los otros medios judiciales para la protección de los derechos humanos, como el *amparo* y las acciones de *habeas corpus*. En otros países, aún sin fuente constitucional, dicha acción de *habeas data* ha sido establecida por ley (Panamá, Uruguay).

Por otra parte, también se debe mencionar que el importante paso tomado en México en el año 1977, para garantizar en el texto constitucional el derecho a la información y al acceso a ella (artículo 6), ha sido seguido por algunos países latinoamericanos. Este es el caso de la Constitución de Brasil de 1988, la cual contiene una declaración sobre la garantía del “derecho de todos al acceso a la información” (artículo 5, XIV).

En Colombia, la Constitución de 1991 solo establece el derecho al acceso a los documentos públicos, como un derecho de los partidos políticos de oposición (artículo 112); y en Perú, la Constitución de 2000, establece el derecho de todos a solicitar a las entidades públicas, la información necesaria, sin expresar ningún motivo en particular, y a recibirla dentro del plazo establecido por la ley. Solo la información referente a asuntos privados, y aquella

¹⁰ La Ley Federal también tuvo mucha importancia en la redacción de la legislación de los Estados de la federación.

establecida expresamente por la ley por razones de seguridad, está excluida; y los servicios de información no pueden suministrar información que pueda afectar la intimidad personal o familiar (artículos 2, 5 y 6).

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN VENEZUELA Y SUS LÍMITES POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

En el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, el artículo 143 consagra el derecho ciudadano a la información administrativa, es decir, el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, derecho que está sometido sólo a los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

Fue con base en este derecho, que una Asociación Civil (Asociación Civil Espacio Público), solicitó información en 2008 y 2009 ante la Contraloría General de la República sobre “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,” habiéndole informado el órgano contralor que lo solicitado implicaba una invasión a la esfera privada de los funcionarios públicos y que con ello se violaría el derecho al honor y privacidad consagrado en el artículo 60 de la Constitución.

Ante esa negativa, la Asociación intentó una acción de amparo constitucional por considerar que la Contraloría había violado el derecho de acceso a la información pública, argumentando que “...para lograr una gestión pública cónsona con los principios de transparencia y rendición de cuenta, es necesario la publicidad de los recursos que se administran, incluyendo los sueldos de los funcionarios públicos, ya que éstos ejercen funciones públicas, están al servicio de los ciudadanos y sus remuneraciones se pagan con los tributos pagados por los ciudadanos, en consecuencia, el tema de las remuneraciones de los funcionarios públicos escapa de la esfera privada de los mismos y no se viola el derecho a la intimidad con la solicitud de dicha información,” considerando que no era “suficiente negar la información solicitada alegando simplemente la privacidad de los funcionarios...”.

Además, alegó la Asociación accionante que en esta materia de “supuesta violación al derecho a la intimidad de los funcionarios mediante la solicitud de la información sobre sus remuneraciones, es necesario distinguir entre la protección de la honra y privacidad de un ciudadano común y un funcionario público, ya que si bien los funcionarios públicos se encuentran también protegidos por el derecho a la intimidad y al honor, existe un umbral distinto de protección.”

Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia N° 745 de 15 de julio de 2010 (Caso *Asociación Civil Espacio Público*),¹¹ declaró sin lugar el amparo solicitado, con base en los siguientes argumentos:

En *primer lugar*, la Sala tras admitir el “reconocimiento constitucional que se le ha dado en la Carta Magna al novísimo derecho de la ciudadanía a solicitar información y a ser informada oportuna y verazmente sobre asuntos de interés público,” que consideró estaba “legitimado en función del principio de transparencia en la gestión pública, que es uno de los valores expresamente establecidos en el artículo 141 de la Constitución;” destacó la ausencia

¹¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html>

de ley expresa que haya determinado “cuáles son los límites aceptables del ejercicio del derecho a la información dentro de una sociedad democrática en materias relativas a la seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de la vida privada; o en materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto,” es decir, la ausencia de determinación legal sobre “cuál es la información que puede ser solicitada por los ciudadanos y ciudadanas, y cuál es aquella que debe ser suministrada cuando se trata de un funcionario público.”

La Sala Constitucional, sin embargo, en ausencia de la legislación mencionada, no analizó el contenido y sentido de los límites constitucionales al acceso a la información, particularmente por ejemplo, en cuanto a “la intimidad de la vida privada” que la norma busca proteger, y que está destinada básicamente a preservar la intimidad de la vida privada de los ciudadanos que pudiera quedar expuesta en informaciones administrativas contentivas de data sobre las personas; o de los funcionarios, en los aspectos de vida privada que nada tienen que ver con la gestión pública o con el funcionamiento de la Administración, sobre los cuales no se impone la transparencia, como por ejemplo, determinadas enfermedades o situaciones personales.

En *segundo lugar*, en cuanto a las peticiones formuladas en ejercicio del derecho, en ausencia de la legislación necesaria, la Sala consideró que este derecho constitucional, no siendo un derecho absoluto sino sometido a “límites externos,” dispuso sin mayor argumentación, establecer:

carácter vinculante, a partir de la publicación de esta decisión, que en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que el o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la 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.

En *tercer lugar*, en el caso concreto de solicitud de información sobre las remuneraciones de los funcionarios del órgano de control fiscal y administrativo, como es la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional procedió a establecer la “ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos,” entrando a dilucidar si “la remuneración del Contralor General de la República así como de los demás funcionarios de ese órgano contralor es una información de irrestricto acceso público; o si, por el contrario, forma parte del derecho a la intimidad de los funcionarios, y como tal, no existe la obligación de suministrarla.”

Para ello, la Sala procedió a “analizar el alcance del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos como un derecho fundamental que pudiera calificarse de *inespecífico* porque se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales con ocasión del desempeño de la función pública,” y que encuentra su fundamento en el artículo 61 de la Constitución; y por tanto, “precisar cuál es la información que pertenece al ámbito de la vida privada; o, en términos más concretos, si la remuneración, al igual que el derecho a la imagen, libertad de expresión o el derecho a la libre orientación política, forma parte de la esfera íntima del funcionario, reconociéndose un derecho a la intimidad económica.”

Para ello, la Sala formuló una argumentación netamente formalista sobre si existe o no una ley que obligue a hacer públicas las remuneraciones de los funcionarios; argumento inútil por lo demás, pues si la ley estableciera esa obligación, y las remuneraciones de los funcionarios fueran públicas, no fuera necesario formular petición alguna sino consultar las fuentes públicas.

Sin embargo, la Sala lo que argumentó fue que en Venezuela:

no existe una ley general que obligue a que se hagan públicos los salarios de los funcionarios del gobierno, en cambio en otros países, como los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, la gran mayoría de los salarios de los altos funcionarios del gobierno federal se aprueban y se fijan por Ley, lo que implica su publicidad obligatoria. En cambio, en nuestro ordenamiento jurídico, la información sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos está señalada bien de manera global en las partidas presupuestarias que se incluyen anualmente en la Ley de Presupuesto, donde se indican los montos asignados a cada ente u órgano de la administración pública para las remuneraciones de personal; o bien en los Manuales de Cargos y Salarios, en los que no se distingue a qué funcionario en concreto le pertenece la remuneración, pues ello es información que pertenece al ámbito íntimo de cada individuo.

Por otra parte, el carácter reservado de la declaración de impuesto sobre la renta, o de la declaración de bienes que los funcionarios públicos realizan ante la Contraloría General de la República demuestra que tal información no es un dato de difusión pública, pues se trata de información que se contrae a la esfera privada o intimidad económica de los funcionarios.

Luego pasó la Sala a argumentar sobre el interés que puedan tener los solicitantes en requerir la información administrativa a la cual tienen acceso los ciudadanos, aspecto que no toca, en absoluto, la norma constitucional del artículo 143, indicando que en el caso, la parte accionante no habría acreditado “cómo la información solicitada sería de utilidad para la participación ciudadana en pro de la transparencia de la gestión pública,” considerando entonces que no parecía “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,” considerando entonces la Sala Constitucional que en el caso, no existía “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 adscrito al órgano contralor” declarando improcedente la acción *in limine litis*.

La sentencia tuvo un voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en el cual al contrario expresó que no le cabía duda “acerca de la naturaleza pública y no íntima del salario de los funcionarios públicos y de su pertenencia al ámbito del derecho a la información de los ciudadanos, en relación con el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública (artículo 141, Constitución)”, precisamente “como indicador de transparencia y como medio para el cabal ejercicio de la contraloría social a que tenemos derecho los venezolanos en el sistema democrático a que se refiere la Constitución.” Para reafirmar su criterio, el Magistrado disidente hizo referencia a una importante ley dictada por uno de los Estados de la federación, el Estado Miranda, única en su carácter en el ordenamiento jurídico venezolano, que es la *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado Bolivariano de Miranda* de 2009,¹² en la cual se clasifica como información pública y, por tanto, de acceso público, entre otros datos, el salario de sus funcionarios; siendo ello la tendencia en otros ordenamientos jurídicos.¹³

¹² Véase en *Gaceta Oficial del Estado Miranda*, N° 0244 de 9 de octubre de 2009.

¹³ Como se ha resuelto en Costa Rica, en la sentencia N° 12852, Expediente: 08-010536-0007-CO, de 22-08-2008 de la Sala Constitucional, en [www.200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&strTipM=E1&tem6=0&nValor2=421476&pgn=TES&nTermino=14486&tem4="&tem2=&tem3=&nValor3=126882&strDirTe=DD](http://www.200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&strTipM=E1&tem6=0&nValor2=421476&pgn=TES&nTermino=14486&tem4=)

IV. UNA LEGISLACIÓN REFRESCANTE POR LO TRANSPARENTE: LA LEY DEL ESTADO MIRANDA SOBRE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE 2009

En efecto, el Consejo Legislativo del Estado Miranda, en octubre de 2009, sancionó la mencionada *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado Bolivariano de Miranda*, con el objeto de facilitar el ejercicio del derecho de todas las personas del Estado Miranda a acceder a la información pública, conforme a las garantías consagradas en la Constitución, con los siguientes objetivos:

- a) Facilitar el control ciudadano de la gestión pública estatal, por medio de la publicidad, transparencia y rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos y las personas jurídicas de derecho privado que realicen obras, servicios y otras actividades con asignaciones públicas;
- b) Hacer posible la efectiva fiscalización de la gestión estatal y de los recursos públicos, mediante el control social;
- c) Garantizar la protección de la información personal en poder del sector público estatal;
- d) Fortalecer la democracia y el buen gobierno, así como la plena vigencia del Estado de Derecho, a través del acceso a la información pública; y
- e) Facilitar la efectiva participación de todas las personas en la toma de decisiones de interés general y la fiscalización de los actos públicos del Estado Miranda (art. 1).

A los efectos de lograr estos objetivos, el artículo 3 de la Ley como “Principio General de Acceso a la Información,” establece el derecho que tiene toda persona o grupo de personas a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna de todos los órganos, entes y personas jurídicas de derecho privado sujetos a esta Ley. Este derecho también incorpora la posibilidad de formular consultas sobre las competencias y atribuciones de los órganos y entes públicos del Estado y de los funcionarios que en ellos laboran. Para el efecto, todos los órganos y entes sujetos a esta Ley adoptarán medidas que garanticen y promuevan la producción, sistematización y difusión de la información que dé cuenta oportuna de su gestión ante los administrados.”

Por su parte, el artículo 4 de la Ley establece los siguientes “Principios de Aplicación de la Ley” que deben observarse en el desarrollo del derecho de acceso a la información pública:

- a) La información pública pertenece a todas las personas. Las entidades sujetas a la Ley son sus administradores y están obligadas a garantizar el acceso a la información en forma completa, veraz, adecuada y oportuna;
- b) El acceso a la información pública debe ser, por regla general, gratuito a excepción de los costos de reproducción;
- c) El ejercicio de la función pública estatal está sometido al principio de apertura, transparencia y publicidad de sus actuaciones. Este principio se extiende a aquellas personas jurídicas de derecho privado que ejerzan la potestad estatal y manejen recursos públicos;
- d) Las autoridades deben interpretar y aplicar las normas de la Ley del modo que más favorezca el efectivo ejercicio del control político de las personas y del derecho que éstas tienen a participar en la gestión y fiscalización de los actos públicos; y

e) Se debe garantizar el manejo transparente de la información pública de manera que se posibilite la participación de todas las personas en la toma de decisiones de interés general y en la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejercen el Poder Público Estatal.

La Ley del Estado Miranda, por otra parte, precisa con certeza la distinción entre información pública de libre acceso, e información personal de acceso restringido. A tal efecto, el artículo 5 define como “información pública,” toda aquella que se encuentre registrada, recabada o de alguna manera adquirida y en poder de todos los órganos y entes sujetos a la Ley, en particular, todo tipo de datos en documentos, incluyendo información contenida en expedientes, reportes, estudios, leyes, decretos, reglamentos, actas, resoluciones, oficios, correspondencia, acuerdos, directrices, circulares, contratos, instructivos, notas, memorandos, estadísticas o cualquier otro registro que documente el ejercicio de las facultades o la actividad de los órganos y entes sujetos a la Ley y de sus funcionarios, sin importar su fuente o fecha de elaboración. Los documentos pueden estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, audio, visual, digital, holográfico o registro impreso, óptico o electrónico, o en cualquier otro formato.

En cambio, conforme al artículo 6 de la Ley, se considera “Información Personal”, y por tanto, confidencial porque no está sujeta a la publicidad consagrada en la Ley, aquella referida a los datos personales cuya divulgación constituya una invasión de la intimidad personal y familiar y que tengan relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, su vida íntima, incluyendo sus asuntos familiares, filiación política, creencias religiosas, actividades maritales y orientación sexual, y su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual, impreso o electrónico. Esta información personal es parte del derecho a la intimidad personal y no puede ser proporcionada a terceros sin el consentimiento escrito y expreso de la persona a que se refiere.

Por supuesto, las remuneraciones de los funcionarios públicos, conforme a la Ley del Estado Miranda, son por esencia información pública, que además, conforme a la Ley debe estar difundida como información mínima que se regula en el artículo 25 de la Ley, en los portales y Páginas Web de los Órganos y Entes del Estado, a los efectos de que cualquier persona pueda acceder libremente a la misma. Es decir, a los efectos de que por su naturaleza contribuya a la transparencia, la rendición de cuentas sobre la utilización de los recursos públicos y la gestión del Estado, en la Ley se impone la obligación a los órgano y entes sujetos a la Ley, de publicar y actualizar mensualmente, a través de un portal de información o página Web, así como de los medios necesarios a disposición del público, la siguiente información, que para efectos de la Ley “se considera de naturaleza obligatoria: “e) Una lista de los nombres, cargos, escalafón salarial y montos de los salarios, remuneraciones u honorarios, con un desglose de su composición, de los representantes legales o titulares y de todos los funcionarios del órgano o ente, incluyendo aquellos contratados bajo las normas del Código Civil.”

Como se ve, le bastaba a la Sala Constitucional, para dilucidar sus dudas, consultar una Ley venezolana dictada por uno de los Estados de la Federación, y constatar que la información sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos no puede jamás considerarse como un ámbito de la intimidad económica de los mismos, y que al contrario, son por esencia información pública de libre acceso. Y más aún, si se trata de la remuneración de los funcionarios de la Contraloría General de la República. Pero no fue así, y en lugar de ver los ejemplos democráticos de “casas de vidrio” como este excelente caso de la Ley del Estado Miranda, prefirió la “barraca de acero” propia de un régimen autoritario.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD

Allan R. Brewer Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este comentario está destinado a analizar la sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sentencia N° 796 de 22 de julio de 2010 (Caso: Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros), en la cual ilegítima y arbitrariamente le negó legitimación activa para ejercer la acción popular de inconstitucionalidad a una asociación civil, restringiendo la “popularidad” de dicha acción, por haber la referida asociación supuestamente recibido financiamiento del exterior.*

I

Uno de los instrumentos por excelencia establecidos en el ordenamiento constitucional venezolano para permitir y canalizar la participación popular en el control de la gestión de los asuntos públicos, es la posibilidad amplia que siempre se ha dado para el acceso a la Jurisdicción Constitucional, al preverse la posibilidad de que cualquier persona pueda intentar la acción, sin ningún condicionamiento relativo a la legitimación para accionar. De allí la acción popular de inconstitucionalidad que ha existido en Venezuela desde 1858, y que permite a cualquier persona poder impugnar las leyes y demás actos estatales dictados en ejecución directa de la Constitución por razones de inconstitucionalidad, sin que sea necesario legitimación específica alguna, salvo el simple interés en la constitucionalidad. En este sentido, Venezuela sigue la misma orientación que en Colombia, Panamá y El Salvador, de establecer la acción popular de inconstitucionalidad.

Sobre la popularidad de la acción de inconstitucionalidad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1077 de 22 de agosto de 2001, puntualizó que implica que en nuestro ordenamiento “cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante,” de manera que en estos casos, el accionante es “un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley.”¹

En otra decisión más reciente N° 37 de 24 de enero de 2004, la Sala Constitucional fue aún más precisa y argumentativa en torno al carácter esencialmente popular de la acción de nulidad contra los actos de efectos generales, indicando lo siguiente:

¹ Caso: *Servio Tulio León Briceño*, Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

“Nuestra legislación procesal establece, de manera verdaderamente excepcional en el Derecho Comparado, una legitimación amplísima cuando se trata de la impugnación de actos normativos, incluso de rango sub-legal. No se trata, en realidad, de una acción popular pura, en el sentido de estar reconocida a todos y en cualquier caso, pero sí se le acerca mucho, puesto que difícilmente faltará entre la población el simple interés que la ley exige para demandar.

Siendo una acción de naturaleza básicamente popular prácticamente pierde sentido la referencia al interés propio del accionante. Bastaran exponer las razones para impugnar la norma para que el tribunal –esta Sala, de ser un acto de rango legal- entre a analizar la procedencia del recurso. La inadmisión, de darse, se producirá normalmente a causa de la evidencia de que el demandante **carece del más mínimo interés**, toda vez que las acciones judiciales deben tener una justificación que no sea la meramente teórica. Por tanto, no es al actor a quien en realidad toca demostrar su interés, el cual puede fácilmente presumirse; corresponde hacerlo a quien se opone a la demanda, o al juez, si es que lo verifica de oficio.

De esta manera, la amplitud de la legitimación reconocida en la legislación venezolana –para el caso de la impugnación de actos normativos- hace que se presuma el interés del actor, a menos que de los autos se desprenda su carencia, caso en que el juez debe rechazarla.

Esa amplísima legitimación obedece a la necesidad –no aceptada por otros sistemas jurídicos- de que toda persona que pudiera ser sujeto de la aplicación de una norma, tenga capacidad para debatir en juicio su validez. La acción de nulidad, por ello, tiene entre nosotros un carácter de abstracción: no se requiere un caso concreto, sino apenas la posibilidad –ni siquiera probabilidad- de su existencia.”²

Este ha sido el criterio tradicional que ha caracterizado la acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela, el cual ha sido ratificado por la Sala Constitucional en sentencia N° 796 de 22 de julio de 2010 (Caso *Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros*), en la cual la Sala ratificó que la misma “puede ser ejercida por cualquier ciudadano, vale decir, que toda persona tiene, en principio, la cualidad o interés procesal para la impugnación de las leyes o actos con rango de ley, por medio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad,” lo que significa, dicho en otros términos, que “la legislación venezolana no exige un interés procesal calificado, ni por la posible existencia de una especial situación de hecho que vincule alguna posición jurídico-subjetiva con cierta norma legal (individualizada), ni por el ejercicio de un cargo público, sea de representación popular o sea dentro del Poder Ciudadano.”³

Este principio de la popularidad de la acción de inconstitucionalidad, tal como se ha enunciado, por tanto, no está sujeto a excepción alguna, de manera que basta que se trate de una persona capaz procesalmente conforme al ordenamiento jurídico, para tener la legitimación necesaria para conforme al derecho a la participación ciudadana, solicitar a la Sala Constitucional que se pronuncie sobre la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución, sin excepción alguna. Toda persona tiene en este sentido el derecho constitucional a la participación política mediante el ejercicio de esta acción de inconstitucionalidad, el cual no admite limitación, restricción o suspensión alguna, y menos aún, discriminando a alguna o algunas personas en relación con otras, en violación al derecho a la igualdad que en los términos del artículo 21 de la Constitución no admite excepciones.

² Véase Caso *Asociación Civil Mixta La Salvación SRL*, en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 402-403.

³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, sin que persona alguna se lo hubiese solicitado y en su desmedido afán de complacer al gobierno y buscar descalificar a todos los que manifiesten legítima oposición al mismo, en la misma última sentencia citada N° 796 de 22 de julio de 2010 (Caso *Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros*),⁴ le ha negado a una Asociación Civil, *Asociación Civil Súmate*, particularmente conocida, precisamente, por su activa participación en materia de control sobre los procesos electorales y para garantizar el ejercicio del derecho activo y pasivo al sufragio, el derecho a participar en el control de constitucionalidad, desestimando la cualidad de la “Asociación Civil Súmate” para interponer la acción popular, declarado además, la “falta de legitimación de la “Asociación Civil Súmate” para interponer la demanda de nulidad.” La motivación para semejante arbitrariedad, en resumen fue que la referida Asociación habría recibido en algún momento, *in illo tempore*, “financiamiento de naciones extranjeras para desarrollar actividad pública”, lo que a juicio de la Sala implicaba que entonces carecía “de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna,” lo cual aparentemente dedujo la Sala, en contra de lo que disponen los propios estatutos de la Asociación donde se define como su objetivo esencial, el “promover en todas las formas posibles de la democracia como sistema de convivencia social dentro del marco de la libertad y el respeto a los derechos humanos.”

II

La acción popular de inconstitucionalidad la había intentado la *Asociación Civil Súmate* y otros ciudadanos, contra diversos actos del Consejo Nacional Electoral relativos a la convocatoria del referendo aprobatorio de la enmienda constitucional que se fijó para el 15 de febrero de 2009, a los efectos de prever la reelección continua e ilimitada de los cargos de elección popular (lo que era contrario al principio de alternabilidad republicana),⁵ en definitiva fue declarada como “improponible” porque a juicio de la Sala, los actos impugnados habían sido “exclusivamente dictados con miras a la realización de la enmienda constitucional celebrada el 15 de febrero de 2009” considerando que resultaba patente que constituían “actos preparatorios” de una enmienda constitucional, y por ello, que supuestamente “no son impugnables por vía autónoma,” renunciando así, una vez más, como lo había hecho en 2007 respecto de la rechazada reforma constitucional de ese año, a ejercer la justicia constitucional respecto de los procedimientos de reforma y enmienda constitucional.⁶ Tratándose de una acción popular de inconstitucionalidad, para declararla “improponible” por supuesto no había cuestión ni necesidad alguna en analizar la “legitimidad” de los recurrentes, todos personas jurídicas o naturales venezolanos, precisamente dada la popularidad de la acción. Sin embargo, la Sala, con el único y deliberado propósito de pretender dañar a una de las agrupaciones de la sociedad civil más activas del país en defensa de los principios democráticos y del ejer-

⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, N° 117, Caracas 2009, pp. 205-211

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, México 2008, pp. 17-60; “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. (O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 02 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 02 de diciembre de 2007)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 661-694

cicio del sufragio y el voto, dictó sentencia para eliminarle ignominiosamente legitimación para solicitar el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de la Jurisdicción Constitucional.

III

Para llegar a esta absurda conclusión, en forma por demás contradictoria, la Sala reconoció ampliamente el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, citando precedentes en sentencias anteriores, recordando que “el juicio de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 334 del Texto Fundamental, el cual (tal como señaló esta Sala en sentencia N° 2735 del 7 de agosto de 2003, dictada en el caso *Ildemaro Brett Smith*), presenta un carácter eminentemente objetivo, toda vez que la Sala Constitucional, al ejercer en forma exclusiva el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, toma un acto que tiene el rango o valor de ley y lo contrasta directamente con las normas, los altos principios de definición, organización y funcionamiento del Estado y; con los valores históricos, políticos, económicos, sociales y democráticos que están reconocidos en la Constitución;” y reconociendo que a los efectos del ejercicio de ese poder, se ha establecido que la acción popular “puede ser ejercida por cualquier ciudadano,” lo que significa “que toda persona tiene, en principio, la cualidad o interés procesal para la impugnación de las leyes o actos con rango de ley, por medio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad,” no exigiéndose “un interés procesal calificado, ni por la posible existencia de una especial situación de hecho que vincule alguna posición jurídico-subjetiva con cierta norma legal (individualizada), ni por el ejercicio de un cargo público, sea de representación popular o sea dentro del Poder Ciudadano.”

Concluyó la Sala incluso señalando, citando la sentencia N° 3125 del 20 de octubre de 2005 (Caso: *Francesco Casella Gallucci y Alice Juliette García Guevara*), que el ejercicio de la acción popular “no requiere de mayores exigencias en la legitimación, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.”

Pero luego de esta declaración de principios sobre la acción popular, la Sala pasó a otro plano, y comenzó a referirse a que “las organizaciones que se desenvuelven como actores sociales, encuentran cabida en el contexto público siempre que su estructura de financiamiento sea transparente y, por tanto, gocen de cierto nivel de independencia,” señalando que dichas organizaciones (partidos, grupos de electores, etc.), supuestamente deben actuar públicamente “en favor de los miembros de la sociedad nacional y no de agentes externos que pudieran intervenir en la vida política de un Estado, lesionando el derecho de la Nación a su autodeterminación, su independencia y soberanía.”

De allí pasó la Sala a afirmar que la vida política nacional puede verse afectada por “la actuación de organizaciones vinculadas ideológica, orgánica y funcionalmente a intereses foráneos que las patrocinan con el objeto de propugnar sus intereses particulares, para así incidir en las políticas públicas y crear condiciones favorables para el desarrollo de pretensiones expansionistas en los económico y político;” agregando que “tanto los capitales transnacionales, como algunos Estados con posiciones anacrónicamente colonialistas, vulneran el derecho a la autodeterminación nacional y la soberanía popular mediante el estímulo económico, técnico o logístico de ciertas actividades, como la propaganda ideológica, que tienen por finalidad orientar la política de otros Estados para hacerla más favorable a sus propios intereses” lo cual, concluyó, “incorpora al proceso de toma de decisiones políticas, una voluntad ajena al consenso nacional, a la idiosincrasia y a las aspiraciones propias de cada nación,” cuando “las guías políticas deben ser internas y no externas a las sociedades.”

Y en esa línea de razonamiento, la Sala llegó a recordar que “la obtención de recursos financieros, ya sea de manera directa o indirecta, provenientes de estados extranjeros *con la intención de emplearse en perjuicio de la República* [y] los intereses del Pueblo” podría eventualmente configurar el delito de traición a la patria” (art. 140 del Código Penal).

Nada de lo anteriormente dicho por la Sala Constitucional podría pensarse que podría ser aplicado a una ONG como la *Asociación Civil Súmate*, comprometida con el proceso democrático venezolano, con el claro objetivo de “liderizar y cooperar con iniciativas” que repercuten directamente en rasgos fundamentales de la democracia, y realizar actividades tendientes a “fomentar la libertad individual y la expresión del libre pensamiento y el ejercicio pleno de los derechos y el cumplimiento de de los deberes consagrados en la Constitución venezolana y demás leyes de la República.” Ello, como toda organización con fines políticos, podría traducirse en la finalidad de “pretender guiar al Pueblo Venezolano en la adopción de posiciones políticas,” lo que aparentemente la Sala Constitucional consideró peligroso, pues un vocero de la Asociación había dicho en un programa de radio que en el pasado las actividades de la Asociación habían sido “parcialmente financiadas por la *National Endowment for Democracy*, que es una organización vinculada financiera e ideológicamente a la política de otra nación, pues se encuentra supervisada y recibe permanentemente fondos del Congreso de los Estados Unidos” financiamiento que la Sala consideró que constituye “una típica manifestación de la política intervencionista de una potencia extranjera para incidir en los asuntos internos del Estado venezolano...que hace dependiente a la organización financiada y la somete a la línea de actuación que determina el financista para que continúe la asignación de los fondos.”

La Sala además señaló, que como “los recursos que de manera mediata asignó el Congreso de los Estados Unidos a la “Asociación Civil Súmate”, a los fines de “*liderizar*” a un sector de la población que se presenta opositor al gobierno,” ello “representa una franca lesión de la autonomía funcional que demanda la actuación pública y, dentro de ésta, a los procesos políticos internos del Estado venezolano, concretamente los actos preparatorios del proceso de enmienda constitucional.” Y de allí, concluyó la Sala desestimando la cualidad de la *Asociación Civil Súmate* para interponer una acción popular “en salvaguarda de la plena soberanía de la República, de su independencia y del deber que tienen los órganos del Estado de no someterse a un poder extranjero,” “por carecer de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna.”

Con todo el juego anterior juego de palabras y frases, después de constatar que la Asociación, con toda legitimidad, **primero**, buscaba “...liderizar o cooperar con iniciativas” que repercutían directamente sobre rasgos fundamentales de la democracia, con el fin de “pretender guiar al Pueblo Venezolano en la adopción de posiciones políticas;” **segundo**, que en el pasado, parcialmente, habría recibido financiamiento del *National Endowment for Democracy*” –lo que en el marco del ordenamiento venezolano no tenía nada de ilegítimo-, entidad que la Sala calificó como “una organización vinculada financiera e ideológicamente a la política de otra nación,” pues esta “supervisada y recibe permanentemente fondos del Congreso de los Estados Unidos;” **tercero** que tal financiamiento constituía, “una típica manifestación de la política intervencionista de una potencia extranjera para incidir en los asuntos internos del Estado venezolano;” y **cuarto**, que asignar de “manera mediata” dichos recursos a la Asociación, “a los fines de ‘*liderizar*’ a un sector de la población que se presenta opositor al gobierno legítimo y democrático de la República,” ello supuestamente “representa una franca lesión de la autonomía funcional que demanda la actuación pública y, dentro de ésta, a los procesos políticos internos del Estado venezolano, concretamente los actos preparatorios del proceso de enmienda constitucional.”

En consecuencia, la Sala Constitucional, pura y simplemente, sin autoridad alguna para ello, desestimó la cualidad de la Asociación Civil “para interponer la presente demanda de nulidad, por carecer de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna.”⁷

O sea, que conforme a esta arbitraria doctrina jurisprudencial, en definitiva, la acción popular de inconstitucionalidad dejó de ser “popular,” en el sentido de que para la Sala Constitucional no “toda persona” tiene la cualidad o interés procesal para intentarla, careciendo de legitimación, por ejemplo, según la Sala, aquellas “personas” que liderizen sectores que sean de oposición “al gobierno legítimo y democrático.”

IV

La decisión de la Sala Constitucional, respecto del tema de la restricción de la legitimación activa para ejercer la acción popular en el caso de la *Asociación Civil Súmate*, contó con un Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien para ello se limitó a hacer referencia al *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009* (“Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”),⁸ en el cual, particularmente en relación con el derecho de asociación, se insistió en el principio de que las reglamentaciones que se puedan establecer por los Estados sobre la inscripción, vigilancia y control de organizaciones, deben asegurar que tales requisitos legales no impidan, retrasen o limiten la creación o funcionamiento de estas organizaciones, notando con preocupación la situación de que en Venezuela, si bien se permitía la “conformación de organizaciones de la sociedad civil por parte de extranjeros y se permite su financiamiento externo, se continúa restringiendo la participación en los asuntos públicos de ciertas organizaciones en virtud de su financiamiento, del origen nacional de sus integrantes, de su forma de organización o de la ausencia de leyes que regulen su actividad,” todo ello con base en unas sentencias de la propia Sala Constitucional dictadas en 2000 (30 de junio, 21 de agosto y 21 de noviembre).

Dichas sentencias, totalmente restrictivas del derecho a la participación de la sociedad civil⁹ mediante asociaciones, la Comisión encontró que en definitiva, aplicadas “en términos discriminatorios contra organizaciones independientes, podría tener un efecto excluyente, lo que resulta inaceptable para la participación abierta de la sociedad civil.” La Comisión también expresó su juicio de que los Estados debían “abstenerse de restringir los medios de financiación de las organizaciones de derechos humanos” y al contrario “deben además permitir y facilitar el acceso de las organizaciones de derechos humanos a fondos extranjeros en el marco de la cooperación internacional, en condiciones de transparencia.”

En el caso de la *Asociación Civil Súmate*, aparte de que nada impide en el ordenamiento jurídico venezolano que pueda recibir financiamiento externo, lo que es bien común en el mundo de las ONGs, el hecho de haber recibido en el pasado, alguna vez, fondos de el *National Endowment for Democracy* de los Estados Unidos (en forma “mediata” dijo la Sala en la sentencia), por supuesto, no la convierte en una organización que pueda considerarse como “dependiente” y “sometida” “a la línea de actuación” que determine tal Fondo, que la Sala consideró como “vinculado financiera e ideológicamente a la política de Estados Unidos.” La Sala Constitucional, al realizar tal absurda argumentación, lo único que perseguía era discrimi-

⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>

⁸ Véase <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm>

⁹ Véase los comentarios a algunas de dichas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Caracas 2004.

minar inconstitucionalmente a una Asociación civil que ha cumplido una labor encomiable desde el punto de vista de la oposición al gobierno autoritario, e incluso dejar sembrada la duda en torno a las consecuencias que pueden derivarse del destino que una entidad vinculada a la oposición pueda dar a tales fondos, al decir en la sentencia que “la obtención de recursos financieros, ya sea de manera directa o indirecta, provenientes de estados extranjeros *con la intención de emplearse en perjuicio de la República* [y] los intereses del Pueblo.” Afortunadamente la reforma constitucional de 2007 que pretendía declarar al Estado, en la Constitución, como Estado Socialista con el socialismo como ideología oficial,¹⁰ fue rechazada por el pueblo, pues de lo contrario, cualquier funcionario espontáneo hubiera podido interpretar que cualquier actuación de la oposición contraria a la ideología socialista, debía considerarse como “perjudicial a la República” y a los “intereses del pueblo,” y por tanto tipificable como traición a la patria. La Sala Constitucional, a pesar del rechazo popular a tal reforma, sin embargo, diligentemente y actuando una vez más al servicio del autoritarismo, dejó abierta la duda para que la jauría política se pudiese manifestar al mejor estilo excluyente posible.¹¹

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El sello socialista que se pretendía imponer al Estado”, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 71-76.

¹¹ Días después de conocerse la sentencia, la diputada del Partido Socialista Unido de Venezuela Iris Valera, expresó iba “a solicitar que María Corina Machado, candidata a la Asamblea Nacional, sea inhabilitada, luego que se conociera el fallo del TSJ que señala a la organización Súmate, de la cual Machado fue directiva, de recibir fondos del extranjero.” Véase en *El Universal*, 31 de julio de 2010, en http://www.eluniversal.com/2010/07/31/pol_art_valera-solicitar-in_1990146.shtml y en http://politica.eluniversal.com/2010/07/30/v2010_ava_varela-solicitar-in_30A4274691.shtml

EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS RIESGOS A LA LIBERTAD

Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional de 8 de abril de 2010, caso *American Airlines*

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo de la UCV

Resumen: *Se analiza cómo el concepto de Derecho administrativo asumido en la sentencia de la Sala Constitucional de 8 de abril de 2010, caso American Airlines, constituye un riesgo para la libertad.*

La definición del Derecho administrativo no es, ni con mucho, tarea sencilla. Se trata, como se afirma, de un concepto fácil de describir pero difícil de precisar, lo que puede tener al menos dos explicaciones: la mutabilidad de la materia que esa disciplina ordena (la Administración y la actividad administrativa) y lo impreciso de las figuras jurídicas empleadas como claves de definición: la prerrogativa y el servicio público. Muy en especial sucede así con el servicio público: como concepto jurídico la expresión es inútil, pues por lo menos, al aludir a servicio público, podremos estar refiriéndonos a los servicios reservados por Ley Orgánica al Estado, o a los servicios que satisfacen necesidades de interés general. E incluso en este último sentido, definir qué ha de entenderse por “interés general” es una compleja labor.

Partiendo de la estrecha relación entre el poder y el Derecho administrativo, puede sostenerse que la errada definición de éste constituye un riesgo para la libertad. Un concepto muy restringido de Derecho administrativo podrá implicar que áreas del quehacer de la Administración queden al margen del principio de legalidad y de las garantías de los ciudadanos: sucede así con la –erradamente- denominada *actividad privada de la Administración*. Pero un concepto extensivo, por el contrario, podrá implicar la sujeción de los ciudadanos al régimen del Derecho administrativo. Hay aquí una antinomia, pues mientras la situación jurídica de los ciudadanos pivota sobre la libertad, la situación jurídica de la Administración pivota sobre la subordinación. De allí que extender indebidamente el Derecho administrativo como régimen sustantivo de la actividad de los ciudadanos, puede suponer un atentado cierto a la libertad, sobre todo, si esta extensión se basa en el maleable concepción de servicio público. Ya lo decía Delvolvé: el servicio público es un riesgo a la libertad (“Services publics et libertés publiques”, en *Revue Française de Droit Administratif*, número 1, París, 1985, pp. 1 y ss).

La sentencia de la Sala Constitucional de 8 de abril de 2010, caso *American Airlines*, es un ejemplo de los riesgos que la indebida definición de Derecho administrativo para la libertad. El fondo del caso es bastante sencillo: se trataba de un recurso de revisión incoado ante la Sala Constitucional, contra un fallo que había declarado la responsabilidad civil de esa empresa, basado en el régimen especial que informa a esa responsabilidad en el transporte aéreo.

Este caso, planteado desde la óptica civil de la responsabilidad extracontractual, fue sin embargo concebido por la Sala Constitucional desde el régimen de la responsabilidad patrimonial de Derecho administrativo, aplicado en tanto –a juicio de la sentencia- la empresa de transporte aéreo explota un servicio público.

Nótese bien que para el fallo comentado, la actividad económica de la empresa privada de transporte aéreo se somete a Derecho administrativo en tanto esa actividad es declarada, por Ley, servicio público, lo que “*conlleva necesariamente a entender que el régimen de responsabilidad patrimonial que le corresponde es de Derecho Público, y en específico, el previsto en las regulaciones especiales establecidas en la Ley de Aeronáutica Civil, indistintamente de que el transporte aéreo lo efectúe un particular, pues la normativa de Derecho Público se aplica en razón del servicio público latu sensu y no solo por el carácter orgánico de quien lo presta, ya que la prestación del servicio público puede estar desempeñada directamente por el Estado y demás entidades públicas, o por los particulares, cuando hayan recibido la adjudicación o concesión para llevar a cabo el servicio público encomendado*”.

No interesa adentrarnos en el análisis de las notas que identifican a ese régimen de responsabilidad, pues lo que interesa destacar es que ese régimen es el mismo que aplica para la Administración Pública, según la propia doctrina de la Sala Constitucional, es decir, un régimen especial, de Derecho Público y objetivo, distinto al régimen del Derecho Privado. Así, para la Sala Constitucional, una *empresa privada* debe equipararse a la Administración sólo por explotar una actividad que legalmente es declarada servicio público. La sentencia ciertamente no avanza en esta conclusión, pero si se es coherente con ella, entonces, debería admitirse que estas empresas privadas se sujetan a Derecho administrativo, también, en lo que atañe al control que ha de ejercer la Administración (es decir, los órganos y entes de la Administración), que sería un control “interadministrativo”, con el riesgo que ello implica para la libertad general de la empresa privada imbuida en un régimen de Derecho administrativo. En definitiva, si se admite que la empresa privada, al gestionar un servicio público, es equiparada a la Administración, entonces, debería trasladarse la idea de subordinación que distingue a la Administración, lo cual resulta la antítesis de la libertad general del ciudadano.

El error en que, para nosotros, incurre la Sala Constitucional, es pretender extraer de la sola declaratoria de servicio público alguna consecuencia específica, como es el régimen sustantivo aplicable. Régimen que para la Sala Constitucional no es otro que el Derecho administrativo, aplicado no en función a un criterio orgánico sino funcional: el servicio público. Y así lo recalca la Sala Constitucional al entender que ese régimen sustantivo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de las empresas de transporte aéreo, no es otro que el derivado del artículo 140 de la Constitución, o sea, el de la “*responsabilidad patrimonial de la Administración*”, que queda sustraída de “*cualquier remisión al derecho privado*”.

Pero también la Sala Constitucional se equivoca al sostener que por la mera declaratoria de servicio público, la actividad económica es emprendida por la empresa privada en virtud de “*la adjudicación o concesión para llevar a cabo el servicio público encomendado*”. En realidad, lo cierto es que no toda actividad declarada servicio público está reservada al Estado, como la propia Sala Constitucional ha declarado en otros fallos. La reserva viene determinada por la expresa decisión del Legislador –mediante Ley Orgánica- y no por la declaratoria de servicio público. Al aplicar ello al caso concreto, puede observarse que a pesar de ser el transporte aéreo un servicio público por Ley, no se encuentra reservado al Estado con lo cual, el título que habilita al ejercicio de dicha actividad es la libertad económica y no la concesión del Estado.

La sola calificación de una actividad como servicio público no produce consecuencia jurídica alguna en cuanto al régimen aplicable: si la actividad no se encuentra reservada al Estado, entonces, ella será consecuencia del derecho de libertad económica, cuyo ejercicio no puede ser equiparado a la actividad administrativa. Admitir ello –que es lo que hace la sentencia comentada- implicará reconocer que esa actividad está subordinada a la Ley y a los controles de la Administración, lo que es contrario a la libertad.

Por ello, si se persiste en pivotar el concepto de Derecho administrativo sobre el servicio público, no sólo no se habrá avanzado en la depuración conceptual de esa disciplina, sino que además, se estará afectando a la libertad general del ciudadano. En concreto, la libertad económica de la empresa privada que explota esa actividad de servicio público quedará desnaturalizada al someterse al régimen de subordinación propio de la Administración.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción popular de inconstitucionalidad. 137
- Objeto: actos del procedimiento de reformas constitucionales. 137
- Legitimación activa: la “restricción” a la popularidad de la acción. 140
- Acción de Amparo Constitucional. 162
- Competencia de los Tribunales de Primera Instancia. 162
- Inepta acumulación de pretensiones. 173
- Motivos: Violación de derechos y garantías constitucionales. 164
- Objeto: Acción de amparo contra decisiones judiciales. 167
- Sentencia. Apelación (lapso).177
- Actividad Administrativa. Potestad sancionatoria. 123

-C-

- Contencioso Administrativo. 124
- Competencia: Prohibición a los jueces contencioso administrativos para sustituirse en la Administración y convalidar o subsanar los actos administrativos impugnados.132
- Objeto: Exclusión del conocimiento de acciones relacionadas con providencias administrativas dictadas por Inspectorías del Trabajo.124

-D-

- Derechos fundamentales. Restricción: Reserva Legal. 84
- Derechos Individuales. 89
- Acceso y derecho a la información administrativa. 104
- Derecho a la intimidad: salario de los funcionarios públicos. 105
- Libertad personal. 89

- Oportuna y adecuada respuesta a las peticiones. 101
- Derechos laborales: Hecho social trabajo. 114

-F-

- Funcionarios Públicos. Régimen funcional en el Metropolitano de Caracas y Distrito Capital. 178

-G-

- Garantías Constitucionales 86
- Las garantías del debido proceso: Derecho al Juez Natural. 87
- Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares 86

-P-

- Poder Público Nacional Régimen.121
- Poder Judicial: Medios alternativos para la resolución de conflictos. 121

-R-

- Recurso de interpretación constitucional. 148
- Régimen legal aplicable a los procesales respecto a los procesos que cursaban ante la Sala Constitucional al entrar en vigencia la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. 134
- Responsabilidad del Estado. 80
- Régimen de indemnización por daño moral a las personas jurídicas. 80
- Revisión Constitucional: Insuficiencia del poder. 154

-T-

- Tutela Judicial Efectiva. 86

