

JURISPRUDENCIA
SOBRE
**DERECHOS Y GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES**

(1930-2023)

TOMO II

Derechos Sociales, Educativos,
Culturales, Económicos,
Políticos, Ambientales y
de los Pueblos Indígenas

Mary Ramos Fernández

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
1930-2023

TOMO II: DERECHOS SOCIALES, EDUCATIVOS, CULTURALES, ECONÓMICOS,
POLÍTICOS, AMBIENTALES Y DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

COLECCIÓN JURISPRUDENCIA

Títulos publicados

1. Carlos M. Ayala Corao, *Jurisprudencia de Urbanismo*, Caracas 1988, 176 pp.
2. Mary Ramos Fernández, *Jurisprudencia de Expropiación*, Caracas 1989, 188 pp.
3. Luis A. Ortiz-Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Caracas 1995, 449 pp.
4. Allan Brewer-Carías y Luis Ortiz-Álvarez, *Las Grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, Caracas 1996, 2^{da} Reimpresión, Caracas 2007, 1035 pp.
5. Luis A. Ortiz-Álvarez, *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Caracas 1997, 1051 pp.
6. Humberto Romero Muci, *Jurisprudencia Tributaria Municipal y la Autonomía Local*, Caracas 1997, 1720 pp.
7. Caterina Balasso Tejera, *Jurisprudencia sobre Actos Administrativos*, Caracas 1998, 889 pp.
8. Humberto Romero-Muci, *Jurisprudencia Tributaria Municipal y Estatal y la Descentralización Fiscal*, Caracas 2005, 390 pp.
9. José Gregorio Torrealba, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre Medios Alternativos de Solución de Controversias, Arbitraje Comercial, Arbitramiento Y Arbitraje De Inversiones 2000-2014*, 302 pp.
10. Asdrúbal Aguiar, *Digesto de la democracia. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2014*, Caracas/New York 2014, 368 pp.
11. Caterina Balasso Tejera, *Jurisprudencia sobre Procedimiento Administrativo (1980-2010)*. Caracas 2019, 748 pp.
12. Mary Ramos Fernández, *Jurisprudencia sobre Derechos y Garantías Constitucionales 1930-2023*, Tomo I: *El régimen general de los derechos constitucionales, las garantías constitucionales, y los derechos individuales*. Caracas, 2024, 892 pp.
13. Mary Ramos Fernández, *Jurisprudencia sobre Derechos y Garantías Constitucionales 1930-2023*, Tomo II: *Derechos Sociales, Educativos, Culturales, Económicos, Políticos, Ambientales y de los Pueblos Indígenas*. Caracas, 2024, 864 pp.

**JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
1930-2023**

TOMO II

*Derechos Sociales, Educativos, Culturales, Económicos,
Políticos, Ambientales y de los Pueblos Indígenas*

**Recopilación y sistematización por
MARY RAMOS FERNÁNDEZ**

Secretaria de Redacción de la Revista de Derecho Público

Colección Jurisprudencia

N° 13

 **editorial jurídica venezolana
international**

2024

Todos los derechos reservados

© María Ramos Fernández

ISBN: 979-8-894-80-629-7

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: ejvinternational@gmail.com

Portada: Alexander Cano

Diagramación, composición y montaje por:

Mirna Pinto de Naranjo

en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10, mancha 13x20

A Eva, Andrés y Víctor

PRESENTACIÓN

Esta recopilación de jurisprudencia administrativa y constitucional sobre derechos y garantías constitucionales que nos presenta Mary Ramos Fernández, en estos dos gruesos volúmenes producto de una impecable sistematización, abarca un amplísimo período de casi un siglo, desde 1930 hasta 2023.

Y nadie mejor que ella para acometer esta tarea, después de haber tenido a su cargo la responsabilidad de elaborar la sección de “Información jurisprudencial” de la *Revista de Derecho Público* desde que la fundamos en 1980, conformada por extractos de jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia (hasta 1999), y del actual Tribunal Supremo de Justicia (a partir de 2000), así como de las Cortes de lo Contencioso Administrativo que se establecieron en 1976. Mary Ramos, además, desde el primer número de la *Revista*, ha tenido a su cargo la Secretaría de Redacción de la misma, contribuyendo a asegurar su continuidad en las últimas cuatro décadas. Sea esta, entonces, una nueva oportunidad de agradecerle su dedicación y colaboración, sin la cual la *Revista de Derecho Público* no habría podido ser lo que ha sido y lo que es hoy.

Aún cuando la doctrina jurisprudencial fundamental en materia de derechos humanos puede decirse que se ha producido en los últimos cuarenta años, nos pareció que dada la envergadura de la obra podía incorporarse el trabajo de sistematización global, del material de jurisprudencia de años anteriores, y particularmente el que comprendió el período 1930 hasta 1975, que yo había estudiado y recopilado personalmente, en mis trabajos en el Instituto de Codificación y Jurisprudencia (1960-1962) y en el Instituto de Derecho Público (1960-1987), y que fue publicado en la obra *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1975)* y *Estudios de Derecho Administrativo*, la cual en siete tomos edité con el sello del Instituto de Derecho Público, y está agotada desde hace muchos años. El volumen IV de esa obra, precisamente estuvo dedicado al tema de los derechos y garantías constitucionales, y su contenido con el material jurisprudencial correspondiente a esos años 1930-1975, con mi acuerdo, Mary Ramos lo ha incluido en esta obra integrado en la sistematización global de la misma abarcando entonces el período desde 1930 hasta 2023.

Sé del tiempo, mucho tiempo y dedicación, que implicó completar esa sistematización general de todo el extenso material de jurisprudencia de derechos humanos que conforman esta obra. Verla ya concluida con miras a su publicación en la Colección sobre *Jurisprudencia* de la Editorial Jurídica Venezolana, realmente da gran satisfacción, dado su objetivo fundamental que no es otro sino el de poner a disposición de los estudiosos e interesados, de toda la doctrina jurisprudencial en la materia, para que pueda ser un útil instrumento de consulta.

Como la Jurisprudencia sistematizada abarca ese período 1930-2023, durante el cual funcionaron Altos Tribunales de distintas denominaciones, en los extractos de jurisprudencia se han conservado las diversas abreviaturas que se utilizaron cuando se elaboraron, que se son las siguientes: En relación con los tribunales: **CFC**: Corte Federal y de Casación; **CF**: Corte Federal; **CSJ**: Corte Suprema de Justicia; **TSJ**: Tribunal Supremo de Justicia; **CP**: Corte Plena; **SP**: Sala Plena; **SC**: Sala Constitucional; **SPA**: Sala Político Administrativa; **SE**: Sala Electoral; **SCC**: Sala de Casación Civil; **SCP**: Sala de Casación Penal; **CPCA**: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; **CSCA**: Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

En relación con las publicaciones se utilizó las siguientes abreviaciones: **M**: *Memoria* de la Corte Federal y de Casación; **GF**: *Gaceta Forense*; **G.O**: *Gaceta Oficial*; **PT**: *Jurisprudencia Oscar Pierre Tapia*; **RDP**: *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana

En virtud del volumen de la obra, que ha llegado a cerca de dos mil páginas, Mary no incluyó la jurisprudencia en materia específica de amparo constitucional, que con toda seguridad conforma en sí misma un volumen, la cual esperamos se pueda recopilar y publicar en un volumen aparte.

Tenemos, en todo caso, una obra fundamental, que a todos los estudiosos del derecho público le va a permitir tener acceso a toda la jurisprudencia en materia de derechos y garantías constitucionales, que se ha dividido en las siguientes partes: en el Tomo I: *el régimen general de los derechos constitucionales; las garantías constitucionales; y los derechos individuales*; y en el Tomo II: *los derechos sociales, educativos y culturales; los derechos económicos; los derechos políticos; los derechos ambientales y los derechos de los pueblos indígenas*.

Nuestro agradecimiento además a Mirna Pinto por su trabajo en el levantamiento de los textos para preparación de esta edición, la cual por su volumen, sin duda fue muy compleja.

Allan R. BREWER-CARÍAS
New York, abril 2024

SUMARIO

TOMO I

PRIMERA PARTE

EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

- I. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES
- II. LOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS HUMANOS
 1. *El principio de la preeminencia de los derechos de la persona y de la dignidad humana*
 2. *El principio de la progresividad de los derechos*
 3. *El principio de la integralidad e interdependencia*
 4. *El principio enunciativo de la declaración de derechos y la cláusula abierta de los derechos inherentes a la persona*
 5. *El principio de la irrenunciabilidad de los derechos*
- III. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES (PERSONAS JURÍDICAS)
- IV. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DECLARADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES
 1. *Reconocimiento de la primacía de las normas de tratados internacionales en materia de los derechos humanos*
 2. *Desconocimiento del rango supraconstitucional de los tratados y de las decisiones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*
- V. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD: EL DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD Y SUS LIMITACIONES (ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES)
 1. *La libertad y el ámbito de su limitación*
 2. *Límites a las limitaciones: el núcleo esencial de los derechos*
- VI. LA APLICABILIDAD INMEDIATA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL TEMA DE LAS NORMAS PROGRAMÁTICAS
- VII. LOS DERECHOS INHERENTES AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
 1. *El derecho a la supremacía constitucional*
 2. *El derecho a la democracia*
 3. *El derecho a la separación de poderes*
 4. *El derecho a la distribución vertical del poder*

5. *Derecho a la seguridad jurídica*
 6. *Derecho a la resistencia*
- VIII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES
1. *El deber de protección*
 2. *La obligación del Estado de investigar las violaciones de derechos por autoridades del Estado. Delitos de lesa humanidad*

SEGUNDA PARTE

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

- I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS
- II. LA GARANTÍA DE LA RESERVA LEGAL
1. *Reserva legal en materia de limitaciones a los derechos*
 2. *Reserva legal en materia de sanciones*
 3. *La reserva legal en materia tributaria*
- III. LA GARANTÍA DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY
- IV. LA GARANTÍA OBJETIVA DE LA CONSTITUCIÓN: LA NULIDAD DE LOS ACTOS VIOLATORIOS DE DERECHO HUMANOS Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS
- V. LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA NO DISCRIMINACIÓN
1. *Sentido general del principio de igualdad*
 2. *El principio de la igualdad de género*
 3. *Igualdad para contraer matrimonio*
 4. *Igualdad de los niños*
 5. *La igualdad en materia laboral, de empleos y ascensos*
 6. *Igualdad en materia de pensiones y seguridad social*
 7. *Igualdad en materia de protección a la maternidad*
 8. *Igualdad en el proceso*
 9. *El principio de igualdad de los partidos políticos*
 10. *La igualdad en materia electoral*
 11. *El principio de igualdad en procedimientos concursales: licitaciones*
 12. *El principio de igualdad en materia tributaria*
 13. *Igualdad de las personas jurídicas (morales)*
 14. *La igualdad y las prerrogativas del Estado*
- VI. LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA
1. *Derecho a la justicia*
 2. *El derecho a accionar (acceso a la justicia)*
 - A. *El principio pro actione*
 - B. *Derecho a la jurisdicción*
 - C. *La proscripción del solve et repete*
 - D. *La necesaria asistencia de abogado*
 - E. *El tema de la pérdida de interés procesal*
 3. *Los derechos e intereses colectivos o difusos*
 4. *Objeto del proceso*
 5. *El derecho a la justicia gratuita*

6. *Derecho a la justicia material*
7. *Acceso a la justicia y procedimiento administrativo*
- VII. LA GARANTÍA A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
 1. *Principios generales*
 2. *El derecho de petición judicial y la oportuna respuesta*
 3. *El derecho a la justicia oportuna y expedita*
 4. *Derecho a ser amparado*
 5. *Tutela judicial efectiva y condiciones de admisibilidad en materia contencioso-administrativa*
 6. *Tutela judicial efectiva y la perención de la instancia*
 7. *Derecho a las medidas cautelares*
 8. *Derecho a la ejecución de fallos*
- VIII. LA GARANTÍA Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO
 1. *Principios generales*
 2. *Derecho a la defensa*
 - A. *Principios generales*
 - B. *Igualdad de las partes y derecho a la defensa*
 - C. *Derecho a ser citado y a ser oído*
 - D. *Medidas cautelares inaudita parte*
 - E. *El derecho a la asistencia de abogado*
 - F. *Derecho a la prueba y carga de la prueba*
 - G. *Particularidades del derecho a la defensa en el procedimiento judicial*
 - a. *Principios generales*
 - b. *Defensor ad litem*
 - c. *Principio de que las partes están a derecho*
 - H. *Particularidades en el procedimiento administrativo*
 - a. *Principios generales*
 - b. *El derecho de acceso al expediente*
 - c. *La defensa en los procedimientos sancionatorios*
 - d. *La defensa en los procedimientos revocatorios*
 - e. *La defensa en los procedimientos disciplinarios*
 - f. *La defensa en los procedimientos de destitución*
 - g. *La defensa en otros procedimientos ablatorios*
 - h. *La defensa en los procedimientos internos ante partidos políticos*
 - i. *Las vías de hecho: la ausencia absoluta de procedimiento*
 3. *La presunción de inocencia*
 4. *El derecho al ser juzgado por su juez natural, competente, independiente e imparcial*
 5. *El principio non bis in idem*
 6. *El derecho a la estabilidad de los juicios y la cosa juzgada*
 7. *El derecho a la doble instancia*
- IX. EL RÉGIMEN DE LA RESTRICCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
- X. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL DEFENSOR DEL PUEBLO

TERCERA PARTE
LOS DERECHOS INDIVIDUALES

- I. EL DERECHO A LA VIDA
- II. EL DERECHO AL NOMBRE Y A LA IDENTIDAD
- III. EL DERECHO A LA NACIONALIDAD Y A LA CIUDADANÍA
 1. *La Nacionalidad y su régimen constitucional*
 2. *La nacionalidad originaria*
 3. *La nacionalidad derivada: la naturalización*
 4. *Igualdad y diferenciación entre venezolanos por nacimiento y por naturalización*
 5. *Prohibición de extradición de nacionales*
 6. *La ciudadanía*
 7. *Los extranjeros*
- IV. DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y A LA SEGURIDAD PERSONAL Y SU INVOLABILIDAD
 1. *La libertad personal*
 2. *Privación de libertad como potestad exclusiva de los jueces excepto en casos de flagrancia*
 3. *Detención en caso de flagrancia*
 4. *Derecho a ser juzgado en libertad*
 5. *La libertad personal y pena de sujeción a vigilancia de autoridad*
 6. *Derecho a la integridad personal*
 7. *La prohibición de la desaparición forzosa de personas*
 8. *Derecho a la seguridad ciudadana*
- V. EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR DOMÉSTICO Y DEL DOMICILIO
- VI. INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS
- VII. DERECHO A RECOPIRAR Y A TENER ACCESO A LA INFORMACIÓN PERSONAL
 1. *El acceso a la información personal y el habeas data*
 2. *El derecho a la información administrativa*
 3. *Derecho de protección de datos personales*
- VIII. LIBERTAD DE TRÁNSITO
 1. *Derecho al libre tránsito*
 2. *Derecho a cambiar de domicilio*
 3. *Libertad de salir y entrar al país*
 4. *Libre entrada y salida de instituciones públicas*
- IX. EL DERECHO DE PETICIÓN Y A LA OPORTUNA RESPUESTA
- X. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN
- XI. EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO
 1. *El derecho a expresar el pensamiento, derecho a informar y sus limitaciones*
 2. *Problemas de la protección mediante amparo*
 3. *Derecho a rectificación y respuesta*
- XII. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN
- XIII. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE EJERCICIO DE CULTOS

- XIV. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL HONOR Y LA INTIMIDAD
 - 1. *Derecho al honor y a la reputación*
 - 2. *Derecho a la intimidad*
 - 3. *Reputación de las personas jurídicas*
- XV. EL DERECHO DE PROTECCIÓN POR PARTE DEL ESTADO

TOMO II

CUARTA PARTE

LOS DERECHOS SOCIALES, EDUCATIVOS Y CULTURALES

- I. MARCO GENERAL DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS DE PRESTACIÓN Y SU JUSTICIABILIDAD
- II. LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN
 - 1. *Protección de la familia y obligación del Estado*
 - 2. *La protección de la maternidad*
 - 3. *La protección del matrimonio entre un hombre y una mujer*
 - 4. *La protección de los niños y los derechos de los jóvenes*
 - 5. *Protección de la mujer*
- III. EL DERECHO A LA VIVIENDA
- IV. EL DERECHO A LA SALUD Y A SU PROTECCIÓN
 - 1. *Derecho a la salud y a su protección*
 - 2. *El servicio público de salud y el derecho a la participación de la comunidad organizada*
- V. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 1. *Derechos de la seguridad social*
 - 2. *Derecho a la pensión de jubilación*
- VI. LOS DERECHOS LABORALES
 - 1. *El derecho y el deber de trabajar*
 - A. *Ámbito*
 - B. *Derecho de las personas naturales*
 - C. *Las limitaciones legales*
 - 2. *La jornada laboral y el derecho al descanso*
 - 3. *El derecho al salario*
 - 4. *El derecho a prestaciones sociales*
 - 5. *El derecho a la estabilidad laboral*
 - 6. *El derecho a la sindicalización*
 - 7. *El derecho a la huelga*
 - 8. *La irrenunciabilidad de los derechos*
 - 9. *Protección de los derechos laborales*
- VII. LOS DERECHOS RELATIVOS A LA CULTURA
- VIII. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN
 - 1. *El derecho y el servicio público de la educación*
 - 2. *La gratuidad de la educación*

3. *Ámbito del derecho*
4. *La educación en el marco del sistema educativo*
- IX. EL DERECHO A EDUCAR (LIBERTAD DE ENSEÑANZA)
- X. EL DERECHO AL DEPORTE

QUINTA PARTE

LOS DERECHOS ECONÓMICOS

- I. MARCO GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA
- II. LA LIBERTAD ECONÓMICA
 1. *Derecho al desarrollo de actividades económicas*
 2. *Ámbito de la libertad económica*
 3. *Las limitaciones a la libertad económica y de contratar*
 4. *Reserva Legal*
 5. *El régimen de las profesiones liberales*
 6. *Libertad económica y servicios públicos*
 7. *Derecho a la calidad de bienes y servicios*
- III. LA GARANTÍA DE LA LIBRE COMPETENCIA
- IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA GARANTÍA DE LA EXPROPIACIÓN
 1. *Ámbito*
 2. *Limitaciones y la garantía de la reserva legal*
 3. *Limitaciones a la propiedad con motivo de la ordenación urbanística*
 4. *Limitaciones a la propiedad con motivo de la ordenación del territorio (Parques Nacionales)*
 5. *La garantía de la expropiación*
 6. *La prohibición de la confiscación*

SEXTA PARTE

LOS DERECHOS POLÍTICOS

- I. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA
 1. *El principio de participación y sus implicaciones*
 2. *Medios de participación*
 3. *El derecho a referendos*
 - A. *Referendos Consultivos*
 - B. *Referendos revocatorios*
 4. *Derecho a participar en el proceso de formación de las leyes y normas*
- II. EL DERECHO A ELEGIR Y LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
 1. *Derecho al sufragio*
 2. *El registro electoral*
 3. *Principio de elección directa*
 4. *Voto secreto*
 5. *Los electores: derecho a elegir*
 6. *El derecho al sufragio en entidades privadas*
 7. *El principio de la representación proporcional*
 8. *Representación indígena*

- III. EL DERECHO A SER ELECTO
 - 1. *Condiciones de elegibilidad*
 - 2. *La inconstitucional aceptación de la inhabilitación política para ser electo decretada por órganos administrativos*
 - 3. *El derecho a la reelección*
 - 4. *Mayorías y escrutinio*
 - 5. *La nulidad de elecciones*
- IV. DERECHO A POSTULAR CANDIDATOS
 - 1. *Las postulaciones*
 - 2. *La sustitución de postulaciones*
- V. EL DERECHO DE ASOCIARSE POLITICAMENTE (PARTIDOS POLÍTICOS)
 - 1. *El régimen de los partidos*
 - 2. *Requisitos de constitución*
 - 3. *Los métodos democráticos en los partidos*
 - 4. *El financiamiento de los partidos políticos*
 - 5. *La renovación de los partidos políticos*
- VI. EL DERECHO A OCUPAR Y EJERCER CARGOS PÚBLICOS
- VII. EL DERECHO A MANIFESTAR

SÉPTIMA PARTE

LOS DERECHOS AMBIENTALES

OCTAVA PARTE

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS

CUARTA PARTE
LOS DERECHOS SOCIALES, EDUCATIVOS Y
CULTURALES

I. MARCO GENERAL DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS DE PRESTACIÓN Y SU JUSTICIABILIDAD

TSJ-SC (85) 24-1-2002, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros, RDP N° 89-90/91-92, 2002, pp. 104 y ss.

6.- Los derechos prestacionales

Por otra parte, la Sala debe puntualizar que la fórmula: Estado Social de Derecho tiene carácter jurídico, convirtiéndose en uno de los principios del actual orden constitucional, pero de ella (aislada) no se deducen pretensiones jurídicas inmediatas por parte de los ciudadanos, sino criterios interpretativos para quien aplica las normas constitucionales o las de rango inferior al Constitucional, así como pautas de orientación de la actividad de los poderes públicos.

Dada la corresponsabilidad social entre el Estado y los particulares es un deber de todos dentro de un Estado Social de Derecho, abogar por la armonía o paz social, sobre todo en materias de interés social, y este criterio debe privar al interpretarse los derechos sociales, entendidos éstos en extenso (no sólo los denominados así por la Constitución, sino también los económicos, los culturales y los ambientales).

Ahora bien, como ya lo apuntó la Sala, el Estado Social desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad.

La Sala repite, una vez más, que las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchas tienen límites difusos o son indeterminadas, pero el Juez Constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ellas se emite.

En un Estado responsable y agente del proceso productivo y de las decisiones de política económica, los derechos sociales se vinculan a normas que prescriben un fin o declaran un valor, sin especificar los medios para su consecución o las situaciones en que debe ser realizado, y así lo que para los poderes estatales o los obligados es una norma jurídica, para los ciudadanos se convierte en garantía de transformación de obligaciones jurídicas del Estado en derechos subjetivos del individuo.

Entre los derechos sociales los hay que implican una prestación determinada, dentro de una relación jurídica que crea vínculos concretos, como los contemplados -por ejemplo- en los artículos 89, 90 y 91 constitucionales.

Hay otros que implican una prestación indeterminada hacia personas concretas o grupos individualizados, pero de posible cumplimiento por quien la debe, ya que lo que se exige es una mínima actividad en ese sentido. El artículo 99 constitucional sería un ejemplo de ellos.

Otros derechos prestacionales resultan con mayor indeterminación, tanto en lo debido como en quienes son sus titulares, y su cumplimiento depende de que surjan determinadas condiciones; sólo si ellas existen podrán cumplirse, como sería el caso del derecho consagrado en el artículo 82 constitucional.

Ahora bien, en muchos casos la Constitución establece como derechos de prestación a figuras de imposible cumplimiento (por lo indeterminado) sin un debido respaldo legal; en estos supuestos, mientras no surja el desarrollo legislativo, no se está ante verdaderos derechos, sino frente a políticas constitucionales que requieren de otros complementos para su aplicación. Este tipo de norma, al contrario de las anteriores, no genera derechos subjetivos y muchas de ellas lo que aportan son principios.

El cumplimiento de los derechos de prestación pueden ser accionados por quienes se consideren sus titulares, pero las formas de accionar son variables. Una de estas son las acciones por derechos e intereses difusos; y para lograr el cumplimiento de los derechos prestacionales la jurisdicción constitucional tiene que dar cabida a variantes del derecho de acción, ya que de no ser así los derechos prestacionales podrían quedar sin efectividad.

El Estado debe cumplir a la población en las áreas de interés social, de acuerdo a lo que la Constitución y las Leyes pauten, sobre todo cuando al Estado le corresponde la vigilancia y el control de determinadas actividades propias o de los particulares. Si esa función falla, los ciudadanos tienen el derecho de exigirle al Estado que cumpla, pero muchas veces el incumplimiento proviene de la omisión de actividades propias de la administración o de actos administrativos que por su naturaleza causan daños individuales mínimos, casi imperceptibles, motivo por el cual no son reclamados por los ciudadanos (permisos ilegales, exenciones mínimas, autorizaciones, etc.), ya que individualmente no contraen un perjuicio que amerita acudir a la jurisdicción, o que de hacerlo resultaría muy oneroso para el demandante, pero que si se suman o se contemplan como un universo, agravan las necesidades sociales, como -por ejemplo- cuando con mínimos cobros ilegítimos, el cobrador obtiene un lucro desproporcionado a la prestación debida o a su calidad.

Se trata de incumplimientos que aislados pueden crear daños leves que no vale la pena reclamarlos individualmente, pero que observados desde una sumatoria de los mismos resultan lesiones graves para la sociedad o partes de ella. Pretender que la vía para obtener la reparación de estos daños son las clásicas demandas por nulidad de los actos administrativos es una irrealdad, ya que es la conducta omisiva o ilegal del Estado, o de los particulares deudores de la prestación social, la que en bloque produce los actos dañinos a la actividad, y en criterio de esta Sala, esa desviación de poder continuada, producto de una falta en la actividad estatal o de su colusión con los particulares, permite a las víctimas acciones por derechos o intereses difusos, o de otra naturaleza, cuando la prestación incumplida total o parcialmente atenta contra el débil jurídico y rompe la armonía que debe existir entre grupos, clases o sectores de población, potenciando a unos pocos a costas del bien común. El restablecimiento o mejora de la calidad de la vida se convierte en el objeto de las acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, más que la solución de un problema particular en concreto.

La explotación de actividades de trascendencia social, que realiza o permite el Estado, crea en quienes las practican un conjunto de deberes y obligaciones señalados en la ley, pero establecidos en atención a valores o intereses de la colectividad; es decir, en razón a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes o actividades está llamada a cumplir. Por ello, los derechos subjetivos o los intereses individuales que tras estos subyacen, deben incluir la necesaria referencia a la función social, como parte integrante del derecho mismo. Los derechos del Estado o de los particulares en estas áreas deben unir: utilidad individual y función social sobre cada categoría de utilización y explotación de bienes o servicios de trascendencia social. De allí que los derechos que nacen a favor del Estado o de los particulares que ocupen su puesto, o que actúan en áreas de interés social, no pueden ser absolutos, sino que están limitados sus beneficios en función de que no perjudiquen razonablemente a los débiles; sobre todo teniendo en cuenta que los particulares que allí obren, al revés del Estado, persiguen fines de lucro. Este es el status de los derechos de los particulares concesionarios o autorizados para obrar en áreas de interés social.

El gran control de una democracia participativa, en materia de derechos de prestación y en otros que los complementan, radica en que ante la jurisdicción puede exigirse la prestación contra los deudores, a fin de exigirles el cumplimiento de manera general, no atado a las concretas demandas de nulidad de actos administrativos, y esta es la situación que se ha presentado en este caso, cuando se demanda en particular a entes públicos.

TSJ-SC (1002) 26-5-2004, Magistrado Ponente: Antonio García García, Caso: Federación Médica Venezolana vs. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, RDP N° 97-98, 2004, pp. 143 y ss.

La Sala Constitucional concluye: a) Que los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional; b) que para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos debe existir un relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo; c) la actividad estatal destinada a satisfacer la procura existencial es una actividad de gran contenido político; d) que esa actividad puede traducirse bien en actos o bien en políticas; e) que esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos, no en los políticos; f) que las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional sino de control político; g) que esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos.

Determinada la competencia de esta Sala para conocer el amparo constitucional ejercido, según se desprende de la decisión N° 1889/2003, procede directamente a pronunciarse acerca del mérito del asunto, en los términos siguientes:

La Sala anunció en el dispositivo del fallo que existe diferencia entre los derechos civiles y políticos, y los de tercera generación, afirmación que, por las características propias del acto donde fue realizada, carece de las precisiones necesarias. La dicotomía entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales fue establecida desde los trabajos preparatorios de los dos Pactos de Naciones Unidas, y sobre todo, en la decisión tomada por la Asamblea General en 1951 de elaborar no uno, sino dos instrumentos que tratasen, respectivamente, las dos categorías de derechos como una expresión de la idea que los derechos civiles y políticos eran derechos susceptibles de aplicación inmediata -por requerir obligaciones de abstención por parte del Estado-, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva -por implicar obligaciones positivas-, criterio que igualmente fue recogido en la Carta Social Europea -en cuyo proceso de negociación se tenía la convicción de que sería difícil garantizar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales mediante un control judicial-, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Reconsiderada la supuesta diferencia entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos, la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán (1968) proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, postura que fue avalada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, según la Resolución 32/130.

Conforme al texto de la indicada Resolución, entre las dos categorías de derechos no puede haber más que complementariedad, nunca antinomia. Los llamados derechos de solidaridad interactúan con los derechos civiles y políticos; sin embargo, esa afirmación, certera por demás, no alejó para aquél entonces, ni ahora, todas las incertidumbres del debate sobre la distinción entre el rol de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales y los límites a establecer a sus acciones en lo que concierne a los derechos civiles y políticos (basta con mirar las Resoluciones 43/113, 43/114 y 43/125 donde se insiste en la necesidad de establecer una atención igual a ambos derechos), pues está aún en plena discusión la diferencia del grado de exigibilidad de las obligaciones que de esos derechos se derivan frente al Estado, para muestra la gran pruden-

cia de los países cuando se trata de asumir obligaciones más amplias que no están seguros de tener capacidad real para cumplirlas (por ejemplo, aunque ha existido un notable progreso no existe actualmente una posición definitiva en cuanto a la incorporación de ciertos derechos adicionales en el *corpus* de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Consejo de Europa prefirió, por el momento, situar algunos derechos económicos y sociales bajo el sistema de protección de la Carta Social Europea).

Esta circunstancia ha centrado la discusión en la búsqueda de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que indica que la Sala no está ante un debate superado, ni mucho menos ante una problemática que cuente con soluciones que agoten la discusión -la profusa doctrina que existe al respecto puede dar cuenta de ello-.

El hecho de que existan algunos derechos económicos, sociales y culturales que se caracterizan por requerir, al igual que los derechos civiles y políticos, obligaciones de abstención por parte del Estado, sólo permite hacer, hasta ahora, una única afirmación irrefutable: la diferencia existe, solo que ya no en el plano normativo sino en el procesal u operacional porque no es absoluta.

Esa dificultad operacional o procesal de los derechos económicos, sociales y culturales se explica porque su implementación confronta la crisis del endeudamiento y el consecuente empobrecimiento de los países (especialmente los Latinoamericanos), pues la realización de los mismos depende de los recursos existentes, comprometiéndose los Estados sólo a disponer los medios para alcanzar objetivos progresivos; sin embargo, se le recrimina que es precisamente en los períodos de crisis que se impone su plena vigencia, particularmente en relación con los miembros más vulnerables de la sociedad.

En ese estado de las cosas el constituyente de 1999 no se conformó con incorporar en la Carta Magna la cláusula de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2), sino que también estableció como derechos fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales que, conjuntamente con el valor normativo de la Constitución, exigen de la Sala un esfuerzo teórico, claro está, no definitivo, para compaginar esas dos caras ineludibles de tales derechos. La solución que se dé, más allá de ser de contenido jurídico, debe contar con una gran carga de sensatez y ser producto de un esfuerzo hermenéutico tendente a extraer la máxima operatividad de los preceptos que conforman nuestra Constitución económica, social y cultural, en virtud que, de obviarse eso, tacharía de demagógica cualquier decisión que se dicte al respecto al ser fallos por definición inejecutables.

Atendiendo a ello se debe señalar que el Estado Social de Derecho es el Estado de la *procura existencial*, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un *standard* de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos.

Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos, por sí mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, qué debe ser entendido como interés público.

Al contraste de esto, al menos en la Constitución de 1999, se estipula simultáneamente como derechos fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales, lo que implica, de por sí, consecuencias muy específicas: entre ellas, que le es aplicable -en principio- la tutela mediante amparo porque nuestro Texto Fundamental, a diferencia de otros ordenamientos, no discrimina esa garantía para cierta clase de derechos, y su vinculación inmediata, ya que en nuestro ordenamiento la Carta Magna contiene un valor normativo que pregona su exigencia automática, desconociendo lo que la doctrina denomina derechos programáticos.

Por tanto, al tener en esos términos los derechos económicos, sociales y culturales rango de derechos fundamentales, gozan, indiscutiblemente, de tutela jurisdiccional, pues, en caso contrario, no se estaría ante un derecho sino ante una aspiración de valor moral. El asunto es determinar cuándo se está exigiendo el cumplimiento de un derecho económico, social o cultural, y cuándo se está exigiendo que la Administración cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho, ya que en uno u otro caso las formas de exigencias son totalmente distintas, diferenciación que pasa, necesariamente, por el reconocimiento del valor político de la actividad estatal destinada a satisfacer la *procura existencial*, y por la definición del núcleo esencial de cada uno de los derechos en juego.

En el primer caso se debe empezar por afirmar que la política, ciertamente, preponderantemente se manifiesta en actos, pero también se concreta en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público, lo que quiere decir que la política no se agota con el actuar jurídico. En aquel entendido los actos sí son controlables por los órganos jurisdiccionales, pero sólo en sus elementos jurídicos (conformidad a derecho de una actuación específica, no general o abstracta). Los criterios de oportunidad y conveniencia escapan del control del juez, así como también escapan, por ejemplo, los elementos políticos de los actos administrativos o de gobierno, o las razones de oportunidad y conveniencia de las leyes (*Vid. Sent. N°1393/2001 SC/TSJ*). De lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio -ya se verá que esa exclusividad posee algunas matizaciones-, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la *procura existencial*, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores), lo cual en modo alguno implica reivindicar la tesis de los actos excluidos, teoría superada con argumentos tan contundentes que sería ocioso tratar de reproducirlos en esta sentencia, pues lo que se pretende es recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos.

En efecto, está perfectamente consolidada la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público que puedan desarrollarse al margen del Derecho, de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, sobre los objetivos económicos, en general, lo que esta Sala ha denominado elementos jurídicos, forman un entramado vinculante para una decisión que, aun discrecional políticamente, no se desarrolla, en este sentido, al margen del Derecho.

No obstante, en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial.

La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como producto de la naturaleza de su función, esto es, como una derivación del principio de división de poderes que estatuye un ámbito reservado para cada Poder que excluye la sustitución de voluntades, y que en la relación Gobierno-Poder Judicial impide que el control jurisdiccional sea la medida de la suficiencia de la carga prestacional.

Por ende, la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista; sin embargo, que el Poder Judicial no pueda controlar la legitimidad de las políticas y, simultáneamente, esté habilitado para controlar la juridicidad del actuar estatal no puede asumirse como contradictorio. En este sentido, comparte la Sala lo expuesto por Schmidt-Assmann (*Cfr. Grundgesetz Kommentar, Beck, München*), quien, vale acotar, si bien proclama la sumisión absoluta al Derecho de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, indica que “[l]as valoraciones políticas de esta clase corresponde al Gobierno Federal. La Ley Fundamental sólo pone para este poder de juicio los límites de la ostensible arbitrariedad. El

*Tribunal Constitucional Federal no tiene que controlar dentro de estos límites, si las valoraciones de esta clase son acertadas o no, puesto que para ello carece de medida jurídica; de esas valoraciones sólo se responde políticamente” (Vid. Antonio Embid Irujo, “La Justiciabilidad de los Actos de Gobierno (de los Actos Políticos a la Responsabilidad de los Poderes Públicos)”, en *Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 2697-2739).*

Este criterio también es compartido por el Tribunal Constitucional español, tan seguido por nuestro foro, en su sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, en la que indicó que “[e]l Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan -por la propia función que compete al Tribunal- toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control del Congreso (...). El Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función, y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión del gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático”.

Ahora, que las políticas, en principio, estén exentas de control judicial no por eso escapan a un control, sólo que el que le es aplicable es el político que también está dispuesto constitucionalmente. Los órganos que ejercen el Poder Público obran bajo su propia responsabilidad, que puede ser cuestionada en el plano político, lo que significa que son susceptibles de sufrir la desautorización sobre el modo de ejercicio de la gestión política, pero ese proceso de deslegitimación no puede ser calificado por el Poder Judicial, salvo que se trate de establecer la responsabilidad administrativa por los daños producidos como consecuencia de la actuación que se juzga política y dejando al margen, así mismo, que un derecho fundamental sea afectado por esa decisión, lo que al final, por cierto, deja de ser un control sobre los elementos políticos del acto para pasar a ser un control sobre los elementos jurídicos del mismo.

Para el segundo de los supuestos -la identificación del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales-, ayuda en mucho que se esté en presencia de una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un grupo de estos que amerite la tutela del derecho lesionado a través de los órganos jurisdiccionales, como por ejemplo sucedió en el caso decidido por la sentencia N° 487/2001 (caso: *Glenda López y otros vs. IVSS*), en el que los accionantes figuraban como afiliados al sistema de seguridad social, y, sin embargo, no se les suministraba el tratamiento médico, o el caso decidido por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, el 14 de agosto de 1998 (caso: *Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A.*), o por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el 13 de diciembre de 2001 (caso: *Abel Peñalosa y otros vs Consejo Nacional de la Vivienda*). No obstante, en este punto se debe aclarar que la identificación del contenido mínimo no puede pretender sugerir determinadas políticas como las únicas, mejores o más satisfactorias para alcanzar la realización de un derecho, sino fijar un marco básico de referencia cuya insatisfacción permita establecer el incumplimiento de las obligaciones del Estado, independientemente de las políticas implementadas.

Según las ideas expresadas en los párrafos anteriores se concluye, hasta ahora, que: a) los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional; b) para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos debe existir un relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo; c) la actividad estatal destinada a satisfacer la procura existencial es una actividad de gran contenido político; d) que esa actividad puede traducirse bien en actos o bien en políticas; e) que esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos, no en los políticos; f) que las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional sino de control político; g) que esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos.

Sin embargo, no escapa a la Sala la relación obligatoria que existe entre políticas económicas, sociales y culturales y derechos económicos, sociales y culturales, pues del desarrollo, eficacia y eficiencia de las primeras dependerá, indefectiblemente, el ejercicio o transgresión de los segundos, lo que justifica, como se desarrollará en los párrafos subsiguientes, que esa imposibilidad de control jurisdiccional sobre las políticas sea objeto de algunas matizaciones.

La labor judicial consiste, esencialmente, en señalar transgresiones. El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo o Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, como una manifestación del principio de división de poderes, que, de quebrantarse, conduciría a un gobierno de los jueces. Ese carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere una rigurosa *actio finium regundorum* entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: aquello que el Poder Judicial no puede hacer por motivo, justamente, de su naturaleza cognitiva; pero también de aquello que, debido a esa naturaleza, puede hacer, esto es, señalar cuáles políticas conducirían a un desmejoramiento de los derechos.

Partiendo de tal premisa y como quiera que la realización de las políticas económicas, sociales y culturales depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social.

En lo que respecta a los mecanismos de control la Sala, haciendo uso de su intención de no exponer agotadoramente el tema, prefiere, por ahora, limitarse a señalar que siendo que el amparo constitucional es de naturaleza restablecedora, la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente las políticas económicas, sociales y culturales no abarca esta garantía constitucional, pero sí quiere destacar que ese control se corresponde completamente con la naturaleza de las funciones que, por mandato constitucional, le han sido asignadas al Defensor del Pueblo.

Queda por definir a quién se le controla las políticas destinadas, por lo menos en lo que a este caso toca, a garantizar un sistema de salud acorde, es decir, qué órgano es el controlado. En tal sentido, según nuestro enunciado constitucional, el derecho a la salud es un derecho que debe ser garantizado por el Estado; por lo que se hace necesario concebir a éste no sólo como el ente político territorial nacional, sino como aquella unidad política a la que los ciudadanos, mediante el pacto social, le ha otorgado potestades para que satisfaga la *procura existencial*, esto es, cualquier ente político territorial. Tal situación es lo que la doctrina patria ha denominado como las competencias concurrentes: aquellas que corresponde ser satisfechas, dada su naturaleza, no sólo por la República, sino también por los Estados, los Distritos Metropolitanos y los Municipios, dentro del ámbito de su capacidad económica, de allí que el cumplimiento de tal derecho debe exigirse tanto a los órganos nacionales como a todos aquellos que, en atención a su ámbito competencial, tengan como función la satisfacción del derecho constitucional en referencia, indistintamente del ente político territorial al cual pertenece. Ahora bien, la Federación Médica Venezolana impugna con el amparo ejercido “(...) *la insuficiente dotación de los insumos, equipos médicos y mantenimiento de la infraestructura hospitalaria a nivel Nacional, y en general todo lo relacionado con la salud (...)*”, pretendiendo que se ordene la remisión de los recursos económicos a los centros hospitalarios, así como la inmediata asignación, ejecución y entrega del presupuesto para la adquisición de los insumos, dotación médica, equipos y materiales instrumentales a los hospitales y ambulatorios del país.

Lo expuesto, en criterio de la Sala, no coincide con el hasta ahora único elemento identificado del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales: la existencia de una relación jurídica perfectamente definida, ya que lo pretendido por la parte accionante es que la Administración nacional -que como se dijo no es la única obligada y, sin embargo, fue señalada como única accionante-, cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho.

En tal sentido, se debe indicar que la cuantía de los presupuestos, su distribución y la consignación de las cantidades necesarias para que los servicios de sus respectivas competencias estén dotados de los medios personales, financieros y materiales que posibiliten una prestación eficiente, es una actividad netamente política, tal como lo señalara, inclusive, la otrora Corte Suprema de Justicia en Pleno, el 20 de mayo de 1997 (caso: *Procurador General de la República vs. Acuerdo del Congreso de la República*), naturaleza que la condiciona como una actividad eminentemente abstracta y constitutiva y, por tanto, imposible de ser objeto de amparo constitucional destinado, como se sabe, al restablecimiento de situaciones jurídicas (concretas) infringidas, de allí que se declare no ha lugar en derecho el amparo ejercido. Así se decide.

Empero, siendo que es imposible desconocer el estado crítico del sistema de salud del país a través de la historia, insta al Defensor del Pueblo a realizar, a la brevedad posible, las reuniones con el Ministerio de Salud, el Instituto Venezolano del Seguro Social, los órganos estatales y municipales (entre ellos al Distrito Metropolitano) a los que se les ha descentralizado ese servicio, para fijar la estrategia administrativa y presupuestaria para mejorar las condiciones en que se encuentra el sistema en referencia, y, en todo caso, se le exhorta a que realice las actuaciones que correspondan de conformidad con las atribuciones contenidas en el Texto Fundamental. Así se decide.

II. LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN

1. *Protección de la familia y obligación del Estado*

Artículo 75 C. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

C. 1961, arts. 73, 75

CPCA 13-08-93, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Dominga Nicomedes vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), RDP N° 55-56, 1993, p.174.

El artículo 73 de la Constitución (1961) dispone:

“El Estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica.

La ley protegerá el matrimonio, favorecerá la organización del patrimonio familiar inembargable y proveerá lo conducente a facilitar cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica”.

Tal disposición es una norma programática, consagratoria de las llamadas “determinaciones de fines del Estado”. No se concede a ningún sujeto de derecho un auténtico derecho subjetivo constitucional. Por lo tanto, a los efectos de la procedencia del amparo, es irrelevante la presunta violación que se haya hecho a la norma transcrita y en consecuencia esta Corte no se pronunciará al respecto.

TSJ-SC (1187) 15-12-2016, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Migdely Miranda Rondón, RDP No 147-148, 2016, pp. 269-270.

Derecho a conformar una familia artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad y el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco a sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley la adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley, La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

En relación con este derecho, el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece lo siguiente:

Artículo 5. Obligaciones generales de la familia e igualdad de género en la crianza de los niños, niñas y adolescentes. La familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas. El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente estas responsabilidades, y para que el padre y la madre asuman, en igualdad de condiciones, sus deberes, responsabilidades y derechos. Asimismo, garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los derechos constitucionales, anteriormente señalados, se encuentran reconocidos en los instrumentos internacionales que a continuación se mencionan y de la manera en que lo dispuso la sentencia número 1456 dictada el 27 de julio de 2006, caso: *Yamilex Coromoto Núñez Godoy*.

2. *La protección de la maternidad*

Artículo 76 C. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

C 1961 art. 74

CSJ-SPA (5) 24-01-85, Magistrado Ponente: Domingo A. Coronil, RDP N° 21, 1985, p. 126.

Al efecto, dispone el artículo 74 de la Constitución Nacional: “La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a

todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables”. Similar derecho consagra el artículo 93 de la misma Carta, al establecer: “La mujer y el menor trabajadores serán objeto de protección especial”.

Como se observa, las transcritas disposiciones no remiten para su vigencia a la Ley, por lo cual su aplicación es rigurosamente necesaria, y así lo afirmó el constituyente al señalar en la Exposición de Motivos correspondiente: “...se deja fuera de toda duda la interpretación de que no pueden quedar las garantías a merced de que exista o no una legislación que explícitamente las consagre y reglamente”. Conceptos que el propio constituyente corrobora, al incluir en las normas constitucionales el artículo 50 en cuyo texto expresa: “La falta reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

CPCA 13-08-93, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Dominga Nicomedes vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), RDP N° 55-56, 1993, pp. 174-175.

..En primer lugar, la disposición “La maternidad será protegida sea cual fuere el estado civil de la madre” (ART. 74, c. 1961); es una disposición programática que no establece ningún derecho constitucional en específico; lo que establece es una determinación de un fin del Estado, cual es, precisamente, la protección de la maternidad.

Por el contrario, la disposición “Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables”; si bien es una disposición programática, establece una verdadera garantía constitucional e implícitamente un derecho constitucional.

En efecto. La garantía es, precisamente, asegurar a todo niño –se califica el sujeto de derecho sobre el cual recae la garantía– protección integral desde su concepción hasta su completo desarrollo, con el fin de que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables. El derecho constitucional es, pues, el que tiene todo niño de desarrollarse en condiciones materiales y morales favorables. La garantía constitucional es la protección integral desde su concepción hasta el completo desarrollo del niño.

Se insiste, pues, en que si bien la disposición citada es programática, lo que programa es, precisamente, una garantía constitucional, consagrando implícitamente el derecho protegido por esa garantía (puesto que sería absurdo concebir una garantía constitucional cuyo derecho protegido no fuese, a su vez, de rango constitucional).

Ahora bien, la norma dispone que la protección integral debe realizarse sin discriminación alguna. Esta es una condición atinente a la garantía constitucional; en tal sentido, si se protege al niño para que se desarrolle en condiciones morales y materiales favorables, pero tal protección implica una discriminación; si bien puede que el derecho constitucional no se esté violando, ocurre que la garantía que protege tal derecho si es violada y el amparo procede igualmente.

CSJ-SPA (5) 24-1-85, Magistrado Ponente: Domingo A. Coronil, RDP N° 21, 1985, pp. 126-127.

Son concluyentes, por lo expuesto, la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección de la maternidad, rechazándose por lo mismo la pretensión de que la falta de legislación impida su aplicación.

Reconocida como ha sido la vigencia de tal derecho, pasemos al estudio de su contenido. Al efecto, las normas sancionadas por el legislador, relacionadas con la garantía en análisis, constituyen la dirección interpretativa que ha de adoptarse en el presente caso, puesto que son ellas la expresión concreta que el legislador ha dado al pensamiento del constituyente. De ese modo, el legislador ha declarado, reiteradamente, de orden público las disposiciones en favor de las ma-

dres, y así lo establece, entre otras, la Ley Tutelar del menor, al señalar (artículo 6): “Las disposiciones de la presente Ley, son de Orden Público”. Tan categórica declaración de la Ley otorga tal carácter a la norma contenida en el artículo 9 de ese mismo cuerpo legal, del tenor siguiente: “El Estado garantiza protección a la mujer embarazada y a la madre”. A este respecto la doctrina venezolana (Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo*) ha dicho: “La falta de una disposición de la amplitud descrita, es uno de los inconvenientes prácticos más graves con que tropieza nuestro sistema de protección a la maternidad: si bien podría estudiarse la posibilidad de restringir en estos casos el derecho a] despido, *aun sin norma legal expresa, por el carácter eminente de Orden Público* que reiteradamente atribuye la ley misma a sus disposiciones en favor de las madres...” (subrayado de la Corte). En el mismo orden y corroborando la existencia de la protección en estudio, la Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del 16 de junio de 1982 (artículo 11, numeral 2º), dispone: “A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y *asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados parte tomarán las medidas adecuadas para...*” (subrayado de la Corte). Similar espíritu informó la recomendación que para la protección a la Maternidad en 1952, formuló la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

Bosquejado así el Derecho Social que implica la protección a la maternidad, y así aplicados al caso en estudio esos conceptos, se aprecia que el artículo 218 del Reglamento a la Ley del Trabajo no extiende indebidamente el alcance y contenido que se le ha dado en Venezuela a tal derecho de rango constitucional; si bien la relación que se establece entre la Ley del Trabajo y la norma reglamentaria en análisis, no es de conformidad literal, tampoco lo es de contradicción, y se adecua tanto al propósito constitucional, como a los principios y contenidos instituidos por el desarrollo legislativo que protege a las trabajadoras embarazadas.

En cuanto al alegato del impugnante, relativo a la discriminación, estima esta Corte que para que se configure tal denuncia, debe existir el discriminado o sujeto pasivo de la misma, pero en el caso en análisis no existen esa persona o personas sometidas a un trato de inferioridad; la discriminación supone la negación de un privilegio o derecho a quien o a quienes corresponda, frente a otros a los que se acuerda, sin existir razón válida para tal diferenciación. Los elementos anotados no están presentes en esta causa; por lo contrario, la protección es obstáculo para una posible discriminación en razón del estado de embarazo y, por consiguiente, constituye, para la embarazada, garantía de estabilidad en su trabajo.

CSJ-SPA (661) 04-12-90, Magistrada Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, Caso: Mariela Morales de Jiménez vs. República (Ministerio de Justicia), RDP N° 45, 1991, pp. 83 y ss.

El derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal constituyen derechos inherentes a la persona humana (artículos 74 y 93 de la Constitución).

Por lo expuesto, es concluyente la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección a la maternidad, rechazándose, en consecuencia, cualquier interpretación tendente a desconocerla por falta de legislación que desarrolle su contenido. De ahí que, para esta Sala, se trata de normas operativas (art. 74, 93, C. 1061), que constituyen derechos subjetivos constitucionales, cuyo cumplimiento y protección es exigible por los ciudadanos y constituye un deber de los tribunales acordar su protección en caso de que sea evidente su vulneración.

Ambas disposiciones constitucionales persiguen, de una manera general, la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, protección especial ésta que debe interpretarse con base en el contenido social que comporta el establecimiento en nuestro sistema de libertades públicas de preceptos de esta naturaleza. En consecuencia, el órgano jurisdiccional, al determinar el alcance de las mismas, debe necesariamente concluir en que no cabe ningún tipo de discriminación en su interpretación y que son el principio fundamental base y apoyo de la existencia del derecho a la inamovilidad en el cargo o empleo de la mujer trabajadora embarazada y, consiguientemente, el derecho a disfrutar plenamente del descanso pre y post-natal requeridos para llevar a feliz término la gestación, en su etapa previa y posterior....

Así, el Convenio 103 relativo a la Protección de la Maternidad, revisado en 1952 en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 39 expresa que toda mujer a la que se aplique el convenio en cuestión tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad, igualmente dicho artículo establece que la duración de este descanso será de doce semanas por lo menos y que una parte de descanso será tomada obligatoriamente después del parto. El mismo artículo precisa que la duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total del descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de esta fecha y otra parte después de la segunda. Asimismo expresa, que en caso de enfermedad que de acuerdo con un certificado médico sea consecuencia del embarazo. La legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario y la duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente. En el mismo Convenio se determina que cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia. (Art. 6).

La Recomendación 93 sobre la Protección de la Maternidad, también emanada de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, contempla un Capítulo sobre descanso de maternidad y sobre la protección del empleo de la mujer embarazada, estableciendo el período antes y después del parto durante el cual es ilegal para el empleador despedir a una mujer. Dicho período de gestación deberá comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 del Convenio sobre la Protección a la Maternidad.

Por su parte, la Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 3.074 Extraordinario del día 16 de diciembre de 1982, establece en su artículo 11, que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre los hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; igualmente consagra el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción.

También expresa que a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio por maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Parte tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, antigüedad o beneficio social; c) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se hayan probado puedan resultar perjudiciales para ella.

De modo que toda esta normativa de carácter *supranacional*, y en particular el mandato contenido en el artículo 74 de la Constitución, consagra la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, materializando tal protección a través de la consagración de la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal.

Con fundamento en tan claras y terminantes disposiciones, esta Corte considera que cualquier intento del patrono o empleador de cercenar el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada sin que medie causal de despido o de retiro por razones disciplinarias y al no permitir el disfrute del derecho al descanso pre y post-natal, constituye una evidente y flagrante violación al principio constitucional consagrado en los artículos 74 y 93 de la Constitución.

CSJ SPA (638) 5-12-91, Magistrado Ponente: Luis H. Parías Mata, Caso: Reina de Jesús Henríquez de Peña vs. Consejo de la Judicatura, RDP N° 48, 1991, pp. 111-112.

Cualquier acto del empleador dirigido a desconocer los derechos de inamovilidad que asiste a la mujer embarazada, así como el consecuente de disfrutar de un descanso previo y posterior al alumbramiento, constituye violación de los derechos consagrados en los artículos 74 y 93 de la Constitución.

En la decisión de fecha 3 de octubre de 1990 (sentencia N° 661, caso *Mariela Morales contra Ministerio de Justicia*), la Sala dejó establecido su criterio en cuanto al carácter de los derechos consagrados en los artículos 74 y 93 de nuestra Constitución, así como en cuanto a la eficacia y protección de los mismos frente a violaciones o amenazas de violación de que puedan ser objeto.

En efecto, considera esta Sala que las citadas disposiciones del Texto Fundamental cuentan con el carácter de normas operativas en las que se contemplan verdaderos derechos subjetivos de rango constitucional inherentes a la persona humana, como son la inamovilidad en el cargo o empleo de la mujer embarazada y el consecuente derecho que le asiste de contar con el disfrute pleno de un descanso pre y post-natal, indispensables para cumplir felizmente el término de gestación, derechos que, conforme al dispositivo contenido en el artículo 50 de dicho texto, no requieren de ley que los reglamente para poder ser exigidos y eficazmente disfrutados por sus titulares; recayendo en los jueces, por mandato del artículo 49, el deber de acordar la debida y oportuna protección ante la evidente violación que de ellos pueda sufrir un ciudadano.

Dentro de este marco general de protección a la maternidad y a la mujer trabajadora, normas de rango supranacional como las invocadas por la solicitante y que han sido analizadas en detalle por el citado precedente jurisprudencias, también consagran estos derechos. Cabe hacer referencia al artículo 3 del Convenio 103, emanado de la Organización Internacional del Trabajo y revisado en la Conferencia de dicho organismo celebrada en 1952, en cuyo texto se consagra en favor de toda mujer a la que tal convenio resulta aplicable, previa presentación de certificado médico que indique la fecha probable del parto, el derecho a contar con un descanso previo y posterior al alumbramiento, siendo obligatorio para la madre guardar por lo menos el posterior, derecho éste complementado por la Recomendación 93 sobre Protección a la Maternidad surgida también de la Conferencia General de la citada organización internacional, la cual en el Capítulo relativo a la protección del empleo de la mujer embarazada, considera como ilegal el acto por el cual el empleador despida a una mujer durante el período anterior y posterior al parto que allí se especifica, el cual inicia el día en que se notifica al empleador, por certificado médico, del estado grávido en que se encuentra la mujer.

Finalmente, entre las medidas a ser adoptadas por los Estados signatarios de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre las cuales se encuentra Venezuela, país que aprobó la referida Convención mediante Ley publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 3.074 del 16 de diciembre de 1982, merece ser destacada una de las enunciadas en el artículo 11, que consiste en implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables, sin pérdida del empleo previo, antigüedad o beneficio social.

Así, forzoso resulta concluir la plena vigencia y exigibilidad del derecho de inamovilidad que asiste a toda mujer embarazada, así como el consecuente de disfrutar de un descanso previo y posterior al alumbramiento, derechos que encuentran consagración constitucional en los artículos 74 y 93 de nuestra Carta fundamental, constituyendo, por tanto, violación a los mismos cualquier acto del empleador dirigido a desconocerlos o incumplirlos sin que exista causal de despido o de retiro por razones disciplinarias.

CSJ-SPA (576) 5-11-92, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo, Caso: Graciela A. Martínez vs. Congreso Nacional (Cámara de Diputados), RDP N° 52, 1992, pp. 96 y ss.

Para alegar la violación del derecho a la inamovilidad en el cargo que asiste a toda mujer embarazada y del derecho al disfrute de un descanso previo y posterior al alumbramiento, es condición *sine qua non* la existencia del embarazo para el momento

En reiterada jurisprudencia esta Sala ha dejado establecido su criterio en cuanto al carácter operativo de los artículos 74 y 93 de nuestra Constitución, que consagran verdaderos derechos subjetivos de rango constitucional...

Por tanto, de más está resaltar la plena vigencia y exigibilidad del derecho a la inamovilidad en el cargo que asiste a toda mujer embarazada y del derecho al disfrute de un descanso previo y posterior al alumbramiento, “constituyendo por tanto violación a los mismos cualquier acto del empleador dirigido a desconocerlos o incumplirlos sin que exista causal de despido o de retiro por razones disciplinarias”. (Caso: *Reina de Jesús Henríquez de Peña vs. Consejo de la Judicatura*, sentencia de fecha 5 de diciembre de 1991).

Ahora bien, para alegar la violación de los referidos dispositivos constitucionales es condición *sine qua non* la existencia del embarazo para el momento del despido o retiro, hecho que, en el caso de autos, aparece contradicho en el informe presentado por los representantes judiciales de la parte accionada, quienes afirman que tal circunstancia se ignoraba para la fecha de la destitución, por tanto no reposa certificado alguno en el expediente administrativo de la funcionaria, que así lo hiciera constar.

Al respecto, estudiadas y analizadas las actas procesales, se observa:

1) Al folio 10, entre los recaudos acompañados al libelo de la demanda, una comunicación de fecha 25 de junio de 1991 (posterior a la fecha de destitución 17-06-91), dirigida por la ciudadana Graciela Martínez Muñoz al Jefe de Personal del Congreso de la República, con sello húmedo que indica acuse de su recibo, en la cual dice anexar “certificado correspondiente a prueba de embarazo, el cual se explica por sí mismo, de fecha 4 de junio de 1991”.

Considera la Sala que dicha notificación, efectuada tan sólo a los seis (e) días hábiles desde la fecha del despido, constituye un lapso más que razonable y justificado para que la supuesta agravante reconsiderara su decisión, obligada a ello, por el estado de gravidez subsistente de la accionante y facultada como lo es para revocar sus actos con base al principio de autotutela más aún cuando dicha notificación constituye un recurso de reconsideración (artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) pues ¿qué otra naturaleza puede tener un documento que se presenta y que dice, como respuesta a un despido: *certificado correspondiente a prueba de embarazo, el cual se explica por sí mismo, de fecha 4 de junio de 1991?*

Queda entonces por analizar el primer aspecto, relevante para el caso *subjudice*, en el contexto de la normativa constitucional (artículos 74 y 93) que se pretende vulnerada.

Al efecto se observa:

El artículo 74 constitucional cuya infracción se denuncia es del siguiente tenor:

“La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables”.

Por otra parte, el artículo 93 *ejusdem*, que también se denuncia como vulnerado establece que “la mujer y el menor trabajador serán objeto de protección especial”. Esta Sala Político-Administrativa, en sentencia de 4 de diciembre de 1990, referente a las normas constitucionales citadas expresó lo siguiente:... (ver *supra*)

La mencionada esclarecedora jurisprudencia es perfectamente aplicable al caso *subjudice*, *aunque* en el caso decidido, la acción de amparo era autónoma y en este es conjunta porque en el fondo, en ambas situaciones, se trata de una violación constitucional.

Debe entonces la Sala concluir que la Cámara de Diputados del Congreso de la República, al persistir en la resolución de despido, infringió los artículos 74 y 93 de la Constitución, con lo cual, el presente amparo procede como medida cautelar y así se declara. (En cuanto a la naturaleza del amparo en el contexto de la acción conjunta, es decir, amparo y nulidad del acto administrativo, *vid. s.SPA*, asignada con el N° 118 de fecha 3 de junio de 1992, caso *Graciela Aurora Martínez Muñoz*).

CSJ-SPA (195) 18-05-93, Magistrada Ponente: Hildegard Rondón de Sansó, Caso: Yllermana T. Celis vs. República (Ministerio de la Defensa. Fuerzas Aérea Venezolana, RDP N° 53-54, 1993, pp. 161-162.

La Corte señala la jurisprudencia y doctrina referente a los principios de tutela de los derechos humanos fundamentales –derecho de protección– de la mujer embarazada.

...Tal como lo estableciera esta Sala Político-Administrativa en sentencia de fecha 3 de diciembre de 1990, esta norma (art. 74, C. 1961) es de inmediato cumplimiento y así lo expresa la Exposición de Motivos de nuestro Texto Fundamental. La Sala en la sentencia citada estableció que la disposición aludida crea derechos subjetivos constitucionales cuyo cumplimiento es exigible por los ciudadanos, y constituye un deber de los tribunales acordar su protección en caso en que resulte evidente que fuera vulnerado. Indicó en esa oportunidad este organismo jurisdiccional que el disfrute del descanso pre y post-natal constituyen derechos inherentes a la persona humana. Recuerda esta Sala, que en la antes señalada sentencia de fecha 3 de diciembre de 1990, con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, al decidir sobre la solicitud de amparo constitucional de la ciudadana Mariela Morales de Jiménez contra la decisión del Ministerio de Justicia, que a juicio de la recurrente violaba los derechos constitucionales de protección a la maternidad, se señaló que, independientemente de la condición de la trabajadora, en el sentido de que, se trate de una funcionaria o no, y de que en el primer caso, sea de libre nombramiento y remoción o de carrera, cualquier remoción debe esperar a que termine el estado de gravidez y se hayan extinguido los correspondientes permisos pre y postnatal. Señaló la Sala en esa oportunidad que:

“...en otras palabras, la desvinculación del servicio debe posponerse por el lapso que falte del embarazo y una vez verificado el agotamiento de los permisos que la legislación especial prevé”.

En sentencia de fecha 5 de diciembre de 1991, al conocer de la solicitud de amparo constitucional de la ciudadana Reina de Jesús Henríquez de Peña contra el Consejo de la Judicatura, con ponencia del Magistrado Luis Enrique Parías Mata, en la cual la solicitante del amparo alegaba la violación entre otros, del derecho a la maternidad y al trabajo, en virtud de haber sido removida encontrándose embarazada, la Sala señaló:

“...no resulta difícil concluir que o está próxima la fecha del alumbramiento o ya éste se produjo y evidenciada como ha quedado la violación de su derecho constitucional a la inamovilidad en el trabajo y como medida de protección a la maternidad y al niño por nacer –el cual, conforme a las disposiciones de nuestro Código Civil se reputa persona desde su concepción– es evidente que se requiere el restablecimiento de la situación jurídica infringida, objetivo para cuyo logro sólo resulta acorde, por su carácter breve y sumario, la vía del amparo constitucional, por lo que la presente acción debe prosperar y así se declara”.

El 19 de noviembre de 1992, en fallo del cual fuera ponente el Magistrado Dr. Alfredo Ducharne Alonzo, la Sala declaró procedente acordar amparo constitucional a la ciudadana Graciela Aurora Martínez, removida del Congreso de la República, cuando se encontraba embarazada. Se ordenó el pago de los sueldos por un monto de cuatro meses y medio correspondiente al período de descanso maternal.

Además de la jurisprudencia de la Corte, los tribunales de instancia, han venido desarrollando una sólida doctrina jurisprudencial que responde a los principios de tutela de los derechos humanos fundamentales. Es así como se protege a la mujer gravida, y al mismo tiempo el ser embrionario que está por nacer. Esta tutela trata de colocar a la gestante en la mejor situación

material y anímica, no sólo por ella misma, sino que, aplicando los nuevos conocimientos sobre la vida intrauterina, trata de permitir al nuevo ser que se forma, un desarrollo cabal, dentro de la serena espera de su nacimiento. Es así como el moderno derecho se acerca a los valores fundamentales del hombre, a través de la protección de los derechos humanos, que intenta hacer efectivas las declaraciones retóricas de los tratados y convenios internacionales, y materializar los postulados que la Constitución establece, no sólo en su Preámbulo, sino en su contexto general, como un bloque de principios éticos y sociales, que constituyen la norma por detrás de la norma, que es el fundamento real del derecho. Esta Sala ratifica la postura que ha venido adoptando en los fallos precedentemente mencionados, cual es la de la protección de la mujer embarazada.

CPCA 13-08-93, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Dominga Nicomedes vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), RDP N° 55-56, 1993, pp. 175-176.

Hechas tales determinaciones se observa que a la accionante, ciudadana Dominga Nicomedes Maraña, se le concedió un permiso desde el día 3 de mayo de 1991 al 25 de julio del mismo año, correspondiente a los períodos pre y postnatal; es decir, doce (12) semanas de permiso, seis (6) de permiso prenatal y seis (6) de permiso postnatal.

Al concederse tales permisos, lo que se busca es, precisamente, la protección del desarrollo del niño. Y puesto que, a juicio de esta Corte, el período de 12 semanas a que se contrae el permiso no es manifiestamente insuficiente a los fines de la protección que se busca, se concluye que el derecho constitucional al desarrollo en condiciones favorables no es violado mediante la concesión de tal permiso; al contrario, como ya se precisó, de lo que se trata es de protegerlo.

Ahora bien, se observa que el permiso pre y postnatal constituye, efectivamente, una de las manifestaciones de la protección integral a que se refiere el artículo 74 ya analizado. Asimismo se observa que lo que la accionante denuncia como violatorio no es la concesión del permiso postnatal como tal –lo cual sería absurdo–, sino el hecho de que no se le concedieron las restantes seis semanas que tendría si se hubiese aplicado la Ley Orgánica del Trabajo, puesto que en tal ordenamiento se prevén doce (12) semanas de permiso postnatal. Tal actuación lo que puede violar, por consiguiente, es la garantía establecida en el artículo 74 de la Constitución; cuestión sobre la cual esta Corte pasa a pronunciarse.

El permiso postnatal por doce (12) semanas a que se refieren los artículos 385 y 386 de la Ley Orgánica del Trabajo es efectivamente una manifestación de la garantía constitucional al derecho que tiene el niño de desarrollarse en condiciones materiales y morales favorables.

A la accionante, se le concede un permiso postnatal únicamente por seis (6) semanas, de conformidad con lo previsto en el artículo 63 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

De esto se deduce que, en todo caso, lo que puede existir al concederse tal permiso es una discriminación, lo que efectivamente constituiría una violación a la garantía constitucional analizada, puesto que la norma constitucional dispone que la protección integral debe prestarse sin discriminación alguna. En tal sentido se observa que la discriminación se verifica cuando, en una misma situación, se dan dos tratos distintos. En el presente caso, la aplicación del artículo 63 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, constituye en efecto una discriminación, al concederse sólo seis (6) semanas de permiso postnatal; puesto que el hecho de que la madre del niño al cual se protege sea funcionaria pública, no es en manera alguna relevante, de tal forma que amerite un trato distinto.

Finalmente, si bien al concederse el permiso postnatal a la accionante por solo 6 semanas, se aplica una disposición reglamentaria como es la contenida en el artículo 63 del Reglamento antes señalado, tal situación es irrelevante a los efectos de la procedencia del amparo, puesto que el análisis de la legalidad no concierne al proceso del mismo. Lo que debe hacer el juez de amparo es confrontar el acto lesivo con la norma constitucional....

En consecuencia, siendo la concesión de un permiso postnatal por sólo seis (6) semanas a la accionante, discriminatoria y por consiguiente violatoria de la garantía constitucional de protección integral al niño establecida en el artículo 74 de la Constitución; esta Corte, desaplicando en el caso *sub judice* lo establecido en el artículo 63 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, ha de confirmar el mandamiento de amparo dictado por el Tribunal de Carrera Administrativa en la sentencia de cuya apelación ha conocido y decide esta Corte. Así se decide

CPCA 20-09-94, Magistrada Ponente: Teresa García de Cornet, Caso: Dilcia Molero vs. Procuraduría del Estado Zulia, RDP N° 59-60, 1994, pp. 178-179.

El artículo transcrito (art. 74 C.R.) establece dos derechos constitucionales: por un lado, establece el derecho a la protección de la maternidad; y, por el otro, establece el derecho a la protección integral del menor desde el momento de la concepción hasta su completo desarrollo.

En el presente proceso sólo se ha denunciado la violación del derecho a la protección de la maternidad. Ahora bien, en un caso similar al de autos, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia N° 661 de 4 de diciembre de 1990, (Caso: *Mariela Morales*) señaló:

“Esta Sala Político-Administrativa, en sentencia del 24 de enero de 1985, expresó acerca de estas disposiciones constitucionales lo siguiente:

“Como se observa, las transcritas disposiciones no remiten su vigencia a la ley, por lo cual su aplicación es rigurosamente necesaria, y así lo afirmó el constituyente al señalar en la Exposición de Motivos correspondiente: ‘...se deja fuera de toda duda la interpretación de que no pueden quedar las garantías a merced de que exista o una legislación que explícitamente las consagre y reglamente. Conceptos que el propio constituyente corrobora, al incluir en las normas constitucionales el artículo 50, en cuyo texto expresa: La falta reglamentaria de todos estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Por lo expuesto, es concluyente la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección a la maternidad, rechazándose, en consecuencia, cualquier interpretación tendente a desconocerla por falta de legislación que desarrolle su contenido. De ahí que, para esta Sala, se trata de normas operativas, que constituyen derechos subjetivos constitucionales, cuyo cumplimiento y protección es exigible por los ciudadanos y constituye un deber de los tribunales acordar su protección en caso de que sea evidente su vulneración.

Ambas disposiciones constitucionales persiguen, de manera general, la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, protección especial ésta que debe interpretarse en base al contenido social que comporta el establecimiento de nuestro sistema de libertades públicas de preceptos de esa naturaleza. En consecuencia, el órgano jurisdiccional, al determinar el alcance de las mismas, debe necesariamente concluir en que no cabe ningún tipo de discriminación en su interpretación y que son el principio fundamental base y apoyo de la existencia del derecho a la inamovilidad en el cargo o empleo de la mujer trabajadora embarazada y consiguientemente, el derecho a disfrutar plenamente del descanso pre y post-natal requeridos para llevar a feliz término la gestación, en su etapa previa y posterior”.

Este criterio fue ratificado por la propia Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia N° 638 de 5 de diciembre de 1991, (Caso *Reina de Jesús Henríquez*) al expresar:

“En efecto, considera esta Sala que las citadas disposiciones del Texto Fundamental cuentan con el carácter de normas operativas en las que se contemplan verdaderos derechos subjetivos de rango constitucional inherentes a la persona humana, como son la inamovilidad en el cargo o empleo de la mujer embarazada y el consecuente derecho que le asiste de contar con el disfrute pleno de un descanso pre y post-natal, indispensable para cumplir felizmente el término de gestación, derechos que, conforme al dispositivo contenido en el artículo 50 de dicho texto, no requieren de ley que los reglamente para poder ser exigidos y eficazmente disfrutados por sus titulares...”.

Aplicando los anteriores conceptos al caso de autos se observa que la accionante, sólo denuncia la violación del derecho a la protección de la maternidad previsto en la primera parte del artículo 74 de la Constitución, derecho este que ha sido lesionado por la actuación del Procurador General del Estado Zulia, quien la despidió del cargo de Abogado Jefe de la mencionada Procuraduría, estando la accionante amparada por el derecho a la inamovilidad en el cargo en razón de que se encontraba en estado de gestación según se evidencia de la certificación médica del embarazo que cursa al folio seis (6) del expediente. En razón de lo expuesto considera esta Corte que la protección constitucional acordada por el a-quo fue debidamente otorgada y así se declara.

CPCA 23-10-97, Magistrada Ponente: Isabel Boscán de Ruesta, Caso: Inés Lares vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), RDP N° 71-72, 1997, pp. 127 y ss.

Cualquier acto de la Administración que afecte la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada sin que medie causal de despido por razones disciplinarias, constituye una violación de los derechos inherentes a la persona humana protegidos de conformidad al art. 50 de la Constitución y consagrados en los Pactos Internacionales suscritos por la República.

Como cuestión prioritaria procede el análisis del alegato de la recurrente de que se le remueve y retira en violación de un permiso pre y post natal, debidamente conformado por los servicios médicos CAPREMCO pues no podía privársele del ejercicio del cargo estando embarazada”.

Al respecto se observa que tal alegato fue silenciado por la Administración en la contestación de la demanda y el hecho alegado aparece acreditado en los autos con las certificaciones médicas correspondientes (folios 11, 109, 111) y el mismo confería inamovilidad a la querellante por lo que su remoción, aún cuando estuviese bien fundamentada en la norma invocada, resulta violatoria de derechos constitucionalmente consagrados en el artículo 74 de la constitución, conforme al cual “la maternidad será protegida, sea cual sea el estado civil de la madre...” El análisis de este derecho y su incidencia sobre la situación laboral de la mujer embarazada ha sido realizado fundamentalmente por el Máximo Tribunal. En efecto, en diversas sentencias entre las cuales puede mencionarse la de fecha 5-11-92 (caso: *Graciela A. Martínez vs. Congreso Nacional*) la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa al analizar el artículo de la Constitución antes citado y el 92, ha observado lo siguiente: ... (ver *supra*)

Por tanto, de mas esta resaltar la plena vigencia y exigibilidad del derecho a la inamovilidad en el cargo que asiste a toda mujer embarazada y del derecho al disfrute de un descanso previo y posterior al alumbramiento, “constituyendo por tanto violación a los mismos cualquier acto de empleador dirigido a desconocerlos o incumplirlos sin que exista causal de despido o de retiro por razones disciplinarias”. (Caso: *Reina de Jesús Henríquez de Peña vs. Consejo de la Judicatura*, sentencia de fecha 5 de diciembre de 1991).

También se transcribe en este fallo, lo sostenido por la misma Sala en sentencia del 4 de diciembre de 1930, referente a los citados artículos y ciertos convenios internacionales así: ... (ver *supra*).

De manera que en aplicación de tan esclarecedora doctrina, esta Alzada coincide en que cualquier acto de la Administración que afecte la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada sin que medie causal de despido por razones disciplinarias, constituye una violación de los derechos señalados inherentes a la persona humana protegidos de conformidad con el artículo 50 de la Constitución y consagrados en los Pactos Internacionales suscritos por la República, como ocurrió en el caso concreto y así se declara.

CPCA 2-6-99, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Andueza G., Caso: Neyis A. Pérez Leal vs. Alcaldía del Municipio Pedro Camejo del Estado Apure, RDP N° 77-78/79-80 1999, pp. 219.

Dicho lo anterior, pasa esta Corte a analizar la denuncia del presunto quebrantamiento o vulneración de sus derechos a la protección de la maternidad y la protección especial a la madre

trabajadora, establecidos en los artículos 74 y 85 de la Constitución de la República de Venezuela, en virtud de la remoción de su cargo como Secretaria al servicio del Municipio Pedro Camejo del Estado Apure, mientras se encontraba en estado de gestación, ya tal efecto indica que dicha salvaguarda constitucional a la maternidad es uno de los principales aspectos de protección de la mujer trabajadora, ya que es inherente y exclusiva de ella la función materna llamada a cumplir.

A su vez, se debe advertir que además del sistema general de protección especial a la cual está sometida la mujer, y su situación materna, previsto en los artículos 93 y 74 de la Constitución, también ciertos derechos inherentes a la persona humana que protegen a la madre y al niño se constitucionalizan en atención a lo establecido en el artículo 50 de nuestra Carta Fundamental, como es el caso de aquellos previstos en diversas Leyes Aprobatorias de Convenios y Acuerdos Internacionales elaborados y discutidos por la Organización Internacional del Trabajo “OIT”, que prevén y erigen el derecho a la inamovilidad de la mujer trabajadora en estado de gravidez y durante el período de descanso pre y post natal.

Dicha situación está concebida en función de garantizar no sólo el hecho mismo de la maternidad, sino también la defensa del desarrollo integral del niño, a través del conferimiento de un período determinado de inamovilidad a la mujer trabajadora en la etapa de gestación o pre natal, durante el parto y también luego que haya alumbrado, en el período post natal.

Dicha defensa o protección integral abarca diferentes medidas tales como la garantía del permiso para los descansos pre y post natal, la atribución de un conjunto de prestaciones económicas capaces de garantizar su subsistencia y la del niño, así como la garantía de empleo contra el riesgo de despido durante la ausencia justificada a sus labores.

En tal sentido, se estima necesario citar la decisión de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de diciembre de 1990, caso Mariela Morales contra la República de Venezuela (Ministerio de Justicia), la cual ha sido acogida por esta Corte, en sucesivos fallos, entre ellos el de fecha 20 de octubre de 1997, caso *Antonieta Provenzano Rizzi contra el Contralor del Municipio Sucre del Estado Miranda* expediente N° 97-19029, en la cual se manifestó lo siguiente:

“El derecho a la inamovilidad en el cargo se extiende a los empleados de la Administración Pública (...) cualquier remoción del cargo debe esperar a que culmine el estado de gravidez o embarazo y se hayan extinguido los correspondientes permisos pre y post natal. En otras palabras, la desvinculación del servicio debe posponerse por el lapso que falte del embarazo y una vez verificado el agotamiento de los permisos que la legislación prevé”.

Considera esta Corte que, luego del análisis acucioso de la situación explanada por la accionante y aceptada por el presunto agravante, abierta y flagrantemente se ha lesionado o menoscabado el contenido propio de la protección constitucional del fuero maternal, prevista en los artículos 74 y 93 de la Constitución, por cuanto de las actas que conforman el presente expediente ha quedado demostrado insoslayablemente, que mediante dicho acto administrativo de retiro de la ciudadana Neyis Pérez, se la impidió a ésta el ejercicio de su cargo como Secretaria, y la misma accionó solicitando el amparo mientras aún se encontraba en gestación, lo cual genera una violación al período de inamovilidad pre y post natal, razón por la cual, consecuentemente, procede la reincorporación de la ciudadana Neyis Pérez al mismo cargo que detentaba al momento de su retiro, entendida dicha reincorporación como la solución propia del restablecimiento del derecho conculcado.

De toda la disertación precedente resulta incontrovertible, a juicio de esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que el acto enunciado engendra y configura una lesión a los derechos constitucionales tutelados de la accionante, en virtud de lo cual, se declara con lugar en los términos expuestos, la acción autónoma de amparo constitucional, presentada por la ciudadana Neyis Pérez, ampliamente identificada, y se ordena su reincorporación al mismo cargo que detentaba al momento de su desincorporación, y así se declara.

Ahora bien, como último punto, ante la pretensión de la accionante, referida a que le sean pagados los salarios dejados de percibir durante el período que dejó de prestar sus servicios, esta Corte considera pertinente, previamente, referirse a los posibles efectos restablecedores o restitutorios de la situación jurídica infringida mediante un mandamiento de amparo constitucional proveniente de una acción autónoma. A tal efecto, resulta significativo afirmar que siempre el efecto del pronunciamiento del amparo constitucional será “declarativo”, en el sentido de limitarse al reconocimiento efectivo de los derechos subjetivos de rango constitucional habidos en cabeza del agraviado solicitante, escapando y estando vedado del ámbito del Juez Constitucional, serena efecto “constitutivos” con dicha decisión, en otras palabras, novar crear o modificar situaciones jurídicas no preexistentes a la conducta del ente perturbador o agravante.

Por ello, en torno al pago de los sueldos dejados de percibir por la accionante durante el período pre y post natal, esta Corte considera que el pronunciamiento en relación a los mismos en ninguna medida constituye una indemnización o pago contra la conducta lesiva del ente estatal, por cuanto no genera ninguna modificación notoria de su derecho preexistente, sino se concibe como contenido propio del derecho a la protección integral de la maternidad. Prevista en el artículo 74 de la Constitución, ya que del mismo se desprende el aseguramiento de un cúmulo de prestaciones económicas capaces de garantizar la subsistencia de la madre y la de su descendiente, dentro del cual encaja perfectamente el pago de los salarios y demás remuneraciones, necesarias para la subsistencia de Ambos, las cuales se exaltan como expresión misma de tal derecho, razón por la cual esta Corte, acuerda el pago de los sueldos dejados de percibir por la ciudadana Neyis Pérez, desde la fecha de su retiro hasta la fecha de culminación del período post natal, y así se declara. Por lo que respecta al pago de los sueldos dejados de percibir y demás remuneraciones desde la fecha de culminación del período post natal hasta la fecha de su efectiva reincorporación, esta Corte observa que dicho pago sí configura un pago de carácter indemnizatorio debido al retiro sufrido por la accionante durante su gestación, por lo que es evidentemente que ordenar el pago de tal indemnización implica declarar la constitución de un derecho a favor de la accionante lo que resulta improcedente a través de la acción de amparo constitucional (véase sentencia de fecha 29 de septiembre de 1993, caso *Oficiales del 27 de noviembre contra el Ministerio de la Defensa*), por lo que es forzoso declarar improcedente dicha petición, por las razones expuestas, siendo materia de otro tipo de acción, como lo es la querrela funcional, y así se declara.

CPCA 1-6-2000, Magistrado Ponente: Rafael Ortiz-Ortiz, Caso: Ines Vella C. vs. Instituto Autónomo de Aeropuertos del Estado Carabobo, RDP N° 82, 2000, pp. 330-331.

A tal efecto observa esta Corte, que toda persona tiene derecho a que se lleve a cabo un procedimiento disciplinario, en el caso de que se le deba destituir y aunado a esto, en el caso en comento se debe respetar el estado de gravidez de la recurrente, al efecto el artículo 15 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer preceptúa lo siguiente:

“Se prohíbe despedir o presionar a la mujer trabajadora o menoscabar sus derechos con ocasión de su estado de gravidez por motivos de embarazo. Las Trabajadoras que vean afectados sus derechos por estos motivos podrán recurrir al amparo constitucional para que le sean restituidos los derechos”. (Subrayado y Negrillas de esta Corte).

De la norma anteriormente transcrita, podemos deducir que existe una prohibición expresa de la ley de despedir o presionar a una mujer que se encuentre en estado de gravidez; asimismo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia), en Sala Político Administrativa, de fecha 3 de diciembre de 1990 caso: *Mariela Morales v/s Ministerio de Justicia*, aludida anteriormente, se ha referido expresamente, a los períodos correspondientes al embarazo y a los permisos pre y post-natal, como objeto de protección por vía extraordinaria, debido a la perentoriedad de su transcurso.

Así se desprende inequívocamente del fragmento del aludido fallo que a continuación se transcribe:

“Por supuesto también debe abarcar los supuestos de funcionarias de libre nombramiento y remoción de la Administración pública y cualquier remoción del cargo debe esperar a que culminen el estado de gravidez o embarazo y se hayan extinguido los correspondientes permisos pre y post-natal. En otras palabras, la desvinculación del servicio debe posponerse por el lapso que falte del embarazo y una vez verificado el agotamiento de los permisos que la legislación especial prevé (...)”

La maternidad, sin duda, constituye una situación de hermoso florecimiento de la vida humana, parte esencial de la dignidad de la mujer y célula fundamental de la familia, valores tutelados por la Constitución derogada y con mucho más énfasis en la Constitución vigente en sus artículos 75 y 76.

Se trata de un “derecho inherente a la persona humana”, columna vertebral de la familia no sólo por valor normativo constitucional sino también de los convenios sobre derechos humanos en los cuales ha sido parte la República y que son prevalentes sobre el orden interno por aplicación del artículo 23 constitucional, siempre que los mismos sean más favorables. En tal sentido, debe esta Corte en aplicación de los artículos 19, 23, 75 y 76 de nuestra Carta Magna proteger la maternidad y la familia por el tiempo que dure la maternidad.

Sin embargo, no se trata de conceder una “inamovilidad” pues tal institución todavía está en fase de discusión y elaboración jurisprudencial con respecto de los funcionarios públicos, sino una tutela constitucional mediante la cual se establece que ningún funcionario público puede ser removido o destituido.

Tampoco se trata de establecer un fuero absolutamente infranqueable que sirva de patente para que una funcionaria en estado de gravidez pueda comportarse en contra de sus obligaciones, pues eso ni siquiera está previsto en la inamovilidad laboral de las trabajadoras del sector privado.

Se trata de establecer una protección mediante la cual ninguna funcionaria pública puede ser removida o retirada sin seguirse un procedimiento administrativo en la cual se otorguen las debidas garantías de defensa y contradicción, conducta ésta que debe ser la regla general de la actuación de la administración.

TSJ-SC (1187) 15-12-2016, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Migdely Miranda Rondón, RDP N° 147-148, 2016, pp. 268-269.

Derecho a la maternidad artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquellos o aquellas no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

En relación a este derecho, los artículos 44 y 45 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establecen lo siguiente:

Artículo 44. Protección de la maternidad. El Estado debe proteger la maternidad. A tal efecto, debe garantizar a todas las mujeres servicios y programas de atención, gratuitos y de la más alta calidad, durante el embarazo, el parto y la fase post natal. Adicionalmente, debe asegurar programas de atención dirigidos específicamente a la orientación y protección del vínculo materno-filial de todas las niñas y adolescentes embarazadas o madres.

Artículo 45. Protección del vínculo materno-filial. Todos los centros y servicios de salud deben garantizar la permanencia del recién nacido o la recién nacida junto a su madre a tiempo completo, excepto cuando sea necesario separarlos o separarlas por razones de salud.

3. *La protección del matrimonio entre un hombre y una mujer*

Artículo 77 C. Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

TSJ-SC (1682) 15-7-2005, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: Interpretación del artículo 77 de la Constitución, RDP N° 103, 2005, pp. 124 y ss.

No es posible una declaración general que asimile las uniones de cualquier tipo al matrimonio. La Sala Constitucional señala cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las otras posibles uniones estables

Corresponde a esta Sala decidir el fondo de la presente interpretación del artículo 77 de la Constitución, para lo cual se observa:

El artículo 77 constitucional reza “Las uniones estables entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”.

Resulta interesante para la Sala resaltar que dicha norma use la voz “unión estable” entre el hombre y la mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 *eiusdem*; y ello es así porque unión estable es el género, tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 13-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 785 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, siendo el concubinato una de sus especies.

El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica -que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social). Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por una vida en común.

Además de los derechos sobre los bienes comunes que nacen durante esa unión (artículo 767 *eiusdem*), el artículo 211 del Código Civil, entre otros, reconoce otros efectos jurídicos al concubinato, como sería la existencia de la presunción *pater ist est* para los hijos nacidos durante su vigencia .

Dado lo expuesto, para la Sala es claro que actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil, y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión. Por ahora -a los fines del citado artículo 77- el concubinato es por excelencia la unión estable allí señalada, y así se declara.

Lo anterior no significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc. y, por ello, el Proyecto de

Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículos 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53.

“Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer”, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio.

Pero como, al contrario del matrimonio que se perfecciona mediante el acto matrimonial, recogido en la partida de matrimonio, no se tiene fecha cierta de cuándo comienza la unión estable, ella debe ser alegada por quien tenga interés en que se declare (parte o tercero) y probada sus características, tales como la permanencia o estabilidad en el tiempo, los signos exteriores de la existencia de la unión (lo que resulta similar a la prueba de la posesión de estado en cuanto a la fama y el trato, ya que la condición de la pareja como tal, debe ser reconocida por el grupo social donde se desenvuelve), así como la necesidad de que la relación sea excluyente de otra de iguales características, debido a la propia condición de la estabilidad. Si la unión estable se equipara al matrimonio, y la bigamia se encuentra prohibida, a juicio de esta Sala es imposible, para que ella produzca efectos jurídicos, la coexistencia de varias relaciones a la vez en igual plano, a menos que la Ley expresamente señale excepciones. Ahora bien, corresponde conforme al artículo 77 constitucional, a la reserva legal la regulación de las otras uniones estables diversas al concubinato y, por ello, le está a la Sala vedado, aun por la vía de la jurisdicción normativa, realizar la tipificación de estas otras uniones, y así se declara.

Señalado lo anterior, debe la Sala señalar cuáles de los efectos del matrimonio son aplicables a las “uniones estables de hecho entre hombre y mujer”, de conformidad con la petición de la accionante, siendo necesario apuntar que aunque el concubinato es un tipo de unión estable, por ser él la figura regulada en la Ley, a él se referirá la Sala indistintamente como “unión estable” o concubinato, pero reconociendo que dentro del concepto de unión estable pueden existir tipos diferentes al concubinato. La Sala con fines de abarcar ambas clases de uniones, y por tanto al género, utilizará el término de unión estable en este fallo, para referirse a todas las posibilidades, incluida el concubinato.

En primer lugar, considera la Sala que, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la “unión estable” haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca.

En la actualidad, es necesaria una declaración judicial de la unión estable o del concubinato; dictada en un proceso con ese fin; la cual contenga la duración del mismo, lo que facilita, en caso del concubinato, la aplicación del artículo 211 del Código Civil, ya que la concepción de un hijo durante la existencia del mismo, hace presumir que el concubino es el padre del hijo o hija, por lo que la sentencia declarativa del concubinato debe señalar la fecha de su inicio y de su fin, si fuera el caso; y reconocer, igualmente, la duración de la unión, cuando ella se ha roto y luego se ha reconstituido, computando para la determinación final, el tiempo transcurrido desde la fecha de su inicio.

Ahora bien, el matrimonio -por su carácter formal- es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las “uniones estables”.

En consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio, y por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables.

Estas uniones (incluido el concubinato) no son necesariamente similares al matrimonio, y aunque la vida en común (con hogar común) es un indicador de la existencia de ellas, tal como se desprende del artículo 70 del Código Civil, este elemento puede obviarse siempre que la relación permanente se traduzca en otras formas de convivencia, como visitas constantes, socorro mutuo, ayuda económica reiterada, vida social conjunta, hijos, etc.

Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia.

Debido a lo expuesto, pasa la Sala a examinar los efectos del matrimonio aplicables a las uniones estables y al concubinato, y ella considera que los deberes que el artículo 137 del Código Civil impone a los cónyuges y cuya violación se convierte en causales de divorcio (ver en el artículo 185 del Código Civil los ordinales 1º y 2º), no existen en el concubinato ni en las otras uniones.

Unión estable no significa, necesariamente, bajo un mismo techo (aunque esto sea un símbolo de ella), sino permanencia en una relación, caracterizada por actos que, objetivamente, hacen presumir a las personas (terceros) que se está ante una pareja, que actúan con apariencia de un matrimonio o, al menos, de una relación seria y compenetrada, lo que constituye la vida en común. Se trata de una relación permanente entre un hombre y una mujer, y no de una entre un hombre y varias mujeres (así todas ellas estén en igual plano) y viceversa.

A juicio de la Sala, así como no existe el deber de vivir juntos, tampoco puede existir el de fidelidad contemplado en el artículo 137 del Código Civil, por lo que la violación de deberes como el de fidelidad o de vida en común (artículo 137 citado) no producen efectos jurídicos, quedando rota la “unión” por el repudio que de ella haga cualquiera de los componentes, lo que viene dado porque uno de ellos contraiga matrimonio con otra persona, o porque, por cualquier razón, se rompió la continuidad de la relación. Extinguida la relación, la ley, al menos en el concubinato, reconoce la condición de exconcubino como lo hace el artículo 42 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

En cuanto al deber de socorrerse mutuamente, contemplado para los cónyuges en el artículo 137 del Código Civil, la Sala considera que este sí existe en cualquier tipo de unión, ya que si legalmente las uniones (o al menos el concubinato) generan derechos -como los alimentarios- los cuales normalmente corresponden a los cónyuges mientras dure el matrimonio, los componentes de estas uniones de hecho deben tener también esos derechos, como luego se explica, y ello se corresponde con el deber de socorro mutuo comentado.

También otorga el artículo 173 del Código Civil, el derecho optativo de la mujer de utilizar el apellido de su marido.

A juicio de esta Sala, la utilización de apellidos distintos al propio, como sería para la mujer el del marido, es un derecho que le nace solamente del acto matrimonial, que conlleva a que añada algo a su identidad, y que se ve sostenido por el acta de matrimonio que refleja un nuevo estado civil.

El estado civil de las personas naturales está formado por los nacimientos y matrimonios, y necesariamente por las mutaciones que éste sufre (divorcio, por ejemplo), que se anotan al margen de las partidas del estado civil.

Para la Sala, el que la unión estable en general produzca los mismos efectos que el matrimonio, no significa -se repite- que ella se convierte en matrimonio, sino que se le equipara; es decir, en lo que sea posible. Sin embargo, la condición jurídica de la unión estable, en principio, no permite a la mujer el uso del apellido del marido.

El estado civil surge de unas manifestaciones de voluntad formales contenidas en las actas del estado civil, así como de las transformaciones que éste recibe y que constan en las notas marginales de las partidas.

Se trata de una cuestión formal que permite no sólo conocer la condición de la persona, sino que resulta la piedra angular del sistema de identificación.

No existe, en estos momentos y para esta fecha, una partida del estado civil de concubinato, u otro tipo de unión, que otorgue el estado de concubino o unido y, por tanto, los símbolos que representan el estado civil, como el uso del apellido del marido por la mujer; a juicio de la Sala, no puede ser utilizado por quien no ha contraído matrimonio.

Ahora bien, al equipararse al matrimonio, el genero “unión estable” debe tener, al igual que éste, un régimen patrimonial, y conforme al artículo 767 del Código Civil, correspondiente al concubinato, pero aplicable en la actualidad por analogía a las uniones de hecho, éste es el de la comunidad en los bienes adquiridos durante el tiempo de existencia de la unión. Se trata de una comunidad de bienes que se rige, debido a la equiparación, que es posible en esta materia, por las normas del régimen patrimonial-matrimonial.

Diversas leyes de la República otorgan a los concubinos derechos patrimoniales y sociales en diferentes áreas de la vida, y esto, a juicio de la Sala, es un indicador que a los concubinos se les está reconociendo beneficios económicos como resultado de su unión, por lo que, el artículo 77 *eiusdem*, al considerarlas equiparadas al matrimonio, lo lógico es pensar que sus derechos avanzan hasta alcanzar los patrimoniales del matrimonio, reconocidos puntualmente en otras leyes.

La Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (artículo 69-6) otorga a los concubinos pensión de sobrevivencia; la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Estatal y Municipal, otorga a la concubina derechos a la pensión de sobrevivencia (artículo 16-3); las Normas de Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de los Préstamos Hipotecarios a Largo Plazo (artículo 130), así como las Normas d Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Viviendas (artículo 34) prevén al concubinato como elegibles para los préstamos para la obtención de vivienda; la Ley del Seguro Social (artículo 7-a) otorga a la concubina el derecho a una asistencia médica integral; la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 568) da al concubino el derecho de reclamar las indemnizaciones que corresponderán a su pareja fallecida, e igual derecho otorga el Estatuto de la Función Pública (artículo 31).

Se trata de beneficios económicos que surgen del patrimonio de los concubinos: ahorro, seguro, inversiones del contribuyente (artículo 104 de la Ley de Impuesto sobre la Renta lo reconoce), etc., y ello, en criterio de la Sala, conduce a que si se va a equiparar el concubinato al matrimonio, por mandato del artículo 77 constitucional, los efectos matrimoniales extensibles no pueden limitarse a los puntualmente señalados en las leyes citadas o en otras normas, sino a todo lo que pueda conformar el patrimonio común, ya que bastante de ese patrimonio está comprometido por las leyes referidas.

Tal comunidad de bienes, a diferencia del divorcio que exige declaración judicial, finaliza cuando la unión se rompe, lo cual -excepto por causa de muerte- es una cuestión de hecho que debe ser alegada y probada por quien pretende la disolución y liquidación de la comunidad. A juicio de la Sala, y como resultado natural de tal situación, quien demanda la disolución y liquidación de la comunidad, podrá pedir al juez se dicten las providencias del artículo 174 del Código Civil, en el supuesto en él contemplado.

Ahora bien, como no existe una acción de separación de cuerpos del concubinato y menos una de divorcio, por tratarse la ruptura de la unión de una situación de hecho que puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral, los artículos 191 y 192 del Código Civil resultan inaplicables, y así se declara; sin embargo, en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes.

Al aparecer el artículo 77 constitucional, surgen cambios profundos en el régimen concubinario del artículo 767 del Código Civil, ya que existiendo la unión estable o permanente, no hay necesidad de presumir, legalmente, comunidad alguna, ya que ésta existe de pleno derecho -si hay

bienes- con respecto de lo adquirido, al igual que en el matrimonio, durante el tiempo que duró la unión y, como comunidad, no es que surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, como lo contempla el artículo 767 del Código Civil, sino que, al igual que los bienes a que se refiere el artículo 168 del Código Civil, los terceros que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma.

A ese fin, si la unión estable o el concubinato no ha sido declarada judicialmente, los terceros pueden tener interés que se reconozca mediante sentencia, para así cobrar sus acreencias de los bienes comunes. Para ello tendrán que alegar y probar la comunidad, demandando a ambos concubinos o sus herederos.

No existiendo mecanismos de publicidad que comuniquen la existencia del concubinato, ni que registren las sentencias que lo declaren, para los terceros con interés en los bienes comunes, resulta -la mayoría de las veces- imposible conocer previamente la existencia del concubinato y cuáles son esos bienes comunes; motivo por el cual la Sala considera que exigir la aplicación del artículo 168 del Código Civil resultaría contrario al principio de que a nadie puede pedírsele lo imposible, ya que al no conocer la existencia de concubinato, ni estar los concubinos obligados a declarar tal condición, en las demandas que involucren los bienes comunes, bastará demandar a aquel que aparezca como dueño de ellos, e igualmente éste legítimamente podrá incoar las acciones contra los terceros relativos a los bienes comunes, a menos que la propiedad sobre ellos esté documentada a favor de ambos.

Ahora bien, declarado judicialmente el concubinato, cualquiera de los concubinos, en defensa de sus intereses, puede incoar la acción prevenida en el artículo 171 del Código Civil en beneficio de los bienes comunes y obtener la preservación de los mismos mediante las providencias que decreta el juez.

Resulta importante para esta interpretación, dilucidar si es posible que, entre los concubinos o personas unidas, existe un régimen patrimonial distinto al de la comunidad de bienes, tal como el previsto en el Código Civil en materia de capitulaciones matrimoniales.

A juicio de esta Sala, ello es imposible, porque la esencia del concubinato o de la unión estable no viene dada -como en el matrimonio- por un documento que crea el vínculo, como lo es el acta de matrimonio, sino por la unión permanente (estable) entre el hombre y la mujer, lo que requiere un transcurso de tiempo (que ponderará el juez), el cual es el que califica la estabilidad de la unión; y siendo ello así, a priori no puede existir una declaración registrada de las partes constitutivas de la unión, en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella.

Igualmente, la Sala tiene que examinar la posibilidad para uno de los miembros de una unión o concubinato, de la existencia del concubinato putativo, que nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro. A juicio de esta Sala, en estos supuestos funcionará con el concubino de buena fe, las normas sobre el matrimonio putativo, aplicables a los bienes.

Como resultado de la equiparación reconocida en el artículo 77 constitucional, en cuanto a los efectos y alcances de la unión estable (concubinato) con el matrimonio, la Sala interpreta que entre los sujetos que la conforman, que ocupan rangos similares a los de los cónyuges, existen derechos sucesorales a tenor de lo expresado en el artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión. Una vez haya cesado, la situación es igual a la de los cónyuges separados de cuerpos o divorciados.

Al reconocerse a cada componente de la unión derechos sucesorales con relación al otro, el sobreviviente o supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (artículo 824 y 825) en materia de sucesión *ab intestato*, conforme al artículo 807 del Código Civil, y habrá que respetársele su legítima (artículo 883 del Código Civil) si existiere testamento. Igualmente, las causales de indignidad que haya entre los concubinos se aplicarán conforme al artículo 810 del Código Civil.

Ahora bien, equiparando a los concubinos o a los unidos a los cónyuges en lo compatible entre estas figuras y el matrimonio, considera la Sala que mientras exista la unión, cada uno podrá exigir alimentos al otro partícipe, a menos que carezca de recursos o bienes propios para suministrarlos, caso en que podrá exigirlos a las personas señaladas en el artículo 285 del Código Civil.

Igualmente, en caso de declaración de ausencia de uno de los miembros de la unión, la otra podrá obtener una pensión alimentaria conforme al artículo 427 del Código Civil.

En los casos en que se incoen acciones sucesorales o alimentarias, o contra terceros, sin que exista previamente una declaración judicial de la existencia del concubinato o la unión estable, la demanda requerirá que se declaren éstas previamente, por lo que en la misma deberá alegarse y probarse tal condición.

Debido a los efectos y alcances señalados, la sentencia que declare la unión surtirá los efectos de las sentencias a que se refiere el ordinal 2° del artículo 507 del Código Civil, el cual se aplicará en toda su extensión, menos en lo referente a la necesidad de registro de la sentencia, lo cual no está previsto -y por lo tanto carece de procedimiento- en la Ley.

Esta ausencia de registro y, por tanto, de publicidad, que puede mantener al concubinato oculto respecto a los terceros, plantea la pregunta de si es nula la venta entre los concubinos, tal como lo establece el artículo 1481 con respecto a los cónyuges.

A juicio de esta Sala, dados los efectos que se reconocen a la “unión estable”, sería una fuente de fraude para los acreedores de cualquiera de los concubinos, aceptar que uno vendiera al otro los bienes comunes documentados a su nombre o poseídos por él y, en consecuencia, quien demuestre que la venta ha ocurrido entre ellos, puede invocar la existencia de la unión y tratarlos como bienes comunes o, según los casos, pedir la nulidad del negocio.

Debe la Sala acotar que el único concubinato que produce efectos equiparables al matrimonio es el que se delinea en este fallo; y se hace tal acotamiento porque algunas leyes denominan concubina a la mujer que vive con un hombre a pesar que éste tiene impedimento para contraer matrimonio con ella, cuando en realidad tal concubinato es contrario al artículo 767 del Código Civil y a lo que conceptualiza este fallo. El mal uso de la palabra concubina, en el sentido inmediatamente indicado, aparece en los artículos 397 y 399 del Código Penal, y así se declara.

También acota la Sala que diversas leyes vigentes, tales como el Código Orgánico Tributario (artículo 146-4), la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (artículos 13-5 y 21), la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro (artículos 78-5 y 136), señalan impedimentos para acceder a cargos para quienes mantengan uniones estables de hecho. Igualmente, a éstos se refieren los artículos 56 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, y 71 de la Ley del Contrato de Seguros.

Ahora bien, como la ley no ha determinado aún quiénes se consideran que viven en unión estable de hecho, tal mención, en todos los casos, a juicio de esta Sala, debe entenderse en la actualidad que se aplica por igual a los concubinos, ya que con relación específica a ellos, existen prohibiciones en el artículo 20 de la Ley de Minas.

Por último, y como resultado de lo interpretado, es que cuando en una relación jurídica concreta, una de las partes actúa en su condición de concubino, para los efectos de esa relación la existencia del concubinato queda reconocida por las partes y, en consecuencia, entre las partes de la relación o el negocio, se reputará que una de ellas se vincula con el concubinato.

Queda en los términos expuestos, resuelta la interpretación solicitada, y dado el carácter vinculante de la misma, conforme a lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República*, sin perjuicio que desde que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los derechos de los concubinos han quedado reconocidos constitucionalmente. Así se decide.

Igualmente, la interpretación que se hace en este fallo es sin perjuicio de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en cuanto a su organización social, usos y costumbres, reconocidos en el artículo 119 constitucional.

TSJ-SC (190) 28-2-2008, Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz, Caso: Interpretación del artículo 21 de la Constitución. RDP N° 113, 2008, pp. 144-151.

El constituyente optó por la atribución de una protección reforzada a una institución jurídica en concreto, como lo es el matrimonio entre un hombre y una mujer, y su equiparación con las uniones de hecho que le son iguales, esto es, entre un hombre y una mujer.

En relación con el segundo de los planteamientos interpretativos que se petitionó a esta Sala, se observa:

La parte actora alegó una suerte de colisión entre los preceptos que recogen los artículos 21, cardinal 1, y 77 de la Constitución a la luz del principio de la no discriminación por orientación sexual. En este sentido, se argumentó que el artículo 77 constitucional otorga a las uniones de hecho entre hombre y mujer los mismos efectos que el matrimonio, no así a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, lo que, a su parecer, implicaría un tratamiento discriminatorio, pues “una unión de hecho homosexual en la actualidad no disfruta a cabalidad de sus derechos sociales porque en la Constitución no se le reconoce efectos patrimoniales a este tipo de unión, que posee las mismas características de un concubinato entre hombre y mujer, y más bien se ven expuestas a cualquier tipo de vejamen social si esta unión llega a conocerse públicamente”.

El artículo 77 de la Constitución de 1999 establece:

Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

La norma recoge, así, dos preceptos concretos: en primer lugar, dispone una protección reforzada de la institución matrimonial, en las condiciones que fueron establecidas: que sea entre un hombre y una mujer –lo que implica la existencia de una relación monogámica entre personas de diverso sexo-, y que esté fundada en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges y, en segundo lugar, equipara jurídicamente las uniones estables entre un hombre y una mujer al matrimonio, siempre que cumplan con los requisitos de Ley.

La realidad social que demandó la incorporación de ese precepto constitucional fue la voluntad de otorgamiento de garantía institucional de rango constitucional a la existencia del concubinato, para la atribución de consecuencias jurídicas patrimoniales, la equiparación de los hijos fruto de estas uniones y, en definitiva, su igualación con los efectos civiles del matrimonio. Recuérdese que la existencia de la institución concubinaría es, a su vez, fruto de la adaptación de la legislación civil a esa realidad social. Así, la comunidad concubinaría fue, en nuestro ordenamiento jurídico, una creación del Código Civil de 1942, para dar reconocimiento, como señaló la Exposición de Motivos del Proyecto de ese Código, “a una situación que es frecuente en el país, principalmente en las poblaciones, caseríos y campos alejados de centros densamente poblados. En aquellos lugares, los matrimonios podría decirse son excepción y abundan las uniones ilegítimas. Sucede que el hombre y la mujer viviendo en esa unión públicamente y por muchos años y aun por toda la vida, forman una familia, a veces numerosa, a la cual atienden con verdadera solicitud de padres ejemplares y, al mismo tiempo, con el esfuerzo y trabajo de ambos, forman un patrimonio que, pequeño o grande, es base y recurso de vida para el hombre, la mujer y los hijos...”. Esa institución evolucionó también con la reforma del Código Civil de 1982, la cual reforzó la igualdad del hombre y la mujer frente a la unión concubinaría, las consecuencias patrimoniales de la comunidad concubinaría y la equiparación de los hijos fruto de esa unión a los matrimoniales (Cfr. LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de Familia*, Tomo II, UCAB, segunda edición, Caracas, 2005, pp. 141 y ss.).

En relación con la interpretación de ese artículo 77 de la Constitución, específicamente en lo que se refiere al alcance de las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer y cuáles de los efectos civiles del matrimonio pueden equipararse a estas uniones, se pronunció ya esta Sala mediante veredicto N° 1682 de 15-7-05. En esa ocasión la Sala expuso:

Resulta interesante para la Sala resaltar que dicha norma use la voz “unión estable” entre el hombre y la mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 *eiusdem*; y ello es así porque unión estable es el género, tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 13-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 785 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, siendo el concubinato una de sus especies.

El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica –que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social).

Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por una vida en común.

Además de los derechos sobre los bienes comunes que nacen durante esa unión (artículo 767 *eiusdem*), el artículo 211 del Código Civil, entre otros, reconoce otros efectos jurídicos al concubinato, como sería la existencia de la presunción *pater ist est* para los hijos nacidos durante su vigencia.

Dado lo expuesto, para la Sala es claro que actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil, **y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión. Por ahora –a los fines del citado artículo 77- el concubinato es por excelencia la unión estable allí señalada, y así se declara.**

Lo anterior no **significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc.** y, por ello, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículos 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53.

“Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer”, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio (Destacado añadido).

Ahora bien, en la interpretación que dio esta Sala –y que mantiene en esta oportunidad- al artículo 77 de la Constitución, en lo que se refiere a la determinación de la extensión de los efectos civiles del matrimonio respecto de las uniones estables de hecho entre hombre y mujer y el modo de equiparación de estos efectos, fue, si se quiere, restrictiva, en tanto señaló:

...el matrimonio –por su carácter formal- es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las “uniones estables”.

En consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio, y por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables. / (...)

Para la Sala, el que la unión estable en general produzca los mismos efectos que el matrimonio, no significa –se repite– que ella se convierte en matrimonio, sino que se le equipara; es decir, en lo que sea posible. / (...)

Debe la Sala acotar que el único concubinato que produce efectos equiparables al matrimonio es el que se delinea en este fallo; y se hace tal acotamiento porque algunas leyes denominan concubina a la mujer que vive con un hombre a pesar que éste tiene impedimento para contraer matrimonio con ella, cuando en realidad tal concubinato es contrario al artículo 767 del Código Civil y a lo que conceptualiza este fallo.

Por cuanto se trata de una novedad del Texto Constitucional de 1999, cabe indagar cuál fue el propósito del Constituyente cuando la estableció y, más concretamente, hasta qué punto fue intención del Constituyente la atribución de una protección reforzada a ciertas uniones estables de hecho frente a otras.

Así, en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, que se publicó en la *Gaceta Constituyente*, se observa que la letra del artículo 81 –ahora artículo 77– que fue aprobado en primera discusión en sesión ordinaria n° 29, de 25 de octubre de 1999, fue el que correspondió al constituyente Elio Gómez Grillo, cuyo texto era el siguiente: “*se protege el matrimonio. Las uniones estables de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la Ley, producirán los mismos efectos que el matrimonio*”. Frente a esa decisión el constituyente Brewer-Carías salvó su voto y expuso: “salvo mi voto por considerar que no debió eliminarse, al protegerse el matrimonio, la referencia al ‘hombre y la mujer’ que traía la redacción original, pues ya no parece ser obvio, en el mundo moderno, que los matrimonios sólo deban existir entre hombre y mujer”. No obstante, con el contraste del texto de ese proyecto de norma que fue aprobado en primera discusión respecto del actual artículo 77, es evidente que, durante la segunda discusión, la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente acogió esta última postura, modificó la que originalmente fue votada y optó por la redacción actual, que especifica que tanto el matrimonio como las uniones estables de hecho serán entre un hombre y una mujer (*Cfr.* Diario de Debates Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente*, imprenta del Congreso de la República, Caracas, noviembre 1999-2000, pp. 15 y ss. de la sesión ordinaria N° 29).

De manera que esa especificidad expresa una escogencia deliberada del Constituyente del 1999, actitud que obedece al arbitrio del Constituyente como máxima expresión de producción jurídica, que se plasmó en un precepto cuya claridad no permite a esta Sala una interpretación distinta de la que imponen los métodos de interpretación literal y teleológica y que no implica, en su criterio, colisión alguna con el artículo 21 de la Constitución.

Así, recuérdese, tal como antes se expuso, que la jurisprudencia de la Sala ha entendido que el derecho a la igualdad implica tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, y que esa desigualdad dependerá de determinadas circunstancias diferenciables de hecho que existan entre diversas situaciones, que el legislador o, como sucede en este caso, el Constituyente considere relevantes, y que el juez deberá respetar porque es el ámbito de opcionalidad o arbitrio del Legislador o del Constituyente, siempre que no conculque o vacíe de contenido algún derecho fundamental del individuo.

En el supuesto de autos, el constituyente optó, como se dijo, por la atribución de una protección reforzada a una institución jurídica en concreto, como lo es el matrimonio entre un hombre y una mujer, y su equiparación con las uniones de hecho que le son iguales, esto es, entre un hombre y una mujer. Las razones de esa protección reforzada las asoma la Exposición de Motivos de la Constitución cuando, en relación con el Capítulo V “de los derechos sociales y de las familias” -Capítulo que incluye al artículo 77- señala que “los derechos sociales contenidos en la Constitución consolidan las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad en un momento histórico en que los venezolanos y venezolanas se redescubren como actores de la construcción de un nuevo país, inspirado en los saberes populares que le dan una nueva significación al conocimiento sociopolítico y jurídico del nuevo tiempo”.

Asimismo, se lee en la Exposición de Motivos que tales derechos “*constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica, son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad...*”. De manera que, para el Constituyente de 1999, la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer y la equiparación a éste con las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer son base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico y responden a las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad venezolana en este momento histórico.

Por tanto, a la Sala le interesa destacar que la protección reforzada que, por vía de consecuencia, el Constituyente atribuyó a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer no implica, en sí misma, un trato discriminatorio respecto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. En efecto, la equiparación de las uniones estables entre un hombre y una mujer a los matrimonios entre un hombre y una mujer, busca, como se dijo, igualar jurídicamente dos situaciones sustancialmente similares aunque formalmente distintas; similitud que no existe respecto de uniones entre personas con impedimento para contraer matrimonio (uniones adulterinas) –por ejemplo- o entre personas de un mismo sexo. Debe, así, diferenciarse entre las condiciones individuales de las personas que las distinguen de otras, y su no discriminación en razón de su orientación sexual y la condición de pareja, porque no cabe la concepción de que en el trato desigual a situaciones jurídicas también desiguales, exista colisión constitucional ni discriminación alguna.

Tal como se expuso en páginas anteriores, el derecho a la igualdad implica, según reiteradamente ha sostenido esta Sala, que se dé igual trato a quienes estén en un plano de igualdad jurídica, lo que se determina según criterios valorativos o de razonabilidad que lleven a determinar, en cada caso concreto, si se justifica o no el trato igual o bien el trato desigual. Así lo expuso claramente esta Sala en veredicto N° 898 de 13-05-02, el cual se reiteró en sentencia N° 2121 de 06-08-03, en la que se estableció:

b) El referido artículo [21 de la Constitución] establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Pueden reconocerse tres modalidades del derecho a la igualdad: **a) igualdad como generalización, que rechaza los privilegios, al vincular a todos los ciudadanos a unas normas generales que no admiten distingos**; se relaciona con el conocido principio de que la norma jurídica regula las categorías de sujetos y de situaciones, para las cuales existe una misma respuesta por parte del Derecho; **b) igualdad de procedimiento o igualdad procesal, que supone la sanción de reglas de solución de conflictos, iguales para todos, previas e imparciales**; y c) igualdad de trato, que implica atender igualmente a los iguales. Sucede, no obstante, que respecto a un mismo supuesto de hecho puedan darse diferencias en los elementos que lo conforman, lo que daría lugar a la aplicación de consecuencias jurídicas diferentes según que las distinciones sean relevantes para justificar un trato desigual (la igualdad como diferenciación) o irrelevantes, en cuyo caso se dará un trato igual (la igualdad como equiparación).

La igualdad como equiparación rechaza, como quedó dicho, la discriminación fundada en criterios de diferenciación considerados irrelevantes. El anotado rechazo se funda mayormente en criterios razonables, formados a través del tiempo y asumidos como tales por la ética pública en un momento determinado.

En cambio, **la igualdad como diferenciación toma en cuenta las diferencias que existen entre hechos aparentemente similares, para -en función igualadora-, dar un trato diferenciado. Aquí no se aplican criterios abstractos, como en el caso anterior, sino que se imponen criterios valorativos o de razonabilidad, con el fin de ponderar si las**

diferencias advertidas justifican el trato desigual. Póngase por caso las políticas que siguen ciertas Universidades de admitir estudiantes sin que tengan que cumplir ciertos requisitos que sí se exigen a los demás estudiantes, por el hecho de provenir de algunas zonas del país; o las normas que imponen que en determinados organismos estén representadas minorías en un número mínimo, no obstante que por los procedimientos ordinarios de elección tal cuota sería inalcanzable, léase: representación indígena en el parlamento. Estos ejemplos intentan ilustrar acerca de hechos o situaciones que justifican un trato diferenciado a supuestos de hecho en principio similares (*cf.* el tema de las políticas de la “acción afirmativa” y la “discriminación a la inversa” en Richard A. Watson, *vid. Democracia Americana. Logros y Perspectivas*, México, Noriega Editores, 1989, trad. de Ricardo Calvet Pérez, p. 552).

Sin embargo, la determinación de qué hechos o elementos se estiman relevantes, y, por lo tanto, causa justificada de un trato desigual a supuestos de hecho a primera vista similares, como en el caso del personal docente de una Universidad, de donde la ley excluye a los profesores instructores de participar en la elección de las autoridades de la respectiva facultad a la que pertenecen, corresponde al parlamento, en razón de la potestad propia (política legislativa) de discrecionalidad -no de arbitrariedad-, que tiene su origen en el mandato democrático que le ha sido conferido.

Al juez, por otra parte, desde la premisa de que el legislador es el primer intérprete de la Constitución –de allí que le esté vedado invadir la esfera de las opciones políticas que el legislador tiene reservadas-, le corresponde ponderar si la definición o calificación que el legislador haga de las situaciones de facto o las relaciones de vida que deben ser tratadas de forma igual o desigual, no vacíe de contenido el derecho fundamental que se denuncie como conculcado. Respecto a la anotada prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad dos son las vías que se han ensayado para examinar una denuncia en estos términos: a) una primera, juzga si el criterio utilizado carece de una suficiente base material para proceder al tratamiento diferenciado; o b) a través de un criterio negativo, que sirve para fundamentar la censura solamente en aquellos casos de desigualdad flagrante e intolerable. La Sala estima que su juicio, en estos casos, exige la determinación de si el contenido del derecho fundamental de que se trate ha sido o no desconocido, y ello supone un análisis de si el criterio diferenciador es razonable, esto es, si es tolerable por el ordenamiento constitucional. Luego, cumplida esta fase, el juez se abstendrá de controlar si el legislador, en un caso concreto, ha encontrado la solución más adecuada al fin buscado, o la más razonable o más justa, ya que de lo contrario se estaría inmiscuyendo en la mencionada discrecionalidad legislativa (*cf.* la contribución de Luis Nunes de Almeida a la obra colectiva *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Tecnos, pp. 227-230).

En criterio de la Sala, si lo que la Constitución protegió en forma reforzada fue el matrimonio entre personas de diferente sexo, la posibilidad de extensión de los efectos de esta institución requiere de la misma exigencia respecto de las uniones de hecho para que se logre la asimilación sustancial entre ambas instituciones y, por tanto, a lo único que aquél podría equipararse –bajo pena de violación al derecho a la igualdad- es a las uniones estables también entre un hombre y una mujer. En otros términos, la extensión o aplicación analógica de los efectos de una institución jurídica como es el matrimonio, a otra como es la unión estable o el concubinato, requiere evidentemente que esta última cumpla con los mismos requisitos sustanciales –que no formales- de aquél.

En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer -como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano- la extensión de sus efectos a las uniones de hecho -que histórica y sociológicamente también ha sido “núcleo esencial que da origen a la familia”- debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer, que éstos no tengan impedimento para casarse, tal como dispuso esta Sala en su fallo 1682/05 que antes se citó, y, se insiste en esta oportunidad, que se trate de una unión que se funde en el libre consentimiento

de las partes. En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto.

La Sala quiere destacar que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer-. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como –en el ejemplo que ya se mencionó-, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado –uniones de hecho “adulterinas”-, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio.

Así, salvo los límites que se expresaron que imponen el orden público y la prohibición de fraude a la ley, nada obsta para la admisión de la existencia, entre dos personas del mismo o de distinto sexo, de una comunidad ordinaria o una sociedad cuya causa sea el aporte común de bienes o esfuerzos, que está dirigida al logro de un fin, también común; como afirma la doctrina, “lo contrario ciertamente conllevaría a situaciones injustas y que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si alguien ha unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad”. (Vid. al respecto, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho* N° 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 230-231).

En consecuencia, la Sala declara que el derecho a la igualdad que recoge el artículo 21 de la Constitución es enunciativo y como tal proscribiera cualquier forma de discriminación, incluso por razones de orientación sexual del individuo. Asimismo, declara que ese precepto constitucional no colide con el artículo 77 *eiusdem* en lo que se refiere a la protección especial o reforzada que éste establece a favor de determinada categoría de uniones de hecho, pues lo que esta última norma recoge es una discriminación positiva, protección o mejora que implica una distinción de una situación jurídica frente a otras a la que no son iguales, que fue la opción que eligió el Constituyente, sin que ello constituya, *per se*, una discriminación de las que proscribiera el artículo 21 constitucional, ni comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones de hecho entre personas –de distinto o igual sexo- cuya regulación, en todo caso, corresponde al legislador. Así se declara.

TSJ-SC (493) 8-8-2022, Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos, Caso: Luis Alberto Martínez Lugo, RDP N° 171-172 2022, pp. 271.

...Conforme al criterio con carácter vinculante que dejó sentado esta Sala en la decisión parcialmente transcrita, [Sala Constitucional en decisión N° 1.682 del 15 de julio de 2005 (caso: “Carmela Mampieri Giuliani”),] no cabe lugar a dudas que para la declaratoria de una unión estable de hecho, se requiere que esté demostrado el carácter permanente de la relación, que haga presumir frente a terceros que se está en presencia de ese vínculo, correspondiendo al juzgador, con base en las pruebas aportadas, la determinación de la permanencia o estabilidad de esa unión

de hecho, estimando para ello como el tiempo mínimo, el lapso de dos (2) años según algunas estipulaciones de carácter normativo que hacen referencia a ese parámetro, a los fines de determinar el carácter continuo de la relación.

En efecto, ese requisito de la permanencia resulta inmanente al de estabilidad, el cual es esencial para la determinación de la existencia de una relación concubinar. Es por ello, que conforme a la Real Academia Española (RAE), la permanencia se concibe como “Duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad”, por lo que las uniones fugaces o transitorias no guardan relación con el concepto de la unión *more uxorio*, [locución que proviene del latín: *Mores*: Costumbre, usos, conducta reiteradamente observada; constituye una fuente del Derecho desde los más remotos tiempos del Derecho Romano (*Diccionario Jurídico Venelex*, Tomo I, 2003, Editorial Arte, Caracas-Venezuela); *Uxor - Uxoris*: cónyuge, esposa- (Nicolliello, Nelson. *Diccionario del Latín Jurídico*, 1999, editorial B de F. Barcelona-España)], a pesar de que dentro de estas se hayan procreado hijos, quedando por ende excluidas de las uniones estables de hecho los encuentros meramente circunstanciales

4. *La protección de los niños y los derechos de los jóvenes*

Artículo 78 C. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

C. 1961, art. 74

Artículo 79 C. Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y, en particular, la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley.

CSJ-SCC (118) 27-06-96, Magistrado Ponente: Anibal Rueda, PT, N° 6, junio 1996, pp. 31-34.

Ahora bien, los artículos 73 y 75 de la Carta Fundamental (1961), que consagran derechos sociales, rezan:

“Artículo 73. El Estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad velará por el mejoramiento de la situación moral y económica.

La Ley protegerá el matrimonio, favorecerá la organización familiar inembargable y proveerá lo conducente a cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica”.

“Artículo 75. La Ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cual fuere su filiación, pueda conocer a sus padres, para que éstos cumplan el deber de asistir, alimentar y educar a sus hijos y para que la infancia y la juventud estén protegidas contra el abandono, la explotación o el abuso.

La filiación adoptiva será amparada por la Ley. El Estado compartirá con los padres, de modo subsidiario y atendiendo a las posibilidades de aquéllos, la responsabilidad que les incumbe en la formación de los hijos.

El amparo y la protección de los menores serán objeto de legislación especial y de organismos y tribunales especiales”.

De las normas transcritas *supra* se desprende, por una parte, la obligación que tiene el Estado de proteger a la familia como célula fundamental de la sociedad, y por otra, la consagración en una legislación especial del amparo y la protección de que deben ser objeto los menores.

Así, la Ley Tutelar de Menores es decretada con la finalidad de tutelar, proteger, amparar y defender el interés del menor y establecer el derecho que éste tiene de vivir en condiciones que le permitan llegar a su normal desarrollo biológico, psíquico, moral y social.

A tal efecto, el ordinal 1° del artículo 1 de la referida ley expresa que el Estado facilitará los medios y condiciones necesarios para que los menores gocen del derecho a conocer a sus padres y, en consecuencia, para que puedan inquirir legalmente el vínculo paterno filial o ser reconocido por sus progenitores, independientemente del estado civil de los mismos; pero ciertamente nos podemos preguntar, ¿a través de quienes el Estado facilitará estos medios? Pues indudablemente que, a través de los organismos y tribunales especiales encargados para la protección del menor, tal es el caso del Instituto Nacional del Menor (INAM) y los Juzgados de Menores.

Ahora bien, en el caso de autos y dentro del procedimiento que sigue el Tribunal supuestamente agravante por la situación irregular en que se encuentra la menor a que se ha hecho referencia, no puede prohibírsele el derecho de visita, previsto en el artículo 42 de la Ley Tutelar de Menores pues la doctrina y jurisprudencia ha sido enfática en señalar que constituye un derecho de carácter absoluto por imperativo legal, por lo que este privilegio no puede ser negado mientras no exista una causa o motivo grave que ponga en peligro la integridad física o moral del menor.

Asimismo cabe señalar, que si el Estado a través de estos Tribunales de Menores como los organismos encargados para la protección del menor, facilitará los medios para que éstos gocen del derecho de conocer a sus padres, en el caso, *sub iudice*, considera la Sala que el Juzgado supuestamente agravante, más aun resolviendo la situación irregular de abandono de la menor, tampoco ha debido negar que se practicara la prueba denominada “Huella Digital del ADN”, ya que con ella se puede establecer la filiación de los accionantes con la menor, y de esta manera brindarle el amparo y la protección necesaria al menor el derecho que éste tiene de conocer a sus padres. Al actuar así el Tribunal agravante, es decir, al negarle a los quejosos el derecho de visita la menor y negarle la práctica de la prueba para establecer la filiación entre ambos, alegando incompetencia para ello, infringe los derechos constitucionales consagrados en los artículos 73 y 75 la Carta Fundamental, así como los artículos 68 y 69 *ejusdem* que consagran el derecho a la defensa y debido proceso.

Por lo tanto y a los fines de restablecer la situación jurídica infringida, esta Corte deja sin efecto el auto violatorio de los derechos constitucionales señalados en este fallo dictado por el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y en consecuencia, ordena al referido Tribunal que en el procedimiento seguido ante su Despacho por la situación irregular en que se encuentra la menor recluida en la Casa Hogar los Chiquiticos de San Bernardino, 1) Acordar el derecho de visita a los accionantes del presente amparo constitucional, ciudadanos María Arias de Villamizar y José Ely Villamizar, y 2) Acordar a los referidos accionantes la práctica de la prueba denominada “Huellas Digital del ADN”, para establecer la filiación de éstos con la menor.

TSJ-SPA (1154) 18-5-2000, Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé, Caso: Fiscal General de la República vs. República (Ministerio de Educación), RDP N° 82, 2000, pp. 328-329.

La protección integral del Niño y del Adolescente, conforme al ordenamiento vigente, implica el reconocimiento de todos los niños y adolescentes como sujetos de plenos derechos, cuyo respeto debe ser garantizado por el Estado, la Familia y la Comunidad.

En primer lugar, esta Sala, previo al pronunciamiento acerca del derecho que se denuncia como transgredido, entra a hacer consideraciones acerca de los menores, como sujetos de derecho a la luz del ordenamiento jurídico vigente, visto que la presente solicitud de amparo cautelar se ejerce en virtud de la presunta violación de los derechos de unos menores.

Debe destacarse que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considera que el niño y el adolescente merecen una protección especial e integral, a los fines que puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable, en condiciones dignas, e implica por parte del Estado un compromiso de brindarles protección integral, que incluye dos aspectos: protección social y la jurídica. Esta última, implica la intervención de instancias administrativas y judiciales, en caso de que los derechos de los menores sean amenazados o violados y, en este sentido, se indica que siempre en esta materia, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño (Artículo 78). Así conforme a la vigente Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, (Artículo 8) el interés superior del Niño, es un principio de interpretación y aplicación de la Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de decisiones donde estén involucrados los niños y adolescentes; y al respecto, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, dice expresamente: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por otra parte, la protección integral del Niño y del Adolescente, conforme al ordenamiento vigente, implica el reconocimiento de todos los niños y adolescentes, como sujetos de plenos derechos, cuyo respeto debe ser garantizado por el Estado, la Familia y la Comunidad. En cuanto al Estado, se le impone el deber indeclinable de tomar todas las medidas de cualquier naturaleza necesarias para asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; la familia, como medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños; y la sociedad, con su participación directa y activa para lograr la vigencia plena y efectiva de los derechos del Niño. Así las cosas, y de conformidad con las normas antes señaladas, esta Sala, como todas las autoridades del Estado, a los fines de emitir la presente decisión, está en la obligación de atender como consideración primordial el interés superior del niño. De manera tal, que los derechos del Niño deben tener primacía especial; como se indica en la exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente, simplemente el Niño esta de primero.

TSJ-SE (21) 12-3-2003, Magistrado Ponente: Alberto Martín Urdaneta, Caso: Interpretación del artículo 141 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, RDP N° 93-94/95-96, 2003, pp. 196 y ss.

La Sala Electoral interpreta la disposición contenida en el artículo 141 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que consagra la forma en que serán electos los representantes que tendrá la sociedad en el Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente. A tal efecto, hace referencia a los antecedentes legislativos de dicha Ley.

El régimen que estaba vigente antes de la publicación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente era el contenido en la Ley Tutelar de Menores, sancionada por el extinto Congreso Nacional el día 27 de noviembre de 1980; materializándose su ejecución el 30 de diciembre del mismo año. Esta Ley Tutelar de Menores fue reglamentada mediante Decreto Presidencial N° 2.405 publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 3.320, extraordinario, de fecha 12 de enero de 1984.

La Ley Tutelar de Menores basaba su existencia en el principio “de la actividad del Estado”, fundamentada según expresa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, en la doctrina o paradigma de la “situación irregular”, la cual según la definición del Instituto Interamericano del Niño, es: “[...] aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material y moral o padece déficit físico o mental [...]”.

Según esta posición están en situación irregular “los menores que no reciben tratamiento, educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades”. Bajo esta concepción los niños son considerados no como sujetos de plenos derechos sino como objeto de tutela por parte del Estado, representado por el Juez de Menores, figura protagónica en esa tutela, acarrea la judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo.

Al no adaptarse esta Ley Tutelar de Menores a las necesidades sociales, produjo quejas y reclamos tanto de la sociedad civil como de los organismos públicos especializados en la materia. La necesidad de cambiar la orientación de la Ley se acentuó cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas, a finales del año 1989, aprobó la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (CIDN), texto que representa un cambio radical en cuanto a la concepción de la defensa, ayuda, fomento y salvaguarda de los derechos de los menores por cuanto concibe todas esas acciones dirigidas a la Protección Integral, cuyo punto central es el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna como sujeto de plenos derechos, cuyo respeto se debe garantizar.

Este cambio de paradigma se distingue con el término “Doctrina de la Protección Integral” enmarcada dentro de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que tienen su antecedente directo en la mencionada “Declaración Universal de los Derechos del Niño”, que básicamente son los siguientes: “Convención Internacional de los Derechos del Niño”; “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil” (Reglas Beijing); “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad”; “Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riyadh)”; “Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo”; “Recomendación N° 146 de la Organización Internacional del Trabajo” y la Carta de la UNESCO sobre la “Educación Para Todos”.

Según se señala en la mencionada Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, los instrumentos jurídicos antes mencionados contienen disposiciones idóneas “que permiten construir un nuevo derecho para niños y adolescentes; propiciar un cambio en las instituciones sociales a fin de activar ese derecho y pasar del reproche individual de la situación del niño a una consideración estructural del problema”, por lo que el nuevo Derecho del Menor, fundamentado en la doctrina de la Protección Integral debe respetar una serie de principios rectores, que constituyen sus pilares fundamentales, a saber: I) el niño como sujeto de derechos; II) el interés superior del niño; III) la prioridad absoluta y IV) la participación y el rol fundamental de la familia y de la sociedad en la garantía de los derechos de los niños y adolescentes.

La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Venezuela el 29-08-90 (*Gaceta Oficial* N° 34.541) convirtiéndose, por tanto, en Ley de la República. Ahora bien, frente a esa Convención Internacional, nuestra legislación sobre los niños tuvo que adaptarse a los nuevos criterios y establecer lo conducente al logro de la protección integral de los mismos, tanto en lo social como en lo jurídico y ésa es la razón de ser de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cuyo objeto primordial es asegurarles derechos específicos, reforzando los derechos que se le otorgan a los mayores de edad pero adecuándolos a los niños y adolescentes como sujetos en formación, reconociéndoles una serie de nuevos derechos que antes sólo se le reconocían a los mayores de edad, verbigracia: libertad de opinión; participación; asociación; seguridad social y estableciendo el rol fundamental de la familia y de la sociedad en la formación de los niños y adolescentes. Estos derechos de los niños y adolescentes son de rango constitucional por cuanto nuestra Carta Magna en el Título III (De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías), Capítulo V (Derechos Sociales y de las Familias), artículos 78 y 79, los consagran.

La revolución experimentada en nuestro país por la legislación de niños y adolescentes es demostrativa de la gran importancia social de la materia objeto de regulación, que no es otra que la implantación de un “Sistema de Protección Integral” para ellos. Para alcanzar tan altruistas metas el Estado y los demás órganos concebidos en la citada Ley, tienen la obligación de crear y materializar políticas y programas de protección y atención integral en los cuales participen activamente el Estado, la familia y la sociedad.

En efecto, en el Título III, específicamente el artículo 117 de la Ley para la Protección del Niño y del Adolescente se concibe al Sistema de Protección conformado por el conjunto de órganos, entidades y servicios que formulan, coordinan, integran, orientan, supervisan, evalúan y controlan las políticas, programas y acciones de interés público a nivel nacional, estatal y municipal, destinadas a la protección y atención de todos los niños y adolescentes; así mismo, prevé que esos órganos y entidades deben establecer los medios a través de los cuales se asegure el goce efectivo de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes establecidos en la citada Ley.

Para el logro de esos objetivos en el artículo 118 *eiusdem* se indica que el Sistema de Protección cuenta con los siguientes medios: a) políticas y programas de protección y atención; b) medidas de protección; c) órganos administrativos y judiciales de protección; d) entidades y servicios de atención; e) sanciones; f) procedimientos; g) acción judicial de protección; h) recursos económicos, estableciendo dicha norma que el Estado y la sociedad tienen la obligación compartida de garantizar la formulación, ejecución y control de estos medios y que es un derecho de los niños y adolescentes exigir su cumplimiento.

TSJ-SC (766), 27-4-2007, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán, Caso: Douglas Rafael Rodríguez Marval vs. Auto Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. RDP No 110, 2007, pp. 130 ss.

Las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección del Niño y Adolescente son competentes para practicar la restitución de guarda, y así garantizar la ejecución de los fallos por ellos dictados en los juicios relacionados con la guarda de los niños o adolescentes.

Ahora bien, tal pretensión procesal encuentra su asidero en el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que establece:

“Artículo 390. Retención del Niño. El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo cuya guarda haya sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda, y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo, debiendo reintegrar todos los gastos que se haya hecho para obtener la restitución del niño o adolescente retenido”.

Con respecto a la norma transcrita esta Sala Constitucional ha dejado sentado que de la misma “...se desprende el deber en que se encuentra el funcionario de conminar judicialmente al padre o la madre que haya sustraído o retenido indebidamente a un hijo, a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda. Sin embargo, no consagra un procedimiento especial para la restitución de la guarda, motivo que dio inicio al caso de autos, como tampoco pena o sanción alguna como consecuencia a la negativa de su cumplimiento”. (Sentencia número 2.779 del 12 de agosto de 2005, caso: *Claudia María Zambrano Castro*).

Asimismo, la doctrina del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente –Área Metropolitana de Caracas- respecto a esta disposición jurídica ha establecido lo siguiente:

“De la norma transcrita, se desprende que la intención del Legislador es que de producirse de parte del padre o de la madre, la sustracción del hijo de quien lo tiene bajo su guarda, o quien retenga indebidamente su entrega a este, debe ser conminado judicialmente a restituirlo al que lo tiene legalmente bajo custodia; de manera que la pretensión judicial está reservada al caso del progenitor no guardador que habiendo ejercido su derecho de visitas, no lo entrega oportunamente a su legítimo guardador, debiendo además pagar los daños causados al hijo y los gastos realizados para lograr esa restitución.

En este orden de ideas, conminar judicialmente significa que un juez pronuncie una sentencia en la que se le ordene al infractor entregar al hijo a su legítimo guardián, a pagar los daños ocasionados al menor y los gastos realizados para obtener su restitución; advirtiéndole que de no hacerlo así se le sancionará de acuerdo con la ley, por no obedecer la orden impartida por el Juez.

De modo que la norma citada contiene dos pretensiones: la primera es la restitución del niño o adolescente a quien lo tiene legalmente bajo su guarda, lo cual es un asunto referido estrictamente a la protección del niño o adolescente, pues se trata de que existe disconformidad sobre la permanencia del hijo al lado de uno de sus progenitores; y la segunda pretensión es de carácter pecuniario derivada de la retención, la cual comprende la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que la retención le pudiere ocasionar al niño o adolescente y el reintegro de los gastos en los cuales haya incurrido el guardador para lograr la restitución; pretensiones de carácter accesorio a la principal que es la restitución”. (Sentencia del 18 de abril de 2005, Exp. No. C-05-2373 por la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional).

Ahora bien, se ha dicho que este tipo de juicios no posee un procedimiento propio para su tramitación y, en este sentido, los jueces de instancia han aplicado el que han creído conveniente. Sin embargo, tal situación ha planteado serios inconvenientes en cuanto a la duración de los procesos y al tipo de actuaciones que se ordenan, cuando en realidad la naturaleza del caso supone que el trámite sea muy abreviado, vista la situación de conflicto en que se encuentra el niño o adolescente.

Considérese que ante una eventual retención el niño o adolescente es separado de su hogar y de su entorno, con las graves consecuencias que ello implica, pues se trata de una modificación de su status, de manera arbitraria, con las repercusiones que ello comporta, sobre todo con respecto a su jornada diaria, su colegio, sus compañeros, el arraigo a su espacio físico, sus hábitos dentro de su casa, lo que incluye hasta sus juguetes y mascota, si la tuviere.

Ello ha dado lugar a que esta misma Sala en un caso en que una Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente desconoció el trámite para el restablecimiento de una guarda, y acumuló una solicitud de guarda a una que tenía por objeto el restablecerla, señalara con preocupación lo siguiente:

“En primer término, estima este Máximo Tribunal que la acumulación de dos procedimientos incompatibles resulta un error grave, ya que la atribución de guarda y restitución de guarda, son excluyentes por su naturaleza y objetivo, porque la primera busca que se le otorgue la guarda del hijo a un solo progenitor y el segundo busca la entrega del hijo al padre que tenga el ejercicio de la guarda que hubiere sido previamente otorgada –legal o judicialmente-, con ocasión de la retención indebida que haga el otro padre. En el caso de autos, es evidente que la Juez Unipersonal N° 11 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, cuando ordenó la acumulación de las dos causas, incurrió en una seria inobservancia de las normas sustantivas y adjetivas que contiene la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y el Código de Procedimiento Civil.

En segundo lugar, observa esta Sala que el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece la obligación de entrega del niño que se retenga indebidamente, pero la norma no preceptúa un procedimiento para que se realice dicha entrega; simplemente señala que se conminará judicialmente a que se restituya el niño a la persona que ejerce la guarda. En el caso bajo examen, la Juez Unipersonal N° 11 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas dictó un auto en el que acordó la aplicación supletoria del procedimiento que dispone el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, para la resolución de la restitución de guarda, lo cual contradice e impide la consecución del fin del artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que es la entrega inmediata del hijo que hubiere retenido indebidamente por el padre que no ejerce la guarda.

Esta Sala hizo las consideraciones que preceden ya que ve con suma preocupación que una institución como la restitución de guarda, que es tan expedita (*vid.* artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), en el caso de autos tenga una tramitación de casi dos años. La materia de protección del niño y del adolescente, es intensamente delicada, porque en ella se debaten instituciones familiares, tales como en el caso de autos -la guarda-, en la

cual los jueces deben tener un amplio conocimiento sobre el significado, contenido y procedimientos aplicables. En el futuro se deben evitar los graves errores en los que se incurrió en esta causa para que no ocurran dilaciones que entorpezcan la estabilidad y contraríen el interés superior de los niños que están involucrados en estos juicios”. (Sentencia número 2.609 del 17 de noviembre de 2004, caso: *Maoly García*).

Así las cosas, estima esta Sala conveniente determinar con precisión cuál es la actividad judicial que debe desplegarse, cuando se incoa una solicitud de restitución de guarda ante el juez competente. En este sentido, esta Sala considera adecuada la doctrina elaborada a este respecto por la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, en la sentencia antes referida. En efecto, se estableció cuanto sigue:

“...para dictar sentencia se deben cumplir determinados trámites procedimentales, que garanticen el ejercicio de los derechos de petición, por una parte, y de defensa por la otra; así como también las atribuciones para conocer y decidir.

El derecho a la defensa se asegura mediante la citación, de manera que el accionado pueda comparecer y exponer los alegatos que considere pertinentes con relación a la pretensión planteada; por otra parte, la comparecencia permitirá en interés del niño, garantizarle a éste su derecho de relacionarse con el progenitor de quien se está separando y determinar la periodicidad de los futuros encuentros con su hijo, para lo cual deberá garantizársele también su derecho a opinar.

Así tenemos que para que proceda la restitución debe tratarse de una restitución indebida, por lo que el accionado deberá acompañar con su solicitud la prueba de que es titular de la guarda, elemento este que no es suficiente para que el juez califique de indebida la retención del niño, es preciso escuchar los argumentos del accionado sobre los motivos que han dado lugar a mantener al niño a su lado y de ser necesario se abrirá una articulación probatoria para que el accionado demuestre que la retención no es indebida; en tal sentido es preciso destacar que el objeto de la prueba no es la titularidad de la guarda sino la protección del derecho del guardador legítimo del niño o adolescente, razón por la cual los medios probatorios deben ser pertinentes con la pretensión deducida a fin de que el juez pueda pronunciarse con conocimiento de causa sobre el carácter indebido o no de la retención.

Al respecto, observa esta Alzada que a los folios (...) corre inserto el Informe Integral relativo a las evaluaciones practicadas al grupo familiar UGARTE-MARCOS, por el Equipo Multidisciplinario del Área de Servicio Social de la División de Servicios Judiciales de la Región Capital de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, realizado a petición del Tribunal a-quo, el cual esta Corte desecha, en virtud de que el mismo no guarda relación con los hechos debatidos en el presente procedimiento de Restitución de Guarda; Y ASI SE DECLARA.

Es oportuno exhortar a los jueces de instancia, para que se abstengan de seguir realizando la práctica reiterada de solicitar este tipo de informes a los miembros del Equipo Multidisciplinario, todo en aras de evitar dilaciones en casos como el de autos, por cuanto este medio probatorio es impertinente a la pretensión deducida, pues la evacuación de esta prueba distrae la atención de los profesionales del Área de Servicio Social, en aquellos casos en que ésta sí resulta pertinente, es decir, para los casos en que se discuta la Modificación o Revisión de la Guarda y para la Fijación o Revisión del Régimen de Visitas.

En tal sentido, es importante dejar sentado que los supuestos para que proceda la Restitución de Guarda, son los siguientes:

- 1) Que se haya establecido judicialmente quien será el detentador de la guarda y;
- 2) Que se haya producido una retención indebida por el otro de los progenitores, que sin detentar la guarda y disfrutando del derecho de visitas, no haya devuelto al niño y/o adolescente al guardador.

3) Por tal razón, la prueba que resulta idónea no es la práctica de un Informe Integral al grupo familiar, por el contrario, lo pertinente es demostrar que tiene la guarda sobre el niño y/o adolescente, y que se ha producido una retención indebida...”.

Nótese que la Corte Superior sostiene que “de ser necesario” se abre la articulación, es decir, sólo si de los argumentos y elementos particulares del caso se desprende que es imperioso contar con un lapso de prueba para demostrar algún hecho, situación o circunstancia. Pero no necesariamente hay que hacerlo, de manera que, debe considerarse como excepcional el que se ordene la apertura de aquella, lo que, en todo caso, amerita -estima esta Sala- un auto motivado.

La tramitación de un proceso, como si se tratase de un juicio que tenga por objeto el establecimiento de la guarda, desvirtúa la esencia misma de la urgencia que aconseja una solicitud de restitución de guarda; pues la restitución de guarda es en sí una ejecución de la guarda ya establecida, bien sea a través de una sentencia que, por procedimiento previo, la haya determinado, o que ha sido convenida por quien o quienes ejerce la guarda, o por disponerlo así la Ley. Ello así, considera esta Sala que no fue la intención del legislador la tramitación de un proceso como tal, para la resolución de una solicitud de este tipo. Por eso, señaló también la Sala en la sentencia antes indicada, número 2.779 del 12 de agosto de 2005, para resolver el amparo, lo siguiente:

“En el caso sub lite, a los fines de pronunciarse sobre la apelación ejercida contra el fallo emitido por la Sala de Juicio N° 4 (...) el Juzgador de alzada aplicó el procedimiento contencioso previsto en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, y cuyo artículo 454 consagra las distintas etapas en que se desarrolla dicho procedimiento, lo cual contradice e impide la consecución del fin previsto en el artículo 390 *eiusdem*, cual es la entrega inmediata del hijo que hubiere sido retenido indebidamente por aquel padre que no ejerce la guarda.

Manifestó la accionante, seguida de la representación del Ministerio Público, la evidente confusión en que incurrió el Juzgado de alzada al considerar la existencia de una acción de distinta naturaleza a la restitución del niño, como la demanda por guarda que sí tiene un procedimiento establecido, pues de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 390, la acción concluía con la restitución de guarda.

En el caso de autos, verifica la Sala que una vez ejercida la restitución de guarda del niño (...) y revisadas las actuaciones, el juzgado de la causa ordenó su entrega inmediata a la ciudadana Claudia María Zambrano Castro, hoy accionante en amparo y progenitora del mismo, decisión contra la cual el ciudadano (...) interpuso recurso ordinario de apelación, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Superior Sexto Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, con sede en San Cristóbal.

A criterio de esta Sala, si bien no consagra la Ley Especial en la materia un procedimiento exclusivo aplicable a la solicitud de restitución debe dicha Institución concluir con el cumplimiento del mencionado fallo; es decir, con la entrega inmediata del niño a su madre en esta ocasión, lo cual constituye su fin primordial, lógicamente, una vez que la misma haya sido declarada, como evidentemente ocurrió en el caso objeto de estudio”.

Valga destacar, por otra parte, que la Juez señalada como agravante indicó en la actuación impugnada “Cuando los progenitores tienen residencias separadas, la guarda y custodia de los hijos da lugar a debates judiciales, tales como: 1) Privación de guarda que, está dirigida a obtener un cambio en la titularidad de la tenencia de los hijos. 2) La modificación de la guarda, aquí se discute judicialmente alguno de los atributos de ésta (ejemplo: educación, la vigilancia o disciplina, etc.) sin pretender la privación de la guarda. 3) La restitución del niño, donde se busca que el legítimo guardador logre que se le entregue su hijo cuando el otro cónyuge o tercero (sic) lo haya retenido indebidamente”.

Ahora bien, en relación con este último particular, expresa la juez supuestamente agravante que “...la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, no estableció el procedimiento a seguir con relación a la restitución, sólo nos señala el contenido de los artículos 380 antes mencionado y el 272 que nos reza: Sustracción y retención de niños o adolescentes Quien sustraiga a un niño o adolescente del poder de quien lo tenga por virtud de la Ley u orden

de la autoridad, será penado con prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurre quien retenga indebidamente a un niño o adolescente. El culpable deberá sufragar los gastos de envío del niño y del adolescente a su lugar de procedencia. Quedando al criterio personal de cada juez las formas procesales a seguirse: 1) unos se han limitado a examinar los recaudos que acompañan la solicitud y han procedido a decretar la restitución del niño al solicitante sin más trámite; 2) otros se han detenido a revisar atentamente el caso, y de acuerdo con las circunstancias y los hechos narrados, han procedido a citar el supuesto retenedor del niño antes de pronunciarse sobre la petición, y 3) otros jueces siempre citan al que se encuentra incurso en la supuesta retención indebida; por todo lo que considera la que suscribe que la restitución es un procedimiento de inmediato cumplimiento, una vez admitida la solicitud y citada la parte involucrada, ésta deberá comparecer ante el Tribunal acompañada del niño, niña o adolescente, a los fines de que sea restituido inmediatamente los niños a sus padres, tal como lo establece el artículo 390 *ejusdem*, ‘...debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda...’, todo ello en virtud de que existe sanción al respecto, establecida en el artículo 272 *ejusdem*”.

Considera esta Sala que la opinión de la juez es acertada y que, por tanto, su proceder estuvo ajustado a derecho y, en este sentido, valga señalar, siguiendo la doctrina expuesta de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente que, ante solicitudes de restitución de guarda, solo si es necesario, el juez debe ordenar la apertura de una articulación probatoria innominada conforme a lo dispuesto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y no distraer el proceso con la realización de exámenes, informes o pruebas que terminen demorando el trámite y desvirtuando lo preceptuado en el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. No obstante, considera la Sala que no es posible prescindir de la citación previa del accionado, para que pueda ser oído, con el fin de que se respete su derecho a la defensa, e incluso del niño o adolescente en atención a lo dispuesto en el artículo 80 de la referida ley, considerando que su grado de madurez así lo permita. Pero ello no debe desconocer el carácter de urgencia que reviste esta solicitud, por lo que no es posible prolongar la tramitación del asunto con fundamento en la dificultad que exista en hacer efectiva la citación, en tales casos el juez, como director del proceso, debe servirse de todos los medios posibles para lograr decretar cuantas medidas sean necesarias. Así se establece.

Otro aspecto a dilucidar, y que ha sido en realidad el que motivó el ejercicio de esta acción de amparo constitucional, es el referido a la ejecución de la sentencia que ordena la restitución.

En este sentido debe destacarse que no existe en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente una regulación para hacer efectivo el cumplimiento de un fallo de restitución de guarda, puesto que la ley sólo se limita a señalar en el artículo 272: “Sustracción y Retención de Niños o Adolescentes. Quien sustraiga a un niño o adolescente del poder de quien lo tenga por virtud de la Ley u orden de la autoridad, será penado con prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurre quien retenga indebidamente a un niño o adolescente (...)”.

La ausencia en dicha Ley de una fórmula reglamentada para lograr la materialización de la orden de restitución de guarda, ha propiciado una disparidad de criterios entre los juzgados de protección del niño y del adolescente, que concluyen en procesos dispares, nada pacíficos entre los involucrados, incluyendo al niño o adolescente objeto de la medida, pues, la forma como se realiza su ejecución ha creado serios inconvenientes con el correspondiente perjuicio emocional que ello comporta a éstos, ya que en ocasiones resulta traumática la manera en que se despoja al no guardador del niño o adolescente, lo que resulta contrario a lo preceptuado en el artículo 78 constitucional.

La situación planteada obliga a la Sala a definir un sistema, con fundamento en una interpretación coordinada de diversos textos normativos, para garantizar la restitución de la guarda como ejecución de las sentencias que la declaran, es decir, que haga posible la restitución cierta del niño o adolescente, con estricta sujeción al principio del interés superior del niño, es decir, sin que con ello se le cause un perjuicio o gravamen irreparable a sus derechos y garantías, todo de conformidad con los principios que inspiran la Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 34.541 del 29 de agosto de 1990 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; además de garantizar la eficacia de la orden del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, para que efectivamente se cumpla el fallo.

En tal sentido, debe destacarse que el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, antes referido establece claramente que el juez debe conminar al padre o a la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo cuya guarda haya sido atorgada al otro o a un tercero. La cuestión sin embargo está en establecer cómo o en qué consiste la actuación del juez tendiente a conminar al padre o madre que sustrajo o retuvo indebidamente al hijo, esto es, cuál es el contenido de esa actuación.

Ciertamente, el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil establece que “La ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia”. Sin embargo, con posterioridad a la vigencia de esta disposición, en nuestro ordenamiento jurídico se crearon unos órganos judiciales –antes entes administrativos- especializados en la ejecución de providencias cautelares o definitivas de forma concentrada y específica, tales son los Juzgados de Municipio Ejecutores de Medidas, que se encuentran regulados en el artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo contenido se dispone: “Los jueces de municipio actuarán como jueces unipersonales. Los juzgados de municipio serán ordinarios y especializados en ejecución de medidas. Los juzgados ordinarios tienen competencia para: (...*omissis*...) Los juzgados especializados en ejecución de medidas tienen competencia para cumplir las comisiones que le sean dadas por los tribunales de la República, de acuerdo con la ley”.

Ahora bien, debe anotarse que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, dictó resolución el 4 de agosto de 2000, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, número 37.036 del 14 de septiembre de 2000, por la que expresamente atribuyó a estos órganos competencia para ejecutar decisiones en materia de niños y adolescentes; a saber: “Resolución por la cual se asigna a los Jueces de Municipio ejecutores de medidas, la ejecución de las medidas cautelares o definitivas decretadas por los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente”, instrumento normativo éste que además establece una serie de atribuciones especiales en esta materia especial.

No obstante, esta normativa, debe señalar la Sala que, ante casos de restitución de guarda de niños y o adolescentes, fue y aún es una práctica de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, así como otrora fuera de los Juzgados de Familia, incluso de esta misma Sala, ordenar la entrega de los niños con una comisión especial de un órgano de policía.

Empero, observa la Sala que, la naturaleza de la orden a ejecutar, consistente en la separación forzada del niño o adolescente, bien a través del órgano de policía o por medio de un Juez Ejecutor de Medidas, de quien lo tiene consigo, esto es, del padre o la madre, con quien naturalmente mantiene una relación afectiva, no es adecuada para la estabilidad emocional del niño.

La experiencia permite establecer de manera inequívoca que los niños manejan una definición muy restringida del funcionario policial; de hecho, lo perciben con una connotación simplemente represiva; además, no hay que olvidar que para el niño se trata de una persona extraña, absolutamente desconocida, cuya función es constreñirlo para irse de manera obligada de las manos de uno de sus progenitores, similar situación ocurre con los jueces especializados en la ejecución de medida, aunque con éstos funcionarios –a juicio de la Sala- la medida puede resultar menos gravosa para el niño.

Colocar entonces al niño a que se refiere la restitución de guarda en semejante situación podría dificultar su percepción sobre el problema que le afecta. De allí que la comprensión del conflicto, el análisis del asunto desde el aspecto donde más incide, esto es, desde el respeto de los derechos de los niños y o adolescente y desde la satisfacción del principio del interés superior de los niños y adolescente que prescribe la antes referida Convención y la Constitución, exige que órdenes de tanta complejidad como la que implica una restitución del niño, sean ejecutadas por los mismos órganos especiales de la jurisdicción de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; y si bien en el caso de los Tribunales Ejecutores de Medidas su competencia es la de ejecución de fallos judiciales, lo cierto es que ordinariamente las ejecuciones que practican los jueces ejecutores de medidas tienen un sustrato patrimonial, que se aleja mucho de los principios y directrices que rigen las instituciones familiares.

En efecto, estima la Sala que una orden de esta trascendencia amerita de un juez especializado en instituciones familiares, de allí que, considera la Sala que lo aconsejable es humanizar el sistema de ejecución de este tipo de fallos, para lograr la efectiva materialización del fallo sin afectar la condición psicológica de los niños y de los parientes involucrados.

Para tal fin, considera esta Sala que, conforme a los principios constitucionales del interés superior del niño y de su protección integral, así como de acuerdo con los principios procesales de competencia y de independencia, lo conveniente es que los mismos Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, practiquen este tipo de decisiones, que ordenan una restitución, o cualesquiera otra de la misma índole, con el auxilio, preferiblemente con la ayuda de los auxiliares de justicia especializados que considere pertinente o de los órganos del sistema de protección del niño y del adolescente previstos en el artículo 119 de la Ley Orgánica para la Protección del niño y del Adolescente que estime pertinente, de acuerdo con las circunstancias del caso, y también con la presencia del guardador reclamante, a menos que las circunstancias del caso no lo hagan conveniente.

Estima la Sala que los jueces y demás órganos del sistema de protección del niño y del adolescente se encuentran formados en la doctrina de la protección integral del niño y o adolescente y, por tanto, son los funcionarios más aptos e idóneos para el cumplimiento de la restitución de la guarda, producto de un fallo que la ordene. Y dentro de éstos, considera la Sala que específicamente y en principio, debe ser el mismo juez de la causa, esto es, la Sala de Juicio que ha dado la orden de restitución, la que practique dicha ejecución, siempre que las circunstancias territoriales lo permitan.

TJSJ-SC (1734) 11-11-2008, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán, Caso: Desaplicación del artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, RDP N° 116, 2008, pp. 117-122

La novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece que en el caso de decretar una adopción internacional es determinante, que el interés superior del niño, niña o adolescente se encuentre garantizado. El criterio determinante para que la adopción se decrete dejó de ser la reciprocidad de los Estados para atender a lo que más convenga al adoptado.

Establecido lo anterior, la Sala advierte que la desaplicación del artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, vigente por disposición del artículo 681 de la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por parte de la Sala de Juicio N° 5 del Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a través de la sentencia dictada el 11 de febrero de 2008, que decretó la adopción internacional plena y conjunta de tres niñas, se fundamentó en la presunta colisión de la norma desaplicada con los artículos 75 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por considerar que, en el presente caso, la aplicación estricta de la disposición de rango legal impediría alcanzar el interés superior de ellas.

Una vez señalados los fundamentos y alcance de la desaplicación adoptada, y con el propósito de realizar el examen abstracto de la constitucionalidad de la norma desaplicada, esta Sala observa que el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (G.O. N° 5.266 Extraordinario del 2 de octubre de 1998) contemplaba lo siguiente:

“Art. 444: La adopción internacional sólo puede realizarse si existen tratados o convenios en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción”.

Por su parte, los artículos 75 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen lo siguiente:

“Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.

Precisado lo anterior, esta Sala aprecia, en primer lugar, que la norma objeto de control difuso de la constitucionalidad exigía la existencia de un tratado o convenio en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción, sin embargo, no especifica la norma si basta con que ese convenio o tratado haya sido suscrito, o si se requiere de su ratificación. Ello así, se debe acudir a lo establecido en el propio tratado que regula la materia; y al efecto, se aprecia que el **Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional**, celebrado en La Haya el 29 de mayo de 1993, establece en su artículo 46.2 que entrará en vigor para cada Estado que lo ratifique, por lo tanto debe considerarse esa etapa como la que determina el momento en el cual el tratado comienza a surtir efectos entre los Estados contratantes.

Al respecto señaló esta Sala en su sentencia N° 1393 del 13-08-01, lo siguiente: *“El iter formador de los tratados para que ellos comiencen a surtir sus efectos jurídicos plenos, finaliza con la ratificación y publicación de los mismos”.* (Destacado del fallo citado).

Así las cosas, Venezuela ratificó el referido tratado el 10 de enero de 1997, mientras que los Estados Unidos de América (residencia habitual de los solicitantes de adopción), hizo lo propio el pasado 1 de abril de 2008, de ese modo, cuando se dictó la decisión objeto de análisis, la falta de ratificación de dicho convenio por parte de los Estados Unidos de América atentaba contra el principio de reciprocidad, base de las relaciones internacionales, lo cual no daba garantía de que el Estado en el cual mantenían residencia habitual los solicitantes de la adopción, diera cumplimiento a los considerandos que llevaron a los países miembros a suscribir el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, es decir, el órgano jurisdiccional no podía tener certeza de que dicho Estado pudiera *“...adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de sus derechos fundamentales...”*.

Lo anterior determina que, según lo dispuesto en el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, al momento en el cual se dictó la decisión cuya constitucionalidad se revisa (11 de febrero de 2008) no era aplicable entre Venezuela y los Estados Unidos de América el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, por lo que la exigencia contenida en la norma era válida y en consecuencia bajo esa perspectiva no se encontraban cubiertos los extremos legales para el decreto de la adopción, ni de la colocación intrafamiliar.

Ahora bien, si tomamos en cuenta que para la fecha de emisión del presente fallo, el Convenio referido ya ha sido ratificado por los Estados Unidos de América, revisar la sentencia objeto de estudio y reponer la causa al estado de que se dicte una nueva decisión, constituiría una reposición inútil en razón de la sobrevenida ratificación por parte del país receptor, lo cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, marca el inicio de su entrada en vigor para el Estado que lo ratifique, lo cual conforma una garantía de cumplimiento de lo pactado, y en consecuencia es un indicativo de cooperación internacional.

Asimismo considera la Sala que no puede obviarse además, que el *telos* de la norma desaplicada (artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), como puede apreciarse de la lectura de la exposición de motivos respectiva, lo conforma “...*la necesidad de proteger adecuadamente a los niños o adolescentes que son dados en adopción a personas que residen en otros países...*”, para de esa manera evitar el tráfico de niños, y ello, como se desprende de la motivación del fallo que se analiza, no fue precisamente lo que analizó el sentenciador al momento de llevar a cabo la desaplicación efectuada.

Otro aspecto importante a evaluar lo constituye el hecho también sobrevenido de que la norma contenida en el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se encuentra actualmente derogada por la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (G.O. N° 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007), incluso desde que se dictó sentencia en el caso que se analiza; pero la Sala advierte que el texto derogado era el que regía la relación jurídica por disponerlo así el artículo 681 de la nueva ley, el cual regula lo referido al régimen procesal transitorio.

Al analizar esa nueva Ley se puede apreciar cómo el legislador atenúa las exigencias en materia de adopción internacional, y ya no exige la prueba de reciprocidad que era indispensable a la luz de la ley de 1998. En efecto, el artículo desaplicado condicionaba la adopción internacional a la existencia de un convenio en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción, mientras que el nuevo cuerpo normativo en su artículo 407, al contemplar los tipos de adopción, se refiere a la de tipo internacional de la siguiente manera:

“La adopción es internacional cuando el niño, niña o adolescente, a ser adoptado u adoptada, tiene su residencia habitual en un Estado y el o los solicitantes de la adopción tienen su residencia habitual en otro Estado, al cual va a ser desplazado el niño, niña o adolescente. Cuando el niño, niña o adolescente a ser adoptado u adoptada tiene su residencia habitual en el territorio nacional y el desplazamiento se produce antes de la adopción, ésta debe realizarse íntegramente conforme a la ley venezolana.

*Los niños, niñas o adolescentes que tienen su residencia habitual en la República Bolivariana de Venezuela sólo pueden considerarse aptos o aptas para una adopción internacional, cuando los organismos competentes examinen detenidamente todas las posibilidades de su adopción en la República Bolivariana de Venezuela y **constaten que la adopción internacional responde al interés superior del niño, niña o adolescente a ser adoptado u adoptada.** En el respectivo expediente se debe dejar constancia de lo actuado conforme a este artículo”. (Destacado de esta sentencia).*

Como puede apreciarse, en la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para decretar una adopción internacional es determinante, que el interés superior del niño, niña o adolescente se encuentre garantizado. En otras palabras, el criterio determinante para que la adopción se decrete dejó de ser la reciprocidad de los Estados para atender a lo que más convenga al adoptado.

En las materias que involucren niños, niñas y adolescentes, siempre ha constituido una prioridad para esta Sala procurar la decisión más conveniente a sus intereses; en ese sentido es pertinente citar lo expuesto en sentencia N° 2320 del 18 de diciembre de 2007, en la cual se señaló:

“Casos como el presente exigen mucha prudencia, responsabilidad y razonabilidad, gran ponderación, un dominio impecable de las instituciones familiares, con sus efectos y consecuencias sociales; además, de una especial sensibilidad y un manejo de los distintos institutos procesales, toda vez que las decisiones que se dictan en torno a los niños, niñas y adolescente producen e inciden de manera decisiva en su desarrollo y formación integral. Cuando se dictan medidas judiciales que los afectan se produce una innovación sentimental y afectiva; pero además, éstas repercuten en el aspecto social y estilo de vida; de tal manera, que no pueden los jueces y juezas disponer de los niños, niñas y adolescentes como si de objetos se tratara; ellos no sólo son sujetos de derecho, sino que debe tenerse presente cómo sienten y padecen de manera significativa a consecuencia de un proceso judicial, y cómo una decisión judicial puede llegar a ser fundamental en su existencia; por tanto, no puede ordenarse trasladar de un lado para otro, sin mediar y ponderar las transformaciones de vida que ello implica”.

En el presente caso se aprecia que luego de la errada desaplicación del artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la sentencia objeto de revisión se fundamentó únicamente en el *interés superior* de las niñas cuya adopción se requirió, como si de la aplicación del artículo 407 de la nueva ley se tratara, haciendo referencia a circunstancias y hechos que se originaron a partir de la colocación intrafamiliar internacional acordada por auto judicial del 16 de julio de 2001, el cual infringió abiertamente el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, puesto que desde su origen el procedimiento se inició incumpliendo la ley. De modo que no podía de ella derivar efectos legales válidos para justificar posteriormente (6 años después) la adopción internacional desaplicando el artículo 444 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente como hizo la sentenciadora.

La desaplicación de normas autorizada constitucionalmente amerita dar cumplimiento a lo señalado por esta Sala en sentencia N° 1696/05 en la que se expresó:

“En casos de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales, o como lo expresa el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiera con alguna disposición constitucional, los jueces aplicaran ésta con preferencia. En esta desaplicación de una norma por colidir o ser incompatible con la Constitución, consiste el control difuso.

Para que dicho control se aplique, es necesario:

- 1) *Que exista una causa, lo que equivale a un proceso contencioso.*
- 2) *Que una de las partes pida la aplicación de una norma.*
- 3) *Que dicha norma colida con alguna disposición constitucional, lo que indica que debe tratarse de una contradicción objetiva (de texto); o que la ley resulte incompatible con la Constitución, incompatibilidad que se refiere a los principios constitucionales recogidos expresamente en la Carta Fundamental.*
- 4) *Que el juez se vea en la necesidad de aplicar la norma que considera colide con la Constitución, ya que esa es la ley que regirá el caso. En consecuencia, si el juez a su arbitrio puede inaplicar la ley, ya que considera que el supuesto de hecho de la norma no ha sido probado, o que el caso puede ser resuelto mediante la invocación de otra disposición, no tiene razón alguna para practicar control difuso alguno.*
- 5) *Que quien lo adelante sea un juez, así ejerza la jurisdicción alternativa, dentro de un proceso donde se pide la aplicación de la ley o norma cuestionada.*
- 6) *Que el juez no anule la norma sometida al control, sino que la inaplique en el caso concreto.*

Ejercido el control difuso, su efecto es que, para el caso concreto, sólo con respecto a éste, no se aplica la disposición”.

Dado que en el presente caso, la jueza unipersonal de la Sala N° 5 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, no cumplió los parámetros señalados, hasta el punto que la norma desaplicada no colidía con el texto constitucional, esta Sala percibe a la mencionada juzgadora a los fines de que en futuras oportunidades evalúe con más precaución los asuntos que le corresponda resolver, en acatamiento de la doctrina vinculante de la Sala, *so pena* de incurrir en responsabilidad disciplinaria.

Así las cosas, considera esta Sala que el hecho de que la decisión dictada el 11 de febrero de 2008, por la jueza unipersonal de la Sala N° 5 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, haya desaplicado erróneamente el artículo 444 de la derogada Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente cuando dicho precepto no colidía con el Texto Fundamental, es determinante para que esta Sala revise la sentencia, sin embargo, ante el hecho sobrevenido de que para la fecha de emisión del presente fallo, el Convenio referido ya ha sido ratificado por los Estados Unidos de América, reponer la causa al estado de que se dicte una nueva decisión, constituiría una reposición inútil, en consecuencia, no se anula el fallo revisado, y al efecto se confirma la adopción internacional plena y conjunta, decretada en el referido fallo.

Esta Sala no puede dejar de advertir a la jueza unipersonal de la Sala N° 5 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que tal como lo señaló esta Sala Constitucional, el “interés superior del niño” no puede ser utilizado como una referencia constante e indiscriminada sin atender a su exacto contenido por parte de los jueces de protección para resolver los casos que son sometidos a su conocimiento. Al efecto, la sentencia N° 1917/03 hace la misma advertencia, al establecer que:

“... *¿Implica lo anterior que el concepto jurídico indeterminado “Interés superior” del niño se antepone a cualquier otro derecho subjetivo o interés legítimo de los ciudadanos? No, sólo significa que, bajo ningún concepto, ha de prevalecer, en el Derecho de Menores, otro interés que el que la propia Ley tutela: El del niño y el del adolescente, sin obviar que dicho interés debe aplicarse en forma adecuada y razonable respetando el resto del sistema constitucional y legal, ya que no puede llevar a subvertir o derogar implícitamente las demás normas del ordenamiento jurídico, y así se declara”.* (Destacado de este fallo).

TSJ-SC (1851) 28-11-2008, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán, Caso: Desaplicación del artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, RDP N° 116, 2008, pp. 122-127.

La Sala declara no conforme a derecho la desaplicación del artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y advierte a las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de todo el país, que ante una solicitud de rectificación de partida que involucre a un niño, niña o adolescente, deberán decidir, como punto previo, si la solicitud de rectificación de partida versa sobre verdaderos errores materiales, y si así lo fuere remitir, en consecuencia, la solicitud al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, o si por el contrario, cabe la intervención judicial al tratarse de un error cuya solución debe obtenerse a través de la jurisdicción voluntaria en aplicación de lo establecido en el artículo 511 eiusdem.

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca del asunto sometido a su conocimiento y al respecto advierte que la remisión hecha a este órgano judicial de las copias certificadas de la decisión dictada el 14 de enero de 2008 por el Juez Unipersonal N° 1 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, tiene como propósito -tal como se expuso *supra*- “que [esta Sala] conozca sobre el Control Judicial de la Constitución, ejercido por este Juez Unipersonal N° 1, de conformidad con el artículo 336, ordinal 8, los artículos 25 y 139, en concordancia con los artículos 136 y 137 de la Constitución

Nacional (sic), referentes a las violaciones al orden público, por cuanto existe en la actualidad un choque entre la intención del Constituyente, con el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, colidiendo con lo establecido en el artículo 501 del Código Civil que establece que ninguna partida de los registros del estado civil podrá reformarse después de extendida y firmada, sino en virtud de sentencia ejecutoriada y a través, por supuesto del Tribunal competente”.

Ahora bien, debe esta Sala precisar la conformidad en derecho del “Control Judicial de la Constitución”, ejercido por el Tribunal remitente, a través del cual señaló que:

“Debe, en consecuencia, este Órgano Jurisdiccional, autointegrar las normas, pasando del control pasivo y relativo de la constitucionalidad de las leyes, para aplicar la Constitución frente al artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, que colide con la intención del legislador en el artículo 501 del Código Civil, norma de eminente orden público, protegido por los artículos 25 y 139 de la Constitución Nacional (sic), y por tanto se deben remitir estas actuaciones informando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de la presente decisión; porque a juicio de este Tribunal, cada vez que al analizarse una norma para su aplicación a un hecho específico real y del rastreo histórico que se haga se descubre y se pone en evidencia que colide con la Constitución Nacional (sic), se debe por un lado y de acuerdo a los principios generales, desecharla y aplicar la Constitución, y remitir las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 336 de la Constitución Nacional (sic), ordinal 8°...”

...Omissis...

“Por tanto, y tomando las consideraciones anteriores, es el más Alto Tribunal de la República, a través de la Sala Constitucional, quien debe pronunciarse acerca de la interpretación definitiva y vinculante en toda la República Bolivariana de Venezuela, que se le debe dar al punto. En consecuencia, se resuelve remitir copia del expediente con esta decisión, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines del control activo directo y absoluto de la Constitución Nacional (sic), y así se decide”.

En este sentido, se observa que, el juez remitente ejerció control difuso de la constitucionalidad, aún cuando parte de la argumentación empleada como fundamento del fallo dictado fue desarrollada como si se tratara de una colisión de leyes, por lo cual esta Sala estima necesario traer a colación la interpretación establecida en su sentencia N° 833 del 25 de mayo de 2001, al analizar el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y señalar que:

“Consecuencia de dicha norma es que corresponde a todos los jueces (incluso los de la jurisdicción alternativa) asegurar la integridad de la Constitución, lo cual adelantan mediante el llamado control difuso.

Dicho control se ejerce cuando en una causa de cualquier clase que está conociendo el juez, éste reconoce que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), que es incompatible con la Constitución. Caso en que el juez del proceso, actuando a instancia de parte o de oficio, la desaplica (la suspende) para el caso concreto que está conociendo, dejando sin efecto la norma en dicha causa (y sólo en relación a ella), haciendo prevalecer la norma constitucional que la contraría.

Por lo tanto, el juez que ejerce el control difuso no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución.

*La declaratoria general de inconstitucionalidad de una o un conjunto de normas jurídicas (leyes), corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien, ante la colisión, declara, con carácter **erga omnes**, la nulidad de la ley o de la norma inconstitucional. Dicha declaratoria es diferente a la desaplicación de la*

norma, tratándose de una decisión de nulidad que surte efectos generales (no para un proceso determinado) y contra todo el mundo. Mientras que los Tribunales de la República, incluyendo las Salas del Tribunal Supremo de Justicia diferentes a la Constitucional, pueden ejercer sólo el control difuso. Las Salas Constitucional y Político Administrativa pueden ejercer el control difuso en una causa concreta que ante ella se ventile, y el control concentrado mediante el juicio de nulidad por inconstitucionalidad, cuyo conocimiento a ellas corresponde. La máxima jurisdicción constitucional se refiere al control concentrado, el cual es un control por vía de acción, que lo ejerce la Sala Constitucional, conforme al artículo 336 constitucional y, en ciertos casos, la Sala Político Administrativa.

Conforme al artículo 334 aludido, el control difuso sólo lo efectúa el juez sobre normas (lo que a juicio de esta Sala incluye las contractuales) y no sobre actos de los órganos que ejercen el poder público, así ellos se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

No debe confundirse el control difuso, destinado a desaplicar normas jurídicas, con el poder que tiene cualquier juez como garante de la integridad de la Constitución, de anular los actos procesales que atenten contra ella o sus principios, ya que, en estos casos, el juzgador cumple con la obligación de aplicar la ley, cuya base es la Constitución.

Distinta es la situación del juez que desaplica una norma porque ella colide con la Constitución, caso en que la confrontación entre ambos dispositivos (el constitucional y el legal) debe ser clara y precisa.

Esto último, conlleva a la pregunta ¿si en ejercicio del control difuso un juez puede interpretar los principios constitucionales, y en base a ellos, suspender la aplicación de una norma?

*Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones **motu proprio** que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado”.*

Como puede apreciarse, el control difuso o desaplicación de una norma por prevalencia de la norma constitucional, consiste en una facultad del juez o jueza en el desempeño de su labor jurisdiccional; y cuyo ejercicio está dirigido a facilitar la obtención de una tutela judicial efectiva; sin embargo, su uso no puede ser indiscriminado, por lo que es indispensable que la confrontación de la norma desaplicada con el texto constitucional sea clara, precisa y motivada. Tal postulado no fue observado por el juez remitente en el caso *subjudice*, puesto que desaplicó por control difuso una norma legal que no atenta de manera alguna contra la normativa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; creando con ello un aparente conflicto entre normas; y obviando, la plena vigencia de la norma que el juez o jueza debe tener como una presunción de legalidad mientras no sea impugnada su constitucionalidad.

En el presente caso, el Juez Unipersonal N° 1 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, desaplicó el artículo 516 de la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007), el cual dispone lo siguiente:

“En caso de rectificación de partidas, salvo los referidos a la corrección de errores materiales cometidos en las Actas del Registro Civil que son competencia de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, o de establecimiento de algún cambio permitido por la ley de una partida de los Registros del Estado Civil, el o la solicitante debe

presentar copia certificada de la partida, indicando claramente el cambio y su fundamento. Adicionalmente, debe indicar las personas contra quienes pueda obrar el cambio, o que tengan interés en ello, así como su domicilio y residencia.

Antes de proceder a notificar, debe publicarse un cartel en un diario de circulación nacional o local, de conformidad con el artículo 461 de esta Ley, emplazando para la audiencia a cuantas personas puedan ver afectados sus derechos. Las personas contra quienes obre la solicitud y los terceros interesados puedan formular sus oposiciones y defensas en la audiencia”.

El fundamento empleado por el juzgador para efectuar dicha desaplicación, consistió en que la norma transcrita atentaba contra lo establecido en los artículos 25 y 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y que además colidía con el artículo 501 del Código Civil, el cual “...*determina que las rectificaciones de partidas se realizarán mediante juicio para lograr la respectiva sentencia jurisdiccional revestida del carácter de la cosa juzgada y susceptible entonces de ejecución*”, y que éste último constituía “...*una norma de orden público, que por lo tanto está protegido por la Constitución Nacional (sic)*...”. Sin embargo, el Juez Unipersonal N° 1 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, obvió que tales disposiciones constitucionales constituyen garantías cuya violación no es susceptible de ser invocada de forma directa; sino dentro del marco procedimental de producción del derecho, lo cual no ocurre en el presente caso.

Además, si de colisión de leyes se tratara tampoco observó el juez remitente, los postulados lógicos esenciales que integran el criterio determinante para solucionar casos de colisión de leyes, tales como la primacía de lo especial sobre lo general, y la primacía de lo posterior sobre lo anterior; expresados en los clásicos aforismos: *generi per speciem derogatur y lex posterior derogat priori*.

Así las cosas, tenemos que si bien el Código Civil, vigente desde el 26 de julio de 1982, dispone en el referido artículo 501, lo siguiente:

“Ninguna partida de los registros del estado civil podrá reformarse después de extendida y firmada, salvo el caso previsto en el artículo 462, sino en virtud de sentencia ejecutoriada, y por orden del Tribunal de Primera Instancia a cuya jurisdicción corresponda la Parroquia o Municipio donde se extendió la partida”.

La nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes regula lo relacionado con la rectificación de partidas en un aspecto muy especial y particular, como lo es el referido a los casos de rectificación de errores materiales contenidos en las partidas de niños, niñas y adolescentes, en los que para cuya corrección el legislador especial prefirió, atendiendo al interés superior del niño, que en esos casos el trámite no fuese jurisdiccional, sino que pudiese ser sustanciado sumaria y expeditamente por los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Asimismo, la novísima ley deja entendido, que en el caso de que no se trate de meros errores materiales, deberá seguirse lo estipulado en el artículo 511 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Frente a las señaladas disposiciones normativas, y ante el supuesto de hecho constituido por la solicitud de corrección de errores materiales en la partida de nacimiento de un niño, hijo de la solicitante, es evidente que debe predominar el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes frente al artículo 501 del Código Civil; solución a la que igual se accedería aplicando el criterio según el cual la ley posterior priva sobre la ley anterior.

El Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio, del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, para resolver el presente caso, y en el proceso de elegir una norma jurídica aplicable en uso pleno de las funciones jurisdiccionales que posee, es decir, al momento de ejercer su labor reflexiva y racional para la cual se encuentra absolutamente autorizado, debió decidir con fundamento en el artículo 516 de la Ley Orgánica

para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, aplicable al caso concreto; pero en cambio al desaplicar la norma por considerarla inconstitucional, erró en su labor interpretativa, lo cual justifica la intervención de esta Sala en procura de aplicar los correctivos necesarios.

Las razones expuestas determinan que esta Sala anule la sentencia objeto de revisión; y en consecuencia ordene emitir un nuevo pronunciamiento; sin embargo, observa la Sala que en la parte dispositiva del fallo que se revisa se ordenó continuar el procedimiento de *“Rectificación de Partida intentado por la ciudadana MARTHA TERESA EPIEYU, en beneficio del niño (...), de conformidad con lo previsto en el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia”*, y que en virtud de esa orden, el Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio, del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, dio continuidad al curso de la causa principal y emitió sentencia definitiva en la causa el 28 de febrero de 2008, en la cual sostuvo lo siguiente:

“...del examen de los instrumentos probatorios indicados y que forman parte de las actas de este expediente, está suficientemente demostrado el error material en que se incurrió en el libro duplicado llevado por la Jefatura Civil de la Parroquia Ricaurte del Municipio Mara del Estado Zulia, en el acta de nacimiento N° 1144 al asentar el primer nombre de la progenitora del niño de autos como ‘MARÍA’, cuando lo correcto es ‘MARTHA’. Al igual que ha quedado suficientemente demostrado el error material en que se incurrió en el Libro Duplicado llevado por el Registro Civil del Estado Zulia, en el acta de nacimiento N° 1144 al asentar el primer nombre de la progenitora del niño de autos como ‘MARÍA’, cuando lo correcto es ‘MARTHA’, por lo cual de conformidad con el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil antes transcrito, se debe declarar con lugar la Rectificación de la Partida de Nacimiento en los términos solicitados; y así se establece”.

Como puede apreciarse del fallo parcialmente transcrito, ya en el procedimiento de rectificación de partida se emitió un fallo estimatorio e incluso, se ordenó *“...la inserción íntegra de esta sentencia en los libros de nacimiento del año en curso, original y duplicado, llevado por la Jefatura Civil de la Parroquia Ricaurte del Municipio Mara del Estado Zulia, sin hacer alteración de la partida rectificadora, colocando al margen de esta última una nota marginal señalando que la misma fue objeto de rectificación según la presente sentencia, con indicación del número, libro y fecha en la que quedó inserta esta sentencia en dicho libro. Igual anotación marginal debe estamparse en el acta de nacimiento rectificadora que reposa en el archivo de la Oficina de Registro Civil del Estado Zulia”*, y ante el hecho cumplido resulta contrario al interés superior del niño que se anulara el fallo, y en consecuencia y sólo por esa razón esta Sala lo confirma.

Así se decide.

No obstante lo anterior, según lo expuesto en el presente fallo, al no ser inconstitucional como se ha expresado la norma contenida en el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de todo el país, ante una solicitud de rectificación de partida que involucre a un niño, niña o adolescente, deberán decidir, como punto previo, si la solicitud de rectificación de partida versa sobre verdaderos errores materiales, y si así lo fuere remitir, en consecuencia, la solicitud al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; o si por el contrario, cabe la intervención judicial al tratarse de un error cuya solución debe obtenerse a través de la jurisdicción voluntaria en aplicación de lo establecido en el artículo 511 eiusdem; ello con el fin de evitar que ningún otro juez con la referida competencia aplique en los casos de solicitud de rectificación de partidas de niños, niñas y adolescentes por errores materiales, el procedimiento establecido en los artículos 768 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en prevalencia de lo estatuido por la norma especial contenida en el artículo 516 de la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Así se decide.

Visto el contenido interpretativo de la presente decisión se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, así como su reseña en el sitio *web* de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

TSJ-SC (850) 19-6-2009, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchan, Caso: Violeta Josefina Franco de Van Dertahg vs. Decisión Del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta. RDP N° 118, 2009, pp. 172-184.

Los Estados Partes suscribientes de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores proyectaron a través de su contenido hacer efectivo e inmediato el retorno del niño, niña o adolescente para evadirse de los inconvenientes que producen en éstos un cambio arbitrario de su entorno, de su ambiente habitual. Por ello, no es posible requerir el exequátur para la aplicación de la referida Convención, pues tal exigencia es incompatible con la finalidad y propósito del mismo, pues con éste se persigue la restitución inmediata, es decir, expedita, del niño, niña o adolescente que haya sido trasladado o retenido ilícitamente.

En este orden de ideas, se precisa establecer que no es posible requerir el exequátur para la aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pues tal exigencia es incompatible con la finalidad y propósito del mismo, pues con éste se persigue la restitución inmediata, es decir, expedita, del niño, niña o adolescente que haya sido trasladado o retenido ilícitamente.

Los Estados Partes suscribientes de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores proyectaron a través de su contenido hacer efectivo e inmediato el retorno del niño, niña o adolescente para evadirse de los inconvenientes que producen en éstos un cambio arbitrario de su entorno, de su ambiente habitual. Es por ello que el artículo 2 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece: “*Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan*”.

Considerado lo anterior, para decidir, advierte la Sala de la lectura del expediente que la causa que dio origen a la actuación judicial supuestamente lesiva consiste en una solicitud de restitución internacional iniciada con fundamento en el Convenio Internacional de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional Menores, instrumento internacional suscrito y ratificado por Venezuela, el cual establece una reglamentación especial a los fines de asegurar la restitución inmediata de los niños, niñas o adolescentes que hayan sido trasladados o retenidos ilícitamente, en cualesquiera de los países contratantes; y también asegurar que los derechos de custodia y de visita vigentes en dichos países sean respetados en los demás Estados contratantes.

Observa la Sala que la causa en cuestión se inició con motivo de una solicitud efectuada por la Dirección de Servicio Consular Extranjero del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores al Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, que a su vez había sido requerido por la Autoridad Central de la República Francesa (Ministerio de Justicia), en virtud de la solicitud planteada ante ese organismo por el ciudadano Rafael Andrés Paiva Mata, con la finalidad de peticionar la restitución internacional de su hijo, quien habría sido presuntamente sustraído, ilícitamente, por su progenitora, la ciudadana venezolana Sophia Franco Montcourt y, presuntamente se encontrarían residiendo en Boca de Río, Península de Macanao, Estado Nueva Esparta.

Tal solicitud dio lugar a que el Tribunal al que se le asignó el conocimiento del asunto, esto es, el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Sustanciación y Mediación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, dictara auto, el 8 de agosto de 2008, por el que admitió el mismo, de conformidad con el artículo 457 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, y de acuerdo con lo establecido en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional Menores y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, señalando al efecto la decisión judicial lo siguiente:

“... y por cuanto establecen las mismas [las Convenciones citadas] la importancia primordial que los intereses del niño y del adolescente tienen en todas las cuestiones relativas a su custodia, así como que sea escuchada su opinión como sujetos de derecho, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y ante la falta de normas procedimentales para tratar este asunto, y por cuanto en el presente escrito se señala que el niño (...*omissis*...), actualmente se encuentra ubicado en (...*omissis*...) Estado Nueva Esparta. En tal sentido este Juzgado, a los fines de garantizar el derecho al debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ordena citar a la ciudadana SOPHIA ELENA MONTCOURT FRANCO, (...*omissis*...) madre del niño antes mencionado, para el Tercer (*sic*) (3er) día de Despacho (*sic*) siguiente a su citación, (...*omissis*...) con la finalidad de que de por enterada del presente asunto, debidamente asistida de abogado y proceda a dar contestación a la demanda. Igualmente deberá comparecer acompañada de su hijo el niño en mención, a los fines de garantizarle su derecho a opinar y a ser escuchado, de conformidad con los artículos 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como las Directrices emanadas de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha doce de junio de dos mil siete (12-06-2007)”.

En esa misma oportunidad el Tribunal dictó medida de prohibición de salida del país al niño y a la madre del niño.

Posteriormente, el ciudadano Rafael Paiva Mata, consignó diligencia y, seguidamente, el 12 de agosto de 2008, el referido Tribunal de Primera Instancia dictó auto por el que resolvió:

“...PRIMERO: En sentencia dictada en fecha veintinueve de mayo del año dos mil ocho (29-05-2.008), el Tribunal de Primera Instancia de Pontoise en Asunto de Familia del Departamento de Val d’ Oise, Francia, dispuso que la patria potestad a favor del niño (...), será ejercida por el padre y que la residencia del niño en mención se fija en el domicilio del padre, el cual es en la siguiente dirección: 9, rue de la Destinée Bat. A-apto. 40, 95800 CERGY, Francia. SEGUNDO: Establece la norma del Artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que el padre y la madre, que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo cuya Custodia (*sic*) haya sido otorgada al otro o a un tercero, deber ser conminado judicialmente a restituirla a la persona que ejerce la custodia y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasiona al hijo o hija. En razón de lo expuesto anteriormente, esta Juzgadora en ocasión a la urgencia del caso y conforme a lo dispuesto en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (...) en concordancia con nuestra Ley Adjetiva especial en su artículo 390, ordena la Restitución Inmediata del Niño (...) a su padre (...). En tal virtud, oficiese al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Península de Macanao de este Estado, con el objeto de acompañar al referido ciudadano, a los fines de dar cumplimiento al presente auto. Asimismo, se le hace saber al precitado ciudadano que deberá comparecer al día siguiente a que se haga efectiva dicha restitución, a las 9:00 de la mañana, acompañado de su hijo a fin de constatar el estado actual del mismo. Igualmente déjese sin efecto la boleta librada en fecha 08-08-08 y librese nueva boleta, con el objeto de que la parte demandada, ciudadana SOPHIA HELANA MONTCOURT FRANCO (...), comparezca el Primer (1º) día de Despacho siguiente a que se haga efectiva la restitución del niño en mención, a las 9:00 de la mañana, y proceda a dar contestación a la presente demanda de Restitución de Custodia Internacional...”.

Contra esta última decisión se ejerció la acción de amparo constitucional a la que se hizo referencia. Ahora bien, la Sala procede a pronunciarse acerca de los siguientes aspectos:

La sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Pontoise en Asunto de Familia del Departamento de Val d’ Oise, Francia, el 29 de mayo de 2008, fue proferida con motivo de la demanda interpuesta por el ciudadano Rafael Paiva Mata, contra la ciudadana Sophia Montcort Franco, bajo el alegato de que la referida ciudadana no había dado cumplimiento a la decisión previamente dictada entre las partes por el Juez de Asuntos Familiares del Tribunal de Primera Instancia de Pontoise, el 27 de febrero de 2008, tal decisión había establecido cuanto sigue:

“...

Ordenamos una encuesta social.

...*omissis*...

Decimos que los padres ejercerán conjuntamente la patria potestad.

Recordamos que en el marco del ejercicio conjunto de la patria potestad, corresponde a los padres tomar juntos las decisiones importantes de la vida del niño, relativas a la escolaridad, la salud y las elecciones religiosas eventuales.

Ordenamos la inscripción en el pasaporte de los padres la prohibición de salida del niño del territorio francés sin la autorización de ambos padres.

Decimos que la residencia del niño se establece en el domicilio de la madre.

Decimos que el padre recibirá al niño en su domicilio, libremente, de acuerdo entre los padres o bajo reserva de un mejor acuerdo de la siguiente manera:

*durante los períodos escolares:

...*omissis*...

*durante las vacaciones escolares (cortas y largas):

...*omissis*...

Fijamos en la cantidad de 300 euros por mes la pensión alimenticia a cargo del padre para el mantenimiento y la educación del niño, pagadera en el domicilio de la Señora Montcourt, mensualmente, por adelantado, doce meses sobre doce y además de las prestaciones familiares y sociales, y esto a partir de la presente decisión, y lo condena a ello como de necesidad.

...*omissis*...

Decimos que las partes deberán acudir al juez del fondo después de depositar el informe de encuesta social.

Denegamos a las partes el excedente de su demanda;

Recordamos a la parte requirente que le corresponde hacer notificar por medio de alguacil de justicia la presente decisión.

Recordamos que la presente decisión es de derecho ejecutorio desde el momento de su notificación.

...*omissis*...”

Ahora bien, la decisión del 29 de mayo de 2008, a que se hizo referencia supra, dictada con posterioridad, y que sirve de fundamento a las actuaciones judiciales referidas, fue consignada a los autos debidamente traducida al castellano por intérprete público y apostillada, conforme a la Convención de La Haya de 1961 Para Suprimir la Exigencia de la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, señalando lo siguiente:

“Disponer que la patria potestad será ejercida por el padre;

Recordar que el padre que no ejerce la patria potestad conserva el derecho de vigilar la manutención y la educación del hijo y debe estar informado, en consecuencia, de las opciones importantes relativas a la vida de este último;

Disponer que la madre no podrá sacar al niño del territorio francés sin autorización escrita del padre;

Disponer que la residencia del niño se fija en el domicilio del padre,

Disponer que la madre ejercerá un simple derecho de visita a su hijo, un sábado sobre dos, de 10 horas a 18 horas, en presencia del padre o de un tercero digno de confianza, quedando en reserva su derecho de alojamiento;

Poner a cargo de la madre ir a buscar y llevar al niño al domicilio del padre o de hacerlo buscar y hacerlo llevar por una persona digna de confianza.

Fijar en la suma de 200 euros por mes la pensión alimenticia puesta a cargo de la madre para la manutención y educación del niño, que será pagada en el domicilio del Sr. Paiva Mata, mensualmente, por adelantado, doce meses sobre doce, además de las prestaciones familiares y sociales, esto a contar desde la presente decisión y condenarla al pago si fuese necesario,

... *omissis*...

La parcialmente transcrita decisión sirvió entonces de fundamento para que las autoridades francesas requiriesen a Venezuela, como Estado contratante, la restitución del niño, conforme a la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

En este estado, es preciso para la Sala señalar que de los hechos acontecidos, que constan en las actas procesales, se evidencia que con el asunto planteado ante los órganos judiciales venezolanos, lo que realmente se pretende es la ejecución de una sentencia proferida por un juez extranjero que es una situación jurídica distinta a la contemplada en la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En efecto, ha examinado la Sala los términos del conflicto y ha observado que la custodia (denominada anteriormente guarda) del niño, cuya restitución se pretende, estaba asignada a la madre, si bien en un pasado próximo la tenían ambos, por convivir todos juntos. Cabe destacar, en este sentido, que es la sentencia del Tribunal francés –que pretende ejecutarse– la que establece una nueva situación, y modifica el status quo del niño (de cinco años de edad para entonces), de la madre y del padre, al ordenar no sólo que la custodia esté a cargo del padre, sino además la que decide que sea éste quien en soledad ejerza la patria potestad del niño, estableciéndose un régimen de convivencia o visitas “simple” a favor de la madre, ello se evidencia de la lectura de la transcripción antes anotada de la sentencia francesa, cuando señala:

“Vistos los documentos traídos a juicio, resulta que la Sra. Montcourt no ha respetado en ningún momento los términos de la decisión pronunciada y no ha permitido nunca que el padre ejerciera de su derecho de visita y de alojamiento.

Además, decidió menospreciando la Ordenanza del 27 de febrero, irse a vivir a Venezuela, privando así, totalmente al niño de la presencia de su padre.

La actitud de la Sra Montcourt, que tiende a eliminar totalmente al niño de la presencia del padre.

La actitud de la Sra. Montcourt, que tiende a eliminar totalmente al Sr. PAIVA MATA de la vida de su hijo, es manifiestamente contraria al interés del niño: Su comportamiento justifica que la patria potestad sea ejercida por el padre, en casa del cual también será fijada la residencia del niño. El Sr. PAIVA MATA podrá, de esta manera, escolarizar de nuevo al niño en su antigua escuela infantil.

Habida cuenta del riesgo de un nuevo raptó del niño, la madre solamente gozará de un simple derecho de visita, un sábado sobre dos de 10 horas a 18 horas, en presencia del padre o de un tercero digno de su confianza, su derecho de alojamiento queda reservado”.

En este orden de ideas, se observa que durante el proceso judicial se hizo constar la circunstancia de que la madre tenía consigo al niño, de hecho cambió varias veces su domicilio en territorio francés y fue luego de pronunciada la primera de las decisiones emitidas por el tribunal francés, que le había conferido la custodia del niño a ésta, y antes de producirse la sentencia parcialmente transcrita dictada el 29 de mayo de 2008, cuya ejecución se pretende, que supuestamente la madre, ciudadana Sophia Montcourt abandona Francia para venir a Venezuela. De allí en-

tonces que sea indiscutible que el padre no tenía antes del supuesto e ilícito traslado, la guarda del niño, mucho menos ejercía sin la madre la patria potestad; es sólo con la sentencia referida que nace esta nueva situación jurídica, cuyo mérito no corresponde a esta Sala juzgar.

Cabe destacar que la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cuya Ley Aprobatoria dictada por el entonces Congreso de la República, aparece publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 295385, del 19 de julio de 1996, y de la cual también Francia es signataria, establece que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos (artículo 3):

“... ”

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

...”

De donde se colige entonces que no puede considerarse como ilícito el traslado realizado por la ciudadana Sophia Montcourt a Venezuela en compañía de su hijo menor de edad, por cuanto no se configura el supuesto normativo exigido por la norma jurídica; ciertamente, se modificó la residencia habitual del niño, pues su madre lo trasladó de Francia a Venezuela; empero tal circunstancia, por sí sola, sin considerar otras circunstancias que distinguen al caso, y a pesar de la medida de prohibición de salida del país, no hace posible la aplicación de la referida Convención de La Haya. Aunado ello a la circunstancia de que la decisión dictada por el Tribunal francés el 27 de febrero de 2008, le había conferido inicialmente la custodia de su hijo a la madre, y fue luego de dicha fecha y antes que se produjera la decisión que pretende ejecutarse —según consta en autos— que ésta se trasladó a Venezuela con el niño.

En el caso de autos, es evidente que con la solicitud que dio origen al caso no se trata simplemente de agotar la aplicación del Convenio, es decir, la restitución internacional, sino que se pretende más que ello: la ejecución de una sentencia, con la modificación absoluta de la situación familiar que la misma conlleva.

Observa la Sala que se está tratando de dar eficacia a la decisión de un juez extranjero, a través de la errónea aplicación de la Convención Internacional sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, sin advertirse que el fallo que se trata de ejecutar consiste en una sentencia constitutiva, que creó, modificó y extinguió derechos y obligaciones; y que crea una situación *ex novo*, por lo que requiere, para que surta efectos en Venezuela, y pueda ser ejecutada, del pase del *exequátur*.

En vista de lo anterior, considera la Sala que el fallo del Tribunal de Primera Instancia de Pontoise en Asuntos de Familia del Departamento de Val d’ Oise, Francia, no debió ejecutarse a través del mecanismo solicitado, esto es, a través del cumplimiento de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, antes por el contrario al tratarse de la ejecución de una sentencia extranjera en Venezuela, la misma debe cumplir con la normativa contenida en la Ley de Derecho Internacional Privado, en cuyo artículo 1 establece: “*Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados*”. Tal disposición obliga aplicar, en primer término, las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela, pero como quiera que Venezuela y Francia no han suscrito tratados internacionales en materia de reco-

nocimiento y ejecución de sentencias, debe seguirse el orden de prelación de las fuentes en la materia, razón por la que debe aplicarse las normas de Derecho Internacional Privado Venezolano, a saber: las contenidas en el referido instrumento normativo que establece cuanto sigue:

“**Artículo 53.** Las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1. Que hayan sido dictadas en materia civil o mercantil o, en general, en materia de relaciones jurídicas privadas;
2. Que tengan fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la ley del Estado en el cual han sido pronunciadas;
3. Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio;
4. Que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer de la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX de esta Ley;
5. Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa;
6. Que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

Artículo 55. Para proceder a la **ejecución de una sentencia extranjera** deberá ser declarada ejecutoria de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley y previa comprobación de que en ella concurren los requisitos consagrados en el artículo 53 de esta Ley”. (Destacado de este fallo)

De tal modo que, para que tuviera eficacia el fallo dictado por el Tribunal francés y poder ejecutar las órdenes contenidas en el mismo, era preciso, y aun lo es, la aplicación de las aludidas disposiciones jurídicas, relativas al exequátur. Ello es así, no porque sea indispensable para la aplicación del aludido Acuerdo Internacional la exigencia del exequátur, sino por cuanto en realidad el mismo no resulta aplicable a la situación controvertida, al no obedecer a una restitución del niño sino a la constitución de una nueva situación respecto al ejercicio de la custodia y patria potestad del niño.

Debe dejar sentado la Sala que se exige el exequátur, es decir, la aplicación de las antes señaladas disposiciones jurídicas de la Ley de Derecho Internacional Privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, a falta –como se dijo– de un tratado internacional suscrito entre Francia y Venezuela que regule de manera específica la materia, pues si bien ambos Estados son parte de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en este caso, se está discutiendo la eficacia de una sentencia extranjera en Venezuela, circunstancia que amerita de otro tratamiento jurídico, como quedó igualmente expuesto.

De tal modo que, quiere precisar la Sala: la exigencia del exequátur deriva de la pretensión de ejecución del fallo judicial del Tribunal francés que creó una situación distinta a la que existía para el momento en que se produjo el supuesto e ilícito traslado del niño; de allí que estime esta Sala que existe una inadecuada tramitación del asunto controvertido.

Es importante además advertir, tal como se anotó anteriormente que la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no requiere la exigencia o el pase del exequátur de Ley. A través de la Convención los Estados contratantes se propusieron, de acuerdo con su artículo 1º: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y b) velar por que los derechos de

custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. “*Es decir, tiende a restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita mediante la restitución inmediata del menor a su residencia habitual, impidiendo que los individuos unilateralmente puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca*”. DUHALDE, Carlos María, *Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Derechos Humanos, Consejero del Departamento de Derechos Humanos de la Embajada Argentina en España. (Véase: <http://www.portalargentino.net/derechos/?p=20>).

En este orden de ideas, se precisa establecer que no es posible requerir el exequátur para la aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pues tal exigencia es incompatible con la finalidad y propósito del mismo, pues con éste se persigue la restitución inmediata, es decir, expedita, del niño, niña o adolescente que haya sido trasladado o retenido ilícitamente.

Los Estados Partes suscribientes de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores proyectaron a través de su contenido hacer efectivo e inmediato el retorno del niño, niña o adolescente para evadirse de los inconvenientes que producen en éstos un cambio arbitrario de su entorno, de su ambiente habitual. Es por ello que el artículo 2 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece: “*Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan*”.

Asimismo, de los artículos 11, 12, 14 y 23 *eiusdem* se desprende tal aserto, cuando establece:

“Artículo 11. Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

...”

“Artículo 14. Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables”.

“Artículo 23 No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas”

La doctrina patria precisa cuáles son los objetivos fundamentales del citado Convenio de La Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, a saber: “(i) *proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita en los términos del artículo 3 de ese Convenio; y (ii) establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en el que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita*”. “*Es por ello -agrega-, que una de las finalidades del Convenio de La Haya es velar porque los derechos de custodia (guarda) y de visitas vigentes en uno de los Estados Contratantes, ya estén establecidos o no por una decisión judicial, sean respetados en los demás Estados Contratantes (artículo 1, literal b) del Convenio de La Haya). A los efectos del Convenio de La Haya, el derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particu-*

lar, el de decidir sobre su lugar de residencia (artículo 5, literal a) del Convenio de La Haya)". (Ley de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a GONZALO PARRA ARANGUREN, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenajes No. 1, Caracas, Venezuela, 2001, p. 425).

Exigir entonces para la aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la tramitación del exequátur con su correspondiente dilación, tendría el inconveniente de que podría verse frustrado el mandato judicial, no solo porque le reduciría rapidez sino porque además podría prevenir al sujeto activo del traslado para movilizarse a otro Estado, evadiendo o burlando las gestiones procesales, a la vez que, el desarraigo del niño, niña o adolescente se haría cada vez más intenso y prolongado por la larga separación de su hogar. Considerar entonces que se requiere el exequátur para la aplicación del acuerdo internacional que analizamos haría nugatorio el referido instrumento internacional, y la más de las veces, ineficaz el tratado. Por ello, es en principio correcta la resolución de la apelada cuando resolvió la improcedencia del exequátur en aquellos casos sujetos a la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Sin embargo, la Sala insiste en que en el caso de autos no era aplicable la referida Convención, y se requería el pase del exequátur para su ejecutabilidad en territorio nacional.

Ello así, considera la Sala que la solicitud de restitución internacional a que se refiere el caso de autos no reúne los requisitos de procedencia establecidos en la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; por tanto, juzga la Sala que erró el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, al dictar la decisión impugnada, procediendo como lo hizo, sin previamente constatar las condiciones de aplicabilidad del aludido Convenio de la Haya, toda vez que el traslado realizado no era ilícito y, debido a que lo que se pretendía realmente era la ejecución en Venezuela de un fallo extranjero y de que, como tal, requería para su ejecución del exequátur, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Derecho Internacional Privado.

No debe la Sala dejar de advertir, por otra parte, que de haberse pretendido hacer valer en Venezuela la primigenia decisión dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Pontoise, Francia de fecha 27 de febrero de 2008, luego revocada, que ordenó, entre otras cosas: una encuesta social; que los padres ejercieran conjuntamente la patria potestad; que en ese sentido, correspondía a los padres tomar juntos las decisiones importantes de la vida del niño, relativas a la escolaridad, la salud y las elecciones religiosas eventuales; la inscripción en el pasaporte de los padres de la prohibición de salida del niño del territorio francés sin la autorización de ambos padres; que la residencia del niño se establecía en el domicilio de la madre; que el padre recibiría al niño en su domicilio, libremente, de acuerdo entre los padres o bajo reserva de un mejor acuerdo de la manera que la misma decisión dispuso y fijó en la cantidad de 300 euros la pensión alimenticia a cargo del padre para el mantenimiento y la educación del niño, pagadera en el domicilio de la Señora Montcourt, mensualmente, por adelantado, estima la Sala, que en este supuesto, si hubiese sido aplicable la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, toda vez que, ciertamente el traslado del niño del territorio francés, luego de tal decisión, hubiese impedido la permanencia del niño dentro de su entorno y hubiese impedido que se cumpliera el régimen de visitas que había sido acordado a favor del padre. Sin embargo, no fue ésta la decisión que provocó la solicitud de aplicación de la aludida Convención sino, como antes se dijo, una nueva decisión dictada el 29 de mayo de 2008, que la revocó y que pretendió modificar absolutamente la situación fáctica de los sujetos involucrados y que comportaba el cambio de residencia, custodia y por ende el régimen de convivencia y la obligación de manutención, desde la fecha en que dicha decisión se produjo, es decir, desde el 29 de mayo de 2008, oportunidad para la cual la madre, según se desprende de autos, ya había abandonado Francia.

Estima la Sala importante, además, indicar no obstante la falta de procedencia de la Convención que, de cualquier modo, la actuación del referido Juzgado de Primera Instancia desconoció la doctrina de la Sala respecto a la importancia de la observancia al debido proceso y al derecho de la defensa de las partes, frente a la aplicación de la aludida Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En este sentido, debe señalarse que esta Sala estableció desde su sentencia número 579 del 20 de junio de 2000, la necesidad de garantizar tales derechos.

A tal efecto, sostuvo:

“La defensa en juicio consiste en la garantía que ofrece el ordenamiento jurídico a aquellos que participan u ostentan algún interés en participar en un proceso judicial, de alegar las razones en que fundamenten sus pretensiones o ejercer los medios disponibles para enervar las decisiones de los juzgadores. Es así como la garantía a la defensa efectiva cobija a todos aquellos ciudadanos que de alguna u otra manera, sea como actores, demandados o terceros, se vean afectados de manera directa o refleja por lo que resulte del desarrollo de un proceso judicial.

Pero, con precedencia temporal y lógica a la verificación de esta garantía, la sociedad política ha impuesto, como medio insoslayable de composición pacífica de las controversias, el denominado proceso judicial, de tal suerte, que la expresión de la función jurisdiccional en que consiste la sentencia sobre el fondo debe suponer la verificación de una serie de actos a través de los cuales los beneficiados o perjudicados por ella se hubieren enterado del objeto litigioso, se les haya permitido alegar las defensas que consideraren pertinentes, así como probar sus respectivas afirmaciones de hecho.

En el caso de autos es evidente, que el Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, al ordenar la restitución de las menores (...), es decir, al emitir una decisión sobre el fondo de la solicitud del ciudadano (...) sin que mediase la debida notificación a la madre de las menores ciudadana (...), sin permitir además que la citada ciudadana disfrutara de un procedimiento de cognición mediante el cual alegara sus respectivas afirmaciones y defensas, cometió una violación ostensible y clara al principio del debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución.

Tal negación de los principios procesales más elementales luce aún con mayor claridad si se contraponen con el propio texto de la Convención, del cual podemos extraer ciertos elementos que aseguran el respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa, como cuando se exige que el país requerido deba ‘*recurrir a los procedimientos de urgencia*’ (artículo 2) –la urgencia no niega que se abra un debate, como tampoco lo niega la sumaria o la inmediatez con que deban conducirse los tribunales de acuerdo al caso-; ‘*El convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante...*’ (artículo 4), de suerte que la convicción del juez requerido acerca de si el menor tenía su residencia habitual en un Estado determinado, amerita la actividad probatoria de las partes.

La necesidad de un proceso cognitivo que garantice a las partes una decisión fundada en las alegaciones y probanzas de las partes también se resume del párrafo segundo del artículo 12 de la Convención, pues contempla que frente al supuesto de haber transcurrido un año del traslado o retención ilícitos la autoridad judicial o administrativa del país requerido podrá ordenar la restitución del menor ‘*salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente*’ (subrayado de la Sala).

Con un sentido procesal similar, ha sido perfilado el segundo párrafo del artículo 13 de dicho instrumento normativo, cuando expresa que: ‘*La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones*’.

De otro lado, pero en atención a principios que interesan a la materia debatida, pero que no dejan de tener incidencia en el proceso, la Convención anima a que la autoridad competente procure la ‘*restitución voluntaria del menor o (facilite) una solución amigable*’ (literal c del artículo 7).

Por tanto, y visto que la decisión del Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional apelada se pronunció correctamente sobre la violación al debido proceso en

que incurrió el Juzgado Noveno de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas corresponde a esta Sala confirmar, en lo que toca a este punto, la sentencia apelada, y así se declara.

Por otra parte, considera la Sala que, en el presente caso, el principio al debido proceso revisa un sentido de justicia que excede el mero aspecto subjetivo o particularizado con que se acostumbra rodear este tipo de pretensiones; sin duda alguna, la garantía al debido proceso en el caso que ocupa a este Alto Tribunal, guarda una conexión existencial con el interés general de tuición consagrado en la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.004 de fecha 19 de julio de 1996), y que consiste, entre otras cosas, en permitir que se proteja a los menores de los perjuicios derivados de un traslado o retención ilícita.

Precisamente, es respecto a una presunta retención ilícita el asunto que está pendiente de debate en esta oportunidad, y al cual, por cierto, no parece merecerle mayor atención la decisión apelada. Recuerda esta Sala que existe una solicitud de restitución de las menores (...) formulada por el ciudadano (...), y que, a pesar de la violación constitucional cometida por el Juzgado Noveno de Primera Instancia de Familia y Menores en contra de la madre de las mismas, estima esta Sala que, en razón del alegado *principio del interés superior del niño*, tal solicitud clama por una respuesta, no sólo en interés de las menores involucradas, sea cual fuere la decisión que se tome, sino también por el deber que tiene el Estado venezolano de dar curso y repudiar —en caso de llevar razón el solicitante— aquellos hechos cometidos en perjuicio de los menores, como lo sería el apartamiento ilícito de los menores o adolescentes del lado de las personas o instituciones que tuvieren el deber de guardarlos.

El interés superior del menor no sólo se entiende desde la posición del interesado que exige una determinada conducta de un sujeto obligado, es menester en estos caso (*sic*) prestar atención al interés general de la sociedad en hacer respetar los instrumentos normativos de protección, no sólo para asegurar su eficacia, sino también para prevenir con una ejemplar aplicación la actuación de potenciales agresores. En fin, debe el juzgador integrar el principio de libertad subyacente a toda pretensión particularizada con el principio de justicia que imprime los objetivos planteados por la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y de los cuales se hace eco este decisor.

En otro sentido, la decisión del juez de amparo debe apuntar a restituir al agraviado en la situación previa a la violación de su derecho o garantía constitucionales. En el presente caso, la ciudadana (...) denunció la violación de su derecho al debido proceso y a la defensa cometida por el Juzgado Noveno de Primera Instancia de Familia y Menores al no actuar la solicitud interpuesta por el ciudadano (...) a través del proceso judicial; dicho lo cual, toca a esta Sala reponer el status jurídico de la accionante a la situación previa a la violación o a *'la situación que más se asemeje a ella'* (artículos 27 de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)".

Debe advertirse, no obstante, que luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el procedimiento pautado por la Sala en la transcrita decisión ya no resulta aplicable; sin embargo, siguen vigentes las afirmaciones realizadas por esta Sala en el citado fallo N° 579/00 en cuanto a la necesidad de garantizar los derechos y garantías en la tramitación o sustanciación del proceso de restitución internacional, toda vez que definitivamente estos procesos llevados conforme a la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores deben tramitarse con urgencia; en tal sentido, acierta el Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, que conoció de la acción de amparo en primera instancia, cuando dispuso que el trámite para la solicitud de restitución internacional, debió ser el contemplado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con la respectiva reducción de lapsos, pues su tramitación debe hacerse compatible con la naturaleza breve y expedita de la solicitud de restitución internacional. Reconocimiento que esta Sala hace a pesar de no compartir otras afirmaciones y criterios con el referido Juzgado Superior. Así se decide.

En virtud de todos los razonamientos expuestos, es forzoso para esta Sala Constitucional declarar la nulidad de la actuación practicada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, el 12 de agosto de 2008, con motivo de la solicitud de restitución internacional, que había sido objeto de la presente acción de amparo constitucional. Asimismo, se anula la decisión dictada el 5 de noviembre de 2008 por el Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, que conoció de la acción de amparo incoada por la ciudadana Violeta Josefina Franco de Van Dertahg (actualmente fallecida), que dieran origen al presente caso, por cuanto si bien acertó en muchas de sus afirmaciones no se percató de la inadmisibilidad de la misma, además de la improcedencia de la aplicación para el caso de autos de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la necesidad de tramitar el exequátur a la sentencia extranjera cuya aplicación se solicitó. Así se decide.

Ahora bien, debe esta Sala indicar que por diligencias del 17 de marzo y el 12 de mayo de 2009, la representación del ciudadano Rafael Andrés Paiva Mata, consignó copias certificadas relativas a la audiencia preliminar de la fase de mediación; decreto de medida preventiva, consistente en la restitución de la custodia del niño a su padre; audiencia preliminar de la fase de sustanciación; del poder que lo acredita para actuar; audiencia de juicio del 21 de abril de 2009, dictadas y celebradas por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que conoció de la solicitud de restitución, luego de la decisión dictada por el Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, el 5 de noviembre de 2008. Asimismo, consignó copia certificada de la sentencia emitida por el mencionado Juzgado de Primera Instancia, el 24 de abril de 2009, por medio de la cual se declaró con lugar la solicitud de restitución internacional tramitada por la Autoridad Central, Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, procedente de la Autoridad Central de la República Francesa y en consecuencia ordenó a la ciudadana Sophia Helena Montcourt Franco la restitución inmediata del niño, cuya identificación se omite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a su padre, el ciudadano Rafael Paiva Mata, acordándose, entre otras cosas que el niño sea trasladado a Francia.

Por cuanto tal como quedó expuesto en el presente fallo, la restitución del niño no es procedente, con fundamento en las disposiciones de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y por cuanto se trata de ejecutar una sentencia extranjera que requiere el exequátur, es forzoso declarar la nulidad igualmente de todas las actuaciones cumplidas por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, con ocasión de lo ordenado por la sentencia dictada, el 5 de noviembre de 2008, por el Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, revisada por la Sala, incluyendo el fallo definitivo, dictado el 24 de abril de 2009. Así se declara.-

Por último, la Sala censura la conducta asumida por la ciudadana Sophia Helena Montcourt Franco, suficientemente identificada en autos; quien evadió la decisión del referido Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, acordada el 20 de octubre de 2008, para que hiciera comparecer al niño, a los fines de oír su opinión, transgrediendo el derecho constitucional de éste a expresar su opinión. En tal sentido, debe esta Sala destacar la obligación en que se encuentran las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas de dar cumplimiento a los mandatos judiciales, cuyo carácter coercitivo les obliga a someterse a la orden decretada legítimamente por el juez y no les está permitido discutirlos, sino por las vías procesales regulares previstas por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, quiere esta Sala manifestar su rechazo a ese tipo de actitudes que en nada contribuyen a una sana administración de justicia, y así se decide.

En virtud de los razonamientos expuestos esta Sala declara inadmisibles la acción de amparo constitucional incoada por la ciudadana Violeta Josefina Franco de Van Dertahg (actualmente fallecida), ejercida en su propio nombre y en defensa de su nieto, cuya identificación se omite conforme al artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contra el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de la Circunscrip-

ción Judicial del Estado Nueva Esparta; y, conoce y se pronuncia de oficio acerca de las actuaciones emitidas por dicho Tribunal con motivo de la solicitud de restitución internacional, en consecuencia, se declaran nulas todas las actuaciones practicadas por los Juzgados Primero y Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, con motivo de dicha solicitud, y así se decide finalmente.

TSJ-SC (01) 27-1-2011, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: María Gabriela Briceño vs. Decisión Corte Superior Segunda del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, RDP N° 125, 2011, p. 125.

En el presente caso se interpuso acción de amparo constitucional contra la sentencia dictada el “(...) 30 de marzo de 2009, emanada de la Corte Superior Segunda del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional (...) que acuerda la custodia del niño [cuyo nombre se omite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente] (...) a su padre (...)”.

Al respecto, se advierte que una vez realizado el estudio de las actas procesales que conforman el presente expediente, la Sala a fin de emitir una decisión ajustada a derecho, con fundamento en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y de conformidad con los artículos 12 de la Ley Aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño, 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y del artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales consagran el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en juicios cuando dichos procesos judiciales los afecten directa o indirectamente, esta Sala **ORDENA** la realización imprescindible de una videoconferencia, para facilitar la conexión con el niño de autos, el cual se encuentra actualmente en la ciudad de Vigo-España, ello en procura del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos sobre los asuntos que sean de su interés, la cual debe realizarse en el Consulado de Venezuela en la referida ciudad, a fin de ser oído por la Sala, previo a la celebración de la audiencia constitucional.

TSJ-SC (736) 25-10-2017, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Isabella Magual Bravo vs. Decisión Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, RDP N° 151-152, 2017, pp. 305-311.

La Sala en uso de la potestad prevista en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece con carácter vinculante, que en las decisiones que resuelvan sobre solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto en el procedimiento ordinario, el juez o jueza, en virtud de los sujetos de protección y de los derechos que se resguardan, deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión. De tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

...En virtud del asunto planteado y sin perjuicio de la decisión que antecede, en relación a la autorización judicial de viaje al extranjero de niños, niñas y adolescentes, prevista en el artículo 392 y 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, solicitada -excepcionalmente- por vía de amparo constitucional, esta Sala Constitucional pasa a hacer las siguientes consideraciones:

Observa la Sala que la solicitud de permiso para viajar cuando no ocurre de manera voluntaria y natural entre los progenitores requiere de la intervención judicial para la protección de los derechos del niño, niña o adolescente, si es el caso, instancia que dictará la decisión acorde a los elementos de convicción presentados y en atención al interés superior del niño, así como a las instituciones familiares establecidas a favor de éste; es así como debido al alto grado de conflictividad entre quienes ejercen conjuntamente la maternidad y la paternidad de hijos menores, una actividad propia de la dinámica familiar como lo es viajar para el encuentro familiar, recreación y entretenimiento se torna compleja, siendo el principal argumento para negarla voluntariamente u oponerse a ella en la vía jurisdiccional, el temor del progenitor que la niega o se opone, un cambio intempestivo de domicilio del niño, niña o adolescente lo cual devendría en una afectación del contacto personal y actividades inherentes a la relación de crianza. Aunado a ello, no puede limitarse el ejercicio de los derechos del niño y los de su familia por actitudes arbitrarias del progenitor en desacuerdo con el viaje, de domicilio desconocido, imposible ubicación o ausente para autorizarlo.

Al respecto, considera esta Sala necesario traer a colación el criterio vinculante, en relación a la solicitud de las autorizaciones judiciales para viajar al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes, establecido mediante sentencia N° 1953 del 25 de julio de 2005, [Véase *Revista de Derecho Público* N° 103 Julio-septiembre 2005, p. 130] en la cual se expuso lo siguiente:

Debe la Sala puntualizar que, aunque el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente nada dice, lo planteado en el fondo es un asunto que rebasa el simple otorgamiento del permiso, lo que podía compararse a un acto administrativo, ya que quien acude ante el juez, sea el padre o el adolescente, lo hace para hacer valer derechos contra el otro padre.

Conforme al citado artículo 393, pueden acudir ante el juez:

- 1) El padre que quiere que el hijo viaje, ante la negativa de consentimiento del otro, o el desacuerdo de este sobre el viaje.
- 2) El padre que no quiere que el hijo viaje, ante la posibilidad de separación del hijo del sitio donde vive.
- 3) El adolescente que quiere viajar, ante la negativa o el desacuerdo del o de los padres que pueden otorgar el permiso.

En los tres casos, aplicables también a aquél que representa al menor y que no es su padre, como el tutor, por ejemplo, la autorización o negativa del juez obedece a reconocer un derecho o en cabeza del peticionante o en quien niega el permiso. Tal derecho emana directamente de la Constitución y de instituciones como la patria potestad y la guarda, y el reconocimiento de ese derecho, para impedir u ordenar el viaje, a fin de que no sea arbitrario y que se ajuste al sentido y alcance de las normas citadas en este fallo, debe ser precedido de una etapa de conocimiento que incluye contradictorio y pruebas, por lo que hay que citar a la contraparte del peticionante, ya que entre ambos existe una contención y una oposición de derechos.

Se trata de un proceso contencioso, donde se declara un derecho contra alguien, y que con respecto a la situación planteada produce cosa juzgada. No debe confundir el que el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, señale como comienzo del proceso el que el accionante “exponga la situación”, ni que el fallo que se dicte no tenga casación a tenor de lo previsto en el ordinal 2° del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

A juicio de la Sala, estamos ante un proceso especial contencioso, que debe ventilarse según las normas del proceso de guarda, ya que en el fondo lo discutido pertenece a elementos de la guarda, cual es la custodia y vigilancia del menor, tal como lo señala el artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente al expresar el contenido de la guarda.

Por otra parte, las oposiciones al permiso o autorización para viajar, a juicio de la Sala, no son simples desacuerdos entre las partes sobre aspectos del contenido de la guarda, el cual tiene previsto un procedimiento en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, sino que por el desarraigo posible, contrae una modificación a la guarda que, tal como la señala el artículo 363 de esa ley “*debe ser decidido por vía judicial, requiriéndose para ello, el procedimiento previsto en el Capítulo VI de este Título*” (artículos 511 y siguientes del procedimiento especial de alimentos y guarda).

En consecuencia, cuando surja una oposición a la autorización para viajar, bien porque la misma surgió extraprocesalmente o porque nació en presencia del juez al solicitarse ante él la autorización, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el permiso debe ser negado, a fin de que se ventile por el procedimiento especial de guarda, correspondiendo a la sentencia que allí se dicte negar o autorizar el viaje.

Conforme a lo expuesto, esta decisión debe ser tomada con base en los artículos 75 y 76 Constitucionales que marcan las pautas del interés superior del niño, niña y adolescente, y que no sólo otorgan derechos a éstos, sino deberes irrenunciables a los padres. En estos casos de oposición a la autorización donde hay que acudir ante el juez, a fin de que éste decida lo que convenga, el juez para tomar la decisión, debe hacerlo oyendo a los padres y al niño, niña o adolescente, ponderando la necesidad y utilidad del viaje, la posibilidad de que el menor no sea desarraigado de su familia, ni que sea desnacionalizado al separarlo física e intelectualmente del país donde habita su familia o parte de ella; razones por las cuales al juez debe probársele de cuál es la verdadera situación del niño, niña o adolescente viajero, de su regreso a la esfera del otro padre, de la posibilidad de cumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 76 constitucional; y el juez puede exigir pruebas a los padres, indagar las condiciones de vida en el exterior tanto del niño como del padre que viaja con él, si fuere el caso, la condición legal de los viajeros si fuera para otros países, la dirección donde se encontrará el sujeto para quien obrara la autorización, así como el medio de comunicación con el padre, y todo lo que le permita formarse una idea cabal a fin de que se cumplan los artículos 75 y 76 constitucionales, tal como examinar visas, documentos, etc.

En este orden, el juez puede imponer condiciones para el viaje, garantizarle al padre que queda en el país la accesibilidad al hijo, las facilidades para comunicarse con él, y que su incumplimiento puede entenderse como traslado o retención ilícita del menor a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Todo esto responde a la necesidad de que el niño, niña o adolescente pueda ser ubicado, y al acceso a él de sus padres, como deber de Estado de protección de la familia como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tal como lo señala el artículo 75 constitucional; y ese deber del Estado se ejerce por medio de sus diversos poderes entre los cuales se encuentra el judicial, quien interviene en las autorizaciones para viajar, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Por su parte, el artículo 485 de la mencionada ley, respecto de la sentencia, establece la obligatoriedad para los jueces y juezas de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, concluidas las actividades procesales en la audiencia de juicio, de “... *pronunciar su sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho*...”. (Resaltado de esta Sala).

Ello así, la Sala considera oportuno precisar que en esta especial materia en procura del interés superior del niño, en defensa de la esfera de derechos y garantías constitucionales susceptibles de vulneración y de los sujetos de protección, la acción de amparo constitucional se instituye como un medio de carácter excepcional, apreciada la inminente violación o amenaza de violación de estos derechos y garantías, toda vez que el procedimiento idóneo previsto por el legislador para la resolución judicial de las solicitudes de autorización de viaje al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes es el establecido en los artículos 392 y 393 de la Ley Orgánica para la Pro-

tección de Niños, Niñas y Adolescentes, a menos que como se estableció de manera excepcional, las circunstancias demuestren que de tramitarse a través del procedimiento ordinario se haría ilusorio el fallo que se dicte.

Estima oportuna esta Sala, traer a colación lo expuesto por el profesor Levis Ignacio Zerpa, respecto a la motivación de las sentencias “...*la motivación judicial, por sus exigencias de racionalidad, de razonabilidad y de objetivo para establecer diferencias entre la juridicidad y la arbitrariedad. Las buenas motivaciones judiciales son instrumentos eficaces de pedagogía democrática para acercar cada vez más el pueblo a la comprensión y valoración de la justicia que en los Tribunales se imparte...*”. (El Nuevo Poder Judicial Venezolano. Dr. Levis Ignacio Zerpa, Caracas 12 de enero de 2000, pp. 19 y 20).

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, al Juez al que corresponda, el conocimiento sobre la solicitud de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto para el procedimiento ordinario, en virtud de los sujetos de protección, de los derechos que se resguardan y dados los efectos de cumplimiento y acatamiento inmediato del mandamiento de amparo -artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- que para estos casos de otorgar o negar la medida preventiva de autorización judicial para viajar al extranjero, deberá motivar sucintamente su sentencia expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que el pronunciamiento judicial se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como los elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la referida ley y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, esta Sala en uso de la potestad prevista en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece con carácter vinculante, que en las decisiones que resuelvan sobre solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto en el procedimiento ordinario, el juez o jueza, en virtud de los sujetos de protección y de los derechos que se resguardan, deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión.

De tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

Dicho criterio se hace extensivo a las decisiones en apelación que admitiendo un recurso de apelación suspenda cautelarmente la autorización impugnada.

Declarado lo anterior, Esta Sala, visto que en el presente fallo se realiza un análisis interpretativo sobre uno de los elementos que conforma la institución familiar de la responsabilidad de crianza de niños, niñas y adolescentes, como lo es la autorización judicial de viaje al extranjero a favor de éstos, se ordena su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Alto Tribunal. En tal sentido, sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación en la Gaceta Oficial del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal constitucional aún no hubiere emitido pronunciamiento. Así se declara.

VI

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: EL DECAIMIENTO DEL OBJETO en la apelación interpuesta el 17 de enero de 2017, por la apoderada judicial del ciudadano Francois Daniel Guerin, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, el 12 de enero de 2017, que autorizó el viaje de la niña cuya identidad se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente junto a su madre la ciudadana Isabella Magual Bravo; sentencia que queda **FIRME**.

SEGUNDO: RESUELVE con carácter vinculante a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial:

Que las decisiones que resuelvan solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, el juez deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por esta Sala en materia de amparo constitucional.

TERCERO: ACUERDA la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Alto Tribunal, en cuyo sumario deberá indicarse: *“Sentencia de la Sala Constitucional a través de la cual se establece que las decisiones que resuelvan solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, el juez deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que se fundamenta”*.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 25 días del mes de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

Voto vinculante Magistrada Lourdes Benicia Suarez Anderson

Quien suscribe, **Magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson**, conforme a la previsión contenida en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, concurre con la presente decisión por los siguientes motivos:

Esta Sala conoció el recurso de apelación interpuesto en fecha 17 de enero de 2017, por la representación judicial del ciudadano Francois Daniel Guerin, contra la sentencia dictada el 12 de enero de 2017 por el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional que declaró parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional ejercida por la ciudadana Isabella Magual Bravo y en consecuencia, decretó autorización judicial provisional para viajar al exterior a la niña –identidad omitida- con su madre desde el Aeropuerto de Maiquetía hacia la ciudad de Miami de los Estados Unidos de Norte América, todo ello con ocasión a la acción de amparo constitucional ejercida por la ciudadana Isabella Magual Bravo contra la decisión proferida el 8 de diciembre de 2016 por el Tribunal Tercero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que negó la medida preventiva de autorización para viajar.

En este sentido, se comparte la decisión de la mayoría sentenciadora respecto al decaimiento del objeto de la presente acción de amparo constitucional incoada, toda vez que la ciudadana Isabella Magual Bravo –accionante en amparo y madre de la niña- regresó a Venezuela el 31 de enero de 2017, con su hija consignando para ello copias fotostáticas del pasaporte.

Sin embargo, no se comparte el criterio asumido por la mayoría sentenciadora respecto al *obiter dictum* por cuanto se establece con carácter vinculante *“(...) que en todas aquellas decisiones emitidas con ocasión a la interposición de un amparo constitucional en el marco de una solicitud de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes,*

el juez o la juez constitucional culminada la audiencia respectiva deberá motivar sucintamente su pronunciamiento judicial expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión, de tal modo que el fallo emitido debe manifestar el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como los elementos que fueron examinados y valorados de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en la jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Sala en materia de amparo constitucional, ordenando en consecuencia, la publicación del presente criterio interpretativo en Gaceta Oficial y en Gaceta Judicial (...)”.

Al respecto, quien concurre manifiesta que todos los jueces y juezas de protección de niños, niñas y adolescentes, dada su especialidad sobre la materia, están en el deber ineludible de constituir el proceso como un instrumento para la realización de la justicia con miras a velar y proteger con prioridad absoluta el interés superior y el ejercicio progresivo de los derechos y garantías de esta población susceptible de vulnerabilidad, para lo cual deberán resolver –así conozcan en sede constitucional– todos los casos sometidos a su consideración valorando para ello los indicios o elementos probatorios que resulten de los autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí para así tomar una decisión ajustada a derecho, todo ello de conformidad con los artículos 452, 476 y 488-D, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en plena sintonía con lo dispuesto en los artículos 243 y 510 del Código de Procedimiento Civil, así como con las disposiciones contenidas en los artículos 17, 32 y 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Por ello, quien concurre no aprecia la necesidad del *obiter dictum* aprobado por la mayoría sentenciadora como un complemento que corrobore la decisión principal, por cuanto no se evidencia claramente si se efectúa en razón de una realidad por parte de los jueces y juezas de protección de niños, niñas y adolescentes en dar un tratamiento distinto a un supuesto de hecho símil, conforme a lo previsto en el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (autorización por parte del juez para la salida del país de un niño, niña y adolescente, en virtud del desacuerdo de uno de sus progenitores), caso en el cual esta Sala pudiera efectuar las consideraciones o precisiones a que hubiere lugar, si fuere el caso, situación que no se desprende de lo narrado en el presente asunto, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico, así como la jurisprudencia Patria prevé los elementos necesarios y suficientes para que los jueces y las juezas de protección de niños, niñas y adolescentes decidan con apego a la ley, debiendo en efecto expresar concisamente las razones de su decisión en las actas de las audiencias constitucionales.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada concurrente, a la fecha *ut retro*

TSJ-SC (991) 30-11-2017, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: PDVSA Petróleos de Venezuela, S.A., RDP N° 151-152, 2017, pp. 311-315.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con carácter vinculante que, una vez concluido el descanso post natal, la madre lactante podrá solicitar licencia para la alimentación complementaria, en los términos que se establecen supra, cumpliendo con los requisitos exigidos por ley, para así demostrar que efectivamente el niño o la niña, según sea el caso, se encuentra en período de alimentación complementaria y que la madre se encuentra amamantando, ya que el fin último de la Constitución y la normativa analizada es garantizar y proteger el interés superior del niño o niña. Por último, se establece que la presente decisión tendrá efectos ex nunc en el tiempo.

No obstante a la decisión anterior, le corresponde a esta Sala Constitucional, dada la progresividad de los derechos que han ido evolucionando de manera acelerada desde la promulgación de nuestra Carta Magna de 1999, así como la trascendencia colectiva nacional tanto en materia

laboral como de familia, teniendo como norte la necesidad de establecer una regulación uniforme de la materia que conlleve a la disminución y posterior eliminación de la discriminación laboral femenina (sobre todo en edades reproductivas) en la selección de personal así como internamente en las instituciones laborales, aclarar el alcance de la norma prevista en el artículo 2 de la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna.

En este sentido, el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé la protección tanto a la paternidad como a la maternidad, estableciendo la garantía de que Estado brindará los medios para garantizar la asistencia y protección de la maternidad.

Asimismo, el artículo 78 *eiusdem* desarrolla lo relativo al interés superior del niño, entendiéndose éste como un principio fundamental que orienta todo lo relacionado a la niñez. En este sentido esta Sala se pronunció al respecto en la sentencia número 1917, de fecha 14 de julio de 2003, estableciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

El “interés superior del niño”, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.

A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Dentro de este ámbito de protección, por el hecho mismo de la maternidad, tanto el padre como la madre tienen el deber de mantener, educar e instruir a sus hijos menores de edad. De estas obligaciones se desprende tácitamente el deber de alimentar el hijo menor de edad por parte de los padres.

Con el cumplimiento de dicha obligación se garantiza derechos esenciales para el desarrollo integral del niño y del adolescente, tales como: Nivel de vida adecuado (artículo 30 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), salud y servicio de salud, educación y recreación (artículos 4, 53 y 61 *eiusdem*). (Héctor R. Peñaranda. *Derecho de Familia*, Apuntes Luz, 2013).

Consecuente con la garantía de protección general de la maternidad y del devenir correcto del niño a través del interés superior de éste, establecidos a partir de la promulgación del Texto Constitucional de 1999, el Estado ha realizado un arduo trabajo desde diferentes ámbitos buscando consolidar el desarrollo efectivo los derechos antes mencionados.

En este sentido, en el año 2007 el Poder Legislativo dictó la Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna, la cual tiene como objeto promover, proteger y apoyar la lactancia materna a fines de garantizar la vida, salud y desarrollo integral de los niños y niñas.

Asimismo, de la exposición de motivos de dicha ley, se desprende, entre otras cosas, lo siguiente:

Es de suma importancia contar en nuestro país con una Ley, que garantice la práctica adecuada de la lactancia materna y la alimentación complementaria oportuna y debidamente administrada. Asimismo, este instrumento jurídico permite garantizar los derechos de las madres trabajadoras en el periodo de amamantamiento, promover prácticas éticas en la comercialización de los alimentos infantiles y establecer las sanciones en casos de infracción.

La lactancia materna exclusiva o complementada con otros alimentos es concebida y reconocida científicamente como el método ideal y la estrategia nutricional por excelencia requerida por los niños y niñas durante los primeros seis meses de vida y hasta los dos años.

El periodo entre el nacimiento y los dos años de edad es considerado como “ventana de tiempo crítica” para la promoción del crecimiento, la salud y el desarrollo óptimo de los niños.

Se ha comprobado científicamente que ésta es la edad en la que ocurren fallas de crecimiento, deficiencia de ciertos micronutrientes y enfermedades comunes de la niñez.

La práctica de la lactancia materna le brinda al niño y niña todos los requerimientos nutritivos en sus primeros seis meses de vida; lo protege e inmuniza de enfermedades y contribuye al buen desarrollo de su capacidad respiratoria y gastrointestinal, ayudando a la formación de niños y niñas sanos, fortaleciendo el vínculo filial madre- hijo/a. (Subrayado de este fallo).

De lo anterior se desprende que con dicha ley se busca fijar la lactancia materna como el alimento primordial para los niños en edad de lactancia, ello en virtud de los múltiples beneficios que conlleva dicha práctica en la fase inicial del desarrollo del niño.

Ahora bien, el artículo 2 *eiusdem* prevé lo siguiente:

Artículo 2: Todos los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna en condiciones adecuadas que garanticen su vida, salud y desarrollo integral. Asimismo, las madres tienen derecho a amamantar a sus hijos e hijas, con el apoyo y colaboración de los padres.

Los padres y demás integrantes de las familias deben alentar y brindar todo el apoyo necesario para que las madres puedan ejercer el derecho humano previsto en este artículo en beneficio de sus hijos e hijas.

El Estado, con la participación solidaria de las comunidades organizadas, promoverá, protegerá y apoyará la lactancia materna exclusiva a libre demanda de los niños y niñas hasta los seis (6) meses de edad y, la lactancia materna con alimentación complementaria oportuna, adecuada, inocua y debidamente administrada hasta los dos (2) años de edad. El ministerio con competencia en materia de salud podrá incrementar esta edad mediante resolución especial. (Subrayado de este fallo).

Se vislumbra del artículo citado que el Estado deberá promover, proteger y apoyar la lactancia materna **con alimentación complementaria** hasta los dos años de edad.

La **alimentación complementaria** se encuentra definida en el artículo 5.1 de la Ley en cuestión, la cual establece que por alimentación complementaria deberá entenderse *“El proceso mediante el cual se introducen nuevos alimentos en la dieta del niño o niña lactante, sin abandono de la leche materna a partir de los seis (6) meses de edad, la cual deberá ser oportuna, adecuada, inocua, debidamente administrada y preparada en base a alimentos disponibles en la localidad.”*

De modo pues que el Estado brindará el apoyo y protección a la madre lactante, por hasta dos años, siempre y cuando el niño/a se encuentre amamantando de forma exclusiva a los 6 primeros meses de edad, y con alimentación complementaria desde ese momento hasta los dos años después de nacido.

Ahora bien, en el ámbito laboral la promoción, protección y apoyo de la lactancia materna con **alimentación complementaria** debe entenderse como una licencia prevista legalmente para la madre trabajadora hasta que el lactante cumpla los dos años, que es distinta al permiso que se otorga para el descanso pre y post natal.

En este sentido el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo del año 2006, en su artículo 100 establece que:

El período de lactancia, a que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, no será inferior a seis (6) meses, contado desde la fecha del parto, sin perjuicio de que los Ministerios del Trabajo y Salud puedan extender este período mediante Resolución conjunta.

La mujer trabajadora, finalizado el período de licencia postnatal, notificará al patrono o patrona la oportunidad en que disfrutará los descansos diarios para la lactancia. El patrono o patrona sólo podrá imponer modificaciones a lo planteado por la trabajadora, cuando a

su juicio ello afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva y lo acredite fehacientemente. En caso de desacuerdo entre las partes, el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá si existe o no desmejora de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 454 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En igual orden de ideas, el artículo 345 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, es específico al prever que:

Durante el período de lactancia, la mujer tendrá derecho a dos descansos diarios de media hora cada uno, para amamantar a su hijo o hija en el Centro de Educación Inicial o sala de lactancia respectiva.

Si no hubiere Centro de Educación Inicial con sala de lactancia, los descansos previstos en este artículo serán de una hora y media cada uno.

Se desprende de lo anterior que la protección a la lactancia con alimentación complementaria consiste en una serie de permisos otorgados a la madre trabajadora destinados a la lactancia del niño, de modo pues que si el lugar de trabajo cuenta con un centro de educación inicial o en el mismo se ha destinado una sala para la lactancia, el descanso será por dos (2) veces al día por un lapso de treinta (30) minutos, mientras que si el lugar de trabajo no cuenta con el centro de educación inicial o la referida sala, el descanso se concederá por un lapso de una hora y treinta minutos dos (2) veces al día.

Ahora bien, resulta fundamental esclarecer que en los casos en los cuales el lugar de trabajo no posea centro de educación inicial o sala de lactancia, los referidos permisos serán utilizados al inicio y final del horario de trabajo, es decir, si una madre empieza su jornada laboral a las 8:30 am ésta podrá llegar una hora y media más tarde, esto es, a las 10:00 am, de igual forma hará uso de su segundo lapso de permiso al finalizar su jornada, por lo que podrá retirarse de su sitio de trabajo una hora y media antes de lo pactado, en garantía del interés superior de su niño o niña.

De igual forma, esta Sala Constitucional no se encuentra ajena a las realidades sociales y aquellas que devienen de las relaciones laborales, por lo que apunta que en el caso de disfrutar del descanso atinente al lapso de una hora y treinta (30) minutos dos (2) veces al día, en virtud de las razones expresadas *ut supra*, tendrá la trabajadora la posibilidad de plantear al patrono la solicitud de acumular ambos permisos, lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo podrá ser posteriormente modificado por el patrono en el supuesto de que afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva, advirtiendo que tal modificación deberá estar fehacientemente demostrada toda vez que, reitera esta Sala Constitucional, se garantiza indubitablemente la estructura para ejercer los derechos en beneficio de las generaciones de relevo.

Ello así, en la consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho, nuestro ordenamiento jurídico apuesta por obtener como fin teleológico de nuestra sociedad la suprema felicidad, situación por la cual establece parámetros para el efectivo disfrute de los derechos sociales, sin que ello niegue la posibilidad de convenios entre partes para regular las diversas situaciones fácticas que esta Sala Constitucional no limita en atención a los derechos del niño o niña que se beneficia de tal licencia.

Asimismo, para acceder al goce del descanso para el amamantamiento en el período de la alimentación complementaria, la madre deberá consignar al patrono los requisitos establecidos en el artículo 3 de la resolución conjunta N° 271, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud, de fecha 22 de septiembre de 2006 y publicado en Gaceta Oficial N° 38.528, la cual desarrolla de manera puntual y objetiva los requisitos necesarios para disponer de dicho permiso, ya que por el tiempo que el mismo se ha estipulado en aras de la progresividad de los derechos a los que expresamente alude la Constitución, el mismo debe otorgarse cumpliendo las exigencias antes establecidas que permiten el equilibrio entre la prestación del servicio y la efectiva garantía y goce de tal beneficio.

Tal resolución establece lo siguiente:

Artículo 3°.- Para disfrutar de los descansos para amamantar a su hijo o hija, la madre trabajadora deberá presentar mensualmente ante el patrono o patrona un certificado de consulta de control de salud del hijo o hija, expedido por un centro de salud, en el cual se deje constancia de la asistencia oportuna a la consulta, del amamantamiento y, de ser el caso, de la condición de salud de la madre, su hijo o hija de conformidad con el numeral 2 del artículo 1 de esta Resolución. (Subrayado de este fallo).

Toda madre lactante que cumpla con los requisitos *supra* señalados en la resolución precitada, y que formule tal solicitud, debe obtener de manera **obligatoria**, por parte de su patrono, el permiso para realizar el amamantamiento en los términos establecidos en el presente fallo. El hecho de que dicha licencia sea de obligatorio cumplimiento por parte del patrono **no significa que opere de pleno derecho**, pues debe previamente ser requerido en forma expresa por parte de la madre lactante y en cada caso variará el tiempo de duración de la licencia de alimentación complementaria, de acuerdo a la situación particular en relación con la posibilidad de amamantar de la madre.

Asimismo, debe recalcar la Sala que la licencia en cuestión, como se dijo antes, no es de obligatoria solicitud por parte de la madre lactante, ello en virtud de que puede que ésta no pretenda amamantar o no pueda por sus condiciones hacerlo, y por ende no es una licencia obligatoria y necesaria por parte de la madre.

Dentro de este mismo orden de ideas, resulta válido señalar que la presente licencia no necesariamente debe ser por el lapso de los dos (2) años establecidos *supra*, ya que esto dependerá del caso en concreto y se demostrará mediante los exámenes mensuales que deberá consignar la madre lactante a los fines de validar el permiso, visto que puede ocurrir que una madre deje de amamantar cumplido el año del niño o menos, es decir, esta licencia no posee un término específico pues puede culminar de un momento a otro, sólo que el tiempo máximo es de dos (2) años.

Con fuerza en las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con carácter vinculante que, una vez concluido el descanso post natal, la madre lactante podrá solicitar licencia para la alimentación complementaria, en los términos que se establecen *supra*, cumpliendo con los requisitos exigidos por ley, para así demostrar que efectivamente el niño o la niña, según sea el caso, se encuentra en período de alimentación complementaria y que la madre se encuentra amamantando, ya que el fin último de la Constitución y la normativa analizada es garantizar y proteger el interés superior del niño o niña. Por último, se establece que la presente decisión tendrá efectos *ex nunc* en el tiempo. Así se establece.

En consecuencia, se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Máximo Tribunal con el siguiente titulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que establece con carácter ex nunc el régimen de lactancia materna con alimentación complementaria en las jornadas laborales*”. Y así se ordena.

TSJ-SC (97) 14-5-2019, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán, Caso: Pedro Alba Linares vs. actuaciones realizadas por el Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, RDP N° 157-158, 2019, pp. 316-322.

La familia es responsable de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos estando siempre en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro, pero cuando los padres se separan, y cesa la vida en común, la legislación crea medidas, –siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor–.

...Esta Sala observa que, en los referidos expedientes, con sus distintas incidencias, fases y recursos, se discute primordialmente a cuál de los progenitores debe otorgársele la custodia de la niña, y la forma en que debe cumplirse o restablecerse el adecuado desenvolvimiento físico, psíquico y emocional de la niña de autos, en garantía de los derechos constitucionales desarrollados en el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su primer aparte: *“El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas”*, deber que sólo puede cumplirse de manera eficaz cuando existe acuerdo entre ambos progenitores, pero puede suceder como ocurrió en el caso bajo estudio, que uno de los padres pretenda le sea concedida de manera exclusiva la custodia, al considerar que el otro progenitor no es capaz de resguardar la integridad física, síquica, social y emocional del hijo o hija en común, lo que pone en evidencia la disconformidad sobre un aspecto de la responsabilidad de crianza, que de manera específica regula el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, habiendo una presunción *iuris tantum*, de interés a favor del padre o la madre que tenga la custodia de los hijos, disposición que prevé textualmente, lo siguiente:

Artículo 359. Ejercicio de la Responsabilidad de Crianza.

“El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad tienen el deber compartido, igual e irrenunciable de ejercer la Responsabilidad de Crianza de sus hijos o hijas, y son responsables civil, administrativa y penalmente por su inadecuado cumplimiento. En caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o de residencias separadas, todos los contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirán siendo ejercida conjuntamente por el padre y la madre.

Para el ejercicio de la Custodia se requiere el contacto directo con los hijos e hijas y, por tanto, deben convivir con quien la ejerza. El padre y la madre decidirán de común acuerdo acerca del lugar de residencia o habitación de los hijos o hijas. Cuando existan residencias separadas, el ejercicio de los demás contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirá siendo ejercido por el padre y la madre. Excepcionalmente, se podrá convenir la Custodia compartida cuando fuere conveniente al interés del hijo o hija.

En caso de desacuerdo sobre una decisión de Responsabilidad de Crianza, entre ellas las que se refieren a la Custodia o lugar de habitación o residencia, el padre y la madre procurarán lograr un acuerdo a través de la conciliación, oyendo previamente la opinión del hijo o hija. Si ello fuere imposible, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente podrá acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 177 de esta Ley”.

En ese sentido, cabe destacar, que el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, no establece discriminación alguna, al crear obligaciones de los padres con respecto a los hijos. Dicha norma dispone: *“La familia es responsable de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos”*.

Así pues, las responsabilidades y obligaciones de los padres con los hijos, están en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro, pero cuando los padres se separan, y cesa la vida en común, la legislación crea medidas, –siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor–, fundadas en razones biológicas, sociológicas, culturales, afectivas, etc.; que marcan el paso en la distribución de los derechos y deberes de los padres, pero que atienden a una justificada desigualdad en el trato que la ley da a los padres, debido a que cada uno habita en casas distintas, y al hecho real que los hijos del matrimonio o de la unión, pasan a habitar con uno de los cónyuges, lo que se traduce en una nueva realidad para los hijos que necesariamente coloca a los padres en situaciones concretas diferentes, conforme a quien habite o deba vivir con el menor de edad.

Sin embargo, considera la Sala que el hecho que uno de los progenitores ejerza la custodia de los hijos, no significa que deba ejercerla a su arbitrio, antes bien, se requiere que el niño, niña o adolescente participe de una sana y conveniente relación con el progenitor no custodio, permitiéndole que se involucre en su crianza, vigilancia, orientación y educación, pero sin entorpecer el comportamiento del progenitor no custodio, y siempre que éste manifieste interés de pleno, de compartir con el hijo o hija; toda vez que el contenido del artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y del Adolescentes, referido al procedimiento que debe seguir el Tribunal cuando las partes no se han puesto de acuerdo sobre los diversos aspectos de la responsabilidad de crianza, en modo alguno puede contradecir la obligación que impone el artículo 76 constitucional.

Ello ha motivado que esta Sala estableciera expresamente que el artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, deba interpretarse restrictivamente, ya que conforme al artículo 75 constitucional, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes.

Además, dicho artículo 75 señala que *“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen”*, y el hecho de que los padres vivan en residencias separadas e incluso en países diferentes, los hijos o hijas no deben verse afectados en sus derechos a mantener contacto y de compartir con su familia de origen.

Ello así, resulta claro que en los casos en los que exista un estado de separación entre los padres, con su secuela de tener residencias separadas, no enerva el interés superior del niño de gozar de su familia de origen.

Se insiste entonces, que conforme al artículo 76 *“El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...”*. Para que tal deber pueda ser cumplido, es necesario que el padre o la madre no sólo puedan ubicar al hijo, compartir con él, y en general acceder, dentro de condiciones normales, a sus hijos.

Esta accesibilidad significa que los padres puedan con regularidad, visitar a sus hijos y discutir lo relativo a la crianza, formación y educación de ellos, dirimiéndose judicialmente los desacuerdos que existan. Para que esos deberes compartidos e irrenunciables se cumplan, es necesario que se garantice a los padres la ubicación y accesibilidad no solo a los hijos, sino a quien los tiene bajo su guarda; no estándole permitido a uno de los progenitores arrebatarle al otro progenitor, el ejercicio de sus derechos y deberes, respecto a los hijos que tengan en común, siempre y cuando no se vea afectado el interés superior del niño.

Todo esto conduce al deber que tiene el Estado de proteger a la familia, por ser esta una asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, y ello a través de sus diversos poderes, entre los cuales el poder judicial, interviene activamente, por ejemplo, en las autorizaciones para viajar o para residenciarse fuera del país, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por referirnos a uno de los supuestos.

Así, conforme al artículo 9.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone: *“Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor”*, esta Sala ha señalado que dicha disposición reproduce puntualmente, los derechos del niño que el artículo 75 constitucional otorga, el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

Siendo este un derecho del Niño, Niña y Adolescente, el Estado como garantía debe preservar que los menores de edad no pierdan el contacto directo y regular con los padres, lo que sucedería si el menor es escondido, o llevado fuera del país con el fin de que pierda su lengua, o nacionalidad, o rompa el contacto regular con el o los padres.

De allí la importancia del aseguramiento por parte de los operadores de justicia —fundamentalmente jueces y el Ministerio Público— del mantenimiento de las relaciones entre padre e hijos, y así lo dejó establecido esta Sala, con ocasión de una sentencia relativa a la falta de ejecución de los fallos dictados con respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (*Vid.* Sent. 1046 del 23 de julio de 2009), al señalar:

“(…) Especial referencia merece la materia relacionada con niños, niñas y adolescentes, cuyo régimen recursivo se aparta del derecho común, vista la entidad de los sujetos y la materia que protege, toda vez que en los casos relacionados con las instituciones familiares las apelaciones se escuchan siempre en un solo efecto, es decir, sólo en el efecto devolutivo, de suerte que nunca se suspende la ejecución del fallo aun cuando haya mediado el recurso de apelación; situación que resultaba así con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y que se mantiene incólume en la actual Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. De ello se colige la importancia que dio el Legislador a la ejecución inmediata de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia, e igualmente la diligencia y prontitud que deben prestar los jueces especializados en la aplicación de la referida Ley Orgánica, quienes se encuentran conminados y habilitados para ejercer las facultades conferidas por la Ley para velar por el mejor cumplimiento de las sentencias que se dicten en esta materia.

Advierte esta Sala la imposibilidad material de retrotraer los efectos de las sentencias que según la quejosa no fueron ejecutadas en su oportunidad; sin embargo, dos aspectos importantes resaltan en el caso *sub judice*: el primero está referido a precisar si la representación del Ministerio Público, en tanto órgano que debe ser notificado inicialmente de todas las causas que se admitan, referidas a instituciones familiares, efectuó alguna actuación tendiente a la ejecución de las sentencias, es decir, si instó y colaboró para que se ejecutara conforme a lo ordenado y si esa —supuesta— omisión en la ejecución de los fallos comportó la posible comisión de un hecho punible, de los sancionados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cuya tipificación se mantiene vigente en la actual Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En cuanto al primer aspecto debe esta Sala destacar que conforme a lo dispuesto por el artículo 463 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (antes 461) de toda demanda intentada en relación con instituciones familiares (patria potestad, responsabilidad de crianza, obligación de manutención, convivencia familiar, etcétera) ha de notificarse al Ministerio Público, órgano integrante del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Ahora bien, tal notificación no constituye una mera formalidad, es realmente una actuación que tiene por objeto poner en conocimiento al Ministerio Público de un proceso; para que un Fiscal adscrito a ese órgano cumpla su función de manera eficaz dentro del proceso, en tanto garante de la legalidad, parte de buena fe y tutor de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, a fin de coadyuvar con el juez o jueza en la correcta aplicación del derecho y en garantizar el equilibrio del proceso.

Cabe destacar, en este sentido, que la derogada la Ley Orgánica para la Protección del Niño (*sic*) y del Adolescente (*sic*), en sentido similar al instrumento normativo vigente en esta materia, preceptuaba lo que sigue:

Artículo 170°

(...*omissis*...)

Asimismo, en el artículo 171 disponía cuáles eran sus facultades para el ejercicio de tales funciones, en los términos siguientes:

(...*omissis*...)

Así las cosas, resulta indubitable inferir que el Ministerio Público está dotado de facultades dentro del proceso; de tal modo que no sólo se la ha reconocido legitimación para intentar la demanda en ciertas causas (verbigracia: artículo 353 *eiusdem*), además está auto-

rizado expresamente para apelar (último aparte del artículo 488 *eiusdem*) y, adicionalmente, su intervención dentro de los procesos que regula la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es tan relevante que su falta de notificación es sancionada con la nulidad de las actuaciones cumplidas en su ausencia (artículo 172 *eiusdem*).

De tal modo que la participación del representante del Ministerio Público no debe entenderse como la de un mero espectador, por el contrario, es estelar, de donde se sigue que es éste el órgano por excelencia llamado a advertir y alertar de las ilegalidades o inconsistencias cometidas dentro de un juicio en el que pueda resultar perjudicado un niño, niña o adolescente.

De lo expuesto se desprende que indiferentemente de las acciones que realicen las partes procesales en los juicios en que se encuentren comprometidos los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes –sobre quienes indudablemente pesa la carga procesal de instar al órgano judicial– corresponde a los y las Fiscales del Ministerio Público, especializados en dicha materia, velar por, entre otras cosas, el cumplimiento de las decisiones. Recuérdese que el reconocimiento de un derecho a un progenitor o a un tercero, tiene igual y paralelamente como beneficiario al niño, niña o adolescente de que se trate. En pocas palabras y para ilustrar tal afirmación: el régimen de convivencia, por ejemplo, fijado a la madre, conlleva indefectiblemente el reconocimiento del derecho del niño, niña o adolescente a disfrutar ese mismo régimen. De allí que el problema de la ejecución de la sentencia no es sólo, como si de materia civil se tratase, un problema de las partes, sino que también lo es del Estado, que a través de los órganos del Poder Público debe garantizar el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos judiciales en lo que aquellos se encuentren involucrados, esto es, a través del Ministerio Público, con sus fiscales y del Poder Judicial, con los tribunales.

Quiere con ello significar la Sala que el problema de la ejecución de la sentencia en los casos en que la participación del Ministerio Público es necesaria conforme a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es también responsabilidad de dicho órgano, por tanto, corresponde a éste instar y velar por su ejecución, según se expuso *supra*. Así se establece (...)

Considerando, que la familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

De allí pues, que la fijación de un régimen de convivencia familiar al padre que no posea la custodia del niño, niña o adolescente de que se trate, mal puede lesionar derecho alguno, antes bien constituye la materialización y aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales anotados.

Corolario de ello, es que la fijación de un régimen de convivencia familiar procede *ipso iure*; es decir, que como principio fundamental de protección a los niños, niñas y adolescentes se les debe proveer y respetar a éstos su derecho fundamental de ser visitados y de relacionarse estrechamente con el padre o madre no custodio, y al mismo tiempo garantizar a este igual derecho. Sólo es posible en casos muy excepcionales impedir que un niño, niña o adolescente se relacione, con su padre o madre no custodio; donde, por ejemplo, donde su integridad física o mental pueda resultar realmente comprometida, pues aún en casos difíciles debe velarse por el mantenimiento de las relaciones paterno filiales bajo el régimen de supervisión. Negar tal derecho a un padre o madre hace nugatorio no solo un derecho constitucional sino un derecho humano, constituye entonces una grosera violación imposible de permitirse.

(...) En este sentido, la Sala se ha pronunciado reiteradamente con respecto a la importancia del derecho del niño, niña y adolescente, a ser escuchados en las causas que le conciernen, tal

y como se pronunció en fecha 20 de junio de 2000, decisión N° 580 reiterada en decisión de N° 637 de fecha 27 de junio de 2000, expresando lo siguiente:

“La realización del referido acto es una obligación ineludible para cualquier órgano o autoridad que se encuentre conociendo de procesos o situaciones que de una u otra forma afecten o amenacen con afectar el bienestar de menores, de acuerdo con la edad y condiciones de salud mental en que éstos se encuentren. La garantía de tal derecho está orientada a proporcionarles oportunidad para expresarse libremente en audiencia especial, para que su manera de percibir las circunstancias que fueren del caso y sus opiniones en general cuenten, como elemento principalísimo, en el conjunto de factores que debe ponderar quien le corresponda adoptar decisiones de cualquier naturaleza. Así se declara.

No otro, en atención del interés superior del niño, es el sentido de las disposiciones consagradas en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada íntegramente por Venezuela mediante ley especial en razón del marco de principios en que se sustenta, a los cuales recoge y provee en marco genuino el artículo 78 de la Constitución vigente. Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de ésta, dicha Convención tiene su misma jerarquía y preeminencia en el contexto del ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto establezca pautas para el goce y ejercicio de los derechos humanos que constituyen su objeto, no contempladas o más favorables que las establecidas en el Texto Fundamental o en las leyes de la República Bolivariana de Venezuela. Así, con la Convención, adquirieron particular eminencia en el marco del tratamiento de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico venezolano, el derecho a ser oído y a la defensa, principios de rango universal que han sido parte de la tradición constitucional de Venezuela, consagrados en los artículos 67 y 68 de la Constitución de 1961 y en los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución vigente.

Los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Constitución de la República, han tenido fiel desarrollo en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Oportuno es mencionar al respecto el amplio alcance del objeto de la ley, establecido en su artículo 1°, concebido para proveer protección integral a los menores que se encuentren en el territorio nacional sin discriminación alguna, propósito que constituye un deber colectivo para cuyo cumplimiento se requiere el concurso de la sociedad en su conjunto y para su realización es instrumental la obligación indeclinable del Estado para hacerlo efectivo, consagrada en el artículo 4° de la citada ley especial orgánica en consonancia con el contenido del artículo 78 de la Constitución sobre el particular”.

(...) En similar sentido, conforme el artículo 5 de Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el Estado es responsable de las familias de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, debiendo asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías; aún más, en lo relativo a la materia de restitución internacional, en atención a la jurisprudencia pacífica y reiterada de esa Sala, entre otras, sentencias N° 645 del 10 de octubre de 2018, 1953 del 25 de julio de 2005 y 877 del 17 de julio de 2014.

TSJ-SC (97) 14-5-2019, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán, Caso: Pedro Alba Linares vs. actuaciones realizadas por el Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, RDP N° 157-158, 2019, pp. 322-324.

La Sala Constitucional, en uso de su potestad de jurisdicción normativa, establece con carácter vinculante, con efecto ex tunc y ex nunc, que corresponderá al tribunal que conozca del primer procedimiento que se instaure sobre el ejercicio de una de las instituciones familiares o ante el incumplimiento de uno de los deberes irrenunciables de los padres previstos en los artículos 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, entre los mismos sujetos procesales intervinientes que conforman el mismo grupo familiar, por ser

el juez que previno el que dirimirá todos los conflictos relacionados con sus hijos e hijas, ello, por supuesto, sin afectar el régimen competencial previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

(...) Es por ello que esta Sala, en su condición de Máxima garante de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en resguardo del interés superior del niño, así como de los principios de unidad y no dispersión del proceso, celeridad y economía procesal, juzga necesario ordenar la simplificación de la sustanciación de las causas relativas a los asuntos de carácter familiar, que conocen los referidos tribunales especializados en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; y en tal sentido establece, con carácter vinculante, que:

- i) La unidad de recepción y distribución de documentos (U.R.D.D.), haciendo uso del registro informático correspondiente, relevará o eximirá del sorteo a aquel nuevo asunto o causa que guarde relación con uno anterior, en el que intervengan las mismas partes o estén involucrado los derechos e intereses de un mismo niño, niña o adolescente, atinentes a las instituciones familiares, debiendo ser asignado al tribunal de la causa que ingresó primero, siendo dicho Tribunal el que en definitiva analizará y decidirá, a instancia de parte, o de oficio si procede o no su acumulación, tomando en consideración lo establecido en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, o en caso tal, la apertura de un cuaderno separado. A tal efecto, las partes interesadas están en la obligación de señalar la existencia de otra causa interpuesta con anterioridad, que tenga conexión con la nueva instaurada, pues en caso contrario, se estimará como una falta de lealtad y probidad en el proceso, a tenor de lo previsto en los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil.
- ii) Si por fallas en el sistema de distribución o por cualquier otro motivo, se diera el caso de la existencia de varias causas en distintos tribunales que involucren el interés de un mismo niño, niña o adolescente o de varios de ellos del mismo grupo familiar, será el juez o jueza a cargo del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que previno, es decir, el que citó o notificó primero, o en su defecto, al que le correspondió sustanciar la causa más antigua, el que conocerá del (los) proceso (s) conexo (s) o vinculado (s) que se haya (n) iniciado con posterioridad, por lo que, el criterio aquí establecido, también se aplicará a las causas en curso, que no se encuentren en estado de sentencia.

Lo anterior permitirá que los niños, niñas y adolescentes sean oídos en un solo proceso y que sean atendidos una sola vez (o por lo menos el menor número de veces posible) con sus padres por el equipo multidisciplinario (cuando ello sea requerido), lo cual será válido y eficaz para las distintas causas que se sometan al conocimiento del juez que previno, en resguardo de sus derechos constitucionales, evitándose así el hecho de que el niño, niña o adolescente, tenga que asistir en varias ocasiones a distintos órganos jurisdiccionales para ser oído respecto de un mismo asunto, lo cual redundará en beneficio de su sano y normal desenvolvimiento físico, psíquico emocional y social; además de que con ello se evitará el dictado de sentencias contradictorias.

En cuanto a la importancia del resguardo de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes al ser oídos en un proceso constitucional donde intervengan, o que pudieran resultar afectados sus derechos o intereses, esta Sala, entre otras en sentencia N° 1049, del 30 de junio de 2013, dejó sentado que hay que establecer medios idóneos para la declaración de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales, pues deben ser resguardados en esencia primigenia su integridad psicológica o emocional, dado que la finalidad es evitar, en el primer caso su revictimización, y en segundo caso la afectación de su aporte afectivo al proceso; todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al ser responsabilidad del Estado garantizar la prioridad absoluta de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que no puede excluirse de ningún procedimiento judicial el cumplimiento del principio de su interés superior.

En atención a lo anterior, esta Sala estima que al conocer un mismo Tribunal los diferentes aspectos de la responsabilidad de crianza, así como los que van dirigidos a dirimir el incumplimiento de los deberes de los padres, permite que un mismo juez o jueza tenga una visión sistémica de los asuntos sometidos a su conocimiento, al ser necesaria la apreciación integral de los elementos de convicción contenidos en los procesos vinculados, de tal manera que las decisiones concebidas en esas circunstancias sean acertadas y eviten dictámenes contradictorios.

De esta manera, ninguno de los Tribunales adscritos al Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con la misma competencia material interferirá con el otro, y ello disminuirá el posible ejercicio de acciones orientadas a impedir u obstaculizar la recta administración de justicia.

Así, los jueces o juezas tendrán una visión mucho más exhaustiva de los asuntos que conocen, pudiendo tomar como elementos de convicción, para arribar a decisiones acertadas, respecto de las actuaciones procesales que cursan en diferentes expedientes en el tribunal a su cargo, permitiéndole de esa manera la mejor comprensión de lo que acontece, para poder así dictar una resolución que constituya una real expresión de la justicia material por contener el examen efectivo de todos los elementos de convicción vinculados, pudiendo incluso paralizar posibles acciones en los expedientes que conoce, que impidan u obstaculicen la recta administración de justicia; pues, en definitiva, lo importante es que los administradores de justicia, puedan formarse una idea integral o de conjunto de los diferentes litigios que está conociendo, para procurar pronta y decisiva solución de los conflictos.

Al efecto, esta Sala en N° 828 del 3 de diciembre de 2018, caso: *Elisa Orieta Ordoñez de Marcano*, dejó sentado lo siguiente:

“Así, para generar una visión integral del asunto sometido al conocimiento de los jurisdiccionales, es necesaria la apreciación integral de los elementos de convicción contenidos en los procesos vinculados, de tal manera que las decisiones concebidas en esas circunstancias sean acertadas y eviten dictámenes contradictorios. Así, ninguna de las jurisdicciones, entendidas como competencias materiales, interferiría con la otra y disminuiría el posible ejercicio de acciones orientadas a impedir u obstaculizar la recta administración de justicia. De esta manera, los jueces adquieren una visión integral del asunto que conocen, pudiendo tomar como elementos de convicción, para arribar a decisiones acertadas, las actuaciones procesales traídas de otros expedientes mediante el ejercicio de la extensión jurisdiccional, pudiendo incluso paralizar posibles acciones que impidan u obstaculicen la recta decisión en justicia; lo importante es que el juez o jueza, mediante el ejercicio de la extensión jurisdiccional, a petición de parte y aún de oficio, puede formarse una idea integral o de conjunto del litigio que está conociendo, para procurar pronta y decisiva solución del conflicto y evitar la excesiva litigiosidad de las partes y deslealtad procesal entre ellas, cuando valiéndose de la rígida competencia, se permiten ventilar en diferentes jurisdicciones múltiples basadas en los mismos hechos, que imposibiliten el ejercicio a la defensa en condiciones de lealtad procesal (...)”.

En este contexto, esta Sala Constitucional, en uso de su potestad de jurisdicción normativa, establece con carácter vinculante, con efecto *ex tunc* y *ex nunc*, que corresponderá al tribunal que conozca del primer procedimiento que se instaure sobre el ejercicio de una de las instituciones familiares o ante el incumplimiento de uno de los deberes irrenunciables de los padres previstos en los artículos 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, entre los mismos sujetos procesales intervinientes que conforman el mismo grupo familiar, por ser el juez que previno el que dirimirá todos los conflictos relacionados con sus hijos e hijas, ello, por supuesto, sin afectar el régimen competencial previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Asimismo, esta Sala precisa que el Tribunal que previno o ante el que se sustancia la causa más antigua, procurará oír a los niños, niñas y adolescentes por una sola vez, siguiendo los lineamientos establecidos por la Sala Plena de este Alto Tribunal para oír las declaraciones de Niños, Niñas y Adolescentes, cuya opinión será válida para los distintos procedimientos al ser el mismo Juez que conocerá de ellos; todo ello, en resguardo de los derechos constitucionales, lo cual impedirá que se obstaculice su libre y normal desenvolvimiento físico, psíquico, emocional y social; evitará sentencias contradictorias, permitirá a las partes el fácil manejo de las causas en que intervienen, obligando que las mismas actúen con probidad y lealtad; mantendrá la efectividad y supremacía constitucional; así como la idoneidad, la efectividad y la celeridad procesal, circunstancias que se cumplen cuando las causas son sustanciadas por un mismo Tribunal.

Declarado lo anterior, esta Sala, ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República y en la Gaceta Judicial del este Tribunal Supremo de Justicia, con la siguiente mención en su sumario:

“Sentencia de la Sala Constitucional que establece, con carácter vinculante, y con efectos ex tunc, para las causas en curso, que no se encuentren en estado de sentencia, y ex nunc, el criterio según el cual corresponderá al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que conozca del primer procedimiento relacionado con las instituciones familiares que involucre a un mismo grupo familiar, conocer de las restantes causas que tengan conexidad con el asunto primigenio; todo ello, en resguardo del interés superior del niño, así como los principios de unidad y no dispersión del proceso, celeridad y economía procesal”.

TSJ-SC (251) 8-8-2019, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán, Caso: Patricia Schwarzgruber, RDP N° 159-160, pp. 268-275.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a mantener, de forma regular y permanente, relaciones personales y contacto directo con su padre y madre, aun cuando exista separación entre éstos, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

Al respecto, debe esta Sala destacar dos cuestiones sumamente relevantes para decidir el presente caso.

La primera relativa a la importancia de dejar sentado que los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes cuentan con amplios poderes para dictar medidas que expresen la más eficiente protección al interés superior de niños, niñas y adolescentes, y resguarden de la mejor manera los intereses de éstos, fin último de su propia existencia, sin que tal conducta sea arbitraria. Y la segunda, referida al régimen jurídico diseñado en sí para la protección de los niños, niñas y adolescentes, que da lugar al establecimiento de esos amplios poderes en manos del juez y de otros órganos del estado que coadyuvan en la tutela de estos sujetos. (*Vid.* Sent. 1707 del 15 de noviembre de 2011).

En este sentido, debe señalarse que el único aparte del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece expresamente que *“el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas”*.

De otra parte, el artículo 27 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispone:

Artículo 27. Derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con el padre y la madre.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a mantener, de forma regular y permanente, relaciones personales y contacto directo con su padre y madre, aun cuando exista separación entre éstos, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

Con respecto a las disposiciones precedentemente transcritas, y según lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, esta Sala ha sostenido de manera reiterada que el Estado venezolano asume como un *desiderátum* el que las relaciones entre los padres y los niños, niñas y adolescentes sean óptimas y se mantengan de manera armoniosa y saludables y, que en este afán los órganos del Estado velen por que se cultiven prestando toda la colaboración y tutela que sea necesaria.

Que de tal forma se respeta y se fomentan el ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 9.3 y 18.1 de la referida Convención; 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 27, 385 y 387 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo que obliga a los operadores de justicia a preservar y asegurar que, en todo momento tales relaciones se mantengan de manera satisfactoria, salvo circunstancias muy especiales y excepcionales que justifiquen razonadamente su suspensión.

Así, pues, ha sostenido específicamente esta Sala, acerca de la garantía para el mantenimiento de las relaciones familiares y el derecho del progenitor que no posee la custodia de los hijos, que el artículo 76 constitucional coloca en principio en un plan de igualdad al padre y a la madre, cuando prevé: “*El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...*”.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no establece discriminación alguna, al crear obligaciones de los padres con respecto a los hijos. Dicha norma dispone: “*Obligaciones generales de la familia. La familia es responsable de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos.*”

Luego, las responsabilidades y obligaciones de los padres con los hijos están en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro. Pero cuando los padres se separan, y cesa la vida en común, la legislación crea medidas, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor de edad, fundadas en razones biológicas, sociológicas, culturales, afectivas, entre otras; que marcan el paso en la distribución de los derechos y deberes de los padres, pero que atienden a una justificada desigualdad en el trato que la ley da a los padres, debido a que cada uno habita en casas distintas, y al hecho real que los hijos del matrimonio o de la unión, pasan a habitar con uno de los cónyuges, lo que se traduce en una nueva realidad para los hijos que necesariamente coloca a los padres en situaciones concretas diferentes, conforme a quien habite o deba vivir con el menor.

Por otra parte, observa la Sala que el hecho de que la madre ejerza la custodia de los hijos no significa que deba ejercerla a su arbitrio, antes bien, se requiere que el niño, niña o adolescente participe de una sana y conveniente relación con su padre, en el que éste se involucre en su crianza, vigilancia, orientación y educación, ya que el principio del artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y del Adolescentes, no puede contradecir la obligación que impone el artículo 76 constitucional.

Ello ha provocado que esta Sala estableciera expresamente que tal disposición del artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, deba interpretarse restrictivamente, ya que conforme al artículo 75 constitucional, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. Además, dicho artículo 75 señala que “*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen*”.

El que de hecho o de derecho exista un estado de separación entre los padres, con su secuela de tener residencias separadas, no enerva el interés superior del niño de gozar de su familia de origen. De allí que, ante un conflicto entre los padres, el juez debe ponderar lo que los niños pretenden conforme al artículo 75 constitucional, y ello -como reconocimiento del señalado derecho de los niños, niñas y adolescentes- tiene que ser analizado por el juez, cada vez que la situación del menor en cuanto a los atributos de la guarda pueda cambiar.

A juicio de esta Sala, la interpretación del artículo 75 Constitucional tiene que ser en el sentido expuesto, a fin de garantizar el derecho que dicha norma otorga a los menores de edad.

Se insiste entonces, que conforme al artículo 76 “*El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...*”. Para que tal deber pueda ser cumplido, es necesario que el padre o la madre no sólo puedan ubicar al hijo, sino habitar con él, y que a su vez puedan acceder, dentro de condiciones normales, a sus hijos.

Esta accesibilidad significa que los padres puedan con normalidad, visitar a sus hijos y discutir lo relativo a la crianza, formación y educación de ellos, dirimiéndose judicialmente los desacuerdos que existan.

Para que esos deberes compartidos e irrenunciables se cumplan, es necesario que se garantice a los padres la ubicación y accesibilidad no solo a los hijos, sino a quien los tiene bajo su guarda un derecho de visita (artículo 385 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), si no hay sitio para visitar, o si no se encuentra al menor, o se hace onerosa y dispendiosa tal visita.

Todo esto conduce a la necesidad de que el menor pueda ser ubicado, y al acceso a él de sus padres, como deber de Estado de protección de la familia como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tal como lo señala el artículo 75 constitucional; y ese deber del Estado se ejerce por medio de sus diversos poderes entre los cuales se encuentra el judicial, quien interviene en las autorizaciones para viajar, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por otra parte, con ocasión de la interpretación del artículo 9.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone:

“Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor”, esta Sala ha señalado que dicha disposición reproduce puntualmente, los derechos del niño que el artículo 75 constitucional otorga, aunque concretando elementos del citado artículo 75, cuales son el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

Siendo este un derecho del Niño, el Estado como garantía debe preservar que los niños, niñas y adolescentes no pierdan el contacto directo y regular con los padres, lo que sucedería si el menor es escondido, o llevado fuera del país con el fin de que pierda su lengua, o nacionalidad, o rompa el contacto regular con el o los padres.

De allí la importancia del aseguramiento por parte de los operadores de justicia — fundamentalmente jueces y el Ministerio Público— que comportan el mantenimiento de las relaciones entre padre e hijos lo dejó establecido esta Sala, con ocasión de una sentencia relativa a la falta de ejecución de los fallos dictados con respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (*Vid.* Sent. 1046 del 23 de julio de 2009), en la que se dejó establecido expresamente lo que sigue:

(...) Especial referencia merece la materia relacionada con niños, niñas y adolescentes, cuyo régimen recursivo se aparta del derecho común, vista la entidad de los sujetos y la materia que protege, toda vez que en los casos relacionados con las instituciones familiares las apelaciones se escuchan siempre en un solo efecto, es decir, sólo en el efecto devolutivo, de suerte que nunca se suspende la ejecución del fallo aun cuando haya mediado el recurso de apelación; situación que resultaba así con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y que se mantiene incólume en la actual Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de ello se colige la importancia que dio el Legislador a la ejecución inmediata de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia, e igualmente la diligencia y prontitud que deben prestar los jueces especializados en la aplicación de la referida Ley Orgánica, quienes se encuentran conminados y habilitados para ejercer Ley Orgánica, las facultades conferidas por la Ley para velar por el mejor el mejor Cumplimiento de las sentencias que se dicten en esta materia.

Advierte esta Sala la imposibilidad material de retrotraer los efectos de las sentencias que según la quejosa no fueron ejecutadas en su oportunidad; sin embargo, sin embargo, dos aspectos importantes resaltan en el caso *sub judice*: el primero está referido a precisar si la representación del Ministerio Público, en tanto órgano que debe ser notificado inicialmente de todas las causas que se admitan, referidas a instituciones familiares, efectuó alguna actuación tendiente a la ejecución de las sentencias, es decir, si instó y colaboró para que se ejecutara conforme a lo ordenado y si esa —supuesta— omisión en la ejecución de los fallos comportó la posible comisión de un hecho punible, de los sancionados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cuya tipificación se mantiene vigente en la actual Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En cuanto al primer aspecto debe esta Sala destacar que conforme a lo dispuesto por el artículo 463 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (antes 461) de toda demanda intentada en relación con instituciones familiares (patria potestad, responsabilidad de crianza, obligación de manutención, convivencia familiar, etcétera) ha de notificarse al Ministerio Público, órgano integrante del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Ahora bien, tal notificación no constituye una mera formalidad, es realmente una actuación que tiene por objeto poner en conocimiento al Ministerio Público de un proceso; para que un Fiscal adscrito a ese órgano cumpla su función de manera eficaz dentro del proceso, en tanto garante de la legalidad, parte de buena fe y tutor de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, a fin de coadyuvar con el juez o jueza en la correcta aplicación del derecho y en garantizar el equilibrio del proceso. cabe destacar, en este sentido, que la derogada la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en sentido similar al instrumento normativo vigente en esta materia, preceptuaba lo que sigue:

Artículo 170

(...omissis...)

Asimismo, en el artículo 171 disponía cuáles eran sus facultades para el ejercicio de tales funciones, en los términos siguientes:

(...omissis...)

Así las cosas, resulta indubitable inferir que el Ministerio Público está dotado de facultades dentro del proceso; de tal modo que no sólo se la ha reconocido legitimación para intentar la demanda en ciertas causas (verbigracia: artículo 353 *eiusdem*), además está autorizado expresamente para apelar (último aparte del artículo 488 *eiusdem*) y, adicionalmente, su intervención dentro de los procesos que regula la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es tan relevante que su falta de notificación es sancionada con la nulidad de las actuaciones de las actuaciones cumplidas en su ausencia (artículo 172 *eiusdem*).

De tal modo que la participación del representante del Ministerio Público no debe entenderse como la de un mero espectador, por el contrario, es estelar, de donde se sigue que es éste el órgano por excelencia llamado a advertir y alertar de las ilegalidades o inconsistencias cometidas dentro de un juicio en el que pueda resultar perjudicado un niño, niña o adolescente.

De lo expuesto se desprende que indiferentemente de las acciones que realicen las partes procesales en los juicios en que se encuentren comprometidos los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes –sobre quienes indudablemente pesa la carga procesal de instar al órgano judicial corresponde a los y las Fiscales del Ministerio Público, especializados en dicha materia, velar por, entre otras cosas, el cumplimiento de las decisiones.

Recuérdese que el reconocimiento de un derecho a un progenitor o a un tercero, tiene igual y paralelamente como beneficiario al niño, niña o adolescente de que se trate. En pocas palabras y para ilustrar tal afirmación: el régimen de convivencia, por ejemplo, fijado a la madre, conlleva indefectiblemente el reconocimiento del derecho del niño, niña o adolescente a disfrutar ese mismo régimen.

De allí que el problema de la ejecución de la sentencia no es sólo, como si de materia civil se tratase, un problema de las partes, sino que también lo es del Estado, que a través de los órganos del Poder Público debe garantizar el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos judiciales en lo que aquellos se encuentren involucrados, esto es, a través del Ministerio Público, con sus fiscales y del Poder Judicial, con los Tribunales.

Quiere con ello significar la Sala que el problema de la ejecución de la sentencia en los casos en que la participación del Ministerio Público es necesaria conforme a la Ley Orgánica

para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es también responsabilidad de dicho órgano, por tanto, corresponde a éste instar y velar por su ejecución, según se expuso *supra*. Así se establece.

Desconoce la Sala –pues no tiene para su revisión el expediente contentivo de la causa en la que supuestamente no se ejecutaron las sentencias dictadas “a favor” de la quejosa– si en el juicio se le dio cumplimiento o no a las diversas decisiones que se dictaron, bien como cautelares o como definitivas; no tiene conocimiento tampoco si hubo o no la debida diligencia por parte del Ministerio Público y del Juez o Jueza de la causa, razón por la cual, vista la entidad de las denuncias realizadas por la quejosa, ordena oficiar a la Inspección General de Tribunales y al Ministerio Público a los fines de que cada cual en el ámbito de sus competencias y respecto a los funcionarios que les incumbe, inicien los trámites pertinentes para la determinación de la posible responsabilidad disciplinaria, si hubiere lugar a ello. Así se ordena.

Otro, el segundo aspecto a considerar por la Sala está referido a la circunstancia de que, en efecto, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 270, prevé y sanciona el delito de desacato a la autoridad cuando expresa:

“Quien impida, entorpezca o incumpla la acción de la autoridad judicial, del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o del o de la Fiscal del Ministerio Público, en ejercicio de las funciones previstas en esta Ley, será penado o pena (sic) con prisión de seis meses a dos años”. Y por cuanto en el presente caso se presume la comisión del referido delito, al no haberse podido –supuestamente– ejecutar la sentencia de esta Sala Constitucional identificada N° 2531, del 20 de diciembre de 2006 y la decisión del 11 de enero de 2007, dictada por la Sala de Juicio Circuito Judicial de Protección del Niño y del VIII del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, esta Sala ordena oficiar al Ministerio Público a los fines de que determine la comisión o no de dicho delito. Así se establece.

Por último, la Sala exhorta a la ciudadana (...) a que acuda a los mecanismos de que dispone, establecidos en el ordenamiento jurídico, a los fines de hacer efectivo el régimen de convivencia familiar a que tiene derecho tanto ella como su adolescente hijo. Asimismo, se emplaza al ciudadano Alonso Enrique Medina Roa a darle cumplimiento voluntario a lo dispuesto en el fallo impugnado, emitido por la Corte Superior Primera Accidental del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, el 18 de julio de 2008, que estableció que la custodia del niño la tendría su padre, por lo que ordenó la permanencia del referido niño junto con éste, pero le ordenó que **“debía velar por el derecho de su hijo a ser visitado y a tener convivencia familiar con su madre, ciudadana (...), todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 8, 358 y 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. (...omissis...)**.

Conforme a lo establecido en la citada jurisprudencia, en los juicios en que se encuentren comprometidos los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes corresponde al órgano judicial que conoció la causa y a la Fiscalía del Ministerio Público, especializada en dicha materia, velar por el fiel cumplimiento de las decisiones que a tal fin, se dicten.

Aunado a lo anterior, cabe destacar, que el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes preceptúa: *“Obligaciones generales de la familia e igualdad de género en la crianza de los niños, niñas y adolescentes”.*

Considerando que la familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y Adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Así, entonces el padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas.

El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente estas responsabilidades, y para que el padre y la madre asuman, en igualdad de condiciones, sus deberes, responsabilidades y derechos.

Asimismo, garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

En tanto que el artículo 12 *eiusdem* regula el carácter de los derechos y garantías de los niños y adolescentes reconocidos y consagrados en la Ley como inherentes a la persona humana y en este sentido refiere que son de orden público; intransigibles; irrenunciables; interdependientes entre sí e indivisibles, por tanto, como quiera que en el caso de autos, se encuentra presumiblemente amenazada la posibilidad de que los derechos antes anotados estén siendo menoscabados, considera esta Sala que el proveimiento de una medida cautelar sería conveniente.

Por tanto, la fijación de un régimen de convivencia familiar al padre que no posea la custodia del niño, niña o adolescente de que se trate, mal puede lesionar derecho alguno, antes bien constituye la materialización y aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales anotados.

Corolario de ello, es que la fijación de un régimen de convivencia familiar procede *ipso iure*. Es decir, que como principio fundamental de protección a los niños, niñas y adolescentes se les debe proveer y respetar a éstos su derecho fundamental de ser visitados y de relacionarse estrechamente con el padre o madre no custodio, y al mismo tiempo garantizar a este igual derecho.

Sólo es posible en casos muy excepcionales impedir que un niño, niña o adolescente se relacione con su padre o madre no custodio; debe tratarse de casos especialísimos donde su integridad física o mental pueda resultar realmente comprometida, pues aún en casos difíciles debe velarse por el mantenimiento de las relaciones por el mantenimiento de las relaciones Paterno filiales bajo el régimen de supervisión.

Negar tal derecho a un padre o madre hace nugatorio no solo un derecho constitucional sino un derecho humano, constituye entonces una grosera violación imposible de permitirse. (*Vid.* Sentencia N° 1707 del 15 de noviembre de 2011).

Así entonces, considerando que la hoy accionante, tenía a su disposición la oposición a la medida provisional de régimen de convivencia decretada en la sentencia accionada del 15 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Bolivariano de Miranda, la acción de amparo resultaba a todas luces inadmisibles, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual esta Sala declara con lugar la apelación ejercida por la representación judicial del ciudadano Daniel Otayek, por lo que se revoca el fallo emitido por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, con sede en Los Teques, del 10 de julio de 2017, que declaró parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional propuesta por la ciudadana Patricia Schwarzgruber; y en consecuencia, la misma se declara inadmisibles. Así se decide.

No obstante lo anterior, por tratarse de una materia que atañe al orden público, en la que debe tenerse como norte la indefectible aplicación del principio del interés superior del niño, como principio fundamental, que orienta las decisiones del juez o jueza que corresponde decidir acerca del destino de los niños, niñas y adolescentes, considera la Sala a los fines de preservar la vigencia de los derechos del niño, cuya identidad se omite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, atendiendo a los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, debido proceso, a su derecho a crecer en el núcleo de su familia de origen, y garantizar que los Niños, Niñas y Adolescentes mantengan contacto con ambos progenitores, es por lo que se ordena —so pena de incurrir

en desacato—, a la ciudadana Patricia Schwarzgruber, a cumplir voluntariamente y no obstaculizar la ejecución de la medida preventiva de fijación de régimen provisional de convivencia familiar, en los términos decretados el 19 de julio de 2017, y posteriormente modificada por auto del 27 de septiembre de 2017, por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Bolivariano de Miranda, que tiene a su cargo el conocimiento de la causa principal, por cuanto dicha ciudadana ha impedido que el padre se involucre en la crianza, vigilancia, orientación y educación del niño, tal y como lo dispone el artículo 76 de la República Bolivariana de Venezuela.

En todo caso, se ordena al Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, hacer cumplir forzosamente la medida que fijó el régimen de convivencia familiar que se encuentra vigente, en acatamiento al principio de exhaustividad que exige a los jueces velar porque se cumpla con la ejecución de sus fallos, y de ser necesario hacerse fallos, y de ser necesario hacerse asistir de la fuerza pública y oficiar lo conducente al Ministerio Público, en cumplimiento de las garantías de interés superior del niño, de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, por cuanto resulta ineludible garantizar, cuanto resulta ineludible garantizar, Proveer y respetar el derecho fundamental del niño de autos, de ser visitado y de relacionarse estrechamente con el padre no custodio; derecho este que se ha visto conculcado por la madre, ciudadana Patricia Schwarzgruber; razón por la cual, se ordena notificar igualmente a la Magistrada Presidenta de la Sala de Casación Social, Dra. Marjorie Calderón Guerrero, en su carácter de Coordinadora de los Tribunales del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a los fines de que supervise que el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, cumpla con la ejecución de la medida de régimen de convivencia familiar que se encuentra vigente, para lo cual se acuerda expedir copia certificada de la presente decisión para ser compulsada a dicha notificación. Así se declara.

Ahora bien, de la revisión de las actas del presente expediente se desprende que el Tribunal Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, con Sede en Los Teques, el 17 de junio de 2017, dictó medida cautelar innominada de suspensión de efectos de la primigenia medida provisional de régimen de convivencia del 15 de junio de 2017, decretada por el mencionado Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Bolivariano de Miranda, (pieza 1 del presente expediente); en tal sentido, observa esta Sala, que dada la inadmisibilidad de la acción de amparo declarada en el presente fallo, se deja sin efecto dicha medida. En todo caso, visto que esa medida fue sustituida por el régimen de convivencia familiar decretado el 19 de julio de 2017, y posteriormente modificada por Auto del 27 de septiembre de 2017, se reitera que debe darse fiel cumplimiento a la ejecución de la medida preventiva de fijación de régimen provisional de convivencia familiar, en los términos expuesto por el mencionado juzgado. Así se declara.

TSJ-SC (652) 26-11-2021, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán, Caso: Wilmer Rafael Partidas Rangel, RDP N° 167-168, 2021, pp. 274-280.

La Sala Constitucional Establece con carácter vinculante la interpretación constitucionalizante de los artículos 148 y 149 del Código Civil, y establece que las Capitulaciones matrimoniales se celebrarán conforme a la libre y expresa autonomía de los cónyuges/partes de manera personal con plena capacidad legal para contratar o en caso de minoridad o inhabilitación aún en trámite, con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio sean sus padres o su curador. De tal manera, que siendo las Capitulaciones matrimoniales el régimen patrimonial conyugal principal, los convenimientos de los cónyuges podrán celebrarse válidamente antes y durante del matrimonio; y así también, podrán ser reformadas durante el matrimonio y aún dejarse sin efecto. En todo caso, nunca tendrán efectos retroactivos sino hacia el futuro, y entrarán en vigencia una vez registradas conforme lo establecido en los artículos

143 y siguientes del Código Civil, normativa que se ajustará a lo aquí decidido y que queda vigente en todo lo que no contradiga la presente decisión. En el caso de que la celebración y/o reforma de las Capitulaciones matrimoniales se haga en el exterior las mismas tendrán efectos en Venezuela una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del Código Civil.

Asimismo, se establece con carácter vinculante la interpretación constitucionalizante del artículo 767 del Código Civil regulatorio de la comunidad concubinaria en ausencia de matrimonio, en el sentido de que “En ausencia de las Capitulaciones patrimoniales admitidas en el concubinato por inexistencia o nulidad de las mismas, deberá presumirse la comunidad de bienes salvo prueba en contrario”, todo ello a tenor de lo previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

...Entiende la Sala que la parte demandante en nulidad reclama una igualdad en la ley cuando en sus alegatos evidencia que resulta inexplicable la prohibición de disolución y liquidación voluntaria de los bienes de la comunidad matrimonial estando vigente aún el vínculo matrimonial, siendo que la figura jurídica de la separación de cuerpos según lo establecido en el artículo 185-A del Código Civil y artículo 190 *eiusdem* permiten la disolución o liquidación voluntaria de la comunidad de bienes.

Ahora bien, esta asimetría regulatoria del régimen de bienes matrimoniales -que denuncia el demandante en nulidad- según haya o no separación de cuerpos declarada de los cónyuges, va permitir a la Sala revisar la constitucionalidad de la totalidad del régimen de comunidad de bienes matrimoniales porque además de ser largamente pre-constitucional, podría carecer de sentido de cara a las reformas sustanciales que por vía jurisprudencial de esta misma Sala Constitucional ha impactado a la institución matrimonial y al divorcio. Véase las sentencias de la Sala Constitucional N° 693 del 2 de junio de 2015 (caso *Francisco Anthony Rampersad*); [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 142, 2015 pp. 136 y ss.] N° 46 del 15 de mayo de 2014 (caso *Victor José de Jesús Vargas*) y N° 1682/2005 (caso: *Carmela Mampieri Guiliani*).

Así tenemos que, el régimen económico matrimonial surgió originariamente -sostienen Planiol y Ripert (Tomo VIII, p. 3)- como un estatuto que gobierna los intereses pecuniarios de los cónyuges, bien sea en sus relaciones recíprocas como en las relaciones con los terceros.

En teoría pura no hubiera sido una consecuencia necesaria del matrimonio de no estar determinada por la otrora condición de incapacidad legal de la mujer casada, y la necesidad para el legislador de establecer su grado de participación en la administración, y disposición del patrimonio conyugal; el caso es que a diferencia de Roma donde solo se conocía la regulación del régimen dotal, las legislaciones modernas desde el Código napoleónico conocen distintos regímenes patrimoniales conyugales.

Nuestro Código Civil establece en su artículo 141 que el patrimonio matrimonial se rige por las convenciones de los cónyuges y por la Ley. Vale decir, conforme al artículo 148 *eiusdem*: “Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio”. En nuestro ordenamiento patrio, este régimen de comunidad conyugal de gananciales -cuya regulación se detalla en los artículos subsiguientes del Código Civil- es entonces el **régimen supletorio** del patrimonio conyugal a falta de capitulaciones o convenciones contrarias previas al matrimonio que acuerden los pre-nupciales (artículos 141 y 150 Código Civil).

Así entonces, siendo el régimen de capitulaciones o el de la separación de bienes conyugales el régimen principal que rige en la institución del matrimonio, mal podría explicarse la **solemnidad** a la que están sometidas (art. 143 Código Civil), y la condición de que la **validez** de las mismas estén sujetas a su celebración y registro antes del matrimonio (art. 144 Código Civil); restricciones legales éstas que sin duda, han influido en la inversión de la presunción legal; y hasta ha conllevado en la práctica a la sustitución del régimen principal de capitulaciones matrimoniales por el régimen supletorio de comunidad de bienes y gananciales.(...)

(...) Hoy día, cuando las instituciones familiares, y los cónyuges han alcanzado una igualdad y paridad civil en el plano familiar, resulta necesario reconocer la **autonomía de la voluntad de los cónyuges** conforme al **principio de igualdad**, de **manera expresa** (no falsamente tácita) y con reconocimiento de la **plena capacidad** de ambos cónyuges para administrar y disponer de los bienes propios y conyugales sin condicionamiento de su estado civil.

La fundamentación de la lectura constitucionalizada que hace la Sala del régimen pecuniario del matrimonio, y demás instituciones de orden familiar reguladas por el Código Civil vigente hace énfasis en el carácter **no injerencista** del legislador civil cuya regulación en el ámbito privado y familiar se hace **preferiblemente excepcional**; de tal manera, que el intérprete estará obligado a respetar el dogma o axioma base del Derecho Privado: *“Todo lo que no está expresamente prohibido está tácitamente permitido”*, por oposición justamente al dogma básico del Derecho Público: *“Todo lo que no está expresamente permitido está prohibido”*.

En esta misma perspectiva no existirían razones para que el legislador en detrimento del **principio de igualdad en la ley** estableciera circunstancias de regulación distintas para que en una misma situación civil (vigente el matrimonio), se permitiera el ejercicio de distintos derechos individuales, como es el caso de que los cónyuges vivan separados de cuerpos de forma declarada (arts. 173, 190 y 185-A del Código Civil), o **de facto** vivan separados de cuerpos. Tampoco así, ignorándose las más elementales reglas de la analogía se impida que el reconocimiento de la unión concubinaria en ausencia de matrimonio, prevista en forma única en el artículo 767 del Código Civil, ignore a su vez e impida el mutuo consentimiento de los concubinos para administrar los bienes pecuniarios propios de cada uno.

Todos estos vacíos o lagunas legales para no señalar las incongruencias sobrevenidas por efectos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), y de la natural desactualización del ordenamiento civil venezolano de vieja data (1922 y reformado en 1982) hacen perentorio para esta Sala Constitucional ajustar el ordenamiento jurídico vigente a los principios y garantías constitucionales mediante anulación y/o interpretación constitucionalizante del texto legal *sub iudice*; en razón de lo cual, y con fundamento en los razonamientos arriba expuestos, esta Sala Constitucional haciendo un examen de la constitucionalidad del régimen de bienes y patrimonio regulado en el *Capítulo XI Sección II del Libro Primero* del Código Civil deja expresado con **carácter vinculante** lo siguiente: las Capitulaciones o Convenciones matrimoniales de los cónyuges contenidas en el artículo 143 del Código Civil constituyen el régimen patrimonial **principal** y ordinario de regulación en el matrimonio, y **supletoriamente** en caso de ausencia de Capitulaciones matrimoniales por **inexistencia** o **nulidad** de las mismas, la administración y disposición del patrimonio conyugal se regirá por el régimen de comunidad de bienes y ganancias previsto en los artículos 148 y siguientes del Código Civil; en consecuencia, la Sala Constitucional interpreta los artículos 148 y 149 del Código Civil, y establece que **las Capitulaciones matrimoniales se celebrarán conforme a la libre y expresa autonomía de los cónyuges/partes de manera personal con plena capacidad legal para contratar o en caso de minoridad o inhabilitación aún en trámite, con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio sean sus padres o su curador. De tal manera, que siendo las Capitulaciones matrimoniales el régimen patrimonial conyugal principal, los convenimientos de los cónyuges podrán celebrarse válidamente antes y durante del matrimonio; y así también, podrán ser reformadas durante el matrimonio y aún dejarse sin efecto. En todo caso, nunca tendrán efectos retroactivos sino hacia el futuro, y entrarán en vigencia una vez registradas conforme lo establecido en los artículos 143 y siguientes del Código Civil, normativa que se ajustará a lo aquí decidido y que queda vigente en todo lo que no contradiga la presente decisión. En el caso de que la celebración y/o reforma de las Capitulaciones matrimoniales se haga en el exterior las mismas tendrán efectos en Venezuela una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del Código Civil.**

Por su parte, el artículo 144 del Código Civil venezolano se interpretará sin restricción admitiéndose la celebración de las Capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio; o posteriormente durante la vigencia del matrimonio, así como también serán válidas las reformas o modificaciones a las Capitulaciones matrimoniales, su sustitución y la reforma.

De igual modo, invocando **la plena autonomía de la voluntad de los cónyuges** podrán éstos **revocar por mutuo consentimiento durante el matrimonio** el régimen convencional de Capitulaciones matrimoniales que hubiesen mantenido vigente, y someter el patrimonio propio al régimen legal comunitario previsto en los artículos 148 y siguientes del Código Civil, una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del mismo Código.

No puede pasar desapercibida la situación jurídica similar que tienen las uniones concubinarias en ausencia de matrimonio, o uniones estables de hecho como han sido calificadas por esta Sala Constitucional en sentencia N° 1682/2005 y donde se fundaría la aplicación por analogía de la interpretación constitucional que hace la Sala del Régimen convencional patrimonial del matrimonio a la institución del concubinato. En tal sentido, el documento de las capitulaciones deberá incluir la indicación expresa de la fecha de inicio de la relación de hecho, todo ello a tenor de lo previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No existiendo entonces prohibición legal expresa, la Sala encuentra también en aplicación analógica que el artículo 767 del Código Civil regulatorio de la **comunidad concubinaria en ausencia de matrimonio**, debe hacer prevalecer el **principio de autonomía de la voluntad** para que los concubinos en iguales condiciones que los cónyuges en el matrimonio puedan darse por mutuo consentimiento un régimen de Capitulaciones patrimoniales que se regirá analógicamente, según los artículos 143 y 146 del Código Civil interpretados con **el mismo carácter vinculante** que la Sala ha dispuesto para las Capitulaciones matrimoniales.

En ausencia de las Capitulaciones patrimoniales admitidas en el concubinato por **inexistencia o nulidad** de las mismas, deberá **presumirse la comunidad de bienes salvo prueba en contrario**, conforme lo establece el artículo 767 del Código Civil.

Igualmente, las modificaciones a las capitulaciones matrimoniales que a bien tengan hacer las partes, sea durante el matrimonio o durante la unión estable de hecho, podrán hacerse una vez transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la última capitulación de bienes efectuada.

Para la validez y antes del registro civil del documento contentivo de las modificaciones a las capitulaciones matrimoniales, las partes deberán previamente publicar dicho documento, por tres veces con intervalo de diez (10) días, en un periódico (versión digital e impresa) de circulación en el lugar donde esté constituido el domicilio conyugal, o en el lugar más cercano a éste. Para el caso de que no exista un periódico en dicha localidad, deberá publicarse en un periódico de circulación nacional (versión digital e impresa).

Así finalmente se decide.

Voto Salvado del Magistrado Calixto Ortega Ríos

Quien suscribe, Magistrado Calixto Ortega Ríos, disiente del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora al suscribir la decisión contenida en el presente fallo, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su **VOTO SALVADO** en los términos siguientes:

En principio, tal como lo observa acertadamente el proyecto, la parte accionante en nulidad, precisa:

“... cualquier esfuerzo de constatar la inconstitucionalidad que estamos denunciando, debe en primer lugar responder y observar que si la Ley admite la separación de bienes para los cónyuges que manifiesten voluntariamente querer separarse de cuerpo y consecuentemente suspender la vida en común, es injusto e ilógico que quienes ya hayan estado separados por más tiempo que establece la ley para convertir en divorcio a los separados de cuerpo de hecho, no tengan la misma posibilidad de manifestar su voluntad con respecto a los bienes comunes y más aún cuando el artículo 185-A del Código Civil Venezolano establece como causal de divorcio la ruptura prolongada de la vida en común; es decir por existir una separación de hecho constatada por el Tribunal y la manifestación de voluntad común de los cónyuges. En aras de evitar injusticia y discriminaciones, en es-

ta última situación mencionada se debería permitir aplicar el procedimiento que establece el artículo 190 del Código Civil Venezolano y 762 Código de Procedimiento Civil Venezolano al artículo 185-A CCV”.

Conforme a ello, en la sentencia de la cual se disiente, la mayoría sentenciadora delimita la solicitud, en este sentido:

“...entiende la Sala que la parte demandante en nulidad reclama una igualdad en la ley cuando en sus alegatos evidencia que resulta inexplicable la prohibición de disolución y liquidación voluntaria de los bienes de la comunidad matrimonial estando vigente aún el vínculo matrimonial, siendo que la figura jurídica de la separación de cuerpos según lo establecido en el artículo 185-A del Código Civil y artículo 190 eiusdem permiten la disolución o liquidación voluntaria de la comunidad de bienes.”

Si bien, el juez constitucional no se encuentra vinculado a lo solicitado por el accionante, debe existir algún nexo o conexión entre lo pedido y lo decidido, no puede hallarse una total excomunió entre lo solicitado y la decisión.

No obstante ello, a pesar de establecerse de manera diáfana y concreta el tema *decidendum* en la sentencia y declararse que su resolución es de orden público por lo que no se decide en la motiva de la misma, el abandono del trámite por pérdida del interés, aunque si lo hace en la dispositiva de la sentencia, sin embargo, la misma se profiere de forma totalmente distinta y deja de un lado lo solicitado en la acción popular para pronunciarse sobre el régimen patrimonial del matrimonio, que es un asunto totalmente diferente, con lo cual se produce una decisión incongruente.

Por otra parte, la mayoría sentenciadora declara en la sentencia de la cual se discrepa, que es un asunto de mero derecho y por ello obvia el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siendo que la acción popular por inconstitucionalidad es por su naturaleza, una acción de mero derecho, y aun así, tienen fijado un procedimiento en la Ley, en el artículo 128 *eiusdem* intitulado “*Demandas sujetas a tramitación*”, en el cual se establece:

“Demandas sujetas a tramitación

Artículo 128. Hasta tanto se dicte la Ley que regula la Competencia Constitucional las demandas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17 del artículo 25 de esta Ley se tramitarán conforme a lo que dispone este capítulo.”

De acuerdo a ello, la Sala, en caso de la acción de nulidad de norma, no puede obviar el procedimiento legalmente establecido, como si se tratase un amparo, siguiendo su propia doctrina, sólo por la circunstancia que la causa sea de mero derecho, porque repetimos, siempre la acción popular de nulidad contiene pretensiones de mero derecho.

Aun así, la Sala debe escuchar al Legislador por antonomasia -Asamblea Nacional- y al resto de los Poderes constituidos, tales como el Poder Ejecutivo e incluso a todo aquel que tenga algo que aportar a los fines de elaborar una legislación inclusiva, mucho más, en un Estado Social de Justicia y de Derecho donde el ciudadano ejerce un rol central y, la legislatura se practica bajo el principio de participación, protagonismo y corresponsabilidad. En este sentido, es contrario a tales principios, que, en un aspecto tan importante de la vida privada, con trascendencia social, se haya omitido el procedimiento establecido.

Como corolario de lo anterior, la decisión de la cual nos deslindamos implica un solapamiento de funciones con el Legislador ordinario, al cual le corresponde dicha función, en el sentido de la creación de Ley. La norma es una elaboración dentro de un proceso que involucra un complejo de actividades que va desde la consulta popular hasta la dinámica de las discusiones en las respectivas comisiones y en las plenarias de la Asamblea Nacional. No es una, sino dos discusiones, las que deben dárseles a los proyectos de Ley e incluso, pudiera ser sometida a referéndum aprobatorio y finalmente, puesta en ejecución por el Presidente de la República.

El fundamento de la sentencia de la cual nos apartamos aspira o pretende dar, carácter reivindicativo, se encuadra en la lucha por la igualdad entre el hombre y la mujer, que este disidente obviamente apoya. Ello precisamente niega una de las conquistas más importantes del movimiento feminista venezolano que logró la igualdad patrimonial en el matrimonio en la reforma del Código Civil de 1982, oportunidad desde la cual, la mujer casada administra los bienes que provienen de su actividad económica y debe ser consultada y consentir la disposición de los bienes de la comunidad (al igual que el hombre) por lo que, si en algún aspecto la mujer ha conseguido plena igualdad, es precisamente en el reconocimiento jurídico de los efectos patrimoniales del matrimonio.

La sentencia de la que se disiente obra a contra corriente de la tendencia mundial del recurso cada vez más usual de las capitulaciones matrimoniales para resolver lo económico en los matrimonios y no considera aspectos que están vinculados al tema patrimonial, que se encuentra en el propio Código Civil como en otros instrumentos legislativos, como el tema de las sucesiones y la pérdida u obtención de la vocación hereditaria (*Vid.* artículos 823 y 883 del Código Civil) en caso de capitulaciones post matrimonio o no, el caso de la mujer casada que ejerce el comercio (*Vid.* artículo 16 y 19 cardinal 4° del Código de Comercio. En razón de este último, toda modificación, cambio, supresión o alteraciones de las capitulaciones matrimoniales originarias debe cumplir con esta disposición), la Ley Orgánica de Registro Civil, (Artículo 104 numeral 5 de la Ley Orgánica de Registro Civil) entre otras.

La nueva regulación no tiene previsiones de cuánto será el costo de su implementación, como si se requiere en el resto de la legislación nacional, antes de promulgarse una Ley, para saber cuánto costará la adecuación de los registros para procesar las solicitudes de cambio de régimen patrimonial.

Empero, uno de los aspectos fundamentales, son los derechos de terceros, la enorme inseguridad jurídica que implica los cambios sobrevenidos al régimen de bienes dentro del matrimonio, por cuanto si bien se aplica hacia el futuro, es muy difícil saber cuál es el último régimen asumido por los cónyuges. En la actualidad, las capitulaciones deben ser registrada en la oficina de registro correspondiente al lugar del matrimonio (Ver artículo 143 del Código Civil), en el caso de la presente decisión sería, aunque no lo dice y es un aspecto fundamental, el lugar del matrimonio o del domicilio conyugal, (que puede variar a voluntad de los cónyuges. Ver artículo 140 del Código Civil), entonces puede registrarse las capitulaciones en determinada ciudad porque los cónyuges de mutuo acuerdo fijan su domicilio conyugal en ese lugar, que puede ser distinto y distante al domicilio individual de cada uno de ellos, pudiendo ambos conjunta o separadamente, dependiendo del último régimen decidido, contratar con terceros, que no tienen posibilidades de conocer dicho régimen patrimonial.

Del mismo modo, no existe precedentes legislativos de regímenes conyugales totalmente flexibles, así las cosas, esta sentencia abre la posibilidad de aplicación a matrimonios donde actualmente existe comunidad de gananciales y con ocasión a esta decisión se puede vulnerar los intereses de los cónyuges con la exigencia de capitulaciones entre cónyuges, cuyos matrimonios tienen años constituidos, pudiendo afectar derechos adquiridos.

Para la mayoría sentenciadora se ha obviado el carácter mercantil que comportan las capitulaciones matrimoniales cuando se trata de que la pareja, o uno de ellos, sean comerciantes. Hoy, todo lo invade el comercio, y la consideración de que el patrimonio es solo una entidad civil, es anacrónica pues el patrimonio es solo una entidad de activos y pasivos tasables en dinero.

Finalmente, a pesar de que el fundamento de la sentencia aspira reivindicar la igualdad entre el hombre y la mujer, no puede haber igualdad ahí en donde se genera una fuente de eventuales conflictos en detrimento de los cónyuges, la familia y la sociedad. De igual forma, se piensa en una igualdad entre el hombre y la mujer, pero por mucho que se analice la argumentación, subyace una posición desigual, ya que la unión entre parejas no tiene *per se* que comprometer su privativo patrimonio. Si durante la vida de pareja se nutre y crece el patrimonio, por el sentido mismo de la convivencia, la pareja se socorre mutuamente, pero las virtudes del amor y de los sentimientos no tienen por qué ser la expresión del carácter patrimonial de la unión. Son dos aspectos bien diferenciados. Se pretende introducir un carácter materialista en la unión de los

afectos o sentimientos que han dado origen a la unión de la pareja. Es esto un desencanto censurable por lo que la ideología que abriga la sentencia es, lamentablemente, antisocial, con manifiesto perjuicio previsible para la unión, la familia y la sociedad. Con la introducción de este nuevo régimen, lo cierto es que una vez casados pueden variar las circunstancias económicas de los cónyuges y uno de ellos, quiera dejar de compartir sus bienes, ejerciendo para eso alguna posición de dominio, sexual, afectiva, económica o jurídica, variando las circunstancias originales para acceder al casamiento. ¿No estaremos agregando una circunstancia adicional de estrés a la vida en matrimonio? ¿No es mejor un plan educativo que le enseñe a los ciudadanos que existe la posibilidad de realizar capitulaciones matrimoniales con sus ventajas para la vida en común?, pues nada garantiza que este cambio radical determine que no se seguirá manteniendo al régimen de gananciales -que aunque régimen supletorio- es el más extendido entre los ciudadanos venezolanos.

En estos términos, se resumen las contrariedades que le producen a quien abandona a la mayoría sentenciadora con relación a la sentencia de la cual se disiente.

5. *Protección de la mujer*

TSJ-SC (311) 26-4-2018, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán, Caso: Dalia Daniela León Unda, RDP N° 153-154, 2018, pp. 328-332.

La Sala Constitucional establece con carácter vinculante para todos los Jueces y Juezas con Competencia en materia de delitos de Violencia Contra la Mujer de los distintos Circuitos Judiciales Penales de la República Bolivariana de Venezuela que, al verificar la procedencia de las medidas de protección y seguridad a favor de la víctima mujer y/o niña establecidas en el artículo 90 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y de las medidas cautelares establecidas en el artículo 95 eiusdem, pueden revisar, revocar o sustituir motivadamente dichas medidas sin exceder de dos (2) medidas de protección y seguridad y dos (2) medidas cautelares.

(...) No obstante, lo anterior, la Sala estima oportuno dictar la política judicial que los jueces y juezas con competencia en delitos de violencia contra la mujer deben acatar en el ejercicio razonable del poder cautelar, tomando en cuenta que además del amplio poder cautelar atribuido al órgano judicial, los órganos receptores tienen atribuida también la facultad de dictar medidas de protección y aseguramiento dada la urgencia y el carácter especialmente protector hacia la víctima mujer y/o niña. De modo que el juez o jueza se convierte así en el ente controlador de este amplio poder cautelar que reconoce la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; y es por ello que dada la finalidad distinta o convergente que pueden tener las medidas cautelares y de protección y de seguridad, es por lo que debe evitarse su ejercicio irracional y desproporcionado que en definitiva no protegen a la víctima sino que pueden conllevar a un tratamiento procesalmente desproporcionado hacia el agresor sometido a juicio.

Las **medidas de protección y de seguridad** y el procedimiento respectivo para decretarlas bien por órgano judicial bien por el órgano receptor de medidas, entre el que se encuentra el Ministerio Público (artículo 74 Ley Orgánica Especial), está previsto en los artículos del 91 al 94 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, los cuales se transcriben al tenor siguiente:

“Subsistencia de las medidas de protección y de seguridad.

Artículo 91. *En todo caso, las medidas de protección subsistirán durante el proceso y podrán ser sustituidas, modificadas, confirmadas o revocadas por el órgano jurisdiccional competente, bien de oficio o a solicitud de parte. La sustitución, modificación, confirmación o revocación de las medidas de protección procederá en caso de existir elementos probatorios que determinen su necesidad.*

Aplicación preferente de las medidas de seguridad y protección y de las medidas cautelares.

Artículo 92. *Las medidas de seguridad y protección y las medidas cautelares establecidas en la presente Ley, serán de aplicación preferente a las establecidas en otras disposiciones legales, sin perjuicio que el juez o la jueza competente, de oficio, a petición fiscal o a solicitud de la víctima, estime la necesidad de imponer alguna de las medidas cautelares sustitutivas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal con la finalidad de garantizar el sometimiento del imputado o acusado al proceso seguido en su contra.*

Trámite en caso de necesidad y urgencia.

Artículo 93. *El órgano receptor, en casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Tribunal de Violencia contra la Mujer en funciones de control, audiencia y medidas la respectiva orden de arresto. La resolución que ordena el arresto será siempre fundada. El tribunal deberá decidir dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud.*

Disposiciones comunes sobre las medidas de protección y seguridad

Artículo 94. *El Tribunal de Violencia contra la Mujer en funciones de control, audiencia y medidas, podrá: 1. Sustituir, modificar, confirmar o revocar las medidas de protección impuestas por el órgano receptor. 2. Acordar aquellas medidas solicitadas por la mujer víctima de violencia o el Ministerio Público. 3. Imponer cualquier otra medida de las previstas en los artículos 90 y 95, de acuerdo con las circunstancias que el caso presente. Parágrafo Único: Si la urgencia del caso lo amerita no será requisito para imponer la medida, el resultado del examen médico correspondiente, pudiendo subsanarse con cualquier otro medio probatorio que resulte idóneo, incluyendo la presencia de la mujer víctima de violencia”.*

Estas medidas pueden ser tomadas en protección de la víctima mujer y/o niña por el órgano receptor en un número no mayor de dos (2) y deberán ser notificadas inmediatamente al juez o jueza competente, para que pueda confirmar, sustituir, modificar o revocar dichas medidas, según la necesidad que amerite el caso concreto, cuidando siempre que las medidas de protección y aseguramiento sean debidamente motivadas y además idóneas y proporcionales a la naturaleza del presunto delito imputado que origine la averiguación penal. Durante la fase de investigación penal el juez o jueza de control puede en cualquier momento sustituir, modificar o revocar dichas medidas de protección y seguridad a la víctima e incluso ampliarlas siempre hasta un número no mayor de dos (2) medidas.

Si el juez o jueza conociere por querrela particular podrá admitirla y notificar inmediatamente al Ministerio Público de la admisión; pudiendo según la urgencia del caso, dictar siempre motivadamente hasta dos (2) medidas de aseguramiento y protección, las cuales sustituirán las que haya dictado el órgano receptor, inclusive el Ministerio Público.

De igual manera, el juez o jueza competente puede dictar **también medidas cautelares**, de las previstas en el artículo 95 de la misma Ley Orgánica Especial, a los fines de garantizar la comparecencia del agresor a los distintos actos del proceso y lograr su efectivo juzgamiento, siempre cuidando de que dichas medidas cautelares sean debidamente motivadas, proporcionales e idóneas al presunto en juzgamiento, y hasta un número de dos (2).

La Sala constata que existe un vacío normativo en cuanto al número de medidas, sean éstas de **protección y seguridad** (artículo 90 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia) o **cautelares** (artículo 95 *eiusdem*) que puede dictar el juez o jueza competente, para lo cual es necesario traer a colación lo previsto en el artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente conforme lo dispone el artículo 67 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, esto es, “*Se aplicaran supletoriamente las disposiciones del Código Penal y Código Orgánico Procesal Penal, en cuanto no se opongan a las aquí previstas*”, cuyo texto se transcribe al tenor siguiente:

“Artículo 242. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:

- 1. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene.*
- 2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal.*
- 3. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que aquel designe.*
- 4. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.*
- 5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.*
- 6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.*
- 7. El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres, niños o niñas, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado o imputada.*
- 8. La prestación de una caución económica adecuada, de posible cumplimiento por el propio imputado o imputada o por otra persona, atendiendo al principio de proporcionalidad, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas, o garantías reales.*
- 9. Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria. En caso de que el imputado o imputada se encuentre sujeto a una medida cautelar sustitutiva previa, el tribunal deberá evaluar la entidad del nuevo delito cometido, la conducta predelictual del imputado o imputada y la magnitud del daño, a los efectos de otorgar o no una nueva medida cautelar sustitutiva.*

En ningún caso podrán concederse al imputado o imputada, de manera simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas (Negrillas y subrayado de esta Sala).

Como puede observarse de la parte *in fine* de la disposición adjetiva *supra* transcrita, en el proceso penal ordinario el Código Orgánico Procesal Penal permite la imposición al procesado de hasta dos (2) medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad (*Vid.* sentencia N° 4676, del 14 de diciembre de 2005, caso: *Tito Antonio Lugo Campos*); medidas éstas que deben ser dictadas con motivación suficiente, estimando su urgencia y necesidad, todo ello de acuerdo con lo señalado en el citado artículo 242 y el artículo 157 del referido Código Adjetivo.

Así entonces, en atención a lo dispuesto en el artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal, si bien el Juez o Jueza con competencia en delitos de género puede discrecionalmente ejercer el poder cautelar, tal discrecionalidad debe entenderse enmarcada según lo previsto en el artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente conforme al artículo 67 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, conforme al cual las **medidas de protección v seguridad** no deberán exceder de dos (2) y las **medidas cautelares** tampoco deberán exceder de dos (2), y su dictamen deberá ser suficientemente motivado, proporcional e idóneo con el caso en juzgamiento, todo ello a los fines de mantener el debido equilibrio procesal, agresor y víctima.

Ello debe ser así en el juzgamiento de delitos de violencia contra la mujer, por cuanto dictar un número indeterminado de medidas contra el agresor podría implicar un uso excesivo del poder cautelar del Juez o Jueza; y, una suerte de condena anticipada o “*pena del banquillo*”, en el ejercicio cautelar excesivo y hasta abusivo que puede ser controlado por vía de amparo para evitar un gravamen irreparable (*vid.* sentencia N° 1662, del 16 de junio de 2003, caso: *Beatriz de Osío Osío*).

Adicionalmente, cabe resaltar que, de imponerse más de dos **medidas de protección y seguridad** (art. 90), o más de dos **medidas cautelares** (art. 95) en el proceso por la comisión de delitos de violencia de género, conlleva una aplicación al margen del procedimiento penal ordinario, cuyas disposiciones son supletorias del procedimiento especial.

Además de ello, el ejercicio abusivo de las medidas de aseguramiento y protección y de las medidas cautelares conllevaría a un rechazo social de la justicia de género, por cuanto podría correrse el riesgo de convertir al agresor en víctima, deslegitimándose así la justicia de género.

En el caso de que durante la investigación al presunto agresor no se le haya impuesto medida alguna o le hayan sido impuestas una (1) o dos (2) medidas de protección y seguridad el juez o jueza competente podrá imponer de oficio, sustituir, modificar o confirmar las **medidas de protección y seguridad**, con fundamento en el artículo 94 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, siempre de manera motivada, proporcional e idónea al presunto delito juzgado; sin sobrepasar el límite de dos (2) **medidas de protección y seguridad**, tal como lo establece artículo 242 *supra*; supuesto aplicable igualmente para las **medidas cautelares**, previstas en el artículo 95 *eiusdem*.

Así mismo, durante el procedimiento judicial cuando la representación del Ministerio Público o la víctima mujer y/o niña soliciten al órgano jurisdiccional competente la sustitución, modificación o revocación de algunas de las **medidas de protección y seguridad** establecidas en el artículo 90 y de las **medidas cautelares** previstas en el artículo 95 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, las mismas deben ser resueltas de inmediato por el órgano jurisdiccional que esté conociendo la causa en primera o en segunda instancia, atendiendo a la necesidad y urgencia que amerite este procedimiento especial y sin necesidad de reenvío, para que las aplique otro órgano jurisdiccional distinto a aquél que las dictó, a los fines de evitar dilaciones indebidas y la efectiva protección a la vulnerabilidad de la víctima.

Consecuentemente, la Sala Constitucional estima pertinente acotar que las **medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas** contempladas en el artículo 90 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, son un mecanismo para dotar a la víctima mujer y/o niña de una protección suficiente frente al agresor, independientemente de la entidad del presunto delito investigado o juzgado, pero requieren para su dictamen de un ejercicio razonable, de modo entonces que deben estar caracterizadas por su debida motivación, proporcionalidad y adecuación al presunto delito que se imputa, no pudiendo rebasar la finalidad que se persigue, cual es, la protección de la víctima arriesgando a producir un perjuicio irreparable para el agresor.

Así entonces, las **medidas de protección y seguridad**, contempladas en el artículo 90 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, deben concebirse como "**medidas urgentes**" a favor de la víctima mujer y/o niña destinadas a cumplir uno de los fines y propósitos de la Ley, que es castigar los delitos contra la violencia de género; debiendo destacar que los jueces y juezas de la República Bolivariana de Venezuela con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer deben estar dispuestos a nuevas aproximaciones de los procesos a partir de las leyes vigentes y adoptar las medidas necesarias para lograr la debida celeridad procesal, lograr el castigo de los culpables, reducir los índices de impunidad y erradicar la violencia contra las mujeres y niñas.

En tal sentido, la Sala enfatiza que los Jueces y Juezas que conforman las Cortes de Apelaciones con Competencia en materia de delitos de Violencia Contra la Mujer de los distintos Circuitos Judiciales Penales de la República Bolivariana de Venezuela, al resolver un recurso de apelación, con ocasión a una **medida de protección y seguridad o de una medida cautelar**, deben hacerlo con perspectiva de género, esto es, considerando dos aspectos fundamentales en este proceso especial, como lo son: **la urgencia y la celeridad del juzgamiento**, para aproximar a las víctimas a una tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, esta Sala establece con carácter vinculante para todos los Jueces y Juezas con Competencia en materia de delitos de Violencia Contra la Mujer de los distintos Circuitos Judiciales Penales de la República Bolivariana de Venezuela que, al verificar la procedencia de las

medidas de protección y seguridad a favor de la víctima mujer y/o niña establecidas en el artículo 90 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y de las medidas cautelares establecidas en el artículo 95 *eiusdem*, pueden revisar, revocar o sustituir motivadamente dichas medidas sin exceder de dos (2) medidas de protección y seguridad y dos (2) medidas cautelares. Así se decide.

**TSJ-SC (1105) 9-12-2022, Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado
Caso: William Baute González, RDP N° 171-172 2022, pp. 267-271**

La Sala Constitucional establece criterio vinculante dirigido a todos los jueces y juezas con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer, sobre la constitución de los equipos multidisciplinarios previsto en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia con relación a la inspección de la vivienda de la víctima donde también haga vida el agresor.

OBITER DICTUM

Ahora bien, la Sala considera, por notoriedad judicial, que no existe uniformidad de criterio por parte de los jueces y juezas con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer, en el otorgamiento, ejecución o revocatoria de las medidas de protección y seguridad contenidas actualmente en el artículo 106 de la vigente Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por lo que resulta necesario dictar, con carácter vinculante, un complemento de las políticas públicas dictaminadas en el *obiter dictum* de la sentencia de esta Sala n° 311 del 26 de abril de 2018, como parte de la necesaria actividad hermenéutica propia de las Salas y Tribunales Constitucionales en general, como desarrollo de los Textos Fundamentales y complemento a lo interno del Poder Público, en aras de garantizar la mayor eficacia posible de los mismos y de los actos jurídicos infra-constitucionales, en este caso, en protección de los derechos y garantías de las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia (vid. art. 7 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia), en los siguientes términos:

En su sustrato, el principio de debida diligencia contiene una obligación de medio, y no de resultado, por consiguiente, no es suficiente la sola declaratoria judicial para asegurar que se cumpla con el fin de las medidas de protección y seguridad previsto en la Ley Orgánica Especial, sino que es necesario la verificación de su real efectividad, so pena de generar la responsabilidad del operador de justicia.

La Recomendación General 19, párrafo 9, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, establece que “...*de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los incisos e) y f) del artículo 2 y el artículo 5). Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización...*” (Resaltado del original).

A su vez, artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem do Pará” refiere a las obligaciones inmediatas del Estado en casos de violencia contra las mujeres, que incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación encaminada a prevenir la impunidad, incluyendo medidas para proteger a las mujeres de actos de violencia inminentes. Establece: “Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (Capítulo III Deberes de los Estados. Artículo 7 b).

Más allá de todas las acciones vanguardistas que ha venido adoptando el Estado venezolano, en todas las expresiones del Poder Público y del Poder Popular, esencialmente, desde la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de todo el proceso que ha impulsado su paradigmático desarrollo, en el caso de las medidas de protección y seguridad, el Juez o Jueza de violencia contra la mujer debe dictar y realizar actuaciones tendientes a determinar la situación real de violencia y garantizar los derechos humanos de la mujer víctima; por ello, es fundamental los objetivos y atribuciones que tienen en este aspecto, los equipos multidisciplinarios como órganos auxiliares de los Tribunales de Violencia, establecidos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y las herramientas contenidas en el artículo 7 eiusdem.

En este sentido, la Ley Orgánica en mención establece:

“Obligación del Estado

1. **Artículo 7.** *El Estado tiene la obligación indeclinable de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar el cumplimiento de esta Ley y garantizar los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia.”*

2. **“Intervención de equipo interdisciplinario**

3. **Artículo 17.** *En la recepción de las denuncias y en la investigación procesal de los hechos de que trata esta Ley, se utilizará personal debidamente sensibilizado, concientizado y capacitado en violencia de género. Los respectivos despachos estarán dotados de salas de espera para personas imputadas, separadas de las destinadas para las víctimas.”*

4. **“Servicios auxiliares**

5. **Artículo 139.** *Los Tribunales de Violencia Contra la Mujer contarán con:*

1. *Equipos multidisciplinarios o la asignación presupuestaria para la contratación de los mismos.*

6. *(...).” (Resaltado de la Sala)*

7. **“Objetivos del equipo multidisciplinario**

8. **Artículo 140.** *Cada Tribunal de Violencia Contra la Mujer debe contar con un equipo multidisciplinario que se organizará como servicio auxiliar de carácter independiente e imparcial, para brindar al ejercicio de la función jurisdiccional experticia biopsicosocial legal de forma colegiada e interdisciplinaria. Este equipo estará integrado por profesionales de la medicina, de la psiquiatría, de la educación, de la psicología, del trabajo social, del derecho, de la criminología y de otras profesiones con experiencia en la materia. En las zonas en que sea necesario, se contará con expertas o expertos interculturales bilingües en idiomas indígenas.” (Resaltado de la Sala)*

9. **“Atribuciones del equipo multidisciplinario**

10. **Artículo 141.** *Son atribuciones de los equipos multidisciplinarios de los tribunales de violencia contra la mujer:*

11.1. *Emitir opinión, mediante informes técnicos integrales sobre la procedencia de proteger a la mujer víctima de violencia, a través de medidas cautelares específicas.*

12.2. *Intervenir como expertos independientes e imparciales del Sistema de Justicia en los procedimientos judiciales, realizando experticias mediante informes técnicos integrales.*

13.3. *Brindar asesoría integral a las personas a quienes se dicten medidas cautelares.*

14.4. *Asesorar a la jueza o juez en la obtención y estimación de la opinión o testimonio de las niñas, niños y adolescentes, según su edad y grado de madurez.*

15.5. Auxiliar a los tribunales de violencia contra la mujer en la ejecución de las decisiones judiciales.

16.6. Las demás que establezca la ley.” (Resaltado de la Sala)

De las normas transcritas se desprende que los Equipos Multidisciplinarios son órganos auxiliares de los Tribunales con Competencia en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, y, entre sus atribuciones, se encuentra la de ser auxiliar en la ejecución de las decisiones judiciales.

Así mismo, la referida Ley Orgánica con relación a las medidas de protección y seguridad establece:

17. “Medidas de seguridad y protección y medidas cautelares

18. Artículo 11. Las medidas de seguridad y protección, y las medidas cautelares son aquellas que impone la autoridad competente señalada en esta Ley, para salvaguardar la vida, proteger la dignidad, integridad física, psicológica, sexual y los bienes patrimoniales de las mujeres víctimas de violencia. La idoneidad, necesidad, urgencia, proporcionalidad y finalidad son elementos esenciales para su otorgamiento, debiendo prevalecer el mandato de garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia” (Resaltado de la Sala).

De la norma en comento se observa el carácter positivo de las señaladas medidas, consistentes en impedir la continuidad del hecho de violencia y establece los presupuestos procesales para su procedencia: idoneidad, urgencia, necesidad, proporcionalidad y debida motivación; por ello, en atención de todo lo expuesto, con el objeto de resguardar la integridad psicológica, emocional y física de las mujeres, niñas y las adolescentes víctimas de violencia de género, y, a su vez, evitar excesos en su otorgamiento y revisión, y hasta tanto no sean dictados los protocolos de trabajo social sobre hechos de violencia de género, esta Sala Constitucional establece, con carácter vinculante, para todos los jueces y juezas con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer, que al momento de dictar una medida de protección y seguridad, o inmediatamente después de dictada en caso de urgencia, o previamente para revocar, sustituir, modificar alguna de ellas, debe ordenar al equipo multidisciplinario del Circuito Judicial de Violencia contra la Mujer, o, en su defecto, a los órganos auxiliares de investigación penal que cuenten con dichos equipos multi-disciplinarios, o servicios de trabajo social, o solicite la colaboración de organismos públicos o privados que también cuenten con dichos equipos multidisciplinarios o servicios de trabajo social, sin necesidad de juramento de los miembros respectivos por parte del Juez o Jueza de Violencia contra la Mujer para que en un lapso no mayor de tres (3) días continuos contados a partir de su notificación, realicen, según sea el caso, la visita social al inmueble o inmuebles donde habitan, conjunta o separadamente la víctima y el presunto agresor, dejando constancia de su condición en el inmueble (propietarios, inquilinos, poseedores, tenedores, entre otros), de la identificación de las personas que habitan el inmueble y su relación con el presunto agresor y la víctima, de las características físicas del inmueble y su funcionalidad, de las condiciones de derechos humanos (Trato sobre dignidad y respeto, socialización, identidad de género, condiciones culturales, religiosas y sociales, económicas, salud y salubridad, y otras condiciones apreciadas como necesarias por él o la profesional o profesionales asignados) en que se encuentra la víctima y el presunto agresor, y de la situación actual del hecho de violencia (Si se mantiene – frecuencia - o cesó), y de cualquier otro aspecto que él o la profesional designado o designados, por la Coordinación o Jefe del Equipo Multidisciplinario o servicio de trabajo social – según sea el caso -, así como de cualquier otra circunstancia que el funcionario o funcionaria designada considere necesario dejar constancia en el acta que se levante al efecto.

La imposibilidad momentánea de que se realice la visita de trabajo social, bien en el inmueble que habitan conjuntamente la víctima y el presunto agresor, o en los inmuebles, si tienen vivienda separada, no impide acordar, revocar, modificar o sustituir la medida de protección y seguridad, dado su carácter urgente, caso en el cual la visita de trabajo social se practicará en la primera oportunidad en que sea posible realizarla; a tal efecto, el Tribunal mediante auto motivado dejará constancia del impedimento, y de ser posible, indicará la oportunidad en que se realizará; si el obstáculo o impedimento está relacionado con la peligrosidad de la zona donde se en-

cuentra el inmueble o inmuebles, se ordenará que la visita de trabajo social sea realizada con protección policial. De ser necesario el transporte del profesional o profesionales que realizarán la visita de trabajo social, el Juez o Jueza con Competencia en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, coordinará con la Dirección Ejecutiva de la Magistratura o su dependencia regional, su obtención, o, en su defecto, solicitará el transporte al órgano policial o con la colaboración de organismos públicos o privados.

Para el otorgamiento por primera vez de las medidas de protección y seguridad, se acordarán con base a los elementos existentes en el expediente, pero se ordenará inmediatamente la visita de trabajo social con el objeto de verificar su efectividad. En el caso de que las medidas de protección y seguridad sean ordenadas por alguno de los órganos establecidos en el artículo 90 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, será acordada con base a los elementos existentes en el expediente, pero deberán remitir el cuaderno abierto al efecto, inmediatamente, luego de la imposición de la medida, a los Tribunales con Competencia en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer de la Jurisdicción, con el objeto de que el Juez o Jueza especializado procese la verificación de su efectividad, conforme a los lineamientos de la presente sentencia. Es obligación de los jueces y juezas con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer, dictar las medidas para garantizar la integridad psicológica, emocional y física de las mujeres, niñas y las adolescentes víctimas de violencia de género, con la debida diligencia y mediante decisiones con perspectiva de género.

Visto lo anterior, se ordena publicar el presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, la Gaceta Judicial y la página de internet del Tribunal Supremo de Justicia, cuyo sumario será *“Criterio vinculante sobre el otorgamiento, modificación, sustitución o revocación y ejecución de las medidas de protección y seguridad dictadas establecidas en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”* a los fines de hacer extensivo el conocimiento de esta sentencia, cuya aplicación es a partir de la publicación del presente fallo.

III. EL DERECHO A LA VIVIENDA

“Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

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

TSJ-SC (835) 18-6-2009, Magistrado Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Caso: Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores Anauco, RDP N° 118, 2009, pp. 184 ss.

La Sala Constitucional señala, en atención al principio de progresividad de los derechos, que los contratos a que hace referencia el artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda (que sólo se pueden otorgar en bolívares), son todos aquellos señalados en la norma y no sólo los contratos de crédito hipotecario para adquisición de vivienda.

A partir de esta previsión constitucional, debe señalarse que el derecho a la vivienda es un derecho humano, adoptado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 25 y previsto en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), ratificado por Venezuela el 28 de enero de 1978, entre otros instrumentos internacionales, pasando a formar parte del conjunto de normas jurídicas internacionales sobre

derechos humanos universalmente aplicables, por lo que puede afirmarse que es un derecho fundamental reconocido y reafirmado por un gran número de instrumentos de derechos humanos y por los ordenamientos jurídicos de muchos Estados, entre los cuales se encuentra el Estado venezolano.

Dentro de este marco, cabe destacar que el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

Resulta claro que el derecho a una vivienda digna es un derecho fundamental intrínseco a la dignidad humana que atiende a la necesidad del hombre de habitar una vivienda que permita su desarrollo y crecimiento personal como condición esencial para la existencia y protección del núcleo familiar y, por ende, de la misma sociedad, por lo que es pertinente que el Estado, como manifiesta evolución natural, garantice la protección progresiva de este derecho, tal como lo prevé el Texto Fundamental en su artículo 19, al disponer que *“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos...”*.

Consciente de la protección del Estado al derecho a la vivienda, materializada en las leyes y demás actos normativos dictados para asegurar el efectivo ejercicio y goce de este derecho – entre las cuales se ubica la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda-, esta Sala Constitucional se ha pronunciado en sentencias N° 2403, dictada el 27 de noviembre de 2001 y N° 85 del 24 de enero de 2002, al señalar lo siguiente:

“La protección que brinda el Estado Social de Derecho, varía desde la defensa de intereses económicos de las clases o grupos que la ley considera se encuentran en una situación de desequilibrio que los perjudica, hasta la defensa de valores espirituales de esas personas o grupos, tales como la educación (que es deber social fundamental conforme a artículo 102 constitucional), o la salud (derecho social fundamental según el artículo 83 constitucional), o la protección del trabajo, la seguridad social y el derecho a la vivienda (artículos 82, 86 y 87 constitucionales), por lo que el interés social gravita sobre actividades tanto del Estado como de los particulares, porque con él se trata de evitar un desequilibrio que atente contra el orden público, la dignidad humana y la justicia social”, (Resaltado de este fallo).

En todo caso, el derecho a la vivienda es un derecho de indudable naturaleza social que persigue la satisfacción de una necesidad básica del ser humano de habitar en un recinto adecuado y digno, que permita su crecimiento y desarrollo personal y familiar, respecto del cual, tanto el Estado como el ciudadano y el sector privado, se encuentran comprometidos.

Sobre este aspecto, esta Sala señaló:

“A juicio de esta Sala, cualquier actividad sistemática pública o privada, dirigida, en cualquier forma a proveer de vivienda a quien carece de ella, permitiendo que se cumpla el derecho que concede a toda persona el artículo 82 constitucional, y debido a la obligación compartida que dicha norma establece entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado, para que se satisfaga ese derecho social, convierte a los préstamos para adquirir viviendas, seguras, cómodas, higiénicas, con los servicios básicos esenciales, en materia de interés social, atinentes al desarrollo del Estado Social de Derecho y de Justicia.

Ahora bien, una cosa es pertenecer al subsistema de vivienda y política habitacional, y otra es ejercer el derecho a la vivienda fuera del sistema, pero esto último no quita la connotación de derecho social al que pretende obtener una vivienda de la cual carece, ni el carácter de interés social de las operaciones destinadas a la adquisición de la vivienda que reúne las condiciones del artículo 82 Constitucional, lo que implica no destruir o minimizar al débil jurídico (quien carece de vivienda o quiere mejorarla y ante esa necesidad se encuentra compelido a obtener préstamos)” (resaltado propio).

Siguiendo este criterio, esta Sala puntualizó lo siguiente:

“Agrega esta Sala, que siendo de naturaleza constitucional el derecho a la adquisición de la vivienda, y al crédito para ello, la existencia de créditos de este tipo, que estructuralmente perjudican al deudor, debido a que los cambios convenidos son de tal magnitud que el deudor para afrontarlos tendría que sufrir graves perjuicios tanto en lo personal como en lo familiar, se convierten en violatorios del artículo 82 constitucional”.

De lo anterior se colige claramente que las normas contenidas en la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, deben ser interpretadas bajo la premisa del derecho fundamental a la vivienda y el compromiso y el fin del Estado de proteger el pleno ejercicio de este derecho, por cuanto constituye un mecanismo dirigido a equilibrar las prestaciones, de forma tal que el préstamo recibido sea proporcional a lo adeudado y al valor del inmueble objeto del crédito hipotecario o del financiamiento otorgado, a fin de evitar que el riesgo asumido en el contrato por el deudor afecte sólo a éste en beneficio del acreedor e impida en definitiva el cumplimiento de las obligaciones dinerarias contraídas y la conservación de la vivienda.

De allí que, esta Sala estima que la ley referida recoge, en cierta forma, el criterio plasmado en sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, que es del tenor siguiente:

“De allí que la Sala considera que el riesgo del deudor previsto en los contratos, de que le sea muy oneroso honrar su compromiso, desproporcionado con lo que recibió originalmente, también lo debe correr el prestamista, en cuanto no exista equivalencia entre su ventaja y la del prestatario (...).

...Omissis...

la Sala reputa que cuando en materia de interés social el contrato se hizo lesivo para el deudor, el mismo debe ser reestructurado a fin que las prestaciones equivalentes se equilibren, o pueda darse por cumplido el contrato en un término superior al pactado, quedando lo pagado en exceso a favor del acreedor.

TSJ-SC (835) 18-6-2009, Magistrado Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Caso: Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores Anauco, RDP N° 118, 2009, pp. 186 ss.

Los contratos de crédito hipotecario y contrataciones u operaciones de compraventa con financiamientos dirigidos a la adquisición, construcción, autoconstrucción, ampliación o remodelación de vivienda, pactadas en moneda extranjera, que hayan sido celebradas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y que tengan un saldo deudor para esa fecha, deben reponerse a su estado original y ser calculados en bolívares al tipo de cambio vigente para la fecha de la celebración del contrato, pues lo contrario sería anular el avance que ha dado el Estado en el desarrollo del derecho fundamental a una vivienda digna.

Por otra parte, la sentencia objeto de revisión, en interpretación del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda señaló que:

“...el monto del contrato de crédito hipotecario para adquisición de vivienda deberá ser objeto de reposición en moneda nacional, menos las cuotas mensuales y/o especiales pagadas por el deudor hipotecario antes del 3 de enero de 2005; el saldo deudor vigente será objeto de reposición considerando el valor de la moneda extranjera para el momento en que se suscribió el contrato de crédito hipotecario para adquisición de vivienda”. (Resaltado de esta Sala).

Sobre este aspecto, observa la Sala que el segundo párrafo del referido artículo 23, prevé textualmente lo siguiente:

“La contratación realizada en moneda extranjera es ilegal. En consecuencia, se proscriben los créditos hipotecarios para vivienda en moneda extranjera, y quienes hayan otorgado créditos en moneda extranjera deberán reponer a su estado original en bolívares al tipo de cambio de referencia vigente para la fecha del contrato, publicado por el Banco Central de Venezuela”. (Resaltado de esta Sala).

En atención al contenido de este párrafo, el cual no puede ser interpretado fuera del contexto y espíritu del primero, esta Sala estima oportuno destacar que no puede el intérprete limitar la reposición en moneda nacional sólo a las cuotas no pagadas para la fecha de entrada en vigencia de la Ley especial, excluyendo las cuotas o pagos realizados antes de esa fecha, pues el legislador en el artículo 23 aludido no prevé diferenciación alguna respecto de las cuotas pagadas o pendientes, tal como se evidencia del segundo párrafo de dicha norma, el cual señala:

“y quienes hayan otorgado créditos en moneda extranjera deberán reponer a su estado original en bolívares al tipo de cambio de referencia vigente para la fecha del contrato”.

Por lo que esta Sala aprecia que no existe discriminación que permita la aplicación de la referida reposición a un tipo de contrato pactado en moneda extranjera con exclusión de otros y, menos aún, exceptuar *“las cuotas mensuales y/o especiales pagadas por el deudor hipotecario antes del 3 de enero de 2005”*, lo que evidentemente estaría condicionando o creando una limitación no prevista en la norma comentada.

De tal manera, que el precepto normativo citado prevé un supuesto de hecho general en tiempo pasado, pues al señalar *“quienes hayan otorgado créditos”*, engloba a todos los tipos de créditos que fueron otorgados, en moneda extranjera, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley en mención, por lo que todos, sin excepción ni discriminación, deberán reponerse a su estado original, es decir, al momento de la celebración de la contratación, en bolívares al tipo de cambio vigente para esa fecha, como un beneficio que se concede a los deudores hipotecarios y a aquellos que hayan contratado en moneda extranjera un financiamiento, sea cual fuere la modalidad contractual y si esta consta en instrumento público o privado, con el propósito de adquirir, construir, autoconstruir, ampliar o remodelar una vivienda, a los fines de proteger su derecho a una vivienda digna, previsto en el artículo 82 de la Carta Magna, ante el incremento que había venido experimentando el valor de la moneda extranjera respecto de la nacional, lo que se ha reflejado en el aumento del saldo deudor que deben pagar por su vivienda; lo contrario, sería cambiar el espíritu de la norma y desconocer la correcta interpretación de las normas constitucionales que prevén el derecho a la vivienda cuya protección está implícita en la norma en comento.

De allí pues, esta Sala aprecia que, en atención a la irretroactividad de la Ley, la sentencia objeto de revisión cuando interpretó el artículo 23 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda discriminó varios supuestos de aplicación a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, negando la posibilidad de recalcular en bolívares las cuotas pagadas antes de la entrada en vigencia de la referida regulación legal.

Al respecto, esta Sala aprecia que el derecho fundamental a la vivienda, contenido en el artículo 82 constitucional, es un derecho vinculado directamente a la dignidad humana, que es un derecho sin condicionamientos, en virtud de lo cual puede afirmarse que es precisamente ese vínculo lo que le otorga el carácter fundamental por conexidad y, a su vez, constituye su núcleo duro que lo hace indisponible para el legislador y, más aún para el intérprete, de forma tal que no puede ser eliminado o desconocido, ya que lesionar el derecho a la vivienda conllevaría además afectar directamente el derecho a la dignidad humana y poner en peligro el desarrollo individual, familiar y social en detrimento de la existencia humana.

Por otra parte, el derecho a la irretroactividad de la ley se encuentra previsto en el artículo 24 del Texto Fundamental, que señala: *“ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”*. En este caso, el bien jurídico tutelado por esta norma es la seguridad jurídica que, como se advierte de la disposición transcrita, admite excepciones.

Luego de analizar cada disposición, esta Sala observa que el derecho a la vivienda constituye un derecho fundamental intrínseco a la dignidad humana, que atiende al valor superior del

Estado de preeminencia de los derechos humanos plasmado en la Carta Magna, específicamente en su artículo 2. Por otra parte, el principio de irretroactividad, que como indicamos admite excepciones no sería aplicable en el presente caso, pues como se indicó supra los contratos de opción de compraventa u otros preliminares, previos o complementarios del contrato definitivo de compraventa conforman una misma negociación jurídica.

Es decir, que la aplicación del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda a los contratos suscritos con anterioridad al año 2005 no obedece a una excepción al principio de irretroactividad de la ley de cara a tutelar el derecho constitucional a la vivienda. Dicha aplicación se explica por el hecho de que se tratan de relaciones jurídicas no consumadas y que, como tales, transitan de un régimen normativo a otro. En palabras de Joaquín Sánchez Covisa se está en presencia de una ley que afecta o regula las consecuencias jurídicas futuras de un supuesto de hecho que se produjo antes de su vigencia.

Asimismo, aprecia esta Sala que la aplicación del recálculo previsto en el artículo 23 *eiusdem*, es inocuo para quienes otorgaron dicho crédito, por cuanto la deuda será recalculada a la tasa de cambio vigente para el momento en el cual se firmó el contrato de crédito hipotecario o se acordaron las primeras obligaciones relativas o preparatorias del referido contrato de crédito si este no se había firmado para el momento de la entrada en vigencia de dicha ley, garantizándose a los acreedores el retorno de su capital deslastrado del incremento producido por los cambios monetarios sucedidos con posterioridad, sin perjudicar el derecho de los deudores de conservar, adquirir, construir o remodelar su vivienda y preservar el respeto a la dignidad humana. Así se decide.

Ahora bien, observa la Sala que la sentencia sometida a revisión señaló:

“Que los contratos de promesa bilateral u opciones de compraventa y/o las promesas unilaterales de compra, suscritas antes de la entrada en vigencia de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, no resultan alteradas por la citada Ley Especial, debido a que no son los contratos a que se refiere el artículo 23 eiusdem, por lo que al momento de suscribir los contratos de créditos hipotecarios para adquisición de vivienda con posterioridad a la referida Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, estos deberán estar apegados a las estipulaciones previstas en la referida Ley Especial” (Resaltado de esta Sala).

Con relación a este punto y en atención a lo expuesto, aprecia esta Sala que en el marco de las operaciones para el otorgamiento de un crédito hipotecario o bien de un financiamiento para la adquisición o construcción de viviendas, se realizan contrataciones -como requisito para optar a alguna de las anteriores modalidades- en las cuales se hace constar el precio con fines preparatorios y de aseguramiento de la operación de compraventa del inmueble, que anteceden a la firma del contrato definitivo de compraventa, por lo que si algunos de esos contratos llamados “opciones de compraventa” fueron pactados en moneda extranjera e involucran además de la promesa bilateral de comprar y vender, el pago en cuotas programadas del precio de la venta, los mismos formarían parte de la operación de compraventa definitiva, de perfeccionarse, siendo que la denominación del contrato no es determinante de su naturaleza y tipo, lo que debería considerarse a los efectos de evitar exclusiones que pudieran lesionar el derecho la vivienda y cambiar el sentido y alcance de la norma interpretada, como ya se explicó en líneas anteriores.

Con base en esta fundamentación, estima la Sala que las cuotas pactadas en moneda extranjera en el marco de un contrato llamado “opción a compra”, celebrado antes de la entrada en vigencia de la ley especial aludida, como requisito para el otorgamiento del crédito hipotecario o bien como inicio de la operación de financiamiento que culmina con la firma del contrato de compraventa o construcción de la vivienda, se encuentran sometidas a dicha ley y, en consecuencia, dicho financiamiento debe reponerse a su estado original en bolívares al tipo de cambio vigente para la fecha de su celebración.

Ello aplicaría para los deudores que, bajo esa modalidad, han asumido el pago de un financiamiento y, en función de ello, pagaron cuotas consecutivas por concepto de pago del precio en moneda extranjera de la venta del inmueble, y que para el momento de la entrada en vigencia

aún no habían suscrito el contrato de compraventa, pues, como se mencionó, forman parte de la misma operación para la adquisición de una vivienda o bien se trata de una sola operación a mediano y largo plazo con dos financiamientos, primero, el que se pacta en el contrato de opción a compra y se acredita como pago inicial parte del precio de la venta y, segundo, el crédito hipotecario que se acuerda en el contrato de compraventa definitivo y se acredita al pago del saldo del precio de la venta, pactado en la opción a compra. Así se declara.

En virtud de lo anterior, es preciso destacar que la interpretación legal debe atender a la preeminencia de los derechos humanos, garantías y principios previstos en el Texto Fundamental, en sintonía siempre con los valores superiores del Estado democrático y social de derecho y de justicia presentes en el ordenamiento jurídico venezolano para asegurar que tanto la legislación como la jurisprudencia, fuentes del derecho, sean reflejo de los valores, objetivos y fines del Estado como pacto social.

A partir de este análisis, aprecia esta Sala que, en atención al principio de progresividad del derecho fundamental a la vivienda y, por cuanto constituye una protección que atiende a un valor constitucional, el referido párrafo segundo del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda plantea la aplicación -no condicionada- de esta norma a los contratos de crédito hipotecario y contrataciones u operaciones de compraventa con financiamientos dirigidos a la adquisición, construcción, autoconstrucción, ampliación o remodelación de vivienda, pactadas en moneda extranjera, que hayan sido celebradas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley referida y que tengan un saldo deudor para esa fecha, por lo que todos los créditos otorgados y los intereses que de estos se generen deben reponerse a su estado original y ser calculados en bolívares al tipo de cambio vigente para la fecha de la celebración del contrato, pues lo contrario sería anular el avance que ha dado el Estado en el desarrollo del derecho fundamental a una vivienda digna que constituye, sin dudas, una garantía para los deudores de créditos pactados en moneda extranjera, quienes podrían encontrarse amenazados de perder su vivienda y ser menoscabados en su derecho, por lo que se estima que, en este caso, la satisfacción del derecho a la vivienda se encuentra justificada, siendo idónea y necesaria la norma legal que asegura dicha protección; y así se decide.

Este criterio ha sido acogido por el legislador en el artículo 23 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 38.756 del 28 de agosto de 2007, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 23. Las opciones de compra para la adquisición de viviendas, los créditos hipotecarios, los contratos de ventas con financiamientos u operaciones de compraventa, destinados a la construcción, autoconstrucción, adquisición, ampliación o remodelación de vivienda, sólo se otorgarán en bolívares, conforme a lo previsto en el artículo 318 de la Constitución de la República bolivariana de Venezuela.

La contratación celebrada o referenciada en moneda extranjera es inconstitucional e ilegal. En consecuencia, se prohíben todo tipo de contratos de venta con financiamientos, créditos hipotecarios, operaciones de compraventa y opciones de compra, para la adquisición de vivienda en moneda extranjera, y quienes hayan celebrado contratos constituidos o referenciados en moneda extranjera, deberán reponer a su estado original en bolívares, tomando como referencia el precio de la venta establecido en el primer documento de opción de compra, o el documento de compra venta si este fue el primero, al tipo de cambio vigente para la fecha del contrato, publicado por el Banco Central de Venezuela. Salvo que las partes hubieren convenido una mejor tasa de cambio para el oponente o comprador, en cuyo caso ésta será aplicable”.

En atención de los razonamientos y doctrina jurisprudencial expuestos, esta Sala concluye que, en el presente caso, la sentencia objeto de revisión no realizó una interpretación acorde con la doctrina de esta Sala y con la norma que prevé el derecho fundamental a la vivienda, así como con los principios y valores constitucionales expuestos, por lo que la presunción de adecuación al Texto Fundamental quedó desvirtuada y, en consecuencia, la solicitud de revisión de la sentencia

Nº “RedI:01032”, dictada por la Sala de Casación Civil el 18 de diciembre de 2006 debe ser declarada que ha lugar, anulada la sentencia revisada y, en atención a ello, se ordena a dicha Sala que dicte nueva sentencia en estricto apego a lo expuesto en el presente fallo. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso de la decisión que antecede, que declaró la inadmisión de la pretensión de Inversiones PP01 C.A., y difiere de la motivación mediante la que se declaró con lugar la revisión:

1. La mayoría sentenciadora declaró inadmisibles las pretensiones de Inversiones PP01 C.A., pues en este proceso no *“tienen lugar las pretensiones de las partes y los terceros adhesivos, por lo que dicha empresa carece de cualidad para intervenir en esta causa”*.

Al respecto el disidente observa que si bien, en virtud de la naturaleza objetiva de la revisión, esta Sala no está obligada al establecimiento de un contradictorio para que pueda pronunciarse sobre la solicitud, ello no impide que se acepte la intervención de las partes o los terceros en el juicio que dio origen al fallo objeto de revisión, cuando éstos expresen su deseo de defender el veredicto que recayó en un proceso en el que participaron. El discrepante recuerda que la participación en un proceso, incluso aquellos de jurisdicción voluntaria, sólo requiere que se pruebe un interés en la decisión que en definitiva se tomará. En ese sentido, el salvante trae colación que, respecto del proceso de revisión constitucional, esta Sala estableció en la sentencia Nº 1078 09-05-03 que:

...para la interposición de la solicitud de revisión constitucional es necesario que el solicitante esgrima un interés personal y directo respecto a la pretensión de revisión, derivado de su condición de demandante, demandado o tercero en el juicio que dio lugar al pronunciamiento que se impugna.

En vista de las consideraciones efectuadas, y visto que los solicitantes no afirman un interés atendible en sede de revisión constitucional, la pretensión de revisión de la decisión dictada por la Sala Plena que fuera propuesta en esta oportunidad, es inadmisibles por falta de legitimación procesal. Así se declara.

Ese criterio ha sido ratificado más recientemente en el acto decisorio Nº 1555 del 20-07-07, donde se expresó:

Evidencia la Sala, contrariamente a lo indicado por los representantes del solicitante, que el procedimiento de amparo que motivó la sentencia hoy objeto de revisión, no fue intentado contra el Municipio Chacao del Estado Miranda, es decir, que el referido Municipio solicita la revisión de una decisión dictada en una causa que no les es propia, al no ser parte de la misma, ni de la cual es destinatario, sino contra un fallo dirigido a uno de sus organismos adscritos, como lo es el Instituto Autónomo de Policía Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, el cual ostenta personalidad jurídica distinta al referido Municipio y es el destinatario directo del mandato de amparo.

En este sentido, el Instituto Autónomo de Policía Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao, por ser un instituto autónomo que posee personalidad jurídica propia distinta a la del órgano de adscripción –municipio-, detenta capacidad jurídica suficiente para defender y representar sus intereses ante los órganos jurisdiccionales.

En este orden de ideas, la Sala en relación a la legitimación para acudir y requerir la revisión, en sentencia Nº 1129 del 22 de junio de 2007 (caso: *Rodolfo Luis Quijada Marval*) asentó que: *“(...) el señalado artículo 19.5 prevé que “(...) Se declarará inadmisibles la demanda, solicitud o recurso cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recursos es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la Re-*

pública, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante; o en la cosa juzgada (...)(Negrillas de la Sala”).

En el caso de autos, los abogados José Antonio Maes Aponte, María Beatriz Araujo Salas, José Luis Durán, María Meide Rodríguez, Martha Bellas Yañez, Emma Vanesa Amundaraín Sertal y Dorelis León García, actuando el primero de los nombrados como Síndico Procurador Municipal de Chacao y los últimos como apoderados judiciales del Municipio Chacao del Estado Miranda, acudieron ante esta Sala “de acuerdo con el dispositivo contenido tanto en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como el artículo 5, numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, a fin de solicitar la revisión de la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 16 de septiembre de 2005; sin embargo, no señalaron, mucho menos se deduce de su pretensión, cuál es el interés directo que posee el Municipio Chacao del Estado Miranda en el proceso de revisión que pretenden iniciar, toda vez que en el proceso de amparo que dio lugar a la sentencia impugnada por vía de revisión constitucional, no actuó ni como demandante, demandado o tercero.

Por tanto, en esta oportunidad, reitera esta Sala lo asentado al respecto en la sentencia número 2862 del 20 de noviembre de 2002:

“(…) Como punto previo al análisis de procedencia de la presente solicitud, debe la Sala pronunciarse acerca de la legitimación del solicitante. En este sentido, se observa que el abogado (...) dijo que actúa ‘en representación de (sus) propios derechos e intereses y en representación de los intereses difusos de todos los ciudadanos y abogados litigantes del país, lo cual encuentra su motivación en que la uniforme y correcta aplicación de los principios y valores contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es una cuestión que interesa a todos, especialmente a los abogados en ejercicio...’. En abundancia, indicó que es especialista en Derecho Administrativo y, como tal, tiene especial interés en que exista seguridad jurídica respecto del criterio de la jurisprudencia relativo a la determinación de los tribunales con competencia en el orden contencioso administrativo. Considera la Sala que la condición de litigante y especialista que alegó el actor, no le otorga facultad suficiente para el planteamiento de la pretensión objeto de la presente solicitud de revisión, esto es, que se proceda a la unificación de los criterios jurisprudenciales que se denunciaron como contradictorios y se establezca con precisión, con fundamento en la correcta interpretación del Texto Constitucional, a cuáles Tribunales corresponde el conocimiento de los juicios que sean incoados contra los actos que emanen de las Inspectorías del Trabajo. Siguiendo el criterio sentado en la decisión de esta Sala de 6 de febrero de 2001 (caso CORPOTURISMO), debe declararse la falta de legitimación del solicitante, ya que no alegó la existencia de un derecho o interés jurídico-subjetivo determinado como sustento de su solicitud de revisión. Así se decide”.

Asimismo, en acto de juzgamiento N° 2815 del 14-11-02 la Sala, con ocasión de la revisión que pidió Oleg Alberto Oropeza Muñoz actuando “como ciudadano de la República Bolivariana de Venezuela y en (su) carácter de agraviado por los sucesos acaecidos los días 11, 12 y 13 de abril de 2002”, respecto de la sentencia del 14 de agosto de 2002, que emitió la Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia que “declaró la inexistencia del mérito para el enjuiciamiento” de los ciudadanos Efraín Vásquez Velasco, Héctor Ramírez Pérez, Pedro Pereira Olivares y Daniel Lino José Comisso Urdaneta, aseveró que:

Ahora bien, en sentencia de 6 de febrero de 2001, caso Corporación de Turismo de Venezuela (Corpoturismo), esta Sala, cuando interpretó el alcance de la atribución que le confiere el numeral 10 del señalado artículo 336 de la Constitución, estableció en cuanto a la forma de iniciación de una demanda de esta naturaleza, que la misma puede tramitarse : “...de oficio o a solicitud de la parte afectada por una decisión de alguna otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia; o de algún Tribunal o Juzgado de la República”.

En efecto, en dicho fallo se reconoció no sólo la legitimación de la demandante sino también de su opositora, porque consideró que la misma *“posee interés directo en el presente proceso por haber sido parte demandante en el juicio ordinario que resultó en el fallo que se impugna”*.

Las limitaciones establecidas por la Sala en esta materia devienen del carácter extraordinario de la solicitud de revisión lo cual obliga *“a ser excesivamente prudente en cuanto a la admisión y procedencia de recursos que pretendan la revisión de sentencias que han adquirido dicho carácter de cosa juzgada judicial”*.

En consecuencia, para la interposición de la solicitud de revisión constitucional es necesario que el solicitante posea interés directo y personal en el proceso que pretende iniciar, por haber sido demandante, demandado o tercero en el juicio que dé lugar al pronunciamiento que se impugna.

Al respecto, esta Sala Constitucional ha sentado de manera constante que el requisito del interés procesal, como elemento de la acción, proviene de la esfera del derecho individual que ostente el solicitante le permite la elevación de la infracción constitucional o legal ante los órganos de administración de justicia. Tal presupuesto procesal es entendido como simple requisito o circunstancia de un acto procesal cuya carencia imposibilita el examen de la pretensión.

El interés surge así de la necesidad que tiene una persona, por la situación jurídica real en que se encuentra, de acudir a la vía judicial para que se le reconozca un derecho y evitar un daño injusto, personal o colectivo. El interés personal y directo ha de manifestarse de la demanda o solicitud y mantenerse a lo largo del proceso y, más aún, frente al carácter extraordinario, excepcional y estrictamente limitado que ostenta la revisión constitucional.

En este contexto debe señalarse que en los procedimientos de revisión no es posible invocar un derecho o interés difuso o colectivo, tal y como lo pretenden el solicitante y los diversos ciudadanos que se adhieron a la presente solicitud. En efecto, ya esta Sala en sentencia del 30 de junio de 2000 (Caso: *Dilia Parra Guillén*), señaló que tales derechos se determinan:

“...porque se difunde entre todos los individuos de la comunidad, aunque a veces la lesión a la calidad de la vida puede restringirse a grupos de perjudicados individualizables como sectores que sufren como entes sociales, como pueden serlo los habitantes de una misma zona, o los pertenecientes a una misma categoría, o los miembros de gremios profesionales, etc. Sin embargo, los afectados no serán individuos particularizados, sino una totalidad o grupo de personas naturales o jurídicas, ya que los bienes lesionados, no son susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto. Se trata de intereses indiferenciados, como los llamó el profesor Denti, citado por María Isabel González Cano (La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo. Tirant. Monografías. Valencia-España 1997). Como derecho otorgado a la ciudadanía en general, para su protección y defensa, es un derecho indivisible (así la acción para ejercerlo no lo sea), que corresponde en conjunto a toda la población del país o a un sector de ella. Esta indivisibilidad ha contribuido a que en muchas legislaciones se otorgue la acción para ejercerlos a una sola persona, como pueden serlo los entes públicos o privados que representan por mandato legal a la población en general, o a sus sectores, impidiendo su ejercicio individual. ... (Omissis)... De la idea anterior surge otro de los elementos esenciales para calificar la existencia de un derecho o interés difuso o colectivo, cual es que el obligado (estado o particular) debe una prestación indeterminada, que puede hacerse concreta debido a la intervención judicial. Desde este punto de vista, lo importante es que el objeto jurídico que se exija al obligado es de carácter general, opuesto a las prestaciones concretas señaladas por la ley”.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones en cuanto a la admisibilidad de la solicitud extraordinaria de revisión y a la exigencia formal y sustantiva del interés, derivada del carácter de parte en el juicio que da lugar a la sentencia cuya revisión se solicita, se concluye que en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para que esta Sala

pueda conocer de la revisión de una sentencia que ha adquirido el carácter de cosa juzgada, puesto que no se evidencia el interés de los demandantes para la impugnación de la decisión que pretenden sea revisada, por cuanto el fallo recurrido no condenó en ningún momento a los recurrentes a cumplir lo que dispuso, ni causó una lesión a su esfera particular, por lo que, aun cuando la misma adoleciera de algún vicio, no ha sido capaz de producirle agravio constitucional alguno, lo que determina, forzosamente, su inadmisibilidad, por falta de legitimación procesal. Así se declara.

De las opiniones que fueron transcritas se deduce, claramente, que los interesados en la revisión serían: i) en los casos donde no haya intereses difusos y colectivos implicados, sólo las partes y los terceros en el juicio objeto de revisión; y ii) cuando hubiere intereses colectivos y difusos involucrados, además de las partes y los terceros en el juicio en cuestión, todos aquellos que demuestren que son afectados en su esfera particular de intereses.

Si bien los anteriores precedentes se refieren al interés para la solicitud de revisión, ella sirve para la determinación de en qué casos sería válida la participación de otro de los interesados en el fallo pues, de lo contrario, la Sala podría encontrarse en una situación atentatoria contra de la economía procesal, ya que, ante la negación de la participación de otros interesados en una revisión, éstos podrían intentarla cada uno por separado, como única vía para que sean escuchados sus argumentos.

En conclusión, el voto salvante considera que la mayoría debió haber considerado los argumentos de Inversiones PP001 C.A.

2.- En relación con la argumentación para la declaratoria con lugar la revisión, quien disiente apreció:

2.1. La mayoría considera que la regulación que contiene el artículo 23 de la Ley de Protección Especial al Deudor Hipotecario de Vivienda no puede limitarse a:

...la reposición en moneda nacional sólo a las cuotas no pagadas para la fecha de entrada en vigencia de la ley especial, excluyendo las cuotas o pagos realizados antes de esa fecha, pues el legislador en el artículo 23 aludido, no prevé diferenciación alguna respecto de las cuotas pagadas o pendientes...

El disidente considera que esta Sala revisó una parte de la decisión de la Sala de Casación Civil que ajustó el texto de la norma como garantía de la irretroactividad de las leyes; interpretación de la Sala de Casación Civil que no resultaba contraria a la constitución y que se ajustó a los precedentes que esta Sala ha establecido respecto de la irretroactividad.

En este sentido el disidente citó los precedentes de la Sala, según los cuales las leyes nuevas sólo pueden aplicarse a los contratos en curso, en la parte que es posterior al cambio de legislación. Concretamente se hizo referencia al fallo N° 818 del 05-05-04 (que fue ratificado en sentencia N° 2718 del 12-08-05: donde se expresó:

Al respecto, la Sala advierte que para verificar los hechos denunciados debe precisarse la fecha en la que se efectuó la venta del inmueble arrendado y su notificación, porque ello determinará la aplicación o no del mencionado Decreto. En este sentido, de la sentencia del a quo y del *ad quem* se desprende que la venta se efectuó el 30 de julio de 1999, por lo tanto, el arrendatario, según reiterada jurisprudencia (*cf.* Sala de Casación Civil, sentencias N° 55/2000 del 21 de marzo de 2000, N° 179/2003 del 25 de abril), tiene un lapso de cuarenta días para ejercer la acción de retracto legal, esto es, tenía hasta el 8 de septiembre de 1999.

De lo anterior se verifica que los hechos debatidos en el juicio para reclamar el derecho de retracto legal arrendaticio ocurrieron en 1999, por lo tanto, debían ser regulados por la normativa vigente para ese momento, es decir, por el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 29.727 el 5 de febrero de 1972, y el hecho de que la demanda se interpusiera, el 27 de junio de 2000, en nada afecta lo antes dicho, porque la aplicación inmediata de las leyes procesales (artículo 24 de la Constitución) no debe confundirse con su aplicación retroactiva.

En el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se hace esta distinción en los siguientes términos:

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

Del precepto antes transcrito se destaca el hecho de que el legislador, en consonancia con la doctrina moderna que trata el problema de la aplicación de la ley en el tiempo, distingue entre retroactividad y efecto inmediato de la ley. En este sentido, debe señalarse que Roubier en su momento indicó que la ley tiene efectos retroactivos “*cuando se aplique a hechos consumados (facta praeterita) o a situaciones en curso (facta pendentia) en la parte que es anterior al cambio de legislación, más no tendrá efecto retroactivo sino efecto inmediato, cuando se aplique a hechos futuros (facta futura) o a situaciones en curso (facta pendentia) en la parte que es posterior al cambio de legislación*” (tesis desarrollada por Paul Roubier en su obra *Les conflits de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)* y explicada por Joaquín Sánchez-Covisa, “La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”, en *Obra Jurídica*, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, p. 234).

De lo anterior se deduce que la ley tendrá efectos retroactivos cuando se aplique a hechos consumados y hechos en curso anteriores a su entrada en vigencia, mientras que la ley tendrá efectos inmediatos cuando se aplique a hechos futuros y a situaciones jurídicas todavía en curso luego de su entrada en vigencia.

En el presente caso, los hechos debatidos en juicio se consumaron en 1999, por lo tanto, al decidir con fundamento en una ley que entró en vigencia el 1° de enero de 2000, se aplicó de forma retroactiva la misma.

Visto lo anterior, esta Sala confirma la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2003 por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil del Tránsito y Familia de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y declara resuelta en los términos expuestas la presente consulta. Así se decide.

De acuerdo con este criterio la aplicación de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda **a la parte no vencida de los contratos**, si bien es lo que la Ley especial propugna, debe adaptarse al principio constitucional de irretroactividad de la Ley cuya **única excepción** es el establecimiento de menores sanciones y no cede ante el establecimiento de mayores beneficios por el Estado, que es lo que implica el texto que aprobó la mayoría cuando afirma que el bien jurídico tutelado por el artículo 24 constitucional es la seguridad jurídica, “...*que admite la excepción de aplicación retroactiva en razón del principio de la progresividad.*”

El salvante advierte que el resultado de esa interpretación es, en la práctica, la declaratoria de ilegalidad de contratos que estaban ajustados a las previsiones normativas en su momento, los que sólo deberían ser ajustados a las normas generales desde del momento cuando fue publicado el artículo que fue objeto de interpretación.

Una situación diferente sería que, luego de la revisión de la modalidad de los contratos en moneda extranjera, en la parte que no estaría sujeta a la Ley Especial Hipotecaria, se determine que esos acuerdos son usurarios, tal como fue el caso con el análisis de la modalidad de los créditos indexados.

2.2. En opinión del voto salvante, en el criterio de la mayoría subyace la afirmación de que el principio de progresividad de los derechos humanos se opone o constituye una excepción a la irretroactividad, aseveración con la que no se está de acuerdo por cuanto, en precedentes de esta Sala, se ha establecido que la progresividad de los derechos no puede utilizarse en desmedro los derechos constitucionales. Tal es el caso del fallo N° 1709 del 07.08.07 en el que se estableció, respecto de la progresividad, lo siguiente:

El artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece el deber del Estado de garantizar *“a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”*.

Como se aprecia, el propio texto constitucional reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos.

Dicho principio se concreta en el desarrollo consecutivo de la esencia de los derechos fundamentales, en tres aspectos fundamentales: ampliación de su número, desarrollo de su contenido y fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este contexto surge la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el señalado artículo 19 constitucional no puede ser visto de manera aislada, por el contrario, debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales completan el contenido de aquél, enunciándose de esta forma la base para la protección de los derechos humanos.

Así, en el artículo 22 se inserta la cláusula abierta de los derechos humanos, según la cual la enunciación de los derechos y garantías consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como la negativa a aceptar la existencia y la aplicación de otros derechos y garantías constitucionales, que siendo inherentes a la persona, no se encuentren establecidos expresamente en el texto constitucional o en dichos tratados; mientras que en el artículo 23 se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos, a la Constitución, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por la República, y a las leyes que los desarrollen. De igual forma, en dicha norma se establece, a los efectos de robustecer la protección de los derechos humanos, que los tratados, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela, predominarán en el orden jurídico interno en la medida en que contengan normas referidas al goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables que las contenidas en la Constitución y en las leyes de la República, es decir, cuando tales tratados reconozcan y garanticen un derecho o una garantía de forma más amplia y favorable que la Constitución –u otra normativa nacional-, dichos instrumentos internacionales se aplicarán inmediata y directamente por todos los órganos del Poder Público, especialmente cuando se trate de operadores de justicia.

Referente a este principio, reitera esta Sala la doctrina señalada en la sentencia número 1.654 del 13 de julio de 2005, conforme la cual:

“la progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos, sin embargo, la progresividad de los derechos humanos de los imputados, no puede ir en detrimento de los derechos humanos del resto de las personas, incluso de las víctimas de esos delitos, por lo que en ningún caso se autoriza la desproporcionalidad de las penas aplicables conforme a la gravedad del delito, ni un tratamiento igualitario respecto de quienes cometen delitos menos graves, pues sería contradictorio con el verdadero sentido de la justicia y la equidad.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que en atención a la progresividad de los derechos humanos, mal podría aplicarse por razones de conveniencia una norma que fue derogada hace más de cuatro años, con preferencia a la norma vigente para el momento de la comisión del delito en cuestión, pues eso aplicaría sólo cuando la derogatoria de la norma más favorable y consecuente entrada en vigencia de la nueva, ocurriese durante el juicio penal al cual se pretende aplicar la más benévola, lo cual no es el caso de autos”.
(Subrayado añadido)

En consonancia con ese acto jurisdiccional el disidente opina que el principio de progresividad, respecto del derecho a la vivienda impone al estado el desarrollo de su contenido, lo que se ha venido haciendo cuando se han preceptuado los beneficios que hoy van más allá de los créditos dentro del Régimen Prestacional de Vivienda, hasta llegar, por ejemplo, a la regulación de los créditos hipotecarios otorgados con recursos propios de la banca, la ampliación de los beneficios para los deudores hipotecarios, el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección y el eficaz reconocimiento de que ese derecho va más allá de las condiciones de la vivienda en sí, sino que comprende a todo su entorno (habitat), concediendo oportunidades para las mejoras de los espacios. La progresividad también impone la necesidad del fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección, lo que ha garantizado el Estado, por ejemplo, cuando estableció cuotas en las carteras de créditos hipotecarios, la férrea regulación de tasa de interés aplicable a los créditos y la disposición de condiciones generales para los contratos de créditos hipotecarios.

Sin embargo, esas mejoras en los derechos no pueden, tal como se expresó en el fallo N° 1.654 que fue citado supra, convertirse en una desmedro de otros derechos, lo que ocurriría si se pretendiere la extensión de los mayores beneficios de la nueva normativa a la parte de los contratos que se ejecutó antes de la vigencia de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, pues las nuevas medidas de protección al adquirente de vivienda, no pueden aplicarse en perjuicio de otros derechos constitucionales, como el de la seguridad jurídica o el **principio de irretroactividad**, ya que, tal como reconoce el artículo 19 de la CRBV los derechos constitucionales se reconocen a toda persona, incluso a quienes **vendieron bajo las condiciones legales vigentes antes de la promulgación** de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, y hasta cuando no se determine lo contrario, actuaron dentro del marco legal para la época.

2.3. En cuanto a la interpretación de la Sala de Casación Civil de que los contratos sujetos a recálculo, son sólo los de crédito hipotecario, el salvante concuerda en la revisión de esa parte del fallo, pero aprecia que, además de que se ignoró las premisas del derecho fundamental a la vivienda, incurrió en el error de no haber aplicado un principio básico de interpretación “*A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras*” (artículo 4 del Código Civil), en el sentido que “*operaciones*” y “*contrato*” de venta, no son voces equivalentes y, por ello, arribó a una conclusión que atenta contra el derecho de las personas a la vivienda pues, excluyó un componente significativo en la operación de compra-venta de un inmueble, como lo es la opción de compra.

En conclusión, el disidente considera que la Sala ha debido admitir la participación de Inversiones PP01 C.A. y limitarse a la revisión del fallo sólo en el punto referido a los contratos sujetos a la reestructuración.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado

TSJ-SC (1771) 28-11-2011, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), RDP N° 128, 2011, pp. 145-146.

Acorde los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Sala Constitucional, se denota la importancia que tiene en nuestro sistema el derecho a la vivienda, como elemento fundamental para el buen vivir de todos los sectores que conforman nuestra sociedad, y la necesidad de consolidar un sistema en el marco del estado democrático y social de derecho y de justicia que garantice los avances en la consecución de ese anhelo consagrado en la norma con mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la Constitución.

En nuestra Constitución, el derecho a la vivienda está consagrado en el artículo 82, el cual establece:

“Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

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

A su vez, en el ámbito internacional, el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, debidamente suscrito y Ratificado por la República, impone a los Estados Partes la obligación general de adoptar medidas adecuadas, de carácter positivo, en particular, la adopción de medidas legislativas dirigidas a garantizar a todas las personas el derecho humano de una vivienda adecuada.

Su definición es desarrollada en 1991 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC), estableciendo la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, los gastos soportables, la habitabilidad, la asequibilidad, el lugar y la adecuación cultural, como aspectos indisociables a este derecho.

Cabe destacar que el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*. Véase Sentencias N° 85 del 24 de enero de 2002, en Revista de Derecho Público N° 89-90/91-92 de 2002, pp. 91 y ss. y en sentencia 835 de 18 de junio de 2009, Caso: Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores Anaco en Revista de Derecho Público N° 835 de 2009, p. 183.

Recientemente, esta Sala puntualizó en

“Así las cosas, corresponde afirmar que el derecho a una vivienda adecuada –o digna- no puede ser un derecho retórico, el cual, en efecto, aun cuando dispone de un amplio marco jurídico en nuestro país, debe propenderse a su efectiva concreción, evitando en lo posible que sea desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas.

La garantía de tal derecho, cuyo contenido trasciende socialmente, implica un real compromiso, una política de acción social, “un enorme esfuerzo (...) –por parte del Estado a través de sus órganos y entes, entiéndase incluido al Poder Judicial- en función de la complejidad social y económica de la solución de problemas habitacionales (...)” (Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas), que garantice plenamente a toda persona el acceso a la misma, sin que sea posible excluir a ningún segmento de la población”.

De acuerdo a las normas antes transcritas y de los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Sala Constitucional, se denota la importancia que tiene en nuestro sistema el derecho a la vivienda, como elemento fundamental para el buen vivir de todos los sectores que conforman nuestra sociedad, y la necesidad de consolidar un sistema en el marco del estado democrático y social de derecho y de justicia que garantice los avances en la consecución de ese anhelo consagrado en la norma con mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la Constitución.

Puede evidenciarse entonces como el derecho a la vivienda forma parte, conjuntamente con el derecho a la seguridad social, de ese sistema o conjunto de sistemas que la Constitución ordena al Estado crear, y para lo cual debe diseñar e implementar un conjunto de mecanismos que coadyuven a su desarrollo, como lo sería en este caso el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

TSJ-SC (1714) 14-12-2012, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Defensoría del Pueblo vs. Promotora Parque La Vega, C.A., RDP N° 132, 2012, pp. 147-148.

El derecho a acceder a una vivienda se sustenta en la obligación material de otorgar las estructuras o unidades habitacionales adecuadas, seguras, cómodas, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, con lo cual se garantiza igualmente el derecho a un entorno urbano adecuado y sustentable.

....Dentro del Capítulo de los Derechos Sociales de la vigente Constitución se encuentra el artículo 82, que dispone:

“Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. **La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.** El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”.

El precepto en cuestión reconoce como derecho fundamental el derecho a una vivienda digna, esto es, de condiciones mínimas que aseguren la calidad de vida de los habitantes. Se trata, así, de un derecho típicamente prestacional, en tanto implica como correlativo la exigencia de actuaciones positivas en cabeza del Estado y, también, de los ciudadanos, tendentes a la consecución del derecho, así el derecho a vivienda digna como derecho fundamental característico de un Estado Social de Derecho, como enfatizó esta Sala en su sentencia N° 85/02.

Ahora bien, cuando la satisfacción de la necesidad de proveer de una vivienda que servirá de hogar es asumida por los particulares directamente -sea o no participe de programas de fomento por parte del Estado u otros entes públicos-, el desarrollo de dicha actividad debe garantizar los estándares mínimos necesarios para que se dé cobertura a la procura existencial.

En ese contexto, el derecho a acceder a una vivienda se sustenta entonces, en la obligación material de otorgar las estructuras o unidades habitacionales adecuadas, seguras, cómodas, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, con lo cual se garantiza igualmente el derecho a un entorno urbano adecuado y sustentable (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 881/12).

En el caso de autos, la parte demandante alegó y en la audiencia pública se refirió que el conjunto residencial se inunda en gran parte durante los períodos de lluvia, aunado a que los constantes derrumbes, las grietas en los edificios y otras circunstancias similares, mantienen a sus habitantes en una constante zozobra por el temor a perder sus bienes y sus vidas.

En criterio de la Sala existe, ciertamente, una lesión al derecho de los demandantes a una vivienda digna, pues, en efecto, se encuentran en una especial situación de hecho en la cual, pese a que hace tiempo que adquirieron tales inmuebles para que sirvieran como vivienda familiar, se han deteriorado de tal manera las condiciones urbanísticas del sector que dichas viviendas perdieron, con creces, la condición del estándar mínimo requerido para considerarse como hábitat digno, con lo que se evidencia una clara situación de desigualdad real que debe ser atendida por el Estado. Así se decide.

Corolario de la anterior denuncia, es la violación a juicio de esta Sala del derecho a un medio ambiente sano o, mejor aún, al derecho a la protección y conservación del ambiente, conforme al contenido del artículo 127 de la Constitución, el cual dispone:

“Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibra-

do. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley”.

En el caso concreto, la Sala reitera que el derecho al ambiente sano se vincula estrechamente con el derecho al hábitat digno que es consecuencia del derecho que recogió el artículo 82 de la Constitución, que antes fue analizado.

Ciertamente, para que la vivienda sea digna no sólo debe contar con los servicios básicos esenciales que sean requeridos; además, debe estar emplazada en un hábitat que asegure, también, el derecho a un ambiente sano respecto de toda la colectividad afectada en el presente caso. Por ello, considera esta Sala que no sólo se han violado las condiciones mínimas necesarias para la materialización del derecho a la vivienda digna, sino que, además, se han violado además las condiciones mínimas que concretan un hábitat digno ante las inestables condiciones existentes en los edificios 9 al 13 del Conjunto Residencial Parque Terrazas de La Vega, así como en el resto del referido conjunto. Así se decide.

TSJ-SC (343) 6-5-2016, Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson, RDP N° 145-146, 2016, pp. 161-165.

Caso: La constitucionalidad de la Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público, como control preventivo, conforme lo prevé el artículo 214 de nuestra Carta Magna.

En este marco, debe analizarse la inclusión en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del derecho a una vivienda digna en su artículo 82, el cual consagra que *“Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares (...); para ello, “El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”*, incluyendo este artículo en el Capítulo V, denominado *“De los Derechos sociales y de las familias”*, lo cual obliga no sólo a valorarlo en su contenido literal, sino también en el contexto en que lo estableciera el Constituyente.

El derecho a la vivienda se encuentra entre los llamados derechos prestacionales de interés social, cuya satisfacción progresiva debe ser garantizada por el Estado, tal como lo ha establecido previamente esta Sala al reconocer que la tutela de este derecho es de efectivo e inmediato cumplimiento, en los siguientes términos:

“(…) el derecho a una vivienda adecuada –o digna- no puede ser un derecho retórico, el cual, en efecto, aun cuando dispone de un amplio marco jurídico en nuestro país, debe propenderse a su efectiva concreción, evitando en lo posible que sea desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas. La garantía de tal derecho, cuyo contenido trasciende socialmente, implica un real compromiso, una política de acción social” (Vid., Sentencia N° 1317 del 3 de agosto de 2011 caso: “Mirelia Espinoza Díaz”).”

La concepción del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia implica que el Estado tiene la obligación de salvaguardar y garantizar la realización de los derechos sociales de sus ciudadanos, en este caso **el derecho a la vivienda**, instrumentando medidas que contribuyan al diseño y formulación de políticas sociales en aras de lograr el efectivo ejercicio de dicho derecho constitucional, e impedir que sea vulnerado por las distorsiones del mercado perjudicando a los sectores económicos menos favorecidos.

El Constituyente de 1999, en el diseño del sistema de derechos humanos y en especial de los derechos sociales, no pretendió crear normas programáticas de aspiración a unos posteriores desarrollos legislativos o cuando se encontraran cumplidas ciertas condiciones para su reconocimiento como derecho.

Nuestro constitucionalismo social se sitúa en la perspectiva de que las políticas públicas implementadas por el Estado a través del Ejecutivo lo obligan, en aras de superar el asistencialismo, a reconocer que las personas beneficiarias de la misma resultan titulares de derechos, tal como se desarrolla en la Gran Misión Vivienda Venezuela, que en cuanto a política social responde al marco constitucional del derecho a la vivienda como prestación del Estado a sus ciudadanos y no a imperativos políticos o morales, sino a la exigibilidad presente en el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, una ley que desarrolle derechos constitucionales debe circunscribirse a la línea del cumplimiento efectivo de los mismos y en cuanto a los derechos sociales en particular, tiene como finalidad dar protección a sectores vulnerables de la sociedad y por ello el Estado tiene la discrecionalidad de tomar, dentro de un amplio espectro de medidas, las que sean convenientes para hacer efectivos estos derechos en cuanto al diseño, formulación de políticas, planes, programas, proyectos y acciones que permitan, en el caso que nos ocupa, el cumplimiento de un deber constitucional del Estado de garantizar el acceso de las familias **a una vivienda digna**.

La consagración constitucional del derecho a una vivienda digna es el corolario de una evolución que en Venezuela se remonta al establecimiento del Estado Social de Derecho, en particular desde la Constitución de 1947, que reconocía el derecho a la vivienda en su artículo 52, que consagró la obligación del Estado de fomentar la construcción de viviendas baratas para facilitar el acceso a las mismas a las clases económicamente débiles en el contexto de la seguridad social, a saber:

“(...) Los habitantes de la República tienen el derecho de vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlos y contra la necesidad que de ellos se deriva.

El Estado establecerá en forma progresiva, un sistema amplio y eficiente de Seguridad Social y fomentará la construcción de viviendas baratas destinadas a las clases económicamente débiles (...)”. Subrayado de la Sala.

Luego, en la Constitución de 1961 se estableció, dentro del marco de la protección a la familia, el deber del Estado de facilitar la adquisición de una vivienda digna en los términos siguientes:

“Artículo 73.- El Estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica. La ley protegerá el patrimonio, favorecerá la organización del patrimonio familiar, inembargable y proveerá lo conducente a facilitar a cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica”. Subrayado de esta Sala.

De la transcripción de este artículo, se desprende que desde 1961 en Venezuela el derecho constitucional a la vivienda está ligado a la protección de las familias, por lo que su satisfacción por parte del Estado debe dirigirse primordialmente a tal fin, concepción esta que fue desarrollada con mayor profundidad en el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, considerando la adhesión de Venezuela a distintos acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, así como el rango constitucional que estos ostentan en nuestro ordenamiento jurídico, resulta oportuno observar cómo se ha regulado **el derecho a la vivienda** en este ámbito, por lo que se hará referencia a diversos convenios internacionales suscritos por la República en dicha materia.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948):

Artículo 25.1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965):

Artículo 5 (e) (iii): “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) (e) (...) (iii) El derecho a la vivienda”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966):

Artículo 2: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Artículo 11.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. Subrayado de esta Sala.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

Artículo 16.1: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.”

Artículo 27.3: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”. Subrayado de esta Sala.

Se concluye, que el derecho de acceso a una vivienda digna está incluido en el elenco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, ligado a su dimensión social y a la protección de la familia como uno de los elementos esenciales para un nivel de vida adecuado, por lo que la inclusión del derecho a la vivienda de las personas y sus familias en el catálogo de derechos constitucionales concreta el cumplimiento de lo establecido en los instrumentos internacionales y el carácter de Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia, expresamente reconocido en el artículo 2 Constitucional, teniendo como fines esenciales “(...) *la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (...) la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo (...)*”, tal como lo prevé el artículo 3 de nuestra Carta magna, lo que implica no solo depurar los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio del derecho a la vivienda a todos los ciudadanos, sino que impone una obligación prestacional al Estado de procurar los medios necesarios para que todos tengan acceso real al mismo.

...La consagración constitucional del derecho a una vivienda digna es el corolario de una evolución que en Venezuela se remonta al establecimiento del Estado Social de Derecho, en particular desde la Constitución de 1947, que reconocía el derecho a la vivienda en su

artículo 52, que consagró la obligación del Estado de fomentar la construcción de viviendas baratas para facilitar el acceso a las mismas a las clases económicamente débiles en el contexto de la seguridad social, a saber:

“(...) Los habitantes de la República tienen el derecho de vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlos y contra la necesidad que de ellos se deriva.

El Estado establecerá en forma progresiva, un sistema amplio y eficiente de Seguridad Social y fomentará la construcción de viviendas baratas destinadas a las clases económicamente débiles (...)”. Subrayado de la Sala.

Luego, en la Constitución de 1961 se estableció, dentro del marco de la protección a la familia, el deber del Estado de facilitar la adquisición de una vivienda digna en los términos siguientes:

“Artículo 73.- El Estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica. La ley protegerá el matrimonio, favorecerá la organización del patrimonio familiar, inembargable y proveerá lo conducente a facilitar a cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica”. Subrayado de esta Sala.

De la transcripción de este artículo, se desprende que desde 1961 en Venezuela el derecho constitucional a la vivienda está ligado a la protección de las familias, por lo que su satisfacción por parte del Estado debe dirigirse primordialmente a tal fin, concepción esta que fue desarrollada con mayor profundidad en el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, considerando la adhesión de Venezuela a distintos acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, así como el rango constitucional que estos ostentan en nuestro ordenamiento jurídico, resulta oportuno observar cómo se ha regulado el derecho a la vivienda en este ámbito, por lo que se hará referencia a diversos convenios internacionales suscritos por la República en dicha materia.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948):

Artículo 25.1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965):

Artículo 5 (e) (iii): “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) (e) (...) (iii) El derecho a la vivienda”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966):

Artículo 2: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Artículo 11.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. Subrayado de esta Sala.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

Artículo 16.1: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.”

Artículo 27.3: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”. Subrayado de esta Sala.

(...)

Se concluye, que el derecho de acceso a una vivienda digna está incluido en el elenco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, ligado a su dimensión social y a la protección de la familia como uno de los elementos esenciales para un nivel de vida adecuado, por lo que la inclusión del derecho a la vivienda de las personas y sus familias en el catálogo de derechos constitucionales concreta el cumplimiento de lo establecido en los instrumentos internacionales y el carácter de Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia, expresamente reconocido en el artículo 2 Constitucional, teniendo como fines esenciales “(...) *la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (...) la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo (...)*”, tal como lo prevé el artículo 3 de nuestra Carta magna, lo que implica no solo deponer los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio del derecho a la vivienda a todos los ciudadanos, sino que impone una obligación prestacional al Estado de procurar los medios necesarios para que todos tengan acceso real al mismo.

De esta manera, la Carta Magna establece el derecho de las familias a acceder a una vivienda digna como uno de los fines esenciales del Estado, lo que implica necesariamente un desarrollo normativo más cercano a los derechos de protección y a los derechos sociales. En palabras de Forsthoff, tales obligaciones se dirigen a una regulación socialmente adecuada de las “*oportunidades de apropiación*”, colocando en el Estado la obligación de prestaciones normativas y además fácticas, por el deber de asumir con sus propios medios el servicio destinado a atender a los extensos grupos que requieren de su urgente intervención en materia de vivienda, producto de la desigualdad social como consecuencia de la desatención de la que fueran objeto durante años la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas agudizando el problema.

Estas prestaciones fácticas, que el Estado debe realizar para garantizar el acceso de todos sus ciudadanos a condiciones básicas para una vida adecuada, siguiendo la teoría de Jellinek, deben estar recogidas en el derecho positivo que es el *minimum* ético que la sociedad precisa en cada momento para seguir conviviendo y que debe ser elaborado de un modo sistemático para favorecer el bien jurídico llamado a tutelar, existiendo distintos tipos de derechos, tal como refiere Zippelius que divide los derechos subjetivos conforme a la situación jurídica del ciudadano frente al Estado, clasificándolos en (i) estatus negativo: entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales a la vida, libertad, integridad personal, inviolabilidad del domicilio y propiedad; (ii) estatus activo: referido a los derechos de participación en la voluntad política entre los que destaca el sufragio, libertad de opinión, asamblea y asociación; y (iii) el estatus positivo, atendiendo a los derechos prestacionales que le corresponde recibir en su favor para la satisfacción de sus necesidades básicas, tales como educación, salud y vivienda.

IV. EL DERECHO A LA SALUD Y A SU PROTECCIÓN

1. *Derecho a la salud y a su protección*

Artículo 83 C. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

C. 1961, art. 76

CPCA 27-5-98, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Varios vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, RDP N° 73-74/ 75-76, 1998 pp. 68-69.

La Corte analiza la violación de los derechos a la vida y a la salud consagrados en los artículos 76 y 58 respectivamente de la Constitución.

De lo anteriormente expuesto, se deduce la conducta omisiva en que ha incurrido el ente accionado con respecto a los accionantes, al no hacer a los mismos la entrega efectiva de los medicamentos que le fueran prescritos, por lo que pasa esta Corte a analizar las denuncias de las violaciones a los derechos constitucionales y al respecto se observa:

En primer término, en relación a la denuncia de violación a los derechos a la vida y a la salud consagrados en los artículos 76 y 58 de la Constitución, se observa que por ser derechos fundamentales e inherentes a la persona humana, la Constitución los recoge, el primero, de manera absoluta, imponiéndole a los órganos del Estado el cometido de asegurarlos, protegerlos y resguardarlos.

Asimismo, el derecho a la salud (física y mental) implica el derecho individual de protección de la salud, en el sentido de obtener el óptimo estado de salud e implica para el Estado el deber de amparar la salud pública. En relación a la enfermedad de las personas con anticuerpos VIH, ha indicado la Sala Político- Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia de fecha 20 de enero de 1998 lo siguiente:

“...las etapas de portación asintomáticas del virus y del desarrollo del SIDA, le incumbe al Estado el deber asistencial respecto del infectado, en lo físico, psíquico, económico y social, incluso el Estado debe adoptar una actitud de reconocimiento de la dignidad del ser humano afectado por este sufrimiento. Por supuesto no se trata de una apología del sufrimiento (el bien que resulta del mal) sino de los derechos de los seres dolientes y de la solidaridad humana... En este contexto la Corte no se refiere al contagio epidémico en el marco de la salud pública sino al valor de la solidaridad en su por cuanto “ningún hombre constituye por sí mismo una isla; cada hombre es una porción del continente...”

Ahora bien, en el presente caso, la afirmación de la accionada reconociendo las dificultades financieras que atraviesa el organismo y su incidencia en el cumplimiento de sus deberes de atención con los afiliados, se corresponde con las afirmaciones de los accionantes, todos cotizantes del I.V.S.S. surgiendo para ellos el derecho a que el referido ente les preste asistencia médica integral. Por tanto, al no haber comprobado la parte accionada, el suministro a los recurrentes de los medicamentos prescritos por los médicos tratantes y evidenciándose en autos la irregularidad en la entrega de los medicamentos denominados Inhibidores de la Transcriptasa Reversa y Proteasa, estima esta Corte que ha sido lesionado el derecho a la salud de los accionantes, toda vez que el

fallo en el suministro de los mismos impide que los pacientes se sometan a los tratamientos prescritos por los Médicos del I.V.S.S., aspecto médico no controvertido y siendo que ese tratamiento es el que han ordenado los médicos de la Institución, es lógico inferir que su no cumplimiento pone en peligro la vida y la salud de los accionantes afiliados al I.V.S.S. En consecuencia, considera la Corte que existe una amenaza inminente de que se viole un derecho fundamental como es el de la vida y de la salud. Así se decide.

CJS-SPA (594) 14-8-98, Magistrado Ponente: Humberto J. La Roche, Caso: Varios vs. República (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social), RDP N° 73-74/ 75-76, 1998 pp. 69-70.

Presunta violación del derecho a la vida y a la salud de los enfermos mentales reclusos en las instalaciones de las accionantes:

Ante el carácter personalísimo de la acción de amparo, surge la duda acerca de la capacidad de la representación judicial de las instituciones demandantes para representar también a sus pacientes.

Sin embargo, estima la Sala precedente la aplicación analógica del artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales el cual contempla la posibilidad para “cualquier persona”, “sin necesidad de asistencia de abogado”, de hacer una solicitud de *habeas* a favor de cualquiera que fuere objeto de privación o restricción de su libertad o que viene amenazada su seguridad personal.

Resulta en este sentido evidente que los enfermos mentales en cuestión se encuentran lamentablemente privados de libertad, incluso de discernimiento, a causa de su enfermedad, la cual les impediría otorgar un poder judicial o actuar por sí mismos. Surge igualmente de autos que su seguridad personal se encuentra amenazada por las circunstancias, ante la posibilidad de ser librados a su suerte o de no ser debidamente vigilados y atendidos. En consecuencia, se acepta la representación de todos los pacientes reclusos en los centros psiquiátricos demandantes por parte de quien se la ha atribuido y así se declara.

Afirma la parte actora que los derechos a la vida y a la salud de sus pacientes se han visto seriamente amenazados por la conducta omisiva del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, al no proveer los medios para su cuidado, tratamiento y manutención a través de la renovación de los contratos ya tantas veces mencionados.

Replica el Ministerio que no existe tal atentado pues ese ente, en resguardo precisamente de esos derechos, confió a los enfermos, cuyo cuidado le corresponde, a las instituciones demandantes, las cuales cumplen con todos los requisitos necesarios para realizar esa labor.

Debe ser categórico este Alto Tribunal en expresar su desagrado ante la deplorable conducta del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social respecto del caso de autos, puesto que confiesa que nunca tuvo intención de rescindir los contratos; que las contratistas cumplen con los requisitos mínimos para atender a los enfermos que les fueron confiados por ese organismo y que dispone de los fondos necesarios desde junio. No obstante, no ha procedido a prorrogarlos a la espera de la presente decisión.

En opinión de esta Corte Supremo de Justicia, esa conducta no sólo es abiertamente atentatoria contra los derechos a la vida y a la salud de los enfermos mentales en cuestión puesto que resulta evidente que sin los recursos necesarios el Estado no puede garantizarlos eficientemente, sino que deviene en un incumplimiento inexcusable de su deber de velar por estos infortunados y abandonados ciudadanos venezolanos quienes nada pueden hacer por mejorar su situación.

El Ministerio reconoce que la única razón para no haber renovados los contratos de servicio con las demandantes fue la indisponibilidad de fondos, y por otra parte declara:

“Es indudable que los enfermos mentales crónicos a quienes normalmente se recluyen en institutos psiquiátricos de largo estancia, son personas incapaces para proveer por sí mismos a su cuidado y manutención. Dependen de la atención que les puedan prodigar sus familiares o instituciones asistenciales, y tratándose de enfermos que no tienen familia o de muy escasos recursos económicos, es indudable que el Estado debe asumir integralmente su cuidado y atención”. (subrayado de la Sala)

Ante ambas declaraciones, la única actuación posible desde el punto de vista legal y moral por parte del Ministerio era, una vez disponibles los fondos necesarios, proceder sin dilación ni excusa alguna a la prorroga de los contratos existentes o a una nueva contratación, con el fin de “asumir integralmente” el cuidado y atención de los enfermos.

Al no haberlo hecho así atentó frontal e inexcusablemente contra dos derechos humanos fundamentales como lo son la vida y la salud y así se declara.

CSJ-SPA (594)14-8-98, Magistrado Ponente: Humberto J. La Roche, Caso: Varios vs. República (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social), RDP N° 73-74/ 75-76, pp. 70-71.

Los centros psiquiátricos al suscribir con la República contratos de servicio para la atención de enfermos mentales, crónicos e indigentes, comportan con el Estado la elevada responsabilidad de ser garante de los derechos humanos de tales personas

Sin embargo, no puede esta Sala pasar por alto las pruebas que cursan en autos, las cuales hacen presumir gravemente que en algunos de los centros psiquiátricos demandantes, al menos en los denominados “Instituto La Paz” y “Estancia Buena Vista” se violan también en forma grave los derechos humanos de los pacientes allí recluidos, razón por la que el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social deberá estudiar la factibilidad de no remitir nuevos pacientes a dichos centros y de no renovar la contratación de sus servicios en 1999 o, incluso, de rescindirla antes de esa fecha, en protección de los enfermos mentales que allí reposan, trasladándolos a instituciones idóneas. Así se declara.

Estima la Sala pertinente recordar a la parte actora que, al suscribir con la República contratos de servicio para la atención de enfermos mentales, crónicos e indigentes, comporten con el Estado la elevada responsabilidad de ser garantes de los derechos humanos de tales personas y de hacer su mejor esfuerzo para sanarlos y resocializarlos en la medida de lo posible. En cabal ejercicio de tan grave responsabilidad están en el ineludible deber de cuidarlos, mantenerlos y curarlos en forma digna y cónsona con su condición de seres humanos quienes padecen el infortunio de estar enfermos y desasistidos.

En consecuencia deben proveer sin falta, sin interrupciones y sin excuses; a sus necesidades básicas de salud, higiene y alimentación, las cuales, según se aprecia de pruebas cursantes en autos, no han sido atendidas suficientemente por todas las instituciones querellantes, en la mayoría de las cuales el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social ha constatado la ausencia de papel higiénico, productos para la higiene oral, jabón, sábanas y toallas, entre otros elementos indispensables, con el consiguiente deterioro de la salud de los pacientes. Así se declara.

Se les recuerda igualmente su deber de atender a las necesidades espirituales de sus pacientes, en el entendido de que no son depósitos de seres humanos sino instituciones de sanación, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 3.146 contentivo del Reglamento para Establecimientos de Larga Estancia -transcrito en el libelo-, el cual reza:

Artículo 5. La hospitalización en un Establecimiento Psiquiátrico de Larga Estancia se concibe como último recurso terapéutico luego de haber agotado todas las posibilidades previas de restauración de la salud. En caso de considerarse imprescindible dicha hospitalización, se procederá con el objeto de lograr la recuperación, la resocialización y el egreso de la persona en el menor tiempo posible.

Por último, lamenta y censura la Sala la ausencia del Ministerio Público en el caso de autos en el cual se encuentran en juego derechos que son consustanciales al ser humano y que deben ser protegidos por esta Corte. Sobre todo, por que se trata de personas que no tienen quien vele por ellos y que son incapaces de hacerlo por sí mismos.

CSJ-SPA (28) 20-1-98, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo, RDP N° 73-74/ 75-76, 1998, pp. 91-92.

El derecho a la salud impone al Estado el deber de amparar la salud pública, sobre todo en cuanto a las medidas para prevenir el contagio de epidemias o la contaminación ambiental, con efectos nocivos para la salud.

El derecho a la salud. Los recurrentes alegan que se les lesiona este derecho por cuanto no reciben el tratamiento adecuado, “se les suministra simplemente vitamina E, el mismo no incluye medicamentos y fenecería una vez la Fuerza a la que pertenecen les de baja, tal como está planteado”.

Por su parte, el Ministro de la Defensa sostuvo que a los recurrentes “se les está suministrando tratamiento médico adecuado” y “con el que cuenta la institución militar”.

La Corte observa:

El derecho a la salud (física y mental) implica el derecho individual de protección de la salud al cual le corresponde el deber de curarse (por razón de la dignidad de la condición humana), en tal sentido de conseguir el óptimo estado de salud. Asimismo, el derecho en referencia impone al Estado, el deber de amparar la salud pública, sobre todo en cuanto a las medidas para prevenir el contagio de epidemias o la contaminación ambiental, con efectos nocivos para la salud. Los derechos humanos en relación a la salud se complementan con la ética médica. En cuanto a la enfermedad de las personas con anticuerpos anti-HIV, las etapas de portación asintomático del virus y del desarrollo del SIDA, le incumbe al Estado el deber asistencial respecto al infectado, en lo físico, psíquico, económico y social, incluso el Estado debe adoptar una actitud de reconocimiento de la dignidad del ser humano afectado por este sufrimiento. Por supuesto no se trata de una apología del sufrimiento (el bien que resulta del mal) sino de los derechos de los seres dolientes y de la solidaridad humana. El drama ¿por que a mi, por qué esto, por que ahora? no es tan sólo un asunto individual. En este contexto la Corte no se refiere al contagio epidémico en el marco de la salud pública sino al valor de la solidaridad en si por cuanto “ningún hombre constituye por sí mismo una isla; cada hombre es una porción del continente, una parte de tierra firme...*La muerte de cualquier hombre me disminuye, puesto que estoy implicado en la condición humana*”. (John Donne, 1572-1631, poeta y teólogo inglés).

En el curso de esta sentencia se mencionó que el SIDA se presenta en la actualidad como un azote de la humanidad, por su carácter incurable y epidémico.

Por tratarse ahora del derecho a la salud, la Corte quiere precisar su criterio en cuanto a los posibles resultados del tratamiento médico de la enfermedad y al respecto observa, en consideración de la historia y cultura de la humanidad, que el hombre encontró siempre respuesta a las epidemias humanas. Esa trayectoria atestigua y permite afirmar que la cura del SIDA no constituye una ucronía como algo jamás dable, sino una esperanza real y activa que se corresponde a la misma naturaleza humana. Hoy no, mañana sí. Y es perfectamente plausible que los mismos recurrentes del caso *subjudice*, sean los beneficiarios de la cura definitiva. Es aquí y ahora que surge con toda la intensidad el derecho a la salud, no como un paliativo al buen morir sino un reclamo de la vida.

Al no haber comprobado la parte accionada, el suministro a los recurrentes de la asistencia médica correspondiente, la Sala estima que le fueron lesionados el derecho a la salud, positivizado en el artículo 76 constitucional, en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Así se declara.

CPCA 14-4-2000, Magistrado Ponente: Pier Paolo Pasceri Scaramuzza, Caso: Vilma M. Peña L. y otros vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), RDP N° 82, 2000, pp. 311-312.

En la medida en que el derecho a la salud se vea afectado, de manera indirecta se está afectando el derecho fundamental a la vida.

Determinado lo anterior se observa que el derecho a la vida constituye un derecho extremadamente tutelado, sin el que no se puede concebir ningún otro derecho y menos aun la existencia del estado, no sólo en razón de estar consagrado constitucionalmente sino porque este derecho es fundamental de toda persona humana, del cual se es titular y bajo ninguna circunstancia puede ser objeto de renuncia. Igualmente se advierte que el Texto Constitucional consagra en su artículo 83 el derecho a la salud como “un derecho social fundamental, obligación del Estado que lo garantizará como parte del derecho a la vida”, por tanto, es posible colegir que ambos derechos se encuentran intrínsecamente relacionados y que en la medida en que el derecho a la salud de vea afectado, de manera indirecta se está afectando el derecho fundamental a la vida. Además, la Constitución le impone a los órganos del Estado el cometido de asegurarlos, protegerlos y resguardarlos, para lo cual debe promover y desarrollar políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios.

Ahora bien, siendo que todos los habitantes de la República tienen derecho a la protección de la salud, es necesario recalcar que la actuación del organismo administrativo al emitir su decisión de cierre del referido centro ambulatorio contradice y menoscaba dicha protección, lo que se traduce en violación de dichos derechos, por cuanto impide a los ciudadanos habitantes de la localidad de Los Teques el uso de los medios dirigidos al resguardo de dicho bien tutelado.

Por ello esta Corte vista la relevancia de los derechos denunciados como violados, circunstancia esta que quedó plenamente comprobada a través de testigos, usuarios del servicio y habitantes del sector, quienes, luego de juramentados en la audiencia y leídas las generales de ley, depusieron refiriéndose a la necesidad del servicio nocturno de salud y a la lejanía de otro centro primario de atención. Mas aun, no logró el agraviante en la mencionada audiencia, a través de las documentales producidas y representadas por fotografías del ambulatorio objeto del cierre, demostrar porqué debía ser cerrado; porque era una locación no apta para el servicio nocturno y si lo era para el diurno; porque sí era segura su estructura para el segundo horario referido y no lo era para el horario nocturno.

La actividad desplegada por el agraviado atenta contra los principios básicos que inspiran la prestación de todo servicio público, el de la continuidad el cual contiene mayor relevancia en el servicio público de la salud, siendo este de extrema necesidad en toda sociedad y mas aun en la venezolana, cuya prestación se hace requisito indispensable de vida, dado los múltiples factores que atentan contra ella, en razón a la baja rigurosidad en la salubridad pública, la inseguridad personal, entre tanto, que por ser hechos notorios para esta Corte no requieren de pruebas, de conformidad con el 506 del Código de Procedimiento Civil aplicable por remisión del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Por los razonamientos anteriormente expuestos considera esta Corte imperioso declarar la procedencia de la presente pretensión de amparo constitucional y así se declara.

TSJ-SPA (1386) 15-6-2000, Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé, Caso: Germán E. Avilez P. vs. Compañía Anónima Electricidad de Oriente (ELEORIENTE), RDP N° 82, 2000, p. 312.

El derecho a la salud, conforme a las más modernas tendencias del derecho de los derechos humanos, se considera como una extensión del derecho a la vida.

A su vez, Constitución consagra el *derecho a la vida* en el artículo 43 y el *derecho a la salud* en el artículo 83. Al respecto, la Sala considera necesario precisar que éste último -el derecho a la salud- se garantiza de la manera más amplia, conforme las más modernas tendencias del

derecho de los derechos humanos, que lo considera como una extensión del derecho a la vida, definida en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Nueva York, 19 junio-22 julio 1946), como “*un estado de completo bienestar físico, mental, social, y no solamente la ausencia de afecciones y o enfermedades, en virtud de la dimensión ontológica de los derechos humanos*”. (Cursivas de la Sala). Así las cosas, el derecho a la salud, tienen como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque *éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se deriva*. Se dice con razón que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiraciones espirituales; por su condición de ser cultural, de lo que se entiende que el derecho a la vida y a la salud como extensión del mismo, va más allá del mero aspecto hecho biológico o físico, e incluye tanto el aspecto moral como el psicológico.

TSJ-SC (487) 6-4-2001, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: Glenda López y otros vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), RDP N° 85-86/ 87-88, 2001 pp. 140-141.

El derecho a la salud no se agota en la simple atención física de una enfermedad a determinada persona, sino que el mismo se extiende a la atención idónea para salvaguardar la integridad mental, social y ambiental de las personas, e incluso de las comunidades como entes colectivos.

De la redacción de la norma antes transcrita (artículo 83 C.), puede colegirse que el derecho a la salud como parte integrante del derecho a la vida, ha sido consagrado en nuestra Carta Magna como un derecho social fundamental (y no como simples “*determinaciones de fines de estado*”), cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado, cuyos órganos desarrollan su actividad orientados por la elevación (progresiva) de la calidad de vida de los ciudadanos y, en definitiva, al bienestar colectivo. Ello implica que el derecho a la salud, no se agota en la simple atención física de una enfermedad a determinada persona, sino que el mismo se extiende la atención idónea para salvaguardar la integridad mental, social, ambiental, etcétera, de las personas e incluso de las comunidades como entes colectivos imperfectos, en tanto que no están dotadas de un estatuto jurídico especial que les brinde personería en sentido propio.

Para el cumplimiento de tales fines, la acción estatal debe instaurar por vía legislativa una estructura administrativa capaz de atender los requerimientos constitucionales antes esbozados. Así, mediante la Ley del Seguro Social (publicada en la *G.O.* N° 4.322 Extraordinario, de fecha 3 de octubre de 1991), fue creado el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública, con el objeto de servir como órgano rector del sistema de seguridad social, entre cuyas obligaciones destaca -en el caso *sub examine*-, aquella que le ordena brindar atención médica integral a sus afiliados.

En el caso de autos, la violación del derecho a la salud y la amenaza al derecho a la vida, así como la vulneración del derecho a los beneficios de la ciencia y la tecnología consistió en la omisión de entrega regular y permanente, por parte de la Dirección de Farmacoterapéutica del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, de los medicamentos prescritos por especialistas del Hospital Domingo Luciani adscrito al referido instituto, a favor de los solicitantes del amparo, y la negación de la cobertura a practicar a éstos, la realización de exámenes médicos especializados, destinados a contribuir en el eficaz tratamiento del VIH/SIDA. Tal hecho, resultó admitido parcialmente por la parte accionada, respecto a cuatro de los solicitantes del amparo (Gustavo Ortega, Sandra Acosta Hermoso, Joao de Ascensao y Ramón Anselmi), al señalar que sólo éstos habían solicitado ante la prenombrada Dirección la entrega de los medicamentos prescritos por los especialistas del mencionado hospital, y no existiendo en autos instrumento alguno producido por los accionantes, destinado a contradecir tales alegatos de la parte accionada, los mismos deben tenerse como ciertos.

Así lo estimó acertadamente el Juzgado *a quo*, al declarar con lugar el amparo a favor de los prenombrados ciudadanos, ordenando al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales la cobertura y realización de los exámenes médicos especializados para el tratamiento del VIH/SIDA y

el de las enfermedades oportunistas, así como la entrega regular de los medicamentos prescritos por los especialistas del Hospital Domingo Luciani (inhibidores de la transcriptasa e inhibidores de la proteasa), para el tratamiento del VIH/SIDA y las consecuentes enfermedades oportunistas.

Ciertamente, no podría esta Sala objetar que la conducta omisiva del ente accionado, puso en peligro la salud de los mencionados agraviados e incluso sus vidas, al (i) no administrar regularmente el tratamiento médico prescrito por los especialistas del Hospital Domingo Luciani y destinado a salvaguardar la integridad física de los actores, y (ii) no incluir en su cobertura la realización de exámenes médicos que optimizaban dicho tratamiento, conduciendo a su vez a la vulneración del derecho a la seguridad social, toda vez que los agraviados gozan del carácter de afiliados al sistema de seguridad social; motivos por los cuales, en este particular, debe esta Sala confirmar el fallo impugnado en apelación por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Así se declara.

TSJ-SPA (0151) 13-2-2008, Magistrada Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero, Caso: Astrazeneca Venezuela S.A. vs. Ministerio de Salud y Desarrollo Social, ahora Ministerio del Poder Popular para la Salud. RDP N° 113, 2008, pp. 154-158.

Siendo la salud un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado, regulaciones como las establecidas en el Tratado G3 y Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, y las cuales se dirigen a establecer limitaciones para el expendio de medicamentos, deben orientarse a la satisfacción de los intereses colectivos, lo cual puede incluso ameritar el sacrificio de intereses económicos concretos en aras de hacer prevalecer una necesidad colectiva primordial, esto es, la dotación a la población de medicamentos genéricos a unos precios más accesibles.

Asimismo, se aprecia que la aplicación simultánea de la Decisión 486 de la Comunidad Andina y del Tratado G3, obedeció al hecho de que la regulación que contemplan sobre la materia ambos textos legales admite una interpretación armónica de sus disposiciones, toda vez que lo previsto en los aludidos cuerpos normativos en modo alguno se contradice.

En efecto, el artículo 18-22 del Tratado G3, dispone en lo concerniente a la protección de datos de bienes farmoquímicos o agroquímicos, lo siguiente:

1. Si como condición para aprobar la comercialización de bienes farmoquímicos o de productos agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos, una Parte exige la presentación de datos sobre experimentos o de otro tipo que no se hayan publicado y que sean necesarios para determinar su seguridad y eficacia, esa Parte protegerá los datos referidos siempre que su generación implique un esfuerzo considerable, salvo cuando la publicación de esos datos sea necesario para proteger al público, o cuando se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.

2. Cada Parte dispondrá, respecto de los datos mencionados en el párrafo 1 que le sean presentados después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, que ninguna persona distinta a la que los haya presentado pueda, sin autorización de esta última, contar con esos datos en apoyo a su solicitud para la aprobación de un bien durante un período razonable después de su presentación. Para este fin por período razonable se entenderá normalmente un lapso no menor de cinco años contados a partir de la fecha en que la Parte haya concedido a la persona que produjo los datos, la aprobación para poner en el mercado su bien, tomando en cuenta la naturaleza de los datos y los esfuerzos y gastos de la persona para generarlos.

Sujeto a esta disposición nada impedirá que una parte lleve a cabo procedimientos sumarios de aprobación para esos bienes sobre la base de estudios bioequivalencia o biodisponibilidad.”. (Resaltado de la Sala).

Por su parte el artículo 266 de la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, dispuso en lo atinente a dicho aspecto, lo siguiente:

“Los Países Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además los Países Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sean necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos, contra todo uso comercial desleal.

Los Países Miembros podrán tomar las medidas para garantizar la protección consagrada en este artículo”.

Como puede apreciarse, ambas disposiciones contienen regulaciones muy similares en lo que concierne al plazo de protección, siendo la única diferencia la referente al hecho de que en el Tratado G3, se deja a cargo de los Estados miembros la adopción de la regulación a que haya lugar, señalándose al mismo tiempo lo que ha de entenderse por plazo razonable; mientras que en la Decisión 486 directamente se regula la materia y en ningún caso se contempla o define cuantitativamente un plazo mínimo de protección.

Por lo tanto, la primera de las disposiciones, esto es, la referida al Tratado G3, tiene carácter programático; mientras que la segunda, es decir la contenida en la mencionada Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, fija directrices a los Estados miembros, pero en ningún caso condiciona o preestablece la fijación de un lapso determinado de protección.

Lo anterior se justifica si tomamos en cuenta que siendo la salud un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado, regulaciones como las descritas en las líneas que anteceden y las cuales se dirigen a establecer limitaciones para el expendio de medicamentos, deben orientarse a la satisfacción de los intereses colectivos, lo cual como se explicará más adelante, puede incluso ameritar el sacrificio de intereses económicos concretos en aras de hacer prevalecer una necesidad colectiva primordial, esto es, la dotación a la población de medicamentos genéricos a unos precios más accesibles.

Por tal motivo, resulta incompatible con ese fin primordial del Estado supeditar el expendio de productos genéricos a un plazo preestablecido y expresamente reglado, ya que ello podría traducirse en graves violaciones al derecho constitucional a la salud, que en modo alguno pueden ser amparadas por este órgano jurisdiccional.

De ahí que, considera la Sala que una interpretación acorde con los postulados del Estado Social de Derecho conduce a entender que el carácter programático que debe atribuirse a la norma contemplada en el Tratado G3, debe armonizarse con la disposición contenida en la Decisión 486 cuando se define al plazo razonable de protección como “...normalmente un lapso no menor de cinco años...”, en el sentido de sostener que existe por parte de los Estado miembros la potestad discrecional de ponderar, atendiendo a las necesidades colectivas, si siempre o sólo en determinadas ocasiones, deben respetarse los cinco años que “...normalmente...” se conceden como período de protección a los laboratorios que introducen sustancias novedosas al mercado.

De forma que, lo expuesto se traduce en la potestad del Estado de expedir las autorizaciones en referencia cuando razones de orden público lo aconsejen, no pudiendo invocarse como limitación a dicha potestad la existencia de un lapso reglado de protección, al cual se le atribuya carácter inquebrantable.

Por el contrario, considera la Sala que quien pretenda impugnar el ejercicio de la potestad discrecional así entendida, deberá en todo caso cumplir con la carga de demostrar que en su supuesto particular no se verificaban las condiciones especiales que justificaban una reducción del aludido plazo y por consiguiente, el Estado habría afectado injustificadamente los intereses económicos de un determinado grupo o persona. No obstante, de no verificarse lo anterior, en modo alguno podría cuestionarse, a juicio de este órgano jurisdiccional, la autorización del medicamento genérico, cuyo costo menos elevado permite que un mayor número de la población tenga mejor acceso al progreso científico, toda vez que ello conllevaría a legitimar una violación al derecho humano de la salud.

Establecido lo anterior, debe igualmente precisarse que en el caso concreto de la República Bolivariana de Venezuela si bien es cierto que el aludido Tratado fue incorporado al derecho interno a través de la promulgación de la respectiva Ley Aprobatoria, publicada el 29 de diciembre de 1994 en la *Gaceta Oficial* N° 4.833, Extraordinario, así como también se pudo constatar que el Ejecutivo no formuló reserva ni realizó denuncias en torno a la disposición analizada, no deja de ser menos cierto que el Estado en ningún momento dictó los cuerpos normativos destinados a regular las condiciones y plazos de protección aplicables en el territorio nacional.

Por lo tanto, tratándose de una norma programática que otorgaba a cada Estado miembro un cierto margen de discrecionalidad para fijar plazos de protección en la materia y cuya única limitante consistía en entender que “normalmente” la expresión “plazo razonable” aludía a un período no menor de cinco años y visto igualmente, que la República Bolivariana de Venezuela, nunca procedió a regular dicha materia, debe concluirse que en nuestro país no existía un plazo preestablecido que debiese respetarse para la aprobación de sustancias cuyo principio activo es el mismo de aquellas consideradas novedosas.

En efecto, se desprende del artículo 266 de la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, que el Estado debe garantizar y resguardar la confidencialidad de la información no sólo en relación a las conductas identificadas en el artículo 262 *eiusdem* como situaciones que configurarían usos comerciales desleales y las cuales involucran en la generalidad de los supuestos la obtención ilícita de la información o una relación contractual o laboral que haya permitido el acceso a los datos divulgados; sino que adicionalmente la redacción de la primera de las mencionadas normas es clara cuando dispone que “...[a]demás los Países Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sean necesarios para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos, contra todo uso comercial desleal...”. (Resaltado de la Sala)

De manera que, en principio y conforme a lo dispuesto en el artículo 266 *eiusdem* debe protegerse al poseedor de los datos respecto a “...toda divulgación...”, sin importar si ésta da lugar o no a un uso comercial desleal.

Ahora bien, en cuanto al lapso por el cual deberá protegerse dicha información, advierte la Sala que a diferencia de lo que ocurría en el régimen previsto en la Decisión 344 de la Comisión Andina de Naciones, la Decisión 486 aplicable *ratione temporis* a la controversia, dispuso en el artículo 263 que dicha protección perduraría “...mientras existan las condiciones establecidas en el artículo 260...”.

Asimismo, se aprecia que tales condiciones, de acuerdo a lo consagrado en la señalada norma (artículo 260), se refieren a las siguientes:

“Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerlas secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios...”.

De lo expuesto se colige que tales condiciones se concretan a que la información siga siendo secreta, goce de un valor comercial derivado de ese hecho y que su poseedor legítimo haya adoptado las medidas necesarias para preservar el señalado carácter confidencial.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de las citadas condiciones, advierte la Sala que a pesar de que no consta en autos que se observaron dichos extremos, no obstante, debe igualmente precisarse que aun cuando ello hubiese sido acreditado, sólo una interpretación en extremo literal de las aludidas disposiciones permitiría afirmar que se trata de un lapso indefinido e indeterminable.

En efecto, en estricto apego a la letra de la norma en referencia, se aprecia que las condiciones en ella enunciadas fundamentalmente se refieren al hecho de que la información objeto de la protección conserve su carácter secreto, tenga un valor comercial derivado de ese rasgo confidencial y que a su vez haya sido objeto de las medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para preservar el aludido carácter confidencial.

De forma que se trataría de situaciones que en abstracto podrían prolongarse indefinidamente y ello lógicamente desnaturalizaría el fin de la protección que pretende brindarse a tales laboratorios y al mismo tiempo podría propiciar la creación de monopolios en materias de tanta trascendencia como lo sería la comercialización de los medicamentos.

Por consiguiente, una interpretación literal de las normas referidas a la duración de la protección que debe brindarse en estos supuestos a los laboratorios, además de los inconvenientes arriba identificados, vulneraría los postulados propios del Estado Social de Derecho y de Justicia y de acuerdo al cual el Estado deja de ser un sujeto pasivo en las relaciones sociales, para comprometerse activamente en ellas, asumiendo obligaciones en materia de educación, salud, deporte, vivienda y seguridad social, entre otros aspectos igualmente relevantes, con lo cual todas las normas constitucionales, sustanciales y formales que hacen posible la efectividad del sistema, forman un todo organizado y orientado en función de la solidaridad y de la dignidad humana.

Tal obligación se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé lo siguiente:

“La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida.

El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

Asimismo, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 del 10 de diciembre de 1948, conforme al cual:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”(Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse de la anterior disposición, en la referida declaración se consagra como parte integrante de los derechos humanos el que tiene toda persona de participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, situación que ha conllevado a que un sector respetable de la doctrina, cuestione la calificación de propiedad intelectual e industrial que suele atribuirse al creador o autor de una invención, por considerar que esta categoría de derechos se

encuentra ligada más a los derechos culturales que a la propiedad como tal, ya que los conocimientos pertenecerían a la humanidad y por consiguiente tienen que ser compartidos sin restricciones.

Así, suele argumentarse que al consagrarse en el artículo 27 del aludido cuerpo normativo la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas, se estaría vinculando el derecho que de ello resulte a lo contemplado en los artículos 25 y 26 *eiusdem* en lugar del derecho de propiedad.

De ahí que, a juicio de la Sala y aun cuando deba reconocerse y garantizarse la protección bajo análisis brindada respecto a la información suministrada por las empresas que introducen nuevas sustancias farmacológicas en el mercado, ello no obsta para que en ocasiones el Estado pueda adoptar medidas limitadoras de tal protección.

Refuerza lo expuesto la circunstancia de que adicionalmente al carácter programático del artículo 18-22 del Tratado G3, éste expresamente define como plazo razonable de protección un lapso que “normalmente” no será menor de 5 años, con lo cual se infiere que en ocasiones el Estado puede autorizar el expendio de medicamentos genéricos antes de transcurrir el mencionado período.

TSJ-SC (86) 26-2-2013, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea) y otros, RDP N° 133, 2013, pp. 97-98.

El derecho a la salud no implica solo la atención médica por parte de los órganos del Estado sino que ello envuelve otros derechos como el derecho a la prevención y el tratamiento médico de enfermedades, acceso a medicamentos, acceso igual a los servicios de salud, oportunidad en su atención, acceso a la información sobre tratamientos así como las enfermedades que puedan alterar la salud del ser humano o de un colectivo, la participación en las decisiones relacionadas con la salud, la no discriminación en la prestación como en la atención del servicio, entre otros.

Así, dentro de esta gama de derechos, desarrollados por el Constituyente, en el artículo 83 de la Carta Magna, se estableció el derecho a la salud, el cual expone: “Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

En este orden de ideas, es de destacar que el derecho a la salud forma parte del derecho a la vida, por cuanto es intrínseco a la vida misma la condición de salud que pueda tener cada ciudadano o una colectividad determinada siendo una obligación del Estado garantizar su aseguramiento, y no restringiéndose éste a la salud física, sino que ésta abarca y se extiende a la salud mental y psíquica de cada ser humano. Dicha concepción no es extraña al mismo, ya que, en el plano internacional, se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, en su preámbulo que la salud es “(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades (...)”.

Asimismo, en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también se incluye el derecho a la salud, cuando se contempla que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (...)”.

Por último, se aprecia que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12.1 reafirma esa concepción amplia del derecho a la salud, la cual no abarca únicamente la salud física sino que incluye igualmente a la salud mental de las personas, al efecto, el mencionado artículo dispone: “*Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”.

De la disposición citada establecida en el artículo 83 del Texto Constitucional, así como las normas de derechos humanos que regulan el derecho a la salud, se desprende que el derecho a la salud no implica solo la atención médica por parte de los órganos del Estado sino que ello envuelve otros derechos como el derecho a la prevención y el tratamiento médico de enfermedades, acceso a medicamentos, acceso igual a los servicios de salud, oportunidad en su atención, acceso a la información sobre tratamientos así como las enfermedades que puedan alterar la salud del ser humano o de un colectivo, la participación en las decisiones relacionadas con la salud, la no discriminación en la prestación como en la atención del servicio, entre otros.

Esa amplitud de implicaciones en el ejercicio del referido derecho depende incluso de otros derechos humanos, por ser parte esencial del derecho a la vida como expresamente lo cataloga el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y se reafirma en los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 2 del Texto Constitucional, cuando consagra que: “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político*”

TSJ-SC (247) 29-3-2016, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchan, Caso: Karin Valle Ochoa Simancas vs. Decisión Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, RDP N° 145-146, 2016, pp. 165-168.

Vistos los lineamientos preliminares sobre la disconformidad a derecho de la sentencia impugnada, debe esta Sala reafirmar que el derecho a la salud no solo se constituye como un derecho constitucional de los ciudadanos sino que a su vez se erige como un imperativo prestacional del Estado, mediante su prestación y protección, tal como lo señala el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluyendo dentro de este a la salud psíquica y mental adicionalmente al bienestar físico, ya que su protección implica el resguardo de la vida, no solo como protección ulterior del ser humano sino también de la calidad de vida, ya que su disminución implica un menoscabo de las condiciones físicas y psíquica de cada persona.

Sobre el contenido y amplitud del derecho a la salud, esta Sala se pronunció en sentencia N° 1566/2012, en la cual se señaló que:

En este orden de ideas, es de destacar que el derecho a la salud forma parte del derecho a la vida, por cuanto es intrínseco a la vida misma la condición de salud que pueda tener cada ciudadano o una colectividad determinada siendo una obligación del Estado garantizar su aseguramiento, y no restringiéndose éste a la salud física, sino que ésta abarca y se extiende a la salud mental y psíquica de cada ser humano. Dicha concepción no es extraña al mismo, ya que en el plano internacional, se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, en su preámbulo que la salud es ‘(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades (...)’.

Asimismo, en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también se incluye el derecho a la salud, cuando se contempla que ‘Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (...)’.

Por último, se aprecia que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12.1 reafirma esa concepción amplia del derecho a la salud, la cual no abarca la salud física sino incluye igualmente a la salud mental de las personas, al efecto, el mencionado artículo dispone: ‘Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’.

De la disposición citada establecida en el artículo 83 del Texto Constitucional, así como las normas de derechos humanos que regulan el derecho a la salud, se desprende que el derecho a la salud no implica solo la atención médica por parte de los órganos del Estado sino que ello envuelve otros derechos como el derecho a la prevención y el tratamiento médico de enfermedades, acceso a medicamentos, acceso igual a los servicios de salud, oportunidad en su atención, acceso a la información sobre tratamientos así como las enfermedades que puedan alterar la salud del ser humano o de un colectivo, la participación en las decisiones relacionadas con la salud, la no discriminación en la prestación como en la atención del servicio, entre otros.

Esa amplitud de implicaciones en el ejercicio del referido derecho depende incluso de otros derechos humanos, por ser parte esencial del derecho a la vida como expresamente lo cataloga el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y se reafirma en los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 2 del Texto Constitucional, cuando consagra que: ‘Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político’.

En razón de ello, el derecho a la salud se encuentra plenamente interrelacionado con el derecho a una alimentación sana, el acceso al agua, a una vivienda adecuada, a la no discriminación y a la igualdad, derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, acceso a la información, a la participación, entre otros, ya que la satisfacción de dichos derechos y su interrelación mediata o inmediata entre ellos, es acorde con uno de los fines esenciales del Estado es la ‘(...) promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución’.

Si bien, la Ley Orgánica de Salud no contempla una definición expresa sobre el contenido de lo que debe entenderse por salud mental, resulta innegable su reconocimiento en el artículo 2, cuando dispone: ‘Se entiende por salud no sólo la ausencia de enfermedades sino el completo estado de bienestar físico, mental, social y ambiental’ (...).

En este orden de ideas, cualquier gravamen u omisión constatada en la protección o prestación del servicio implica una afectación no sólo a la condición existencial del ciudadano –núcleo de protección– sino que a su vez, podría conllevar un menoscabo a otros derechos que pueden verse infringidos, como el derecho al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación, entre otros; razón por la cual, su tutela a diferencia de lo expresado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no deriva de la prestación de un servicio activo, sino que ésta se refuerza cuando existe un servicio pasivo, en el sentido terminológico expresado por los referidos juzgadores, ya que en este supuesto la trabajadora se encontraba de reposo precisamente por una incapacidad de salud que le impedía prestar sus servicios laborales en una condición de normalidad y no por una actuación unilateral del afectado, sin un sustento legal para ello. (...)

Sobre este aspecto, cabe señalar que la protección del derecho a la salud debe tener un grado de resguardo proporcional a la afectación tanto cualitativa como cuantitativa del afectado, así como temporal. En los primeros dos supuestos, se debe atender no solo a la incapacidad respecto al desempeño normal en sus labores habituales sino a las condiciones y resguardo de un ambiente sano y flexible con sus incapacidades, de manera de que un ciudadano no se transforme en ser improductivo laboralmente, sino que se propenda a su integración en el ejercicio de sus

funciones (*vgr.* Trabajadores con discapacidades motoras y/o mentales, que permitan el pleno desarrollo de sus funciones en un ambiente de normalidad). En tanto, la temporalidad responde a la protección de sus condiciones laborales mientras que subsiste la dolencia temporal o la definitiva de ser estimada por los órganos competentes, sin que en el mencionado período exista perturbación alguna.

En igual medida, debe atenderse a las condiciones médicas degenerativas e irreversibles, las cuales, si bien no pueden ser apreciables visiblemente en las etapas iniciales de la enfermedad y no generan una incapacidad inmediata, pueden acarrear altos grados de avance de padecimiento con el transcurso del tiempo que hacen objeto de protección reforzada ante posibles tratos discriminatorios por la desmejora en las condiciones físicas y/o mentales con el desarrollo de la enfermedad.

Así pues, la protección debe ser otorgada cuando la enfermedad deriva en una inhabilidad o imposibilidad al desarrollo cotidiano de sus labores diarias, independientemente de que las condiciones sean visibles o no, ya que existe una gran diversidad de enfermedades que no denotan una apreciación externa y por ende, los daños son internos, lo que no niega ni obstaculiza la protección del derecho a la salud, ya que este debe ser garantizado independientemente por el Estado, cuando la situación implica un riesgo para su salud o las condiciones laborales pueden implicar no sólo un deterioro a su estado de salud sino que limitan el pleno y libre ejercicio de su condición (*Vgr.*, Enfermedad de Parkinson, Esclerosis Lateral Amiotrófica, entre otras).

En este orden de ideas, se aprecia que estos elementos particulares, que pueden ser objetivos o subjetivos, implican a su vez una revisión sanitaria por las autoridades médicas correspondientes, que deben ser objeto de valoración por parte de los órganos jurisdiccionales, con el objeto de verificar si un momento dado se constata una violación de los derechos constitucionales del afectado, en virtud de que si bien pueden subsistir elementos objetivos de determinadas enfermedades, existen otros elementos casuísticos y/o personales de cada ser humano que pueden implicar un mayor grado de incidencia en una condición de salud que ameritan un examen pormenorizado de la situación que hacen efectiva la realización de la ponderación del derecho a la salud con el derecho al trabajo y la consecuente protección de uno sobre otro, si se hace insoportable el grado de sufrimiento físico, psíquico y moral de determinado ciudadano.

De esta forma, se aprecia que contrario a lo señalado por el referido órgano jurisdiccional, la protección al derecho a la salud requiere un mayor grado de resguardo cuando el ciudadano afectado se encuentra de reposo por el sufrimiento de la misma, ya que de lo contrario, implicaría admitir arbitrariedades no solo fácticas sino jurídicas; en virtud de que en dicho período – reposo o incapacidad temporal– se encuentra recuperándose y no en período de disfrute o distracción lúdica.

Además, no puede dejar de advertir esta Sala que a pesar de los avances a nivel de la legislación –artículo 70 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo– y la jurisprudencia nacional (*Cfr.* Sentencia de la Sala de Casación Social nros. 1238/2011 y 904/2013) y extranjera, la jurisdicción contencioso administrativa debe tener en consideración que la naturaleza de algunas patologías o condiciones de salud (*Vgr.* El caso del estrés laboral – Enfermedad ocupacional–), podría comportar en algunos casos el esparcimiento terapéutico que en forma alguna contradice la “*condición de reposo*”, dada la naturaleza del correspondiente tratamiento médico prescrito de ser el caso.

En este aspecto, interesa destacar el grado de afectación que puede tener el estrés laboral en el desempeño de los trabajadores, requiere de una protección del derecho a la salud, como muchas de las enfermedades mentales que paradójicamente han sido ensimismadas por un manto de prejuicios de los patronos, al presumir la mala fe de los ciudadanos y no la real existencia de un padecimiento psicológico, el cual en muchos supuestos puede tener igual grado de incidencia o mayor que una enfermedad física visible.

En ese marco de garantía real de los derechos fundamentales, cabe llamar la atención que la protección del derecho a la salud, abarca la salvaguarda de otros beneficios laborales y funcionariales como las vacaciones, cuando la incapacidad devino dentro de dicho período, ya que el

justificante es que no pudo existir un goce pleno del disfrute de las vacaciones cuando la persona se encontraba aquejada de salud, debiendo posteriormente restituirse dicho lapso por un período equivalente al de duración de la enfermedad (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de noviembre de 2011, KHS (C-214/10), véase asimismo sentencia del 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda (C-277/08), consultado en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/cp120087es.pdf>)

2. *El servicio público de salud y el derecho a la participación de la comunidad organizada*

Artículo 84 C. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

TSJ-SC (3252) 28-10-2005, Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz, Caso: Interpretación del artículo 84 *in fine* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, RDP N° 104, 2005, pp. 91 y ss.

La correcta interpretación del artículo 84 in fine de la Constitución de 1999 debe ser la siguiente: la comunidad organizada, a través de las cooperativas, empresas comunitarias y todo ente corporativo o asociativo con forma de derecho público o privado cuya labor se refiera al sector salud, tienen el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones -fundamentalmente a través de mecanismos de consulta, o bien con carácter vinculante cuando así lo disponga expresamente la ley- relativas a la planificación, ejecución y control de las políticas -léase, orientaciones y directrices generales, a ser plasmadas en planes y programas- de las instituciones públicas de salud, entendiéndose por tales cualquier órgano o ente de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal con competencias afines al sector salud a quienes compete la determinación de las políticas de ese sector. Participación que se ejercerá en los términos y condiciones que disponga una norma de rango legal.

3. Según se expuso *supra*, en el caso de autos, la parte actora solicitó a la Sala dilucidar si es posible, a la luz del artículo 84 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que los ciudadanos participen e interfieran en el nombramiento y remoción de los altos funcionarios de las instituciones públicas de salud que dependen del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo opinó que no es posible, de conformidad con esa norma, que las comunidades interfieran en el nombramiento y remoción de los altos cargos pues no está, “...dentro de los derechos conferidos a las comunidades, la potestad de efectuar el nombramiento o designación de los funcionarios del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, ya que tal designación escapa del ámbito de la planificación, ejecución y control de políticas específicas en las instituciones públicas de salud, por no estar ceñidas a la gestión pública sino a la gerencia y administración de la institución”.

Al respecto, la Sala observa:

3.1 La norma constitucional cuya interpretación se requirió establece, como derecho y deber de la comunidad organizada, la participación en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud. La correcta interpretación de ese precepto exige dilucidar qué ha de entenderse por comunidad organizada, y por toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica de las instituciones de salud.

En este sentido, ha de comenzarse por la afirmación de que esa participación de la comunidad en la política de las instituciones públicas de salud es una típica expresión del derecho a la participación de los administrados en la actividad administrativa, lo que, a su vez, es clara manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana en la gestión pública, que recoge el artículo 62 constitucional de la siguiente manera:

“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”.

Si bien, en su encabezado, el artículo 62 constitucional postula el derecho a la libre participación en los asuntos públicos, su párrafo primero delimita una de las manifestaciones fundamentales de ese derecho, como lo es la participación de los administrados en el ejercicio de la actividad administrativa, al referirse a “*la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública*”. Así lo expuso la Sala Electoral en sentencia N° 86 de 19-7-00 (en el mismo sentido que la sentencia de esa Sala N° 10 de 22-2-00), en la que se señaló:

“Con respecto al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, primer precepto denunciado como violado por los recurrentes, considera esta Sala necesario precisar que el mismo obedece al derecho de los ciudadanos y ciudadanas a participar en la formación, ejecución y control de la gestión pública, la cual es entendida, como la función que le corresponde realizar a los órganos que integran la Administración Pública, tal como aparece definida en el artículo 141 de la Constitución, es decir, como complejo orgánico encargado de realizar la función pública -satisfacción y tutela de los intereses generales-”.

Derecho a la participación ciudadana en la gestión pública que, sin desmedro de su rango constitucional, está también recogido en el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (*Gaceta Oficial* N° 37.305, de 17 de octubre de 2001), el cual lo desarrolló de la siguiente manera:

“*Artículo 135*: Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en leyes especiales, los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública.

A tales fines, las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas o las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública.

A los efectos de su participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público llevará un registro de las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales cuyo objeto se refiera al sector y que soliciten libremente su inscripción”.

Se trata, así, de un derecho de contenido político, pues, como se afirmó en sentencia de esta Sala N° 23 de 22-1-03, tal derecho “*considera al individuo en tanto que miembro de una comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas*”, expresión directa de la concepción del Estado venezolano como democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2 de la Constitución).

En efecto, la concepción de nuestra democracia como participativa (artículo 6 de la Constitución), exige de una participación popular directa en los asuntos públicos, y no sólo indirectamente a través de los representantes políticos electos mediante el sufragio. Según expuso esta Sala en sentencia N° 1613 de 17-8-04, “...el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder”, participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos que es premisa fundamental –aunque no exclusiva– de la democracia participativa en el plano de la distribución horizontal del ejercicio del Poder Público, y que ha de cohererse con el principio de descentralización territorial como expresión máxima de esa democracia participativa en el plano vertical.

Asimismo, la concepción social del Estado, que lo eleva de la categoría de Estado policía a la del Estado garante de las prestaciones esenciales para lograr la procura existencial y el bienestar social general de todos los ciudadanos, implica, además, una serie de deberes en cabeza de los particulares, con fundamento en el principio de solidaridad y responsabilidad social (artículo 135 de la Constitución), en atención a los cuales los particulares no son ajenos a tales cometidos prestacionales, sino que han de colaborar activamente –dentro de los términos legales y, como dice la norma, según su capacidad– a través de su *participación en la gestión pública*.

De manera, pues, que la participación ciudadana en la gestión pública es, a su vez, derecho político y deber social de todos los ciudadanos según sus capacidades, y de allí, precisamente, que la norma objeto de esta solicitud de interpretación (parte final del artículo 84 constitucional) postule el derecho-deber de participación de la comunidad en la toma de decisiones relativas a las instituciones públicas del servicio de salud, cometido por excelencia de la Administración Pública dentro de un Estado Social.

3.2 Ahora bien, una vez que se tiene en cuenta el alcance y razón del derecho fundamental del cual dimana el derecho-deber que establece el artículo 84 de la Constitución, resulta necesaria la determinación de los aspectos concretos de interpretación de esa norma constitucional, el primero de los cuales se refiere al titular de esa facultad.

Así, el sujeto activo de ese derecho-deber que recoge el artículo 84 de la Constitución de 1999 corresponde, según dispone la propia norma, a la *comunidad organizada*; comunidad organizada cuyo entendimiento exige la revisión del artículo 70 constitucional, que preceptúa, a título enunciativo, una serie de medios a través de los cuales se ejerce ese derecho a la participación política a que se refiere el artículo 62, con inclusión, claro está, del derecho a la participación en la gestión administrativa, que es el que, en esta oportunidad, incumbe a este análisis. Dentro de esos medios de participación en lo social y económico, el artículo 70 incluye las cooperativas, la empresa comunitaria y “*demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua colaboración y solidaridad*”.

De manera que, cuando el artículo 84 menciona a la *comunidad organizada*, ha de entenderse que se refiere, fundamentalmente, a las cooperativas, a las empresas comunitarias propias del ámbito de la salud, e incluso –pues a falta de restricción expresa de la letra de la ley no cabe restricción del intérprete– a todo ente corporativo o asociativo, bien de derecho público o de derecho privado, cuya labor se refiera al sector salud. Lo que sí da a entender la norma en cuestión es que ese derecho-deber de participación en la gestión de las políticas de salud ha de ejercerse de manera colectiva, a través de tales entidades, y no de manera individual por parte de los ciudadanos, por más que sean beneficiarios de ese servicio público o que en su ejercicio profesional se dediquen al sector salud y, asimismo, por más que puedan ejercer otros mecanismos de participación.

3.3 En tercer lugar, ha de determinarse a qué se refiere la norma cuando expresa que las comunidades organizadas tienen *participación en la toma de decisiones* relativas a la planificación, ejecución y control de la política específica de las instituciones de salud.

Ya en anteriores oportunidades esta Sala ha expuesto qué ha de entenderse por toma de decisiones en el marco del derecho a la participación en los asuntos públicos. Así, en la sentencia de 22-1-03, que antes se citó, afirmó la Sala que “*participar en los asuntos públicos no es igual a*

decidir en los mismos, implica, necesariamente, la apertura de cauces democráticos con el objeto de que la ciudadanía, activa y responsablemente, intervenga y exponga sus diversas opiniones sobre las materias de especial trascendencia”.

Sin perjuicio de que el legislador pueda, en casos específicos, establecer mecanismos en los que determinadas comunidades organizadas participen con carácter vinculante en la toma de decisiones con relación a las políticas en materia de salud, la regla general que se desprende de la norma constitucional ha de ser que, por esa participación en la toma de decisiones de las instituciones públicas de salud a que hace referencia el artículo 84 de la Constitución, debe entenderse la consulta que deben realizar dichas instituciones respecto de las *comunidades organizadas*, en relación con las políticas que asumirán en materia de salud, en los términos y condiciones en que lo establezca la Ley.

Ejemplo de supuestos en los que el legislador incluye a las comunidades organizadas como integrantes de los órganos que tomarán las decisiones en determinadas políticas, con carácter vinculante, es el caso de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (*Gaceta Oficial* N° 37.509 de 20 de agosto de 2002), mediante la cual se crea, en cada Estado, un Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas Estadales, que fungirá como órgano rector de las políticas públicas estadales para la promoción del desarrollo económico, equilibrado y sustentable (artículo 1 de la Ley).

Según dispone el artículo 6 de dicha Ley, dichos Consejos se integran, entre otros miembros, por “*una representación de la comunidad organizada en el ámbito estatal, elegida de personas jurídicas públicas o privadas, que lleven al menos un (1) año desarrollando su actividad*”, representación que se compone de un representante de las organizaciones empresariales, uno de las organizaciones sindicales de trabajadores, uno de las organizaciones campesinas, uno de la comunidad universitaria, uno de las organizaciones de defensa del medio ambiente y del patrimonio histórico cultural y una representación de las organizaciones vecinales.

Asimismo, la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública (*Gaceta Oficial* N° 37463, de 12 de junio de 2002), creó los Consejos Locales de Planificación Pública, con el propósito de “*lograr la intervención de las comunidades organizadas y grupos vecinales mediante la participación y el protagonismo dentro de una política general de Estado, descentralización y desconcentración de competencias y recursos...*” (Artículo 1 de la Ley), y determinó que tales Consejos estarán integrados, entre otros, por representantes de las organizaciones vecinales, de las parroquias, de sectores de la comunidad organizada, y de las comunidades o pueblos indígenas, donde los hubiere (artículo 2 *supra*).

En ambos ejemplos, tales representantes de la comunidad organizada participan, evidentemente, como miembros del órgano en la toma de decisiones.

En consecuencia, no puede desprenderse, del precepto constitucional que se interpreta, que la opinión de las comunidades organizadas sea vinculante en la definición de todas las políticas en la materia, sino que participan, a través de la consulta, como supuesto necesario previo a la asunción de determinadas decisiones por parte de las autoridades públicas, las cuales, eso sí, deben ponderar y valorar todas y cada una de sus observaciones, y motivar adecuadamente las razones que la impulsen a acatar o no a las mismas.

3.4. En cuarto lugar, la correcta interpretación constitucional del artículo 84, *in fine*, del Texto Fundamental de 1999, amerita la determinación de qué ha de entenderse por *planificación, ejecución y control de la política específica* en las instituciones públicas de salud, en relación con el derecho a la participación de la comunidad organizada.

En este sentido, se observa que es claro el espíritu del constituyente, y a ello lleva la interpretación literal del precepto, cuando determina que la participación de la comunidad se refiere a la *política específica* de las instituciones públicas de salud. Ello así, ha de entenderse que esa participación de la comunidad organizada, a través de mecanismos de consulta o, excepcionalmente, de manera vinculante, en los términos que antes se expusieron, se refiere a la determinación de las políticas públicas que han de regir la prestación del servicio de salud, entendiendo por

políticas públicas las *orientaciones o directrices que rigen la actuación de una entidad en un asunto o ámbito público determinado*, que se plasman a través de planes y programas y que son producto de la decisión de los órganos de planificación en cada sector público.

En consecuencia, la norma a interpretar no reconoce el derecho de participación respecto de la toma de cualquier decisión y, menos aún, respecto de la gestión o prestación concreta del servicio de salud en los centros asistenciales, lo que escapa del plano general de la decisión acerca de cuáles serán las políticas a seguir en esta materia.

3.5. Ahora bien, sin perjuicio del ejercicio directo de los derechos fundamentales, es lo cierto que la operatividad práctica de esa participación de la comunidad en la toma de decisiones relativas a las políticas de salud exige desarrollo legal que determine los supuestos y condiciones en que procederá la participación, bien en la planificación, ejecución o control de tales políticas públicas. Muestra de ello lo constituyen los artículos 14 y 23 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, que antes se transcribieron, aun cuando, según se desprende de los propios preceptos, es necesaria la concreción de sus principios generales a través de leyes especiales y de reglamentos, para que se haya efectivamente operativo el derecho a la participación ciudadana en la gestión pública de la salud.

Asimismo, ese desarrollo legislativo necesario del artículo 84 de la Constitución no obsta para que sean aplicables, en estos casos, los preceptos legales que, con carácter general, se aplican a todos los ámbitos del derecho de participación de los administrados en el ejercicio de la función administrativa, con inclusión, claro está, de la gestión del servicio público de salud.

Así, ya antes se expuso el ejemplo de dos leyes paradigmáticas en este sentido, como lo son la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas y la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública. Por su parte, el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública preceptúa como requisito necesario para la adopción de “*normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía*”, la previa consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales. Para el caso de que se trate de la aprobación de textos normativos por parte de los órganos y entes públicos correspondientes al sector salud, dicha norma sirve de modo de canalización del derecho que recogió el artículo 84 de la Constitución, objeto de esta solicitud de interpretación.

Por último, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (*Gaceta Oficial* N° 37.347 de 17 de diciembre de 2001) dispone que el Contralor General de la República dictará las normas que fomenten la participación ciudadana, especialmente para la atención de las iniciativas de la comunidad en el proceso de participación ciudadana en el control fiscal, lo que sería un modo de control de las políticas de salud a que se refiere el artículo 84 constitucional.

4. En consecuencia, declara la Sala que la correcta interpretación del artículo 84 *in fine* de la Constitución de 1999 debe ser la siguiente: *la comunidad organizada, a través de las cooperativas, empresas comunitarias y todo ente corporativo o asociativo con forma de derecho público o privado cuya labor se refiera al sector salud, tienen el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones -fundamentalmente a través de mecanismos de consulta, o bien con carácter vinculante cuando así lo disponga expresamente la ley- relativas a la planificación, ejecución y control de las políticas -léase, orientaciones y directrices generales, a ser plasmadas en planes y programas- de las instituciones públicas de salud, entendiéndose por tales cualquier órgano o ente de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal con competencias afines al sector salud a quienes compete la determinación de las políticas de ese sector. Participación que se ejercerá en los términos y condiciones que disponga una norma de rango legal*. Así se decide.

De esta manera, y en cuanto a la duda concreta que planteó el actor en este caso, mal podría la comunidad organizada interferir en el nombramiento o remoción de funcionarios adscritos al sector salud, pues tales actuaciones no obedecen a la determinación de políticas, planes o directrices que coordinen y rijan el sector salud, sino a una decisión concreta de gestión administrativa en ejecución de esos planes y que corresponde únicamente al órgano jerárquico –o de tutela- con competencia para la realización de tales nombramientos. Así se decide.

V. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 86 C. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.

C. 1961, art. 94

1. *Derechos de la seguridad social*

CPCA 28-5-97, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Varios vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales IVSS, RDP N° 69-70, 1997, p. 200.

En relación a la denuncia de violación al derecho a la seguridad social consagrada en el artículo 94 de la Constitución, se observa que el INSTITUTO VENEZOLANO DE SEGUROS SOCIALES, ente autónomo que está obligado a prestar atención médica integral a todos sus afiliados, que se extiende no sólo a la asistencia médica sino también al suministro de medicamentos como parte de esa asistencia médica, a través de la División de Farmacoterapéutica y Centro de Especialidades Médicas, debe distribuir los medicamentos para el tratamiento de las enfermedades de los afiliados, de acuerdo a las indicaciones prescritas por los médicos tratantes. En consecuencia, al no cumplir el IVSS con su obligación en el suministro de los medicamentos en forma regular y en las cantidades necesarias, a los accionantes en su condición de afiliados al sistema de la seguridad social, se configura la violación a tal garantía y así se decide.

CPCA 27-8-97, Magistrada Ponente: Lourdes Wills Rivera, Caso: Varios vs. Instituto Nacional de los Seguros Sociales, RDP N° 71-72, 1997, pp. 126-127.

Las personas integrantes del sector laboral, afiliados al sistema de protección legalmente a cargo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, son acreedores del derecho constitucional a la seguridad social.

Los accionantes han denunciado como vulnerado su derecho a la seguridad social con base en el artículo 94 de la Constitución. En tal sentido observa la Corte que la citada disposición contiene en primer término, una previsión dirigida a los Poderes Públicos, conforme a la cual deberá desarrollarse en forma progresiva un sistema de seguridad social, con el propósito de proteger a la totalidad de los habitantes de la República contra los infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualquier otro riesgo susceptible de previsión social. Esta orden constitucional debe entenderse dirigida en forma conjunta, tanto al Poder Legislativo que deberá sancionar las leyes apropiadas, como al Poder Ejecutivo que conforma a la ley sancionada, deberá instrumentar lo necesario para proveer la protección social requerida por los destina-

tarios de la norma. Dispone igualmente la norma constitucional en referencia, que quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos, tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social”, lo cual constituye, a juicio de la Corte, una verdadera consagración constitucional del derecho a la seguridad social.

En el caso del sector laboral, el Poder Legislativo aprobó la Ley del Seguro Social y a nivel del Poder Ejecutivo se creó el INSTITUTO VENEZOLANO DE LOS SEGUROS SOCIALES, con el objeto de proveer a la seguridad social de los trabajadores, en las contingencias de maternidad, vejez, sobrevivencia, enfermedad, accidentes, invalidez, muerte, retiro y cesantía o paro forzoso, a cuyos efectos instituyó el seguro social obligatorio, todo de conformidad con la disposición constitucional. En consecuencia, puede concluirse que las personas integrantes del sector laboral afiliados al sistema de protección legalmente a cargo del mencionado Instituto, son ciertamente acreedores de un derecho constitucional a la seguridad social y así se declara.

Al aplicar los precedentes conceptos al presente caso, resulta indubitable que siendo los accionantes beneficiarios del sistema en referencia, y habiéndose comprobado plenamente los hechos antes narrados, debe concluir la Corte que el Instituto señalado como agravante, como responsable de tales hechos, efectivamente ha lesionado gravemente el derecho de los quejosos a los beneficios de la seguridad social del cual son acreedores.

Igualmente, los hechos denunciados como lesivos vulneran el derecho a la protección de la salud que a favor de los agraviados, consagra constitucionalmente el artículo 76 de la Carta Magna.

En el mismo orden, en definitiva, las situaciones fácticas lesionantes de la esfera jurídica de los actores, que han quedado descritas, amenazan gravemente con infringir el derecho a la vida, que es el presupuesto fundamental para el disfrute de los demás derechos constitucionales. Así se declara.

TSJ-SC (1197) 17-10-2000, Magistrado Ponente: Héctor Peña Torrelles RDP N° 84, pp. 156-157.

El Estado venezolano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución de 1999, al proponer como unos de sus fines la creación de un sistema de seguridad social universal que proteja a todos los ciudadanos por igual, deberá crear un sistema que no excluya a ningún ciudadano –que no estuviere amparado por una ley especial– del disfrute de tal derecho.

De conformidad con lo establecido en la norma antes citada (art. 83 C. 1999), se concluye que el Estado está obligado a garantizar el derecho a la salud de toda persona habitante de la República, lo que conduce a establecer que en ningún caso los militares retirados de la Fuerza Armada Nacional que no gocen de la pensión de retiro, quedarían desprovistos de atención médica, ya que es una obligación constitucional del Estado Venezolano garantizar –como se dijo anteriormente– la elevación de la calidad de vida de los venezolanos, lo cual se materializará con la garantía que da el Estado de que los mismos puedan acceder a los servicios de salud. Siendo ello así, concluye esta Sala que el Estado, está en la obligación de garantizar el derecho a la seguridad social a todos los venezolanos, aunque los mismos no hayan contribuido con las cotizaciones legales exigidas, e igualmente, le garantiza el derecho a la salud, y es por ello, que el personal militar que no goce de la pensión de retiro, en ningún momento estará desprovisto de seguridad social, ni de la atención médica que garantice su derecho a la salud.

TSJ-SC (3) 25-1-2005, Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta, Caso: Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de Teléfonos de Venezuela (F.E.T.R.A.J.U.P.T.E.L.), vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.) RDP N° 101, 2005, pp. 105 y ss.

Resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado meca-

nismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, determinando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no puede ser inferior al salario mínimo urbano.

El concepto de seguridad social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe ser entendido como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público-sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social entendido, en su acepción tradicional- al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones. En consecuencia, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, como es el caso, determinando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no puede ser inferior al salario mínimo urbano. En este contexto cabe destacar que, el principio de la Seguridad Social es de orden público y no se puede modificar ni por convención colectiva ni por convenio entre particulares. En tal sentido, esta Sala ha indicado en decisión número 85 del 24 de enero de 2002 (Caso: *Asodeviprilara*) que:

“...el Estado Social de Derecho no sólo crea deberes y obligaciones para el Estado, sino también en los particulares, los cuales -conforme a las normas transcritas- serán de mayor exigencia cuando el sector privado incide en áreas socio-económicas. La protección que brinda el Estado Social de Derecho, varía desde la defensa de intereses económicos de las clases o grupos que la ley considera se encuentran en una situación de desequilibrio que los perjudica, hasta la defensa de valores espirituales de esas personas o grupos, tales como la educación (que es deber social fundamental conforme al artículo 102 constitucional), o la salud (derecho social fundamental según el artículo 83 constitucional), o la protección del trabajo, la seguridad social y el derecho a la vivienda (artículos 82, 86 y 87 constitucionales), por lo que el interés social gravita sobre actividades tanto del Estado como de los particulares, porque con él se trata de evitar un desequilibrio que atente contra el orden público, la dignidad humana y la justicia social. (Ver sentencia 2403 de esta Sala de 27-11-01).

Se trata de evitar los perjuicios derivados de una desigualdad en las relaciones, proveniente de que una de las partes se encuentra en una posición dominante ante otras que forman un grupo o una clase social, por lo que dichas relaciones, de carecer de tutela efectiva, generarían una situación desproporcionadamente ventajosa para quien se encuentra naturalmente en la posición dominante sobre los miembros de las clases o grupos que en tal relación, les correspondería estar en situación de inferioridad. No se trata sólo de la desproporción que puede existir entre el poderoso económico que explota a los menesterosos, sino que puede ocurrir en otras relaciones donde por motivos tecnológicos o de otra índole, una de las partes del contrato, debido a su posición, lesiona en su calidad de vida, al otro contratante, quien incluso podría formar parte del grupo privilegiado, pero que en este tipo de relación queda igualado a la masa explotable. Ello puede ocurrir -por ejemplo- con consumidores de bienes, cuya publicidad masiva y subliminal los presiona inconscientemente a su adquisición; o con usuarios de servicios públicos necesarios o de bienes esenciales de amplia distribución, que no reciben dichos servicios o bienes en la calidad y condiciones requeridas, ni dentro de una relación de armonía entre lo recibido y lo pagado por ello; o con aquellos a quienes colectivamente se les sorprende en la buena fe, al no prestarles la información comprensible y necesaria, abusando de la ignorancia y obteniendo sobre ellas leoninas ventajas”.

En consecuencia, la protección que el Estado brinda al hecho social trabajo incide directamente en el contexto de toda la sociedad, ya que ello puede conllevar a un alto índice de desempleo y una serie de inconvenientes colaterales socioeconómicos que de mantenerse causarían daños, tanto a los trabajadores, como a los entes públicos vinculados al caso. Tal protección no debe excluir a quienes ostenten la cualidad de pensionados o jubilados, ya que el cobro de las pensiones de jubilación forma parte del carácter irrenunciable del que gozan los derechos laborales previstos en el Texto Fundamental.

A juicio de la Sala, se encuentra que la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -artículo 94 y 2 de la Enmienda de la Constitución de 1961- como pensión de vejez para la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicio para que sea recipiendaria de tal beneficio de orden social, pues su espíritu es, precisamente, garantizar la calidad de vida del funcionario público o trabajador privado, una vez que es jubilado.

En ese sentido, la Sala considera que la pensión de jubilación, por definición, si bien debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, no puede ser inferior al salario mínimo urbano, tal y como lo ordena el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí que, en el caso de autos, al no tomarse en cuenta ni considerar el cumplimiento de la disposición constitucional para el cálculo de las pensiones de jubilación, se vulneró ese derecho constitucional.

De la misma manera, cónsono con lo expuesto precedentemente, se aprecia que la decisión sometida a revisión de la Sala vulneró el carácter irrenunciable del que gozan los derechos laborales, al excluir a quienes ostenten la cualidad de pensionados o jubilados del beneficio de los aumentos en las pensiones de jubilación proporcionales a los incrementos salariales que reciban los trabajadores activos de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela producto de las contrataciones colectivas.

Ciertamente, como se ha indicado en diversas oportunidades, la Sala no puede desconocer el valor social y económico que tiene la jubilación, pues ésta sólo se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad –la cual coincide con el declive de esa vida útil- el beneficio de la jubilación se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años. Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su titular –que cesó en sus labores diarias de trabajo- mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora provienen de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que recoge el Texto Fundamental en su artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que reza:...

Esta noción de jubilación fue infringida en el caso de autos, por cuanto, como se observó anteriormente, la pensión de jubilación de los demandantes, en aquellos casos que resulte inferior al salario mínimo urbano, debe igualarse al mismo para así dar efectividad y contenido al postulado plasmado en el artículo 80 de la Carta Fundamental. De la misma manera, las pensiones que reciban los jubilados y pensionados deberán incrementarse en la medida en que se produzcan aumentos para los trabajadores activos. Así se decide.

TSJ-SC (327) 28-4-2016, Ponencia Conjunta, Caso: El control previo de la constitucionalidad de la Ley de Bono para alimentos y medicinas a pensionados y jubilados, RDP N° 145-146, 2016, pp. 170-173.

La seguridad social es un derecho social de carácter prestacional y principalmente le corresponde al Estado garantizar su eficacia, tanto en el ámbito normativo (creación de la Ley), como en la aplicación de la misma (ejecución de la política pública).

Al respecto, la seguridad social es un derecho social de carácter prestacional y principalmente le corresponde al Estado garantizar su eficacia, tanto en el ámbito normativo (creación de

la Ley), como en la aplicación de la misma (ejecución de la política pública). En tal sentido, esta Sala Constitucional ha desarrollado en decisiones anteriores una visión sobre los derechos prestacionales dentro de la definición del “Estado Social de Derecho y Justicia”; es así como en Sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002 (Caso: *Asodeviprilara/Créditos Indexados*), señaló lo siguiente:

“la Sala debe puntualizar que la fórmula: Estado Social de Derecho tiene carácter jurídico, convirtiéndose en uno de los principios del actual orden constitucional, pero de ella (aislada) no se deducen pretensiones jurídicas inmediatas por parte de los ciudadanos, sino criterios interpretativos para quien aplica las normas constitucionales o las de rango inferior al Constitucional, así como pautas de orientación de la actividad de los poderes públicos.

Dada la corresponsabilidad social entre el Estado y los particulares es un deber de todos dentro de un Estado Social de Derecho, abogar por la armonía o paz social, sobre todo en materias de interés social, y este criterio debe privar al interpretarse los derechos sociales, entendidos éstos en extenso (no sólo los denominados así por la Constitución, sino también los económicos, los culturales y los ambientales).

Ahora bien, como ya lo apuntó la Sala, el Estado Social desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad.

La Sala repite, una vez más, que las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchas tienen límites difusos o son indeterminadas, pero el Juez Constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ellas se emite. (Resaltado del Fallo).

En un Estado responsable y agente del proceso productivo y de las decisiones de política económica, los derechos sociales se vinculan a normas que prescriben un fin o declaran un valor, sin especificar los medios para su consecución o las situaciones en que debe ser realizado, y así lo que para los poderes estatales o los obligados es una norma jurídica, para los ciudadanos se convierte en garantía de transformación de obligaciones jurídicas del Estado en derechos subjetivos del individuo. (Resaltado del Fallo).

Entre los derechos sociales los hay que implican una prestación determinada, dentro de una relación jurídica que crea vínculos concretos, como los contemplados –por ejemplo– en los artículos 89, 90 o 91 constitucionales.

Hay otros que implican una prestación indeterminada hacia personas concretas o grupos individualizados, pero de posible cumplimiento por quien la debe, ya que lo que se exige es una mínima actividad en ese sentido. El artículo 99 constitucional sería un ejemplo de ellos.

Otros derechos prestacionales resultan con mayor indeterminación, tanto en lo debido como en quienes son sus titulares, y su cumplimiento depende de que surjan determinadas condiciones; sólo si ellas existen podrán cumplirse, como sería el caso del derecho consagrado en el artículo 82 constitucional.

Ahora bien, en muchos casos la Constitución establece como derechos de prestación a figuras de imposible cumplimiento (por lo indeterminado) sin un debido respaldo legal; en estos supuestos, mientras no surja el desarrollo legislativo, no se está ante verdaderos derechos, sino frente a políticas constitucionales que requieren de otros complementos para su aplicación. Este tipo de norma, al contrario de las anteriores, no genera derechos subjetivos y muchas de ellas lo que aportan son principios.

(...)

La explotación de actividades de trascendencia social, que realiza o permite el Estado, crea en quienes las practican un conjunto de deberes y obligaciones señalados en la ley, pero establecidos en atención a valores o intereses de la colectividad; es decir, en razón a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes o actividades está llamada a cumplir. Por ello, los derechos subjetivos o los intereses individuales que tras estos subyacen, deben incluir la necesaria referencia a la función social, como parte integrante del derecho mismo. Los derechos del Estado o de los particulares en estas áreas deben unir: utilidad individual y función social sobre cada categoría de utilización y explotación de bienes o servicios de trascendencia social. De allí que los derechos que nacen a favor del Estado o de los particulares que ocupen su puesto, o que actúan en áreas de interés social, no pueden ser absolutos, sino que están limitados sus beneficios en función de que no perjudiquen razonablemente a los débiles; sobre todo teniendo en cuenta que los particulares que allí obren, al revés del Estado, persiguen fines de lucro. Este es el status de los derechos de los particulares concesionarios o autorizados para obrar en áreas de interés social....

(...) El Estado Social, trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente mas fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social.

Ahora bien, este concepto de Estado Social de Derecho, no está limitado a los derechos sociales que la Constitución menciona expresamente como tales, ya que de ser así dicho Estado Social fracasaría, de allí que necesariamente se haya vinculado con los derechos económicos, culturales y ambientales. Estos últimos grupos de derechos buscan reducir las diferencias entre las diversas clases sociales, lo que se logra mediante una mejor distribución de lo producido, un mayor acceso a la cultura, un manejo lógico de los recursos naturales, y por ello el sector público puede intervenir en la actividad económica, reservarse rubros de esa actividad, permitiendo a los particulares actuar en ellas mediante concesiones, autorizaciones o permisos, manteniendo el Estado una amplia facultad de vigilancia, inspección y fiscalización de la actividad particular y sus actos, por lo que la propia Constitución restringe la libertad de empresa consagrada en el artículo 112. (...)

(...) Dentro de un Estado Social, es inadmisibles que el Estado sea la fuente del desequilibrio que se trata de evitar”.

De acuerdo al extracto de la decisión citada, considera este máximo tribunal que la Ley sancionada en el marco de los principios señalados en el proyecto, no puede imponer una situación más gravosa a la sociedad y particularmente a los débiles jurídicos que son objeto de amplia tutela por parte del Estado, generando mayores desequilibrios sociales que favorezcan las posiciones de dominio económico al margen de la formula del Estado Social de Derecho, dada la corresponsabilidad social entre el Estado y los particulares, que se concreta en lograr la armonía o paz social, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse por los órganos competentes conforme al principio de legalidad y la sentencia N° 269/16, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad (origen de los recursos para financiar la prestación).

Al respecto, la Constitución vigente que se ha dado el Pueblo Venezolano, la cual reivindica de forma inédita los valores y principios fundamentales y en especial los derechos humanos, destacando entre ellos los derechos colectivos o derechos humanos sociales, establece lo siguiente:

“Artículo 26.- Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

“Artículo 80.- El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará aten-

ción integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”.

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”.

Como puede apreciarse, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra, entre otros tantos aspectos, la garantía del pleno ejercicio de todos los derechos que asiste a los adultos mayores.

También dispone que el Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, esté obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida.

En tal sentido, dispone de forma inédita que las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano; y que *“los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”.*

Asimismo, prevé el Texto Fundamental que toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social.

Al respecto, dispone que el Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas.

Inclusive, la Constitución de 1999 prevé que la ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección; norma progresiva y cardinal que honra de manera ejemplar los valores de la igualdad, la dignidad, la solidaridad y la justicia, al estimar al ser humano como un valor en sí mismo.

Asimismo, la Ley Suprema de la República dispone que los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines y que las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado.

Finalmente, prevé que los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios; así como también que “*El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial*”.

TSJ-SC (555) 11-7-2016, Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos, Caso: Dilia Bernal Angarita, RDP N° 147-148, 2016, pp. 270-273.

...Sin embargo, la Sala advierte que las circunstancias particulares en el presente caso generaba la necesidad de un análisis del ordenamiento jurídico estatutario de derecho público vinculado al derecho a la jubilación está concebido por nuestra Carta Magna como uno de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos, que envuelve el derecho a vivir una vida digna en razón del tiempo de servicio que se ha prestado, sea en la empresa privada o en cualesquiera de los organismos públicos, y que abarca no sólo el derecho a la jubilación propiamente dicho sino a las ventajas y consecuencias materiales que deriven de ese derecho, cuyo goce debe ser garantizado y respetado por el Estado.

(...)

Ha indicado esta Sala, que el derecho a la jubilación tiene rango constitucional, al ser considerado como un beneficio que se incluye en el derecho a la seguridad social que reconoce el citado artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, esta Sala, en sentencia N° 3/2005, caso: “*Luis Rodríguez Dordelly y otros*”, señaló que:

“(...) no puede desconocer el valor social y económico que tiene la jubilación, pues ésta se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad –la cual coincide con el declive de esa vida útil- el beneficio de la jubilación se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años. Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su titular –que cesó en sus labores diarias de trabajo- mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora provienen de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que recoge el Texto Fundamental en su artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

También ha sido categórica la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a que el derecho de jubilación de los funcionarios públicos priva incluso sobre procedimientos disciplinarios, en atención a la interpretación de las normas de contenido social que debe hacerse en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, lo cual se explanó de la siguiente manera:

(...)

Así pues, la jubilación es un derecho constitucional previsto dentro del marco de la seguridad social que debe garantizarse a todos sus ciudadanos, siendo por tanto un derecho social, reconocido por el constituyente de 1999 para consolidar las demandas sociales, jurídicas y económicas de la sociedad, considerando el sentido de progresividad de los derechos y definiendo una nueva relación de derechos y obligaciones entre sujetos que participen solidariamente en la construcción de una sociedad democrática, participativa y protagónica, lo cual requiere una interpretación acorde con su finalidad, no sujeta a formalismos jurídicos alejados de la realidad social (Vid. Decisión de la Sala N° 1.392/2014, caso: “Ricardo Mauricio Lastra”).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela avala para todos los ciudadanos la seguridad social, la cual debe atender a los conceptos de solidaridad, universalidad, integralidad, unicidad, participación y eficiencia. De este modo, la jubilación es el reconocimiento de los años de trabajo prestados por una persona a otra, en este caso a un órgano del Estado, para garantizar que en los años en que declina su capacidad productiva, pueda seguir manteniendo una vida digna, al garantizársele los ingresos que le permitan sufragar sus gastos durante la vejez, luego de

haber satisfecho el deber constitucional de trabajar y cuando el beneficiario de esos servicios ha sido el Estado, debe honrar con el derecho a la jubilación a los funcionarios que hayan cumplido con los requisitos de edad y años de servicio público prestados, establecidos en la Ley (*Vid.* Decisión de la Sala N° 1.392/2014, caso: “*Ricardo Mauricio Lastra*”).

Sobre la base de estos principios, advierte que esta Sala de acuerdo con lo declarado por la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de los documentos promovidos por la accionante no controvertidos, aparece demostrado que prestó servicios en diferentes organismos públicos por un lapso de “*veintinueve (29) años, cinco (5) meses y veintitrés (23) días*” de la siguiente forma:

En tal sentido, con independencia de si la querellante erró al considerar inmerso a la Asamblea Nacional en el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, como acertadamente admitió la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que en el presente caso existen circunstancias de hecho que compelen a dicho Órgano Jurisdiccional a formular un análisis del régimen estatutario aplicable conforme a la Constitución.

Así, bajo la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios y del Estatuto Funcionarial de la Asamblea Nacional, la jubilación se consagra como un derecho para el funcionario público, cuando haya alcanzado los 60 años si es hombre, o 55 si es mujer, con un acumulado de por lo menos 25 años de servicio, difiriendo la Ley que rige para los funcionarios de la Administración Pública del Estatuto que rige para los funcionarios al servicio del Poder Legislativo, en que éste en su artículo 67, ordinal 1°, exige que del expresado tiempo de servicio “*por lo menos diez de ellos los haya trabajado en la Asamblea Nacional*”; y en este sentido se advierte, que al 18 de octubre de 2005, fecha en que solicitó la jubilación, según indican los tribunales y la parte actora, ya era beneficiaria del derecho en estudio por razón de tiempo de servicio y edad; quedando nada más por cumplir el extremo de permanencia mínima en la institución (Asamblea Nacional) y es sobre la satisfacción de este último requisito que esta Sala debe ponderar su constitucionalidad en el marco de la plena garantía de un derecho fundamental como la jubilación en los términos expuestos *supra*.

Al respecto, la Asamblea Nacional así como otros órganos que ejercen el Poder Público tienen autonomía para establecer un régimen estatutario de derecho público en materia de jubilaciones (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 764/11), sin embargo, si tal como se señaló la jubilación es el reconocimiento por el tiempo de servicio prestado y la edad que condiciona la capacidad productiva del funcionario público dado el natural declive de la capacidad productiva en orden a garantizar una vida digna (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1.392/14), la imposición de un extremo como la permanencia mínima en la institución –en este caso una década– constituye un extremo contrario a los postulados constitucionales en el presente caso.

Así, la imposición de un mínimo de permanencia en la Asamblea Nacional se vincula entre otros aspectos, a la satisfacción de un interés institucional y de política de personal en el marco de la potestad organizativa de los entes públicos (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1.230/14), que se concreta en la necesidad de algunas instituciones de contar con funcionarios que desarrollen su prestación de servicios vinculados ininterrumpidamente a una institución, lo cual permite a no dudarlo, la especialización y mayor productividad del personal; pero ese “interés institucional” puede –como en el presente caso– llegar a colidir con el derecho constitucional a la seguridad social y a la jubilación.

Ciertamente, ese “interés institucional” de contar con la especialización y continuidad mínima en la prestación del servicio, no puede generar un desequilibrio en el núcleo duro del derecho a la jubilación, cuyas instituciones deben ser interpretadas bajo el principio constitucional *indubio pro operario*, establecido en el artículo 89.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, plenamente aplicable al régimen laboral y funcionarial (Sentencia de esta Sala N° 16/15), el cual señala:

“Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad...”

Sobre la base de la norma constitucional parcialmente transcrita, la Sala ha señalado con carácter vinculante que “una interpretación acorde con la finalidad de la institución de la jubilación debe llevar a garantizar la protección de aquellas personas que han entregado su vida productiva al Estado” (Sentencia de esta Sala N° 1.392/14) y en ese contexto la concreción o materialización efectiva de los postulados constitucionales, comporta no solo la selección y matización de los avances legislativos y jurisprudenciales ya existentes, sino aportación de nuevos elementos que los acrecientan y completan.

Para ello, es necesario un avance del historicismo entendido como una tutela judicial efectiva de las relaciones o conflictos puntuales en la sociedad, sobre la pretensión de un racionalismo abstracto que se aparta de la idea de garantizar los derechos vinculados a personas concretas, en fin, a sus titulares.

En el presente caso, se debe destacar que la solicitante contaba con una edad y antigüedad que la sitúa en una condición jurídicamente relevante, que exigía un tratamiento especial dado su estado físico (56 años de edad) y jurídico (29 años de servicio), que conforme a la legislación nacional y las normas estatutarias aplicables son extremos necesarios para el cumplimiento o concreción de la institución de la jubilación, y en ese sentido, la exigencia del cumplimiento de un requisito como la permanencia en la Asamblea Nacional comportaba una protección especial por parte de los órganos jurisdiccionales mediante el control difuso de la constitucionalidad, vinculada a los valores constitucionales de solidaridad y responsabilidad social (artículo 2 de la Constitución) y de garantía efectiva del derecho a la jubilación en los términos expuestos *supra*.

En efecto, no puede concebirse que una funcionaria de un organismo público con (29) años, cinco (5) meses y veintitrés (23) días de servicio y cincuenta y seis (56) años de edad (para el momento de interposición del recurso contencioso administrativo funcional el 20 de julio de 2006), se le desconozca su derecho a la jubilación que –como deriva de lo antes asentado–, constituye una garantía de respeto de los derechos humanos, por la circunstancia de no tener por lo menos diez años de servicio activo en la Asamblea Nacional, como lo dispone el ordinal 1° del artículo 67 del Estatuto Funcionario de la Asamblea Nacional, el cual debió ser desaplicado por control difuso en casos como el planteado, de acuerdo al artículo 334 de la Carta Magna y la jurisprudencia de esta Sala (*Vid.*, Decisión de la Sala N° 559/2009).

De concretarse tal precepto normativo en este caso, conllevaría a una violación de los derechos humanos, cuyo goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente están garantizados por el artículo 19 de la Carta Magna, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, cuyo resguardo es obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

La jubilación como derecho no puede concebirse como una facultad arbitraria de los eventuales titulares de cargos en el sector público, su concepción como derecho fundamental exige profundizar su reconocimiento con independencia de los intereses circunstanciales de las instituciones o de las políticas de personal en el marco de la potestad organizativa de los entes públicos; lo cual no es posible, si se solapa su exigibilidad al cumplimiento de extremos formales que en algunos casos como el presente, niegan el reconocimiento de las mínimas condiciones de dignidad a una persona que cumplió con los extremos mínimos constitucionalmente relevantes como son la condición física y estatus jurídico en su vinculación con el sector público a los fines de la jubilación.

Una interpretación en contrario en el presente caso, generaría una aplicación ajena a los fines de las normas que regulan a la jubilación como derecho fundamental; ya que en el caso de la solicitante, se le estaría colocando en una situación de desigualdad relevante para el derecho constitucional, que imposibilita la satisfacción de sus necesidades básicas –al imponerle en aplicación de dicho régimen particular de permanencia como requisito previo para el otorgamiento de la jubilación– que se materializaría en hecho cierto que de haber seguido laborando en la Asamblea Nacional, su efectiva jubilación sólo podría producirse cuando cumpliera sesenta años de edad y treinta y tres años de servicio, sobrepasando con creces el tiempo que el propio legislador y la jurisprudencia de esta Sala considera como “*años en que declina su capacidad productiva*” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.392/14).

2. Derecho a la pensión de jubilación

Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello

TSJ-SC (809) 28-11-2018, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: José Ceballos Gamardo (interpretación del artículo 80 de la Constitución), RDP N° 155-156, 2018, pp. 265- 268.

La Sala Constitucional en atención a lo dispuesto en el artículo 335 del Texto Fundamental, hace una interpretación constitucionalizante de la parte in fine del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y establece que; las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrá ser inferior al salario mínimo urbano; y en aquellos casos de trabajadores que mantuvieron relaciones de trabajo atípicas o a tiempo parcial, se otorgará una “pensión de retiro” que responderá a las condiciones que ostentaba al momento de solicitud de la misma, en cuanto al cargo y al monto percibido, conforme a la dedicación parcial prestada, y en esa proporción será realizado el cálculo de la misma.

La presente demanda de interpretación tiene por finalidad que esta Sala Constitucional, como máxima y última intérprete del Texto Fundamental, determine el alcance y el contenido del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con relación a los planteamientos formulados en la presente solicitud, siendo tal artículo del siguiente tenor:

Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantiza atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. **Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano.** A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde a aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello. (Destacado de esta Sala).

(...) Ahora bien, la interpretación está dirigido a buscar la intención del Constituyente, es decir, el alcance, contenido y la razón de la parte in fine de la norma contenida en el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto a la forma de pago de la jubilación a aquellos trabajadores que alcanzaron la misma bajo una relación de dependencia laboral convenida a tiempo parcial de trabajo.

En relación con las disposiciones constitucionales y legales objeto de la presente demanda de interpretación constitucional, esta Sala observa:

Disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley y, en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que, por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.

Artículo 91. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.

Artículo 90. La jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales. Ningún patrono podrá obligar a las trabajadoras o trabajadores a laborar horas extraordinarias. Se propenderá a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras.

Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.

Artículo 96. Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley. El Estado garantizará su desarro-

llo y establecerá lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales. Las convenciones colectivas amparan a todos los trabajadores y trabajadoras activos al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad.

Artículo 148. Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

(...) Las anteriores normas, tienen su origen en razón del compromiso por parte del Estado en asumir dentro de sus fines el establecimiento de la efectiva seguridad social como una política pública, en la cual se encuentra comprendido de forma integral la política social, previsión social, asistencia social, y seguro social a favor de los ciudadanos siendo destinatarios de protección independientemente de su capacidad contributiva.

Siendo así, en fallo N° 3.476 del 11 de diciembre de 2003, (caso: *Hugo Romero Quintero*), esta Sala Constitucional reconoció que la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social, como pensión de vejez, asimismo, en fallo N° 03 del 25 de enero de 2005 [Véase *Revista de Derecho Público* N° 101 enero-marzo 2005, p 105 y ss.] realizó un estudio más pormenorizado y desarrolló que:

(...) Ciertamente, como se ha indicado en diversas oportunidades, la Sala no puede desconocer el valor social y económico que tiene la jubilación, pues ésta sólo se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad – la cual coincide con el declive de esa vida útil– el beneficio de la jubilación se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años. Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su titular –que cesó en sus labores diarias de trabajo– mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora provienen de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que recoge el Texto Fundamental en su artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Destacado de la Sala)

Tal dedicatoria de vida útil responde al máximo de jornada permitida por nuestro ordenamiento jurídico, esto es de cuarenta y cuatro horas (44) semanales y ocho (08) horas diarias, de dedicación exclusiva de los trabajadores frente a sus patronos, por las cuales luego podrá percibir un importe que no podrá ser inferior al salario mínimo urbano.

(...) Lo anterior, en razón que ya este Máximo Tribunal ha establecido en distintos fallos de vieja data que el monto obligado para pagar la jubilación no debe ser inferior al salario mínimo, ello por mandato constitucional, sin embargo, denota esta Sala que el constituyente no previó situaciones fácticas como la presente, en consecuencia, esta Sala advirtiendo lo precisado ut supra y siendo que en sentencia N° 1457 del 27 de julio de 2007, (caso: *Pedro José Martínez Yáñez*), estableció que el derecho a la igualdad, es conjuntamente con la libertad, uno de los principios inherentes a la naturaleza del hombre y, por tanto, el ordenamiento jurídico debe brindar un marco que permita el ejercicio pleno de éstos sin limitación alguna, que trasciende la noción retórica, asumiendo una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera, advierte que contraviene al derecho a la igualdad otorgar de forma inmediata y plena; el mismo monto de jubilación a aquellos trabajadores que se encuentran en condiciones de dedicación y permanencia a tiempo parcial o convencional que aquellos que obtuvieron el beneficio tras una relación de trabajo a dedicación exclusiva, al encontrarse en situaciones jurídicas diferenciadas que impiden que perciban el mismo monto por un trabajo que no fue prestado en igual dedicación. Así se decide.

Tal declaratoria surge al estudiar los elementos diferenciadores en cada situación real de estos individuos, siendo que, para el funcionamiento de las Universidades, –respondan estas a una naturaleza pública o privada– deben contar con profesionales que se dediquen a la docencia o a las actividades académicas, para satisfacer la demanda conforme a las carreras impartidas, y tales profesionales serán requeridos a dedicación exclusiva o parcial, es por ello que, se da la existencia de relaciones laborales que si bien pueden alcanzar el tope de años requeridos para solicitar la jubilación, éstas no se desarrollaron de forma típica, al no mantener una dedicación exclusiva, en consecuencia, mal podría permitirse equiparar a tales trabajadores a aquellos que sí dedicaron su fuerza laboral a un único patrono, y que se le exija a una única entidad de trabajo correr con el pasivo que implica pagar el monto que permita mantener una calidad de vida igual o mayor a la que tenía el trabajador, cuando tal trabajador convino su vida laboral con otros empleadores.

(...) Conjuntamente con lo anterior, esta Sala quien ha establecido en distintos fallos que la jubilación tiene un fundamento de orden político y de paz social, reivindicador de la dignidad humana vinculado a la idea de la seguridad social y al deber que tiene el Estado, de garantizar una vida digna, aun después de que una persona ha pasado a retiro, con lo cual, se insiste es un importe que se percibe sin prestación de esfuerzo actual, razón por la cual se conviene en precisar que por la dinámica propia de la sociedad en la cual los ciudadanos tienen libertad de trabajo, y en consecuencia, pueden prestar su actividad productiva en distintas entidades de trabajo, tendrán derecho a que tal inversión de su vida útil sea reconocida, sólo que como se precisó ut supra no se exige que la misma se equipare al salario mínimo urbano como sí es exigido en casos de dependencia exclusiva.

Por todo lo previamente establecido esta Sala Constitucional en atención a lo dispuesto en el artículo 335 del Texto Fundamental, hace una interpretación constitucionalizante de la parte *in fine* del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y establece que; las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrá ser inferior al salario mínimo urbano; y en aquellos casos de trabajadores que mantuvieron relaciones de trabajo atípicas o a tiempo parcial, se otorgará una “*pensión de retiro*” que responderá a las condiciones que ostentaba al momento de solicitud de la misma, en cuanto al cargo y al monto percibido, conforme a la dedicación parcial prestada, y en esa proporción será realizado el cálculo de la misma. Así se establece.

Con miras a la declaratoria de esta Sala, y visto que tal pensión de retiro no podrá actualizarse u homologarse de manera proporcional a los aumentos de salario mínimo urbano, se establece que tal actualización u homologación se hará en atención al aumento de salario básico acordado para el trabajador conforme al escalafón salarial en el cual se encontraba al momento de optar a tal beneficio laboral más el disfrute del resto de los beneficios complementarios o inherentes que abarque la convención colectiva suscrita. Así se decide.

TSJ-SPA (1243) 29-11-2018, Magistrada Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero, Caso: Sindicato Nacional de Trabajadores del Poder Electoral (SINTRAPEL) y otros, RDP N° 155-156, 2018, pp. 268-269.

...A este respecto, solicitaron que sea declarada la nulidad absoluta del acto impugnado y la vigencia del artículo 10 de la “Normativa Especial sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Rectores, Funcionarios y Obreros al Servicio del Consejo Nacional Electoral” del 19 de enero de 2005, y que como consecuencia de ello les sea aplicada por igual a los jubilados los aumentos acordados por ese organismo comicial a los funcionarios activos.

(...) Conforme a las normas y sentencias parcialmente citadas, una vez otorgado el beneficio de jubilación el funcionario o la funcionaria podrá, en caso que se produzca una modificación en la remuneración en el cargo que desempeñaba al momento en que le fue concedido el aludido beneficio, solicitar el ajuste del monto de su pensión y la Administración Pública deberá revisar de manera periódica las pensiones de jubilación cada vez que los sueldos o salarios que percibe su personal activo sean aumentados, ello a fin de velar porque sus antiguos trabajadores y antiguas trabajadoras mantengan una óptima calidad de vida en la que puedan cubrir satisfactoriamente sus necesidades.

(...).En consecuencia, la jubilación y por ende, la homologación de las pensiones de jubilación, son materia de orden público, por lo que la actualización constante de las mismas es un derecho constitucional del jubilado, siendo el propósito de la revisión pertinente a tal efecto, el reajuste del monto de la pensión de jubilación, conforme a la remuneración del último cargo desempeñado por el jubilado o pensionado, en el entendido que fue en ese cargo en el que se jubiló, debiendo calcularse la misma con los conceptos laborales comunes al activo (por ejemplo prima de antigüedad y profesionalización), pues debe mantener el mismo nivel del rango con el que se jubiló. Y en caso de que hubiere sido eliminado, debe tomarse como base la remuneración del nuevo cargo equivalente o superior al eliminado, nunca inferior, ajustándose el monto causado a favor del beneficiario. Así se decide.

(.....) Del contenido de estas regulaciones, se desprende que también según la Convención Colectiva la homologación del monto de las pensiones y jubilaciones al salario del trabajador activo es un derecho adquirido, el cual no puede ser desmejorado al pasar su *estatus* a jubilado, pensionado o incapacitado, sin embargo, se evidenció que tanto la norma impugnada del 2013, como su reedición del 2016, quebrantaron las cláusulas 2 y 45 denunciadas como vulneradas, haciendo nugatorio el derecho a la homologación, motivo por el cual se declara procedente la denuncia formulada. Así se establece.

VI. LOS DERECHOS LABORALES

1. *El derecho y el deber de trabajar*

Artículo 87 C. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.

A. *Ámbito*

CSJ-SPA (267) 06-06-90, Presidente Ponente: Pedro Alid Zoppi, RDP N° 43, 1990, pp. 49-50.

En apoyo de esta acción constitucional se invocan únicamente los artículos 84, 85 y 106 de la Constitución, el primero de los cuales estatuye que todos tienen derecho al trabajo y el Estado procurará que toda persona apta pueda obtener colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa y garantice la libertad de trabajo; el segundo preceptúa que el trabajo será objeto de protección especial y la ley dispondrá lo necesario para mejorar la condición de los trabajadores, con expresa referencia a la irrenunciabilidad de las disposiciones que favorezcan al trabajador, y el tercero dispone que el Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales, con especial énfasis en que la explotación de los mismos estará dirigida al beneficio colectivo.

Ahora bien, en primer término, la Sala encuentra que por virtud del Decreto impugnado no se atenta contra la libertad y el derecho al trabajo, pues simplemente se limita la actividad minera en el área del Bajo Caroní, pero no se niega el derecho a trabajar que tienen todas; y, en segundo término, en el Decreto nada se dice concretamente que coarte la protección que merece el trabajador y no contiene en él disposiciones que empeoren o afecten las condiciones de trabajo, esto es, que desmejoren tales condiciones y desprotejan al trabajador en todo cuanto dice relación con su situación material, moral e intelectual.

Vedar temporalmente la actividad minera en un área determinada no es un atentado directo contra las garantías constitucionales establecidas en los invocados artículos 84 y 85 de la Constitución ni, por supuesto, impide el funcionamiento de asociaciones, corporaciones y cooperativas, sociedades y comunidades, puesto que no ha ordenado la expresa suspensión o abolición de todas o algunas de las asociaciones existentes.

CPCA 29-07-93, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Víctor Pérez vs. INOS, RDP N° 55-56, 1993, p. 172.

Respecto al derecho al trabajo establecido en el artículo 84 de la Constitución, observa esta Corte que este derecho reviste dos características: el derecho a trabajar *in abstracto*, y el derecho a trabajar *en concreto*; éste consistiría en el derecho que tiene una persona determinada a un trabajo determinado; aquél, el derecho que todo ciudadano tiene a trabajar. En el presente caso, el acto administrativo que destituye al accionante únicamente podría haber violado el derecho al rebajo *in concreto* que presuntamente tuviese el accionante, en el Instituto Nacional de Obras Sanitarias; por el contrario, el derecho a trabajar no pudo ser violado, puesto que al destituirse al accionante, no se impide sin embargo, que realice cualquier otro trabajo. Ahora bien, respecto del derecho concreto a trabajar en el Instituto Nacional de Obras Sanitarias, observa esta Corte que del solo texto constitucional no puede hacerse derivar ninguna presunción grave de violación o amenaza de violación, sino que habría que descender a la normativa subconstitucional; lo cual, como ya se ha señalado, no es posible en la acción de amparo conjunta, y en consecuencia se desestima el primer argumento.

CPCA 7-06-94, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Enrique H. Moreno vs. Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda, RDP N° 57-58, 1994, pp. 194-195.

En el presente caso, la decisión emanada del Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda constituye un impedimento para el ciudadano Enrique Moreno, para ejercer su profesión de farmacéutico, ya que al haber sido suspendida su inscripción en dicho Colegio de Farmacéuticos no puede ejercer su profesión en dicha jurisdicción, ello así por lo dispuesto en el artículo 49 literal b) de la Ley de Colegiación Farmacéutica, que dispone: "Los farmacéuticos para ejercer la profesión deben: b) Estar inscritos en el Colegio de Farmacéuticos de la jurisdicción".

Por ello, para determinar si existe o no violación al derecho constitucional al trabajo, ha de precisarse si la actuación del Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda fue conforme a derecho, de lo contrario, la misma constituiría una restricción a la libertad de trabajo, no establecida por la ley, y por ello violaría el derecho al trabajo. En tal sentido, se observa que el recurrente alega en su libelo de amparo la incompetencia del Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda para suspenderle en el ejercicio profesional, suspensión esta que se produce ineludiblemente al suspenderle la inscripción en el Colegio de Farmacéuticos.

Al respecto, debe señalarse, que la suspensión de la inscripción en el Colegio de Farmacéuticos no constituye propiamente una suspensión del ejercicio profesional, sanción esta distinta y mucho más grave que aquella. En todo caso, debe determinarse si el Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda tenía o no competencia para suspender la inscripción del accionante.

Al respecto se observa que ninguna de las normas señaladas por el Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos en el acto administrativo notificado mediante oficio N° 176-92-94 de fecha 19-10-93 atribuyen a dicho órgano tal potestad. No puede inferirse de ninguna de las normas en las cuales se basa el acto administrativo la existencia de una potestad por parte del Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos, para suspender la inscripción de sus agremiados. En efecto, la norma contenida en el inciso b) del artículo 13 de la Ley de Colegiación Farmacéutica, que señala "El Consejo Directivo tendrá amplias facultades para ejecutar actos de administración

y disposición, de acuerdo a esta ley o a su reglamento. Además de éstas tendrá las siguientes atribuciones: b) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y su reglamento, los reglamentos de la Federación Farmacéutica Venezolana y del Colegio, el Código de Ética Moral y Profesional y los acuerdos y resoluciones de la Federación Farmacéutica Venezolana”, no atribuyen *expresamente* al Consejo Directivo la potestad de suspender la inscripción de sus agremiados, no bastando frases genéricas como “tendrá amplias facultades para ejecutar actos de administración y disposición”.

El resto de los artículos mencionados por el Colegio de Farmacéuticos no se refieren de ninguna forma a potestades disciplinarias de los Consejos Directivos de los Colegios de Farmacéuticos, por lo tanto, tampoco podrían fundamentar una potestad por parte del mencionado órgano para suspender la inscripción del accionante en el Colegio de Farmacéuticos.

Siendo ello así, debe concluirse que el acto administrativo contenido en el Oficio N° 176-92-94 de fecha 19 de octubre de 1993, emanado del Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda, constituye una restricción ilegal, por haber sido impuesta por un órgano incompetente, al derecho constitucional al trabajo del accionante Enrique Heraclio Moreno Aguilera, lo que constituye una violación a dicho derecho constitucional. Respecto al alegato hecho por la parte agravante de que el accionante actualmente se encuentra en pleno ejercicio de su profesión de farmacéutico, se observa que aun siendo ello así, no puede concluirse que no exista violación al derecho constitucional del accionante, puesto que en virtud de lo establecido en el artículo 4° literal b) de la Ley de Colegiación Farmacéutica, el accionante, al no estar inscrito en el Colegio de Farmacéuticos, no puede ejercer su profesión en la jurisdicción de dicho Colegio, estando permanentemente amenazado su derecho constitucional al trabajo, puesto que puede ser sancionado por contravenir la norma antes transcrita, por ejemplo, con la suspensión del ejercicio profesional. Por todo ello, la presente acción de amparo constitucional debe ser declarada procedente y así se decide.

En consecuencia, se suspenden definitivamente los efectos del acto administrativo dictado por el Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda, notificado mediante Oficio N° 176-92-94 de fecha 19 de octubre de 1993 en el que se suspendió la inscripción del ciudadano Enrique Moreno Aguilera en dicho colegio, con lo que se considera que el mismo se halla debidamente inscrito en el Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda bajo el COLFAR N° 3.234.

CSJ-SCC (77) 19-07-95, Magistrado Ponente: Rafael J. Alfonzo Guzmán, Caso: Dennys de González vs. Otros, PT, N° 7, julio, 1995, pp. 133-137.

En lo particular del asunto, los artículos 54 y 84 *eiusdem* predicen que el trabajo es un derecho y al mismo tiempo un deber de toda persona apta para prestarlo. Este postulado político nos ubica más allá de las fronteras del Derecho Laboral, aun cuando precede las normas de rango legal y sublegal que regulan el trabajo del hombre.

En el sentir del tratadista Rafael Caldera, “Antes de regular el trabajo, hay que asentar el derecho de cada ser humano a encontrar ocupación, y a obtener de su esfuerzo una decorosa subsistencia. Proclamar el derecho al trabajo se consideró, por consiguiente, como el pórtico de toda regulación laboral. (...) Si la nuestra es una civilización fundada sobre el trabajo, no podremos lograrla plenamente hasta que el trabajo sea un bien colocado al alcance de todos y revestido de las necesarias protecciones para que de él puedan obtenerse los demás” (el resaltado es de la Sala) (*Derecho del Trabajo*, 2ª edición, 38 reimpresión, El Ateneo, Buenos Aires, 1972, p. 597).

Manuel Alonso García enseña que “Cuando hablamos del trabajo-derecho nos referimos al derecho a trabajar, es decir, a la obligación genérica de la sociedad para con el hombre, anterior al ejercicio de la actividad, y no al cuadro de facultades nacidas de la prestación, en cualquiera de sus formas; de manera análoga, con la expresión trabajo-deber queremos significar, no el conjunto -individualizado o no- de las obligaciones que del vínculo jurídico laboral se derivan para una u otra parte de la relación, sino el sentido universal que al hombre se impone en la necesaria expresión de sus actividades” (el resaltado es de la Sala) (*Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, 4ª edición, Barcelona, 1973, p. 49).

Este postulado político tiene una profunda concepción humanista que, parafraseando a los citados autores, sirve de entrada y precede a toda regulación laboral del trabajo humano: Es el *prius* de la actividad profesional y por lo tanto, no responde al esquema de los derechos y obligaciones patrimoniales causados por esa prestación reglamentada por la normativa laboral infraconstitucional, lo que expresado de otra manera explica, que este predicado de la Ley Fundamental no puede ni debe entenderse dentro del marco de la teoría general de las obligaciones ni en la particular de las obligaciones laborales. Desde luego que su sentido y alcance lo explica por sí solo: Nace de y nutre la vocación institucional de la sociedad venezolana fundada en el trabajo del hombre, razón por la cual tampoco pueden entenderse separados: Deber de trabajar y derecho al trabajo, no sólo son correlativos e interdependientes entre sí, también son insolubles pues desatados o divididos no alcanzan a cumplir con esa función social básica.

Tan es así que ese deber-derecho se vincula con una grave obligación del Estado: Desarrollar las condiciones necesarias para la ejecución del postulado político en cuestión, y al mismo tiempo lograr una altísima finalidad humana: Que la persona apta obtenga colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa. Así lo impone el artículo 84 constitucional. Incluso, en consonancia con lo expuesto, este mismo artículo 84 establece una relación de *supra* y subordinación tanto al legislador ordinario constituido y en cuanto a política legislativa se refiere, como al intérprete y aplicador de la norma legal y aún de la sublegal. La libertad para cumplir con el postulado político de la libertad de trabajo no está sujeta a otras restricciones que no sean las establecidas en la Ley, y al así disponerlo el constituyente del 61 en esta reserva legal expresa, queda explícito que como toda limitación ello es de derecho estricto, o lo que es igual, la restricción a la libertad de trabajo ha de estar expresamente consagrada en la Ley y no cabe, por lo tanto, integrar el derecho por aplicación analógica de alguna restricción contenida en disposición legal tendente a regular una situación semejante, ni por ningún otro sistema de integración.

Y todavía cabe otra acotación de igual importancia: De llegarse a establecer -como sucede- alguna restricción a la libertad de trabajo y así por ejemplo con la finalidad de proteger al trabajador, esta limitación sola y exclusivamente puede ser impuesta por la Ley, aquí con mayúscula, para enfatizar que en la cabal interpretación de las normas constitucionales, la tal limitación solamente puede contemplarse en uno de esos actos que sancionan las Cámaras como cuerpos colegisladores y que son los únicos que técnica y jurídicamente pueden tenerse como leyes en nuestro medio, a tenor de lo dispuesto por el artículo 162 de la Ley Fundamental de la República.

De todo lo analizado hasta ahora, colige la Sala que la violación del derecho a trabajar denunciado por los quejosos conflictuantes en este amparo atiende a esa concepción -independientemente de que su servicio personal lo presten a un ente público como la Contraloría General del Estado Barinas- puesto que la protección a este derecho constitucional no admite ninguna distinción en el orden ontológico de los derechos humanos analizados -como tampoco cabe hacerlo en el jurídico- a que el trabajo se preste para una u otra categoría patronal, más aún si se retiene que a diferencia de las anteriores constituciones, el preámbulo de la vigente eleva como el principal valor de nuestra sociedad el trabajo del hombre, y por consecuencia, es que más adelante inserta en su dogmática el postulado político del deber y el derecho social al trabajo. Se repite: "Si la nuestra es una civilización fundada sobre el trabajo, no podremos lograrla plenamente hasta que el trabajo sea un bien colocado al alcance de todos y revestido de las necesarias protecciones para que de él puedan obtenerse los demás".

CPCA 30-11-95, Magistrada Ponente: María Amparo Grau, Caso: Javier Villarroel R. vs. Consejo de la Judicatura, RDP N° 63-64, 1995, p. 175.

En la sentencia de fecha 14 de diciembre de 1994 se señaló:

"(...) Ahora bien, resulta evidente que siendo la profesión del recurrente abogado, que hace presumir que gran parte de su actividad profesional la realiza en el Juzgado del Estado Nueva Esparta, el acto mediante el cual el Juez titular de ese Despacho lo suspende del ejercicio de su profesión en ese Tribunal, le puede causar un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva ...pues mientras se tramita el proceso no podía ejercer en dicho Juzga-

do, hecho este que, le impediría percibir honorarios profesionales en detrimento de sus ingresos; circunstancia ésta que por sí sola permite el otorgamiento de la medida cautelar solicitada...”.

Esta Corte estima que el decreto accionado configura un impedimento para el accionante de ejercer libremente la profesión del abogado, por cuanto al existir solamente dos juzgados superiores penales en la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, el accionante está impedido de ejercer plenamente su profesión de abogado especialista en derecho penal y criminología en tal circunscripción (donde está ubicada su residencia), todo lo cual impediría al presunto agraviado –como fue decidido en la sentencia de esta 14 de diciembre de 1994– “...percibir honorarios profesionales en detrimento de sus ingresos...”.

Ahora bien, como expuso la representación fiscal, el libre ejercicio profesional del abogado sólo puede verse limitado a través de las sanciones previstas en textos legales. En tal sentido, esta Corte en sentencia de fecha 7 de junio de 1994 señaló que al impedirse ilegítimamente el libre ejercicio profesional de un particular, “...se estaría configurando una restricción a la libertad de trabajo no establecida por la ley, y por ello violaría el derecho al trabajo...”.

De tal manera que al quedar plenamente evidenciado que el decreto accionado es una reedición del decreto fechado 29 de junio de 1994 y que el mismo constituye una limitación del accionante al libre ejercicio de su profesión de abogado, debe esta Corte concluir que el proveniente de fecha 26 de abril de 1995 configura una restricción ilegítima a la libertad del ejercicio profesional del accionado, siendo por lo tanto procedente el amparo solicitado. Así se decide.

CPCA 16-1-97, Magistrada Ponente: Teresa García de Cornet, Caso: Alimentos Arcos Dorados C.A. vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda, RDP N° 69-70, 1997, p. 197.

La violación del derecho al trabajo no procede cuando el accionante es una “persona jurídica” en virtud de que el mismo es un derecho inherente a la persona humana.

Finalmente alega el quejoso la violación al derecho al trabajo previsto en el artículo 84 de la Constitución, se observa que este derecho es inherente a la persona humana y consiste en la posibilidad de realizar una actividad o labor por cuenta ajena y bajo la relación de dependencia de otra, recibiendo como contraprestación una remuneración periódica denominada salario, que le permite una subsistencia digna y decorosa. En el presente caso, siendo el accionante una persona jurídica no puede configurarse la violación del derecho al trabajo denunciado, y así se declara.

CPCA 30-4-97, Magistrada Ponente: Teresa García de Cornet, Caso: Varios vs. Municipio Valdez del Estado Sucre, RDP N° 69-70, 1997, pp. 197-198.

Al respecto observa la Corte el artículo 84 de la Constitución dispone que todos tienen derecho al trabajo y que el Estado procurará que toda persona apta pueda obtener colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa.

Esta Corte ha establecido que todos tienen derecho al trabajo, pero tal garantía no constituye un derecho absoluto sino supeditado a la Ley.

En el presente caso, se observa que la Dirección de Hacienda de la Alcaldía del Municipio Valdez del Estado Sucre actuando de conformidad con el artículo 18 de la Ordenanza sobre Patente Industria, Comercio, y Servicios Conexos del Municipio Valdez, del Estado Sucre, dictó el 26 de agosto de 1996 la Resolución No. 7-98 mediante la cual ordenó el cierre definitivo de la Procesadora de Pescado “Sociedad Comercializadora de Pescado C.A. (SOCOPEX C.A.)” y prohibió el funcionamiento de dicha procesadora en la zona residencial donde funcionaba señalando que “no reúne las condiciones para el funcionamiento de las actividades propias como procesadora de pescado causando olores nauseabundos, a pescado y a otras especies marinas que son contaminantes al medio ambiente de esa zona residencial y muy especialmente en el interior de las viviendas familiares ubicadas al lado de dicha procesadora y a sus alrededores perjudicando

la salud de los vecinos, además del alto riesgo de peligro de muerte que constituye para los habitantes de esa zona, el funcionamiento de un banco de transformador cerrado que existe en el interior a la entrada del inmueble contentivo de corriente eléctrica, de alto voltaje; situaciones estas que por atentatorias y violatorias de los más elementales derechos constitucionales inherentes a las personas humanas como es la vida y la salud...”. El acto mediante el cual un órgano público cumple sus competencias mal puede estimarse violatoria de derecho al trabajo, tanto mas cuanto que el mismo está dirigido a la empresa que se califica como infractora y no a sus trabajadores. Así se decide.

CPCA 2-5-97, Magistrada Ponente: María Amparo Grau, Caso: Zulinda Rosario Vásquez B. vs. Municipio Autónomo Sucre del Estado Miranda, RDP N° 69-70, 1997, pp. 198-199.

Resulta atentatorio del derecho al trabajo la actitud asumida por el empleador, quien al sacar a concurso el cargo y someter al aspirante al cumplimiento de los requisitos fijados, posteriormente pretende, sin justificación legal alguna, omitir el nombramiento al cual estaría obligado.

Ahora bien, respecto a la invocada violación del derecho al trabajo observa la Corte que en el presente caso, la accionante presentó un Concurso de Méritos, el cual constituye un requisito establecido a los fines de instaurar la relación de empleo. De tal manera que, si el ente empleador se abstiene de proceder en consecuencia al cumplimiento de este requisito, sin que exista decisión alguna que lo invalide, atenta con esta conducta contra el derecho a trabajar que el cumplimiento de los requisitos exigidos produce para la aspirante a ingresar en el cargo. En efecto, resulta atentatorio del derecho al trabajo, en criterio de esta Corte, la actitud asumida por el empleador, quien al sacar a concurso el cargo y someter a la aspirante al cumplimiento de los requisitos fijados, posteriormente pretendo, sin justificación legal alguna, omitir el nombramiento al cual estaría obligado. De allí que resulte procedente el mandamiento de amparo por lo que a la protección de este derecho se refiere, en el sentido de que se ordeno a la accionada proceder a realizar el nombramiento.

Así se declara.

CPCA 12-6-97, Magistrada Ponente: Lourdes Wills Rivera, Caso: Leonor Parada vs. Policía del Estado Portuguesa, RDP N° 69-70, 1997, p. 199.

Conforme se ha determinado en constante jurisprudencia, el derecho al trabajo, corresponde a las personas naturales las cuales tienen el derecho de realizar una labor o actividad que les permita obtener a cambio una remuneración que les proporcione una subsistencia digna: en el presente caso, estima la Corte que se ha vulnerado el derecho al trabajo de la accionante al excluirla de la nómina de pago e impedirle que continúe desempeñando la labor que como mecanógrafa adscrita a la Comandancia de la Policía de Guanare realizaba, sin que ello medie procedimiento alguno. Así se declara.

CPCA 24-9-97, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, Caso: Varios vs. Alcaldía del Municipio Iribarren del Estado Lara, RDP N° 71-72, 1997, p. 125.

Para que se configure la violación del derecho constitucional al trabajo debe existir previamente una condición de subordinación dentro de una relación laboral del afectado con el pretendido trasgresor del referido derecho (art. 84 de la Constitución).

Los accionantes solicitaron amparo constitucional por considerar que el Decreto N° 01-97 de fecha 1 de enero de 1997 viola su derecho al trabajo, al impedirles la venta de comida rápida en las condiciones para las que se encontraban autorizados.

El *a quo* declaró con lugar el amparo solicitado, considerando que ninguno de los accionantes laboraba en la referida Avenida 20, a la que se refiere en forma exclusiva a su juicio la prohibición consagrada en el Decreto, sino se encontraban en las transversales de dicha Avenida; por ello, concluyó –en forma incongruente– que el Decreto N° 0197 no podía afectarlos y estimó vulnerado el derecho al trabajo.

A tal respecto, esta Corte Considera necesario reiterar que el derecho al trabajo, tal como está concebido en el artículo 84 constitucional, consiste en la posibilidad de realizar una actividad o labor por cuenta ajena y bajo relación de dependencia de otra, recibiendo como contraprestación una remuneración periódica, que le permite una subsistencia digna y decorosa a quien la realiza. Por ello, para que se configure la violación a tal derecho debe existir previamente una condición de subordinación dentro de una relación laboral del afectado con el pretendido trasgresor del referido derecho.

Por tal razón, en congruencia con el criterio mantenido al respecto, considera esta Corte que no pueden los accionantes alegar violación del derecho constitucional al trabajo, por una decisión que no les permite, a su decir, la realización de una actividad económica que no ejercen en condiciones de subordinación con la Alcaldía del Municipio Iribarren del Estado Lara, sino como agentes económicos actuando por su propia cuenta. Es de hacer notar al respecto que, en el escrito de la solicitud de amparo, los propios accionantes se califican como comerciantes actuando por cuenta propia, de donde se aprecia que no existe una subordinación de naturaleza laboral entre estos y la Alcaldía accionada. Por lo tanto, el derecho al trabajo de los mencionados ciudadanos no ha podido ser vulnerado por un Decreto que regula las condiciones de instalación de vendedores ambulantes en una vía de la ciudad de Barquisimeto.

CPCA 30-10-97, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, Caso: Olga Zambrano vs. Instituto Nacional de Nutrición, RDP N° 71-72, 1997, pp. 125-126.

Ahora bien de lo expuesto por la accionante –aceptado por el accionado, dada la no consignación válida del informe– queda demostrado que actualmente ella no ejerce las funciones que desempeñaba antes del disfrute de sus vacaciones “que no cumple ninguna otra función, asistiendo a su lugar de trabajo, donde (se) encuentra suprimida y relevada del cumplimiento de las atribuciones y funciones inherentes al cargo del cual (es) la titular”, “(encontrándose) en un escritorio sin ninguna actividad”, sometida “a la percepción de la remuneración sin que por su parte preste servicio alguno (...)”. Por lo demás, no existe en autos prueba alguna de que las funciones que ejercía antes de salir de vacaciones, y que fueron asignadas temporalmente al funcionario designado para cubrir su ausencia, le hayan sido restituidas luego de haberse reincorporado al trabajo, al término del período vacacional.

Al respecto, esta Corte advierte que en un caso similar al de autos consideró lo siguiente:

“El hecho presuntamente violatorio del derecho constitucional al trabajo de los accionantes, lo constituye la situación en que se mantenía a los mismos, relegándolos de sus funciones, sin asignarles trabajo alguno. A juicio de esta Corte, ello –de ser cierto– constituiría en efecto una clara violación al derecho al trabajo de los accionantes (Sentencia de fecha 13 de marzo de 1.995, en el caso Miriam Zulay Guerrero Ramírez, Carmen Yolanda Zapata y otros vs. Contralor Municipal Municipio San Cristóbal del Estado Táchira).

Por ello, a luz del criterio *supra* mencionado considera este Tribunal que la situación de hecho a que ha sido sometida la accionante, al no permitírsele desempeñar las funciones que ejercía antes del disfrute de sus vacaciones, así como ninguna otra función –como lo alega y fue admitido por el accionando– constituye una violación del derecho al trabajo, al impedírsele brindar la debida contraprestación al sueldo que percibe en la referida Unidad de Nutrición. Por lo tanto, estima este Tribunal que, en el presente caso, existe la violación del derecho al trabajo denunciada por la accionante. Así se decide.

CSJ-SPA (28) 29-1-98, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo, RDP N° 73-74/75-76 1998, p. 96.

El derecho al trabajo se corresponde al homo faber, significa la libertad de trabajar, elegir un oficio cumpliendo los requisitos para ello, la promoción a través del trabajo, según el tiempo y capacidad y la remuneración adecuada. El trabajo recrea al ser humano, lo dignifica y desarrolla su personalidad.

CPCA 4-5-98, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, RDP N° 73-74/ 75-76 1998, p. 100.

Para resolver, al respecto observa la Corte, que a los folios 09 al 15 del expediente, cursa Resolución signada con el N° 4 dictada por el Colegio de Ingenieros de Venezuela en fecha 18 de marzo de 1997, a través de la cual declara que “carece de competencia para no reconocer los títulos de los egresados del IUPSM”. Asimismo, consta a los folios 98 al 105 la inspección judicial practicada por el Juzgado Cuarto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área, donde ese Tribunal deja expresa constancia de la negativa de las autoridades del mencionado Colegio para atender la solicitud de inscripción que le formularan los quejosos. Por ello esta Corte constituye una amenaza de violación al derecho al trabajo de los accionantes amenazan que contrariamente a lo sostenido por el ente accionado, si se toma Ley de Ejercicio de la Ingeniería, Arquitectura y Profesiones Afines, exige para esos profesionales la inscripción del respectivo Título ante el Colegio de Ingenieros de Venezuela a los fines de trabajar como tales. De allí que al no tramitarse a los accionantes su solicitud de inscripción nunca podrán obtener la colegiatura y por ende ejercer sus profesiones en el territorio nacional, estando así permanentemente amenazado su derecho constitucional al trabajo, puesto que pueden ser sancionados por contravenir la norma antes citada. Siendo ello así, la lesión constitucional denunciada como amenazada de violación resulta procedente, así se decide.

TSJ-SC (42) 2-3-2000, Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta, Caso: Carmen J. López y otros vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, RDP N° 81, 2000, pp. 173-174.

La violación del derecho constitucional al trabajo no se verifica exclusivamente respecto de una relación laboral o de dependencia entre patronos y trabajadores, pues la misma puede configurarse en el momento en que toda persona se vea obstaculizada o impedida por actos, que podrían provenir incluso de terceros, que menoscaben el ejercicio de este derecho.

De la lectura del fallo, entiende esta Sala que el Tribunal para desestimar la acción de amparo centró el examen del mismo en la inexistencia de la relación de dependencia laboral entre el supuesto causante de la violación constitucional y los accionantes.

En este sentido, considera la Sala que la violación del derecho constitucional al trabajo no se verifica exclusivamente respecto de una relación laboral o de dependencia entre patronos y trabajadores, pues la misma puede configurarse en el momento en que toda persona se vea obstaculizada o impedida por actos, que podrían provenir *incluso* de terceros, que menoscaben el ejercicio de este derecho. En estas situaciones el Estado debe adoptar las medidas tendientes a garantizar la protección y el pleno ejercicio del derecho quebrantado.

Ahora bien, al analizar el fallo consultado, la Sala estima que el juez del amparo no decidió la acción con arreglo a los parámetros referidos; en efecto, el *a quo* no confrontó el derecho denunciado como conculcado con la norma constitucional supuestamente infringida y el hecho que causaba tal lesión con independencia del sujeto agravante, sino que justificó la inadmisibilidad del amparo en la inexistencia de este vínculo de dependencia, que a su juicio constituía un elemento fundamental para la existencia de la violación del derecho constitucional antes referido.

TSJ-SPA (531) 16-3-2000, Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa, Caso: Luisa E. Riani A. vs. Consejo de la Judicatura, RDP N° 81, 2000, p. 174.

En atención al primero de los derechos denunciados como lesionado, es decir, el derecho al trabajo, observa la Sala que la sanción de destitución impuesta a la recurrente, si bien la separó del cargo que en ese momento ostentaba dentro del Poder Judicial, no debe entenderse que con ello se le ha prohibido el ejercicio de actividades laborales acordes con su profesión o su libre escogencia, distintas a las que venía realizando como Juez Titular del Juzgado del Distrito Zaraza, o similares, si optare por reingresar al Poder Judicial mediante concurso de oposición. Más aún, estima esta Sala que conforme al principio de legalidad que rige toda la actividad administrativa, no puede entenderse, en principio, que el Consejo de la Judicatura, cuyas funciones fueron asumidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, vulnere el derecho al trabajo cuando ejerce la potestad disciplinaria para la cual ha sido investido expresamente por la ley. Este pronunciamiento no prejuzga sobre la posibilidad de que, luego del debate procesal correspondiente en la tramitación del recurso de nulidad, se pruebe la presencia de vicios de ilegalidad que puedan hacer nulo el acto impugnado. Conforme a las razones expuestas, la Sala aprecia que no está acreditada en autos la lesión constitucional del derecho al trabajo, invocada en la presente causa. Así se declara.

TSJ-SC (204) 4-4-2000, Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta, Caso: Maira Lugo vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, RDP N° 82, 2000, pp. 322-323.

Sólo se podría afectar el derecho constitucional al trabajo, en la medida en que pueda apreciarse la concurrencia de los elementos esenciales que configuran una relación laboral, a saber: la prestación de un servicio bajo subordinación o dependencia, y su contraprestación mediante un salario.

Vista la demanda y la solicitud de medida cautelar interpuesta (folios 19 al 41 y 49 al 51), el Tribunal de Primera Instancia, dictó una medida de co-administración sobre las mencionadas empresas -entre otras-, la cual debía realizarse en forma conjunta por María Lugo y por Rubia Raquel Rincón Villarreal.

No obstante, ello, dicha decisión, a juicio de la Sala, sólo podría afectar el derecho constitucional al trabajo, en la medida en que pueda apreciarse la concurrencia de los elementos esenciales que configuran una relación laboral, a saber: la prestación de un servicio bajo subordinación o dependencia, y su contraprestación mediante un salario, elementos estos que la accionante no alega y menos aún demuestra en autos. En consecuencia, mal podría esta Sala determinar la existencia de la violación de este derecho con la sola demostración de que la actora ejercía funciones como administradora de las mencionadas empresas. Por lo tanto, la sentencia consultada, al declarar la vulneración de tal derecho, sin tomar en cuenta los elementos anteriormente anotados, resulta infundada, y así se declara.

B. Derecho de las personas naturales

CPCA 13-10-94, Magistrada Ponente: Teresa García de Cornet, Caso: Automotores por puesto Ciudad Marquesa vs. Alcalde del Municipio Barinas, RDP N° 59-60, 1994, p. 179.

El derecho al trabajo es inmanente a las personas naturales.

En lo que respecta al artículo 84 de la Constitución, se observa que el mismo consagra, “el derecho a la libertad de trabajo”. Ahora bien, el derecho al trabajo es inmanente a las personas naturales y el mismo consiste en que una persona con capacidad y posibilidades pueda ejecutar

una actividad profesional a disposición de otra, bajo su dirección y que reciba como contraprestación una remuneración denominada salario, que le permita una subsistencia digna y decorosa. En el caso de autos la accionante es una persona jurídica, la asociación civil “Automotores por puesto Ciudad Marquesa”, razón por la cual estima esta Corte que a la accionante se le podrá violar otro derecho constitucional, pero no el derecho a la libertad de trabajo por ella denunciado, y así se declara.

CPCA 24-11-94, Magistrada Ponente: Teresa García de Cornet, Caso: Varios vs. Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, RDP N° 59-60, 1994, pp. 179-180.

El derecho al trabajo “solo protege a las personas naturales, en ningún caso a las personas jurídicas” (arts. 84 al 94 de la Constitución).

El derecho al trabajo es uno de los derechos constitucionales que busca la protección de los trabajadores en la realización de sus labores, es decir, sólo protege a las personas naturales, en ningún caso a las personas jurídicas como se desprende de la redacción de los artículos 84 al 94 de la Constitución. Entonces, trabajadores únicamente, pueden serlo las personas naturales, tal como lo dispone el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual establece: “Se entiende por *trabajador* la *persona natural* que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra”.

Por tanto, mal pueden alegar las empresas accionantes, las cuales revisten el carácter de personas jurídicas, la violación del derecho al trabajo consagrado en el artículo 84 de la Constitución. Por lo demás, tampoco puede invocar en nombre de sus trabajadores tal derecho, por cuanto ellas no pueden arrogarse un derecho ajeno. De otra parte, no puede esta Corte proteger un derecho constitucional que no ha sido alegado por quienes ostentan su titularidad ni mucho menos cuando éstos no se constituyeron en parte accionante en la presente causa. Así se declara.

CPCA 14-12-95, Magistrada Ponente: María Amparo Grau, Caso: Androcelis Palenzuela B. vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), RDP N° 63-64, 1995, pp. 175-176.

El derecho al trabajo se refiere única y exclusivamente a la potestad constitucional de toda persona natural para ejercer libremente el mencionado derecho (Art. 84 Constitución). Por lo que resulta improcedente la solicitud de violación del derecho al trabajo por parte de una Asociación Civil.

En relación a la denuncia del derecho al trabajo, señala la parte actora que la actitud de la administración habría impedido “...a todos nuestros asociados trabajar... y realizar sus labores ...”.

Sobre el particular, se observa que la solicitud de amparo fue interpuesta por la Asociación Civil Conductores Unidos de Caracas-La Victoria, y no por los asociados individualmente identificados de tal asociación, por lo que la denuncia formulada resulta improcedente.

En abundancia a lo anterior, ha sido criterio pacíficamente aceptado, que el derecho contemplado en el artículo 84 constitucional, se refiere única y exclusivamente a la potestad constitucional de toda persona natural para ejercer libremente el derecho al trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución o en las leyes, por lo que al ser la parte solicitante una asociación civil –que no persona natural– resulta igualmente improcedente la solicitud de amparo formulada en base a la denuncia de violación de dicho derecho. Así se decide.

CPCA 17-10-96, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, RDP N° 67-68, 1996, pp. 174-175.

Solo las personas naturales pueden ser titulares del derecho al Trabajo.

En cuanto a la violación del artículo 84 constitucional, debe esta Corte reiterar, una vez más, que dicho derecho sólo puede ser alegado por su titular, y que, asimismo, solo las personas naturales pueden ser titulares de este derecho. Siendo ROCAGEL, S.R.L., una persona jurídica, no puede ostentar la titularidad del derecho al trabajo (ver sentencia de fecha 9-11-94, caso: *Aerolíneas Latians C.A. vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía*); por ende, debe estimarse improcedente la denunciada violación del artículo 84 de la Constitución. Así se decide.

C. Las limitaciones legales

CPCA 12-5-88, Magistrado Ponente: Humberto Briceño León, RDP N° 34, 1988, p. 70.

Dispone la Constitución en el artículo 81, la estabilidad para los profesionales de la enseñanza, el 84 el derecho al trabajo, y en las 88 formas de garantías a la estabilidad y prestaciones como recompensas a la antigüedad en el servicio y el respectivo amparo en caso de cesantía. Las tres disposiciones cuya violación se denuncia, constituyen en efecto Derecho Sociales, que el Constituyente no ha prescrito de modo ilimitado, absoluto, o incondicional; las tres normas constitucionales remiten profesionales de la enseñanza, como el derecho al trabajo, en tanto garantías son desarrolladas y reglamentadas por la Ley, cuanto a ellas es consecuente concluir en que no los acordó el Constituyente como absolutas, ilimitadas, sino sometidas a lo que ha sido su ulterior desarrollo normativo.

CPCA 18-11-93, Magistrado Ponente: Jesús Caballero Ortiz, Caso: Iraima J. Rodríguez vs. Universidad Nacional Abierta, RDP N° 55-56, 1993, pp. 172-173.

Por lo que respecta al derecho al trabajo, esta Corte tiene decidido en pacífica jurisprudencia que el mismo no constituye un derecho constitucional absoluto, pues se encuentra condicionado por la ley. En el presente caso la posibilidad de la actora de que se la tenga como miembro ordinario del personal docente de la Universidad Nacional Abierta en la categoría de asistente encuentra sus límites, tanto en la Ley de Universidades, como en las normas dictadas por la Universidad Nacional Abierta en base a su potestad normativa. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Universidades los miembros del personal docente y de investigación se clasifican en: 1. Ordinarios; 2. Especiales; 3. Honorarios; 4. Jubilados.

Los miembros especiales, de acuerdo al artículo 88 *ejusdem*, son: 1. Los auxiliares docentes y de investigación; 2. Los investigadores y docentes libres; 3. Los profesores contratados.

De acuerdo con la clasificación establecida en la Ley de Universidades, los profesores contratados constituyen una categoría jurídica precisa, regulada en su artículo 100, y la cual se rige por el respectivo contrato y por el Reglamento. Además, la apertura del concurso de oposición –medio idóneo en el caso de autos para pasar de miembro especial a miembro ordinario– se encuentra expresamente prevista en los artículos 3 al 30 del Reglamento *ad hoc* de la Universidad Nacional Abierta, el cual permite, en sus artículos 25 y 27, literal a), abrir concursos en categorías superiores a la de instructor, concretamente, si el concurso se abre para la categoría de profesor asistente, los aspirantes deben llenar los requisitos establecidos en la disposición normativa últimamente citada.

En consecuencia, no es posible acceder al pedimento de la actora de que se la reconozca como miembro ordinario del personal docente cuando para ello –precisamente– es necesario haber aprobado el concurso de oposición que ella objeta.

2. *La jornada laboral y el derecho al descanso*

Artículo 90 C. La jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo

nocturna no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales. Ningún patrono o patrona podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias. Se propenderá a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras.

Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.

C. 1961, art. 86

CPCA 7-9-89, Magistrado Ponente: Jesús Caballero Ortiz, RDP N° 40, 1989, p. 55.

Se ha denunciado igualmente la violación del artículo 86 de la Constitución conforme al cual todos los trabajadores disfrutarán de descanso semanal remunerado y de vacaciones pagadas en conformidad con la Ley. En este caso el derecho a vacaciones sí constituye un derecho de rango constitucional, pues se halla previsto directamente en la Constitución y la Ley sólo debe reglamentarlo. No obstante, no encuentra esta Corte que por el hecho de la designación de la cual fue objeto el accionante se le haya vulnerado su derecho a vacaciones pagadas de conformidad con la Ley. En efecto, por la circunstancia de haber sido designado en un cargo en el servicio interno de la Cancillería, cuando se encontraba ocupando otro en el extranjero, no se viola el derecho al disfrute de las vacaciones. Además, el propio accionante reconoce (folio tres) que solicitó dos meses y medio de vacaciones y se le respondió que tal solicitud sería considerada al incorporarse al servicio interno.

3. *El derecho al salario*

Artículo 91 C. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.

C 1961, art. 87

CSJ-CP 27-4-93, Magistrado Ponente: Rafael J. Alfonzo Guzmán, RDP N° 53-54, 1993, pp. 167 y ss.

La contribución de los trabajadores no organizados incluidos en el ámbito de validez de una convención colectiva, por el motivo de ser beneficiarios de la acción del Sindicato al contratar colectivamente, no vulnera la protección debida al salario.

A la luz de esta interpretación debe la Corte analizar los alegatos del Fiscal General de la República.

La retención –a los trabajadores no organizados incluidos en el ámbito de validez de una convención colectiva– de la cuota extraordinaria para los miembros de un sindicato, por concepto de solidaridad y por motivo de los beneficios obtenidos en la convención celebrada por esa organización, a juicio del recurrente “no obedece a la intención *proteccionista* del constituyente, tomando en cuenta que la restricción del salario tiene que estar prevista en la ley, tal como lo establece el artículo 87 de la Constitución. Esta restricción debe obedecer a intereses de política social

del Estado o que vayan en beneficio de la colectividad en general, pero nunca podrá la ley, dictar normas restrictivas del salario dirigidas a grupos u organizaciones sindicales o de otra naturaleza, en cuya participación entra en juego la voluntad del trabajador como requisito fundamental, pues lo contrario sería ir en contra del espíritu constitucional” (subrayado de la Corte).

1. En relación con tal razonamiento, se observa:

El artículo 87 de la Carta Fundamental alude a la relación individual de trabajo, y dentro de ésta, a lo relacionado con la remuneración. En esta materia, el constituyente se refiere a cinco tópicos distintos: el salario justo, el salario mínimo, la regla del salario, la participación en los beneficios de las empresas y la *protección* del “salario y de las prestaciones sociales con la inembargabilidad, en la proporción y casos en que se fijen y con los demás privilegios y garantías que ella misma establezca”. Como puede observarse, no obstante, las diversidades conceptuales entre esos cinco tópicos, puede afirmarse que todos ellos, en sentido amplio, se integran en el último, sobre la protección del salario, desde luego que la justicia, la suficiencia, la igualdad y la composición integral –globalidad de la remuneración–, son normas dirigidas a proteger el salario.

2. Resalta así de lo expuesto que si es irrecusable postulado de la Constitución de la República la protección del salario, y simultáneamente, es también principio de idéntica categoría la protección de las organizaciones sindicales de trabajadores, autónomas e independientes de toda influencia ajena que pueda comprometer su imparcialidad en la defensa de los altos intereses que tienen a su cuidado, mal puede suponerse que la ayuda económica de los beneficiados por las convenciones colectivas celebradas por los sindicatos, legalmente establecida a modo de contribución solidaria en el artículo 446 bajo estudio, sea contradictoria con el propósito y razón de los artículos 85 y 87 de la Constitución.

Asimismo, considera este Alto Tribunal que la contribución de los no organizados por el indicado motivo de ser beneficiarios de la acción del Sindicato al contratar colectivamente, no vulnera la protección debida al salario de acuerdo con la Carta Fundamental, según se explana en el Capítulo VII de esta misma sentencia.

3. Tampoco infringe esta retención la idea de “protección”, tal como es entendida por la normativa del Convenio OIT 95, vigente en nuestro país desde el 10 de agosto de 1983, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 19, numeral 3.

De acuerdo con su articulado:

a. El salario se cancelará en moneda de curso legal (se permite, sin embargo, su abono por medio de cheques, giros postales o, parcialmente, en especie) y se entregará directamente al trabajador o a la persona indicada por éste o por la autoridad (artículos 3, 4 y 5).

b. El trabajador tendrá derecho a disponer libremente de su remuneración, y en consecuencia, no podrá ser obligado a comprar en comisariato propiedad del empleador (artículos 6 y 7).

c. El patrono podrá hacer retenciones en el salario, dentro de las condiciones y límites permitidas por la ley, el contrato colectivo de trabajo (así denominado por el Convenio) o el laudo arbitral, los cuales se harán del conocimiento de los interesados. Ninguna de estas deducciones podrá beneficiar al empleador, si la finalidad de las mismas es obtener –o conservar– el empleo (artículos 8 y 9).

d. Se cancelará a intervalos regulares y estará sujeto a ajuste final, al terminar la relación, en plazo razonable, si no hay uno establecido por ley, convención o laudo arbitral. Será preciso efectuarlo en días laborables y en el lugar de prestación del servicio, lo cual impide hacerlo en tabernas, similares y centros de venta al por menor, salvo que allí sea donde el trabajador presta sus servicios (artículos 12 y 13).

e. Será inembargable e insensible, salvo en los términos, condiciones y modalidades permitidos por la ley (artículo 10).

f. Las normas legales establecerán, además, privilegios de los créditos salariales en los supuestos de quiebra o liquidación judicial del patrono (artículo 11).

g. Existirá la obligación de informarle al trabajador las condiciones aplicables en esta materia, indicarle los elementos constitutivos de la remuneración al actualizarla y hacerle conocer las disposiciones legales sobre la materia (artículos 14 y 15).

4. El legislador desarrolló tales temas en el Título III, Capítulo I, de la Ley Orgánica del Trabajo, y no existe contradicción entre sus normas y las del Convenio. A esta misma conclusión arriba el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo –a propuesta del Comité de Quejas, y como secuela de la formulada frente al Gobierno de Venezuela por la Federación Latinoamericana de Trabajadores de la Educación y la Cultura (FLATEC), la Central Latinoamericana de Trabajadores (CLAT) y la Confederación Mundial del Trabajo (CMT)– que aprobó la siguiente recomendación: “Basándose en los debates que tuvieron lugar en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo cuando se adoptó el Convenio N° 98, el Comité estima que tanto aquellas situaciones en que las cláusulas de seguridad están autorizadas como aquellas en que se prohíben, pueden considerarse conformes con los principios y normas en materia de libertad sindical” (Caso N° 1.611, p. 89).

El Fiscal General de la República, además, no ha planteado a la consideración de este Alto Tribunal ningún punto de esa normativa contra el cual atente el segundo dispositivo del artículo 446, cuya nulidad solicita.

5. En ninguna de las reglas consagradas en el artículo 87 de la Constitución de la República se encuentra alusión alguna a “restricciones” del salario. Estas, de existir, afirma el Ministerio Público, deben tener origen legal, “obedecer a intereses de política social o (...beneficiar a) la colectividad en general”.

Si algún artículo de la Corte Fundamental puede ser relacionado con este punto, considera este Supremo Tribunal, es el 99. Allí se indica: “Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social, la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”.

El trabajador, es cierto, tiene derecho de propiedad sobre su salario; pero el mismo está supeditado a los límites legalmente pautados. En este orden de ideas, cabe señalar que la deducción de “la cuota ordinaria establecida para miembros, por concepto de solidaridad y por motivo de los beneficios obtenidos en (...la) convención colectiva”, del salario de los no miembros de una organización de trabajadores, pero beneficiarios de un pacto plural celebrado por un sindicato, tiene su origen en una disposición legal, y en consecuencia, satisface el requisito exigido por la norma constitucional.

Por la otra, y fue aducido anteriormente, las organizaciones de trabajadores deben ser protegidas y las relaciones donde participan favorecidas sobre las individuales, pues –por ser mecanismos de integración– unas y otras se orientan a satisfacer la política social del Estado y buscan el beneficio de la colectividad en general.

Si hubiere alguna contradicción –que en opinión de este Alto Tribunal no existe– entre la interpretación dada a los artículos 85 y 87 por el Ministerio Público, por una parte, y por la otra, la de los 70, 72, 85 y 90 de la Constitución de la República expuesta en el Capítulo anterior, puntos N° 2, 5, la misma debe resolverse a favor de esta última, por ser más acorde a la intención del constituyente, ya que las disposiciones reguladoras de las relaciones colectivas deben privar sobre las dirigidas a reglamentar las individuales.

6. De lo desarrollado en el presente Capítulo, este Alto Tribunal colige:

Entre las varias disposiciones del artículo 87 de la Constitución de la República relacionadas con el salario, se encuentra la referida a su protección.

Esa tutela alude a la debida frente a los acreedores del trabajador y del empleador, o, cara a este último únicamente. La deducción ordenada en la regla del artículo 446 de la Ley Orgánica del Trabajo cuya nulidad se solicita, no contradice la previsión constitucional (*Infra*, Cap. VII).

Tampoco contraría las disposiciones del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Venezuela, las cuales –a pesar de su carácter no autoejecutivo– señalan límites materiales al legislador patrio que éste debe respetar. Teniendo, como las normas constitucionales, la característica de ser programáticas, “su infracción puede ser invocada como causa de nulidad de alguna disposición de la ley positiva laboral que no se adapte a ella” (Corte Suprema de Justicia: Salas de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo y Político-Administrativa, citadas por Fernando Parra Aranguren, “Reflexiones sobre el Título I de la Ley Orgánica del Trabajo”, en *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República*, N° 5, Caracas, 1992, pp. 154-155).

El artículo 87 del texto constitucional no alude a las restricciones al salario, ni indica que deben ser establecidas por la ley. Esta materia la trata el artículo 99 *ejusdem*, relacionado con el derecho de propiedad. Sin embargo, el dispositivo de la regla cuya nulidad se demanda –en el supuesto de las disposiciones contenidas en el mencionado en último término– tampoco las transgrede, pues la retención ordenada tiene origen legal y consagra una conducta considerada apropiada para la obtención del bien común temporal. A esta misma conclusión (“el artículo 446 de la Ley Orgánica del Trabajo no está viciado de inconstitucionalidad”) arriba la Procuraduría General de la República en dictamen DGSA 114542, de 20 de julio de 1992, en “Problemática del artículo 446 de la Ley Orgánica del Trabajo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 86, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, p. 206).

Por las razones explanadas, no puede afirmarse que la restricción ordenada en el artículo 446 de la Ley Orgánica del Trabajo, segunda disposición, no tiene origen legal y “no obedece a la intención proteccionista del constituyente (...ni) a intereses de política social del Estado”.

TSJ-SC (5) 23-1-2008, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Caso: CVG, Industria Venezolana de Aluminio, C.A. (VENALUM) vs. Decisión Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar con sede en Puerto Ordaz. RDP N° 113, 2008, pp. 163-165.

Los aumentos que reciben los trabajadores activos como resultado de la evaluación por el desempeño efectivo de sus actividades dentro de la empresa, por su propia naturaleza, no pueden considerarse como parte del salario básico. Así mismo, la aplicación de evaluaciones por desempeño implica en consecuencia el ejercicio activo del cargo, lo cual no puede ser extensivo a los trabajadores jubilados.

En lo esencial, de los términos en que ha quedado planteada la presente controversia, estima la Sala que el asunto medular a dilucidar consiste en determinar si la sentencia accionada cambió, amplió o modificó el dispositivo de la decisión definitivamente firme dictada el 8 de agosto de 2005, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar con sede en Puerto Ordaz, que declaró con lugar la acción de amparo interpuesta por la representación judicial de la Asociación de Jubilados y Pensionados de la empresa CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A., (VENALUM).

En ese sentido, se observa que, del dispositivo de la referida decisión del 8 de agosto de 2005, el mandamiento de amparo quedó expuesto en los siguientes términos:

“...Se declara CON LUGAR el recurso de amparo constitucional intentado y en consecuencia, de conformidad con los criterios presentados en la parte motivaciones para decidir ordena el restablecimiento de igualdad que debe tener la empresa CVG VENALUM, C.A. hacia todos sus jubilados y/o pensionados, contado a partir de la interposición del presente recurso de amparo hasta la fecha en que se hagan los ajustes y desde este momento hacia adelante, siempre deberá ajustar las jubilaciones y/o pensiones a los aumentos que

reciban los trabajadores activos de CVG VENALUM, C.A. producto de las contrataciones colectivas cuya proporcionalidad constituye una obligación legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

Indudablemente que para procurar el ajuste de las pensiones de los jubilados y/o pensionados se aplicará no el mínimo del cargo, sino lo correspondiente entre el aumento a cada uno de los trabajadores activos en el grado alcanzado por cada jubilado cuando le fue concedida la jubilación y el monto cancelado a los trabajadores activos en el nivel salarial actual del cargo...”.

Asimismo, la Sala evidencia que el fallo accionado concluyó que:

“...la empresa accionada ha cumplido, pero parcialmente con la sentencia dictada por este Juzgado Superior en fecha 08/08/2005, pues si bien ha procedido al ajuste de las pensiones y jubilaciones de los quejosos en base a los aumentos que reciben los trabajadores activos de la misma producto de las contrataciones colectivas de trabajo, no incluyó en el ‘salario básico promedio’ que empleó para el cálculo de tales ajustes, lo correspondiente a la evaluación por desempeño generada por los trabajadores activos de la agraviada con cargos homólogos a los de los pensionados y jubilados, por lo que en lo sucesivo deberá la empresa C.V.G. VENEZOLANA DE ALUMINIO, C.A. (VENALUM), proceder a realizar los ajustes de las jubilaciones y/o pensiones de los agraviados, en la forma prevista en la mencionada decisión de fecha 08/08/2005, debiendo incluir en el ‘salario básico promedio’ empleado al efecto, lo correspondiente a la evaluación por desempeño de aquellos trabajadores activos que tengan derecho a ella y cuyos cargos son homólogos con los de los quejosos...”.

Se plantea entonces la necesidad de precisar si el mandamiento de amparo conferido mediante la decisión del 8 de agosto de 2005 comprendía la orden de incluir en el salario básico promedio que emplearía la empresa como base de cálculo para la realización de los ajustes de las homologaciones de los pensionados o jubilados al de los trabajadores activos, lo correspondiente a los aumentos por las evaluaciones por desempeño de estos últimos.

Sobre este particular, considera la Sala que los aumentos que reciben los trabajadores activos como resultado de la evaluación por el desempeño efectivo de sus actividades dentro de la empresa, por su propia naturaleza, no pueden considerarse, tal como erróneamente lo sostuvo el a quo, como parte del salario básico, ya que dicho concepto de salario se refiere es al “salario fijo previsto para el cargo o la función realizada por el trabajador, referido a una jornada de trabajo, sin ninguna adición...” (vid. sentencia de la Sala de Casación Social N° 106, del 10 de mayo de 2000, caso: “*Gaseosas Orientales, S.A.*”). (Subrayado de la Sala).

Aunado a lo anterior, es necesario precisar que dicha evaluación de desempeño tiene un carácter eminentemente personal (*intuitu personae*) que sólo es posible aplicar a los trabajadores activos con el propósito de determinar, en cada caso, las condiciones de eficiencia, es decir, la cantidad y la calidad del servicio prestado, así como precisar, cómo ha cumplido el trabajador los objetivos de la etapa, las responsabilidades y funciones del puesto de trabajo, contribuyendo a satisfacer las necesidades de la empresa. La aplicación de evaluaciones por desempeño implica en consecuencia el ejercicio activo del cargo, lo cual no puede ser extensivo a los trabajadores jubilados, toda vez que éstos (aun cuando resulte por perogrullo señalarlo) han perdido dicha condición, por lo que tales beneficios no pueden ser incluidos en la base de cálculo para la realización de los ajustes de las jubilaciones o pensiones de los terceros interesados en la presente acción, máxime si se toma en cuenta que dichos ajustes, de acuerdo a la Convención Colectiva de la referida empresa, deben hacerse tomando como base el “salario básico promedio del homólogo activo”.

Conforme a lo expuesto, esta Sala Constitucional estima que el fallo accionado alteró el contenido de la sentencia definitivamente firme de amparo constitucional dictada el 8 de agosto de 2005, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado

Bolívar con sede en Puerto Ordaz, en razón de lo cual se violó el derecho a la tutela judicial efectiva de la accionante en lo que respecta al derecho a la invariabilidad de las sentencias. Así se declara.

En virtud de lo anterior, esta Sala declara con lugar la presente acción de amparo constitucional y, en consecuencia, se anula la sentencia accionada. Así se decide.

TSJ-SCS acc. (0244) 6-3-2008, Magistrado Ponente: Juan Rafael Perdomo, Caso: Norka Cecilia Arellano De Angélico vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) RDP N° 113, 2008, pp. 165-170.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia analiza la Doctrina existente en relación a los conceptos o elementos excluidos de la noción de salario.

Ahora bien, nos resta entonces resolver sobre la procedencia o no del derecho reclamado.

En primer lugar, aduce la parte actora, que a partir del año 1997 con motivo de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, la empresa demandada implementó un mecanismo de contratación para el personal ejecutivo de la empresa, el cual se formalizó mediante la suscripción de un contrato individual de trabajo, donde, a decir de la actora, la empresa demandada “aprovechó para sustraerla del régimen de la contratación colectiva de trabajo, desmejorándole sus condiciones laborales”. Por consiguiente, demanda la aplicación de la contratación colectiva de trabajo, por ser éste, el régimen más favorable.

En contraposición a lo expuesto por la actora, la parte demandada negó y rechazó la aplicación de la Contratación Colectiva de Trabajo señalando que, en virtud de la migración de la trabajadora a la Ley Orgánica del Trabajo mediante la suscripción del contrato individual de trabajo, éste se constituyó en un régimen más favorable que el establecido en la Contratación Colectiva, por consiguiente, mal puede pretender la trabajadora que se le aplique dicha Convención Colectiva de Trabajo.

Ahora bien, se circunscribe el punto en cuestión en resolver si efectivamente la trabajadora se encontraba o no amparada por la Convención Colectiva de Trabajo al momento de la terminación de la relación de trabajo.

La sentencia N° 2.316 de 2007 al respecto consideró lo siguiente:

(...) observamos en el caso que nos ocupa, un punto muy controversial en el derecho del trabajo, el cual no es otro que el problema que encierra la aplicación del principio denominado “de la norma más favorable” la cual forma parte del “principio protector”, al igual que las reglas de “indubio pro operario” y “de la condición más beneficiosa” con las que se complementan.

En este sentido, el supuesto típico de vigencia de la regla más favorable es el del conflicto, en el que dos normas vigentes y mutuamente incompatibles resultan aplicables a una sola situación y es necesario definir cuál de ellas la regirá, la regla actúa precisamente para dirimir en pro de la más beneficiosa al laborante, entendiéndose entonces que ambas no podrán aplicarse simultáneamente de acuerdo a lo que más o menos beneficie el trabajador.

Consecuente con lo anterior, observamos que en nuestro ordenamiento laboral dichas reglas existen como técnica de articulación normativa para determinar cuál es la norma aplicable en caso de colisión y conflicto entre normas.

Es así, que los artículos 59 de la Ley Orgánica del Trabajo y 6° de su Reglamento, señalan expresamente lo siguiente:

Artículo 59: En caso de conflicto de leyes prevalecerán las del Trabajo, sustantivas o de procedimientos. Si hubiere dudas en la aplicación de varias normas vigentes, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador. La norma adoptada deberá aplicarse en su integridad.

Artículo 6º: En caso de conflicto entre normas constitucionales, legales, reglamentarias y demás derivadas del Estado, regirán, junto con el principio de favor, los de jerarquía (regla de la norma mínima), especialidad y temporalidad. Cuando las normas en conflicto ostenten idéntica jerarquía, privará aquella que más favorezca al trabajador (regla de la norma más favorable), salvo que alguna revista carácter de orden público estricto, caso en el cual prevalecerá ésta (norma imperativa absoluta).

Si el conflicto se plantea entre normas contenidas en convenciones colectivas, contratos de trabajo, reglamentos internos, usos y costumbres y cualquiera otra de naturaleza análoga; así como entre estas y aquellas revestidas de orden público estricto, será aplicada la más favorable al trabajador (regla de la norma más favorable). (Acotaciones. Subrayados y negrillas de la Sala)

Pues bien, delimitado en nuestro ordenamiento las reglas aplicables como técnica de articulación normativa para determinar la más beneficiosa, nos resta analizar o determinar las condiciones o presupuestos que deben ocurrir para que el principio a favor sea aplicado (ya sea a través de la regla de la norma mínima o de la regla de la norma más favorable).

Es así, que el catedrático Pla Rodríguez, precisa algunas pautas que condicionan la aplicación del principio de favor, y que han sido una fuerte tendencia en la doctrina laboral, a saber:

a) La comparación debe efectuarse teniendo en cuenta el tenor de las dos normas. No puede, en cambio, comprender las consecuencias económicas lejanas que la regla puede engendrar.

b) La comparación de las dos normas debe tomar en consideración la situación de la colectividad obrera interesada y no la de un obrero tomado aisladamente.

c) La cuestión de saber si una norma es o no favorable a los trabajadores no depende de la apreciación subjetiva de los interesados. Ella debe ser resuelta objetivamente, en función de los motivos que han inspirado las normas.

d) La confrontación de dos normas debe ser hecha de una manera concreta, buscando si la regla inferior es, en el caso, más o menos favorable a los trabajadores.

e) Como la posibilidad de mejorar la condición de los trabajadores constituye una excepción al principio de intangibilidad de la regla imperativa, jerárquicamente superior, no puede admitirse la eficacia de una disposición inferior mientras que pueda dudarse de que sea efectivamente más favorable a los trabajadores.

Consecuente con lo anterior, en el caso que nos ocupa, el punto esencial se encuentra entonces en determinar cuál es la norma o cuáles son el cúmulo de normas aplicables al caso en concreto, si la contenida en la Ley Orgánica del Trabajo por haber migrado el trabajador mediante la suscripción del Contrato Individual de Trabajo o la de la Convención Colectiva de Trabajo vigente al momento de la terminación de la relación laboral.

En efecto, observa esta Sala que las disposiciones respecto al régimen de jubilación contenida en la Convención Colectiva de Trabajo 1994-1997 son en su conjunto superiores a las contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo a la que migró el trabajador. En este sentido, la doctrina ha dicho, que en el caso de que el convenio colectivo vaya más allá de la complementación o franca suplementación del ordenamiento legal, las alteraciones que introduzcan serán válidas si la resultante es, según el cotejo efectuado respecto de cada institución, más favorable, aun cuando algún aspecto de ese nuevo producto institucional sea dentro una percepción aislada menos beneficioso, doctrina denominada del equilibrio interno del convenio (Ojeda Aviles. Derecho Sindical).

Ahora bien, la determinación en que a una situación concreta debe aplicarse una norma con preferencia a otra, por ser aquella más ventajosa para el trabajador, no enerva la validez, ni afecta la vigencia de esta. En suma, no la deroga; tan solo señala que esta norma no se aplica a este caso concreto sino aquella, pero que conserva su vigencia y validez para cualesquiera otros casos en los que no colisiona con otras normas, o en su aplicación específica, puede resultar, a su vez, más favorable.

A modo de reflexión, esta Sala considera oportuno señalar que, la determinación de la norma más favorable debe hacerse casuísticamente y estar basada en la flexibilidad y en la equidad: flexibilidad para poder adoptar, en cada caso, el método más adecuado, lo que implica la posibilidad de que existan y coexistan varios; y equidad, para que la solución a la que se llegue por vía de su aplicación no resulte reñida con los derechos inalienables de los trabajadores, ni agrave los igualmente legítimos intereses de los empleadores.

En el caso concreto, la norma más favorable a ser aplicada es la Convención Colectiva de Trabajo, circunstancia que sin duda recobra mayor fuerza cuando de la revisión de las actas procesales, se constata el memorando emanado de la Dirección de Consultoría Jurídica Gerencia de Asuntos Litigiosos de fecha 10 de junio de 1999, en el cual la misma empresa demandada mediante disquisición realizada al efecto, contempla que: “En conclusión el personal migrado sí debería gozar en su totalidad de los beneficios de la Convención Colectiva, aunque no esté expresamente estipulado en el artículo 508 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los iguales beneficios debería disfrutar todo el personal que ingresó o labore fijo en la empresa o haya tenido 2 o más años de renovaciones en su contrato individual”, tal documental, no siendo atacada en forma alguna por la parte a quien se le opuso, constituyó plena prueba al respecto.

Establecido lo anterior, y admitida como fue por parte de la demandada, la relación laboral alegada por la actora sólo resta por establecer cuáles de los pedimentos realizados por el accionante son procedentes conforme la aplicación de la Convención Colectiva del Trabajo que rigió las relaciones laborales entre las partes.

Pues bien, la actora alegó que el salario normal para el cálculo de las prestaciones sociales a tenor de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, debió estar constituido por el salario normal convenido en la cláusula primera de la Convención Colectiva, más los incrementos recibidos a la fecha del despido como fueron el subsidio por luz eléctrica, el auxilio de vivienda, la alícuota parte del bono vacacional y las utilidades correspondientes, incluyendo la prima ejecutiva.

Por consiguiente, y bajo el fundamento anteriormente señalado, expresó la actora que el salario normal sobre el cual debieron calcularse los conceptos laborales debidos es de Bs. 3.707.163,30 y no otro.

Por otro lado, la parte demandada negó que el subsidio de luz eléctrica forme parte del salario; negó que el salario de la trabajadora para el 5 de mayo de 1999, fecha ésta de culminación de la relación de trabajo, fuera de Bs. 3.707.163,30 pues el salario real era de Bs. 2.390.960,00. Asimismo, adujo la accionada en el escrito de contestación que el auxilio de vivienda y prima ejecutiva ya se habían unificados al salario del trabajador desde el mes de febrero de 1997, según Resolución de la Junta Directiva N° 036 de fecha 21 de febrero de 1997 la cual reza: “a) Ratificar la aprobación de un incremento de un 25% sobre el sueldo tabulador y la prima ejecutiva del personal ejecutivo de CADAFE y sus Filiales e integrarlos como parte de un salario único junto con los conceptos de: Prima por Razones de Servicio, Bono Ejecutivo, Asignación por Auxilio de Vivienda y los distintos incrementos salariales, recibidos como personal de base en contrataciones colectivas pasadas”.

Ahora bien, en cuanto al subsidio por luz eléctrica como elemento salarial, la Cláusula 30 de la Convención Colectiva de Trabajo, señala que: “*La empresa a tenor de lo dispuesto en el literal b) del Parágrafo único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, conviene en subsidiar el consumo eléctrico causado en la casa de habitación del trabajador...*”

Establece el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo abrogada invocada por la Cláusula en cuestión, lo siguiente: “*Parágrafo Único: no se considerarán formando parte del salario: (...) b) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio de la corriente...*”

Asimismo, Ley Orgánica del Trabajo vigente establece en el artículo 133 en su Parágrafo Tercero lo siguiente: “*...Los beneficios sociales no serán considerados como salario salvo que, en las convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo, se hubiere estipulado lo contrario...*”

Consecuente con lo anterior, esta Sala de Casación Social, en sentencia N° 263 en relación con la definición de salario contenida en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, expresó lo siguiente:

Resulta oportuno reiterar el concepto de salario, del cual el legislador hizo un revisión a partir de la reforma de los artículos 133, 134, 138 y 146 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, recogido por esta Sala en la decisión de fecha 10 de mayo de 2000 (caso *Luis Rafael Scharbay Rodríguez contra Gaseosas Orientales, S.A.*), al siguiente tenor:

Salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

(*Omissis*)

Con esta revisión el legislador patrio rectifica la falta de técnica en la cual incurrió en 1990, pues confundía a ciertas modalidades para el cálculo del salario (unidad de tiempo, unidad de obra, por pieza o a destajo) con percepciones de eminente naturaleza salarial, y además eliminó la frase “*para los efectos legales*” contenida en la versión modificada, definiendo así el concepto de salario para todos los efectos. Asimismo, cuando la reforma considera salario a toda remuneración, provecho o ventaja, cualquiera que sea su método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y establece además que los subsidios o facilidades de iniciativa patronal para la obtención de bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia, también constituyen salario, concibe a éste en términos amplísimos (con las únicas exclusiones previstas en la norma en su Parágrafo Tercero) y aplica el principio de la primacía de la realidad cuando identifica como tal, a toda remuneración provecho o ventaja percibida por la prestación del servicio, independientemente de la denominación que las partes puedan darle a la percepción, reiterando el contenido patrimonial del salario al precisar que éste debe ser, en todo caso, evaluable en efectivo”. (Subrayado de la presente decisión).

En este mismo sentido, estima el autor, Dr. Rafael Alfonso Guzmán que salario es:

... la remuneración del servicio del trabajador, integrado por la suma de dinero convenida expresa o tácitamente con su patrono, y por el valor estimado de los bienes en especie que éste se haya obligado a transferirle en propiedad o a consentir que use para su provecho personal y familiar. (Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo).

(*Omissis*)

Con relación al punto bajo análisis, el autor supra citado, expresa que “ninguna de las menciones legales comprendidas en el encabezamiento del actual artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, posee objetiva e indiscutidamente, naturaleza salarial si se las desprende de la intención retributiva del trabajo con que ellas son practicadas. Tal intención se hallaba insita en los términos en que todas nuestras leyes anteriores definían el salario: Salario es la remuneración (o sea, retribución, pago o recompensa) correspondiente (que toca, que pertenece) al trabajador por el servicio prestado”.

(*Omissis*)

Por su parte la doctrina especializada en la materia se ha pronunciado con relación a los conceptos o elementos excluidos de la noción de salario, en los términos siguientes:

(...) La nueva redacción -del Primer Parágrafo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo- no le da carácter salarial a aquellas prestaciones “necesarias para la ejecución del servicio o realización de la labor”, pues centra el concepto de salario en la “remuneración que corresponde al trabajador” y que constituye para él una remuneración, provecho o

ventaja, concatenando estas expresiones con las empleadas al establecer los principios generales del salario (...), podemos afirmar que éste es un activo que se incorpora al patrimonio del trabajador, el cual le es pagado directamente (art. 148) y del cual tiene derecho a disponer (art. 131). Esta concepción del salario como remuneración patrimonial que se hace al trabajador con ocasión de la relación de trabajo excede de la tradicional idea según la cual el contrato de trabajo se limita a establecer un intercambio de prestaciones: la ejecución del servicio a cargo del trabajador y el pago del salario a cargo del patrono. De este modo, el salario se reducía a ser un valor de intercambio que estaba constituido por aquello que el patrono pagaba al trabajador “a cambio de su labor”, con lo cual podían considerarse salario los pagos hechos al trabajador pero que no lo beneficiaban directamente.

En sintonía con lo anterior, esta Sala señala que el beneficio de subsidio por luz eléctrica estipulado en la Cláusula 30 de la Convención Colectiva de Trabajo tiene un carácter eminentemente social y que no se encuentra revestido del carácter salarial que pretende la accionante, puesto que el beneficiario, en modo alguno puede disponer por voluntad propia de tal beneficio, característica esencial del salario, por lo que a los efectos de la presente acción, tal beneficio debe considerarse como de carácter social, sin carácter remunerativo y por lo tanto no debe ser admitido como tal, pues adolece de la intención retributiva del salario y así expresamente lo señala la Cláusula en comento cuando hace remisión al literal b) del Parágrafo Único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo abrogada. Así se decide.

Ahora bien, en lo que respecta al carácter salarial del denominado auxilio de vivienda contenido en la Cláusula 31 de la Convención Colectiva de Trabajo, así como la prima para el personal ejecutivo es menester señalar que la parte demandada logró demostrar que los mismos se encontraban incluidos dentro del incremento del 25% aprobado en fecha 07 de febrero de 1997 según Resolución N° 036. Por consiguiente, se declara improcedente dicho pedimento. Así se decide.

En relación con los aumentos acordados para el año 1998, quedó demostrado por el Decreto Presidencial N° 2.409 de 1998 artículo 3° que se ordenó la disminución del salario en un 10% al personal directivo, gerencial y de supervisión de las sociedades en las cuales la República o los institutos autónomos tengan una participación igual o mayor al 50%, razón por la cual, la demandada sí cumplió con los aumentos de salario acordados tomando en cuenta el Decreto Presidencial mencionado.

Con respecto a la alícuota correspondiente al bono vacacional y las utilidades se declara procedente, puesto que la Ley expresamente lo contempla como beneficios revestidos de carácter salarial, no habiendo demostrado la demandada que tales elementos fueron integrados al salario.

En este sentido, esta Sala señala que el salario sobre el cual deberá calcularse los conceptos debidos hasta el día 5 de mayo de 1999, fecha de culminación de la relación laboral estará integrado por el salario básico, más la cuota parte de utilidades, así como por la cuota parte del bono vacacional, cantidad que asciende a Bs. 3.387.193,30, monto éste que corresponde a un salario normal diario de Bs. 112.906,44. Así se decide.

La antigüedad desde el corte de cuenta (31 de diciembre de 1997) hasta la fecha de terminación de la relación laboral (5 de mayo de 1999) es igual a 80 días por el salario normal diario (Bs. 112.906,44) lo que da como resultado la cantidad de Bs. 9.032.515,20, menos Bs. 30.947.945,95 pagados en la liquidación identificada como Anexo 15, por lo que no debe nada la empresa por este concepto. Así se decide.

Ahora bien, consideración aparte merece el salario que servirá de base para el cálculo de la antigüedad del corte de cuenta al 31 de diciembre de 1997, pues el mismo estará integrado tanto por el salario básico a la fecha de Bs. 1.149.500,00, según se desprende de la planilla de liquidación, más el promedio de utilidades (100 días según Convención Colectiva), así como el promedio del bono vacacional (39 días según Convención Colectiva), cantidad que asciende a Bs. 1.479.182,98 mensuales, monto este que corresponde a un salario normal de Bs. 49.306,10. Así se decide.

TSJ-SPA (1024) 21-10-2010, Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortiz, Caso: Banesco Banco Universal, C.A. vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), RDP N° 124, 2010, pp 142-153,

No procede la compensación de los saldos existentes en las denominadas cuentas “nómina” por parte de las instituciones financieras, en virtud del carácter inembargable del salario, lo cual no obsta para que las mismas procedan a hacer efectivo el cobro de sus acreencias, haciendo uso de los medios procesales ordinarios que el ordenamiento jurídico tiene a su disposición.

...Corresponde a la Sala decidir la apelación interpuesta por los apoderados judiciales de Banesco Banco Universal, C.A., contra la sentencia N° 2009-00685 del 28 de abril de 2009, mediante la cual la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado contra la Resolución N° 082-05 de fecha 29 de marzo de 2005 dictada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) que declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido contra el oficio N°SBIF-GGCJ-GLO-18207 del 17 de diciembre de 2004, mediante el cual se instruye a la referida institución bancaria a no efectuar débitos de las cuentas nóminas, sin que previamente se tenga la autorización expresa del cliente a tales efectos.

En tal sentido, se observa:

1. Inembargabilidad del Salario:

Arguye el representante judicial de la parte apelante que la inembargabilidad del salario establecida en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no puede interpretarse de forma literal, sino de conformidad con el artículo 162 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone que sólo es inembargable “*la remuneración del trabajador en cuanto no exceda del salario mínimo (...). Lo importante sin embargo es resaltar la errada concepción de considerar a la totalidad del salario (...) como inembargable, tal y como fuera decidido por la Corte en el caso de marras.*”.

Denuncia que la sentencia recurrida incurre en una evidente e infundada extensión de las prerrogativas salariales al saldo íntegro de una “verdadera” cuenta bancaria, por la simple razón de denominarse como “*cuenta nómina basándose en una presunción enteramente subjetiva, carente de base legal y lógica, puesto que pretende asumir que las cantidades recibidas en calidad de depósito en esa cuenta forman parte del salario del titular de la misma.*”.

Arguye que tanto el acto recurrido como la sentencia apelada incurren en un falso supuesto de derecho al pretender aplicar la disposición contenida en el artículo 1.335 del Código Civil a las relaciones que derivan de la existencia de una cuenta bancaria, cualquiera sea su naturaleza.

Indica, que una vez que el trabajador ha recibido su salario y dispone de éste, desaparece la pretendida inembargabilidad toda vez que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela busca asegurar que el trabajador reciba efectivamente su salario no que éstos (trabajador y salario) “*adquieran una especie de inmunidad absoluta frente a cualquier tercero de buena fe, incluyendo entre estos (...) a los acreedores del trabajador.*”.

En este orden de ideas, la sentencia recurrida dispuso lo siguiente:

“2. De la inembargabilidad del salario.

El artículo in commento [artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela] consagra igualmente que el salario es inembargable, lo cual se presenta como un mecanismo para la defensa del mismo, y que pretende crear un minimum inexpugnable para que, de esta forma, el trabajador pueda ver satisfechas de manera plena sus necesidades de supervivencia y las de su familia, sin que se vea afectado en ello por posibles embargos del salario como consecuencia de obligaciones de cualquier naturaleza que pueda adquirir.

(...)

3. Del salario mínimo

(...)

Precisado lo anterior, aprecia esta que en el caso de autos, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Banesco, Banco Universal C.A., afirmaron que el carácter inembargable del salario, y por ello la prohibición de aplicar al caso de autos la figura de la compensación, sólo sería predicable de la porción considerada como integrante del salario mínimo más no así de las cantidades de dinero que superen dicha cifra.

(...)

En este sentido, se desprende de la afirmación anterior la argumentación según la cual por estar referido únicamente la inembargabilidad al salario a la porción mínima del mismo, sería posible aplicar deducciones en las cuenta nómina de los trabajadores cuyo salario supere dicha cantidad, a los fines de implementar así la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones.

Ahora bien, por cuanto en el caso de autos lo debatido es justamente la legitimidad o no de la aplicación de la figura de la compensación en las cuentas nóminas de los trabajadores, encuentra esta Corte que la interpretación pretendida por la representación judicial de la parte recurrente no parece compatibilizar con el contenido del artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela antes transcrito, pues del mismo debe entenderse que producto de la declaración de inembargabilidad del salario, independientemente del monto al cual ascienda el mismo, las Instituciones Financieras por sí solas no pueden deducir de las denominadas cuentas nóminas de los trabajadores las cantidades de dinero que les sean adeudadas, pues para ello deberán acudir a los medios procesales ordinarios para la satisfacción de sus pretensiones.

(...)

En definitiva, para este Órgano Jurisdiccional la prohibición de inembargabilidad del salario contenida en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela representa la imposibilidad, como se verá a continuación, de que las Instituciones Financieras puedan aplicar la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones, lo cual impediría al trabajador percibir y disfrutar cabalmente de los montos de dinero percibidos como consecuencia de la relación laboral.

(...)" (Sic).

Determinado lo anterior debe traerse a colación el contenido del artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 91. Todo trabajador tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.”.

Asimismo, debe resaltarse el contenido de los artículos 162 y 164 de la Ley Orgánica del Trabajo, los cuales establecen lo que sigue:

“Artículo 162. Es inembargable la remuneración del trabajador en cuanto no exceda del salario mínimo.

PARÁGRAFO ÚNICO. *Cuando la remuneración exceda del salario mínimo y no pase del doble del mismo, los embargos que pudieran dictarse no podrán gravar más de la quinta parte (1/5) del exceso y cuando exceda del doble, la tercera parte (1/3)."*

"Artículo 164. *Lo dispuesto en los artículos anteriores no impide la ejecución de medidas procedentes de obligaciones de carácter familiar y de los originados por préstamos o con ocasión de garantías otorgadas conforme a esta Ley."*

Del análisis concatenado de los artículos transcritos se desprende que el salario goza de una protección especial dada su naturaleza alimentaria (destinado a satisfacer las necesidades de alimentación, vestido, recreación, etc.), en razón de lo cual se considera inembargable dentro de los parámetros establecidos por la Constitución y la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, tal inembargabilidad no es absoluta, pues todo aquél que tenga acreencias contra el trabajador (salvo el patrono, quien dispone de condiciones especiales para el cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 *eiusdem*) debe acudir a la vía jurisdiccional para cobrar sus créditos, a través de los procedimientos legalmente establecidos, quedando vedada la posibilidad de que se efectúen cobros automáticos, por ejemplo, por parte de las entidades bancarias.

Determinado lo anterior, esta Sala confirma la decisión apelada, con relación a inembargabilidad del salario y la imposibilidad de que las Instituciones Financieras puedan aplicar la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones, lo cual impediría al trabajador percibir y disfrutar del salario devengado como consecuencia de la relación laboral. Así se decide.

2. Compensación:

Indica el apoderado apelante, que la compensación es un modo de extinción de las obligaciones con vigencia universal *"cuya pretendida exclusión o prohibición, so pretexto de la supuesta especialidad de las denominadas 'cuentas de nómina', sólo servirá para perjudicar a patronos y trabajadores, por cuanto dejarán de existir, por carecer de sentido o utilidad para los bancos y, desde luego, excluirán a los trabajadores de las posibilidades del crédito bancario..."*.

Señala, que dentro de las condiciones universalmente aplicables en las relaciones de los bancos con los clientes titulares de las cuentas corrientes o de ahorros está la que permite la compensación entre saldos deudores en la hipótesis frecuente de que el titular de una cuenta sea, a la vez, deudor del mismo banco por cualquier operación de crédito que haya realizado el titular de la cuenta.

Que en el caso que se analiza, el ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol era, a su vez, deudor y acreedor de Banesco, como consecuencia de los consumos realizados mediante el uso de las tarjetas de crédito emitidas por el referido banco.

En consecuencia, afirma, no existía impedimento alguno -contrariamente a lo afirmado en la sentencia apelada- para sostener que en la relación estaban dadas las condiciones objetivas para que operara la compensación legal, toda vez que *"i) Banesco y Edición (sic) eran acreedores y deudores recíprocos; ii) las deudas a cargo de cada parte tenían por objeto sumas de dinero; y, iii) finalmente las referidas deudas eran líquidas y exigibles..."*.

En este sentido, expresa que la sentencia apelada incurre en un error al afirmar que la *"facultad que tendrían las instituciones financieras para oponer la compensación a los fines de recuperar los créditos otorgados, no deviene directamente de la ley, sino que por el contrario, la compensación bancaria deriva necesariamente de una convención, que en todo caso, es facultativa para aquel en cuyo favor la ley estableció una limitación que impide la verificación de la compensación legal..."*.

Con relación a este punto, la sentencia recurrida estableció lo siguiente:

“(…)

Así, en el caso de autos observa esta Corte que debe atenderse al contenido del artículo 1.335 del Código Civil que plantea una serie de limitaciones a esta forma de extinción de las obligaciones. En este sentido, el artículo 1.335 del Código Civil, en su numeral 3º, establece que:

“Artículo 1.335.- La compensación se efectúa cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en los siguientes casos: (...) 3º Cuando se trate de un crédito inembargable” (Negrillas de esta Corte).

Como consecuencia de lo anterior, observa este Órgano Jurisdiccional que dada la declaración de inembargabilidad del salario contenida en el artículo 91 del Texto Constitucional, se está en presencia de una imposibilidad de proceder a la materialización de la compensación como forma de extinción de las obligaciones; imposibilidad que, como puede desprenderse, se hace presente en el caso de la “cuenta nómina” del ciudadano Walter Albarrán Finol, por lo que el levantamiento de tal impedimento se produce justamente como producto de la manifestación de voluntad para permitirlo por parte de la persona que se encuentra beneficiada por tal declaración legal.

(…)”.

Ahora bien, a los fines de analizar la figura de la compensación debe traerse a colación el contenido del artículo 1.331 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 1.331. Cuando dos personas son recíprocamente deudoras, se verifica entre ellas una compensación que extingue las dos deudas, de modo y en los casos siguientes”.

De conformidad con el artículo transcrito, la compensación es un medio de extinción de las obligaciones que opera entre dos personas que son recíprocamente deudoras, cuando dichas deudas son homogéneas, líquidas y exigibles, hasta la concurrencia de sus cantidades respectivas.

Ahora bien, en el caso bajo análisis, la entidad financiera Banesco Banco Universal, C.A., procedió a compensar la deuda por concepto de tarjetas de crédito del ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol, con los haberes de éste en su cuenta “nómina”.

Ante este escenario, debe citarse lo dispuesto en el artículo 1.335 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 1.335. La compensación se efectúa cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en los siguientes casos:

(…)

3º Cuando se trate de un crédito inembargable.

(…)”.

De conformidad con el artículo transcrito, la compensación no opera cuando se trata de créditos inembargables.

Lo anterior resulta relevante toda vez que como se afirmó en el punto N° 1 de esta motivación, el salario es un crédito inembargable de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 162 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En este sentido, el salario cuyo pago se efectúa a través de las cuentas “nómina” no pierde su naturaleza ni los privilegios que le envuelven con los cuales se protege, por tanto, comparte esta Sala lo establecido por el *a quo* respecto a que “la protección constitucional del salario, manifestada en el carácter inembargable del mismo, independientemente de cuál sea su monto, impide que la sociedad mercantil Banesco Banco Universal, C.A., pueda proceder a realizar compensaciones o deducciones de la cuenta nómina en la cual es o era depositado el salario del ciudadano Walter Albarrán Finol, por las cantidades de dinero adeudadas...”.

De conformidad con lo expuesto, se desecha el alegato de la parte apelante, toda vez que no procede la compensación de los saldos existentes en las denominadas cuentas “nómina” en virtud del carácter inembargable del salario, lo cual no obsta para que las instituciones financieras procedan a hacer efectivo el cobro de sus acreencias, haciendo uso de los medios procesales ordinarios que el ordenamiento jurídico tiene a su disposición. Así se declara.

3. Cuentas nómina:

Arguye la representación judicial de la parte apelante que el régimen legal aplicable a las cuentas “nómina”, es el régimen general previsto en el Código de Comercio, en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y en las normas especiales que a tales efectos dicten las instituciones bancarias, ya que, según su criterio, dichas cuentas tienen la misma naturaleza de las demás cuentas bancarias, sean estas corrientes o de ahorro.

Destacan que cuando una persona abre una cuenta corriente en un banco, se establece una relación jurídica entre el banco y el cuentacorrentista que deriva del contrato en particular, sin que tenga relevancia alguna el origen de los fondos depositados en la cuenta. Asimismo, afirma que el trabajador titular de una cuenta nómina puede disponer en dicha cuenta de cantidades de dinero provenientes no sólo de contraprestaciones laborales, sino de cualquier otra fuente, regular o accidental.

Con relación a este particular la sentencia apelada afirmó que *“la particular regulación existente en los casos en que el trabajador se vea obligado a la utilización de las denominadas ‘cuentas nóminas’, de manera que resulta contraria a las circunstancias antes aludidas, el considerar que estas cuentas se presentan bajo la misma regulación de las cuentas corrientes bancarias, tal como lo pretenden los apoderados judiciales de la sociedad mercantil recurrente, pues, es lo cierto que en tales casos los montos depositados por el patrono en tales cuentas a favor de los trabajadores, se encuentran provistos de la protección constitucional que proclama la inembargabilidad del salario, de manera que no puede invocarse el aludido carácter mercantil de la mencionada cuenta para entender que ha desaparecido tal prohibición.”*.

Igualmente, consideró la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que las “cuentas nómina” en realidad operan como medios para poner a disposición del trabajador su salario o sueldo, por lo que dicho crédito arrastra consigo la protección especial a la cual hace referencia la Constitución y la Ley, de manera que no puede considerarse que dichos montos ya no sean parte del salario o que han perdido sus prerrogativas especiales, sino que ante todo debe mantenerse en consideración su especial carácter de inembargable y, por ello, tal como será analizado en el presente fallo, ajeno a las reglas de la compensación. Concluyó en este punto señalando que aun cuando en las denominadas cuentas nóminas, tal como alegó la representación judicial de la parte recurrente, se pueden depositar cantidades de dinero distintas a los montos correspondientes al salario del trabajador, en esencia debe considerarse que tal posibilidad resulta objeto de la actividad probatoria que debe desarrollar el banco en los casos en que pretenda realizar las deducciones por el dinero que le adeude el cliente. De manera que, en tales circunstancias, deberá la Institución Financiera demostrar que las cantidades deducidas fueron depositadas por el cliente o por terceras personas, y, que las mismas no tienen origen en la relación laboral que vincula al cliente con su patrono.

Ahora bien, a los fines de analizar esta denuncia debe señalarse que las cuentas bancarias denominadas “nómina”, son aquellas en las cuales el empleador deposita el salario del trabajador. Estas cuentas pueden ser indistintamente de ahorro o corriente dependiendo de la voluntad del trabajador.

Las cuentas “nómina” son el producto de un contrato celebrado entre una institución financiera debidamente autorizada y el patrono (que puede ser cualquier entidad pública o privada), quien efectúa el pago a sus trabajadores a través de la consignación que hace de manera regular en las cuentas que a tales fines abre a cada uno de aquéllos. Cabe destacar que el trabajador no escoge libremente el banco o institución financiera donde quiere recibir su salario, pues es el patrono, quien determina dónde efectuará los pagos.

Al abrir una cuenta “nómina” surgen tres tipos de relaciones: i) la relación entre el patrono y el trabajador, regulada por las normas laborales; ii) la relación entre el patrono y la institución bancaria, regulada por los términos contractuales y supletoriamente por las normas mercantiles; y, iii) la relación entre la institución bancaria y el trabajador, la cual se encuentra regulada, en principio, por normas civiles y mercantiles, pero que es susceptible de regulación y protección especial, en virtud del carácter eminentemente social del trabajo y especialmente del salario.

Ahora bien, en el caso bajo examen, el denunciante en sede administrativa, ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol, era titular de una cuenta corriente de tipo “nómina” en la entidad bancaria Banesco Banco Universal, C.A., donde le era depositado su salario como trabajador de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Como se indicó anteriormente, la relación entre la institución bancaria, en este caso *Banesco Banco Universal, C.A.*, y el trabajador, está regulada en principio por el Código de Comercio, en atención a que la cuenta nómina del empleado es de las llamadas “cuentas corrientes”, cuya naturaleza, características y modos de gestión se encuentran previstos en los artículos 503 al 526 *eiusdem*.

Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que las referidas cuentas “nóminas” son abiertas con una finalidad específica: servir de medio para la materialización del pago del salario debido a los trabajadores y trabajadoras, el cual -tal y como lo señala la sentencia apelada- no pierde su naturaleza “lo cual obliga a mantener en el depósito que realiza el empleador las mismas reglas inherentes al salario propiamente dicho”.

El legislador ha previsto entonces una protección especial alrededor de las cuentas “nómina”, regulando una serie de supuestos tendientes a garantizar que el salario de los trabajadores que sea pagado por este medio, no se vea vulnerado por la aplicación indiscriminada de instituciones eminentemente civiles y mercantiles, toda vez que el interés jurídicamente tutelado no es ya el intercambio y la guarda del dinero, sino el trabajo como hecho social, de conformidad con lo establecido en nuestro Texto Constitucional.

En este orden de ideas, debe hacerse mención al contenido del artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 38.426, del 28 de abril de 2006, el cual dispone lo siguiente:

“Pago de salario a través de entidades financieras.

Artículo 55. *Cuando el pago del salario se haga a través de una institución financiera ubicada en las inmediaciones del lugar de prestación de servicios, el patrono o patrono deberá:*

- a) *Notificar por escrito al trabajador o trabajadora el nombre y la ubicación de la institución de que se trate y el número de la cuenta que le fuere asignada.*
- b) *Asumir los gastos derivados de la apertura y mantenimiento de la cuenta; y*
- c) *Informar al trabajador o trabajadora de inmediato, la oportunidad en que se verificó el depósito del salario en su cuenta.”*

Asimismo, a título ilustrativo debe traerse a colación el artículo 34 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.021, de fecha 22 de septiembre de 2008, el cual estatuye la prohibición de efectuar débitos automáticos a las cuentas nóminas, de la siguiente manera:

“Protección de prestaciones sociales

Artículo 34. *En ningún caso las prestaciones sociales deben servir de garantía para el pago de aquellas deudas originadas por tarjetas de crédito. Las prestaciones sociales, así como las cuentas de las denominadas nómina, sean corriente o de ahorro, no podrán ser objeto de débito automático por concepto de cuotas o pagos mensuales de dichas deudas.”*

De las normas transcritas se desprende que las cuentas “nómina” en nuestra legislación cuentan con una regulación especial, diferenciada de la regulación propia de las cuentas corrientes o de ahorro, establecidas en nuestra legislación mercantil, ya que constituyen uno de los medios o instrumentos que permiten colocar a disposición de los trabajadores la retribución correspondiente a su trabajo y por ende deben estar protegidas de modo especial.

Ahora bien, si la institución bancaria acreedora considera que en dichas cuentas existen fondos distintos a los salariales (bien sea depositados por el trabajador o por un tercero) deberá probarlo ante la instancia judicial correspondiente a los fines de lograr el cobro de la deuda que mantenga el trabajador, toda vez que, como se señalara en puntos anteriores, dada la inembargabilidad del salario no procede la compensación automática.

De conformidad con lo expuesto, se desecha el alegato de la parte apelante y se confirma el fallo apelado con relación a la imposibilidad de compensar deudas con los saldos existentes en las llamadas cuentas “nómina”. Así se decide.

4. Cláusulas abusivas:

Señala la parte apelante, respecto a la calificación de “abusivas” que hace la sentencia apelada de las Condiciones Generales de Contrato para la Emisión de Tarjetas de Crédito y de las Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente, que ambos textos fueron aprobados por la SUDEBAN en su condición de órgano contralor de la actividad financiera y que “*la Cláusula específica que autoriza al banco a debitar de la cuenta ‘nómina’ de los cuentacorrentistas por vía de la compensación de deudas, resulta ser una cláusula absolutamente lícita, coincidente y redundante con una norma legal vigente contenida en nuestro Código Civil, que simplemente prevé una forma igualmente lícita, común, generalizada y eficaz para la extinción de las obligaciones...*”.

Manifiesta que pretender, como lo hace la sentencia apelada, que para que opere la referida compensación, el titular de la cuenta nómina deba dar una autorización particular, es un “*ex-abrupto incalificable*”, pues en la práctica la banca sólo aplica la compensación cuando el cuenta habiente a quien se ha concedido un crédito ha incurrido en mora, toda vez que “*la conducta usual y normal del deudor buen padre de familia es honrar puntual y fielmente sus obligaciones...*”.

Con relación a este aspecto, la sentencia recurrida señaló que la excepción al principio general de prohibición de realizar descuentos en las cuentas nóminas de los trabajadores, pensionados o jubilados contenida en la Circular SBIF-GGCJ-GALE-03975 emanada de la SUDEBAN, no puede considerarse satisfecha por la manifestación de voluntad por parte del cliente contenida en las condiciones generales de contratación. En efecto, debido a que en la contratación por medio de las mencionadas cláusulas no existe la etapa de la negociación ni la colaboración de una parte contratante en el diseño del contenido del contrato, y por cuanto el banco ha elaborado dichas cláusulas en abuso de la posición jurídica al predisponer el esquema contractual e incorporando condiciones que exclusivamente lo beneficien o que perjudiquen únicamente al contratante que se adhiere, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo considera que no puede entenderse que haya existido tal voluntad legítima por parte del ciudadano Walter Albarrán Finol, para autorizar las deducciones realizadas por la Institución Financiera.

Ahora bien, observa la Sala que la SUDEBAN, dirigió a los Bancos Universales, Bancos Comerciales, Bancos Hipotecarios, Bancos de Desarrollo, Fondos del Mercado Monetario, Entidades de Ahorro y Préstamo e Institutos Municipales de Crédito Popular, la Circular N° SIBF-GGCJ-GALE-03975, de fecha 24 de marzo de 2004, la cual estableció lo siguiente:

“Me dirijo a usted a los fines de informarle, que en atención a lo dispuesto en los artículos 87 y 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que garantizan tanto el derecho al trabajo como el derecho del trabajador a recibir una remuneración acorde con su trabajo, esta Superintendencia de conformidad con lo expresado en el ar-

título 238 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, instruye a los sujetos a los cuales se encuentra dirigida la presente, a no efectuar descuentos por cualquier concepto de las cuentas nóminas sean estas corrientes o de ahorro, que posean los trabajadores, sin la previa autorización expresa del titular de las mismas.

Asimismo, será igualmente aplicable la anterior instrucción para aquellas cuentas a través de las cuales sean canceladas las pensiones y jubilaciones.

En este sentido, cumpla con hacer de su conocimiento que la infracción al contenido de la presente Circular puede ser objeto de sanción pecuniaria de conformidad con el supuesto sancionatorio dispuesto en el numeral 5 del artículo 416 del Decreto con Fuerza de Ley de reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.”. Resaltado de la Sala.

Igualmente es importante destacar que el contenido de la Circular transcrita fue recogido por el antes referido artículo 34 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.021, de fecha 22 de septiembre de 2008, el cual establece que ni las prestaciones sociales, ni las cuentas de las denominadas nómina, sean corriente o de ahorro, podrán ser objeto de débito automático por concepto de cuotas o pagos mensuales de dichas deudas.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, existe una prohibición dirigida a las instituciones financieras para que realicen débitos en las cuentas nómina de sus clientes, sin que exista la *autorización expresa* de éstos a tales efectos.

En este sentido, observa la Sala que cursan en autos (folios 55 al 61 del expediente administrativo) las “*Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente*”, las cuales en su disposición Décimo Sexta establece lo siguiente:

“DÉCIMA SEXTA: El BANCO queda plenamente autorizado por el CLIENTE para cargar a su cuenta, en todo momento, cualquier cantidad que por cualquier concepto adeudare el CLIENTE al BANCO. El BANCO queda exento de toda responsabilidad si, como consecuencia de algún cargo efectuado en virtud de esta autorización tuviera que rechazar el pago de cheques librados por el CLIENTE contra su CUENTA.”.

Asimismo, cursan a los folios 23 al 47 del referido expediente administrativo, las “*Condiciones Generales del Contrato para la emisión de Tarjetas de Crédito*”, las cuales en la cláusula décimo tercera dispone lo que sigue:

“DÉCIMO TERCERA: A EL CLIENTE podrá exigírsele el pago de la totalidad de los consumos efectuados por los ADICIONALES sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de estos últimos. EL CLIENTE no podrá oponer ninguna excepción o defensa basada en la situación personal del ADICIONAL que hubiere efectuado el consumo, ni en la falta de autorización, abuso o exceso o uso indebido de la TARJETA DE CRÉDITO por parte del ADICIONAL. **EL CLIENTE autoriza expresa e irrevocablemente a EL BANCO para que, incluso sin previo aviso, pueda compensar y debitar cualquier obligación derivada del presente contrato, total o parcialmente, incluidos los gastos de cobranza judicial o extrajudicial y los honorarios de los abogados a que hubiere lugar, de cualesquiera cuentas de depósito o inversión, colocación, certificado o participación del cual sea titular o llegue a ser titular, abiertas en las agencias o sucursales de EL BANCO o en cualquier otra empresa financiera del Grupo Financiero al cual pertenezca EL BANCO, o bien en cualquiera otra Institución Financiera con la que EL BANCO tenga celebrado convenio de afiliación en el que están previstas tales facultades.** Por su parte, LOS ADICIONALES se constituyen ante EL BANCO en deudores solidarios de los consumos realizados con la TARJETA DE CRÉDITO; en consecuencia, autorizan expresa e irrevocablemente a EL BANCO para que, incluso sin previo aviso, pueda compensar y debitar cualquier obligación derivada del presente contrato, total o

parcialmente, incluidos los gastos de cobranza judicial o extrajudicial y los honorarios de los abogados a que hubiere lugar, de cualesquiera cuentas de depósito o inversión, colocación, certificado o participación de la cual sea titular o llegue a ser titular, abiertas en las agencias o sucursales de EL BANCO o en cualquier otra empresa financiera del Grupo Financiero al cual pertenezca EL BANCO o bien en cualquiera otra Institución Financiera con la que EL BANCO tenga celebrado convenio de afiliación en el que estén previstas tales facultades”. Negritas de la Sala.

Las cláusulas transcritas son impuestas a los clientes por las Instituciones Financieras, sin que exista la posibilidad para aquéllos de participar en su formulación. En efecto, la cláusula primera de las “*Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente*” establece expresamente que el cliente, por el solo hecho de solicitar al banco cualquiera de los servicios de las cuentas corrientes “*acepta y queda sujeto a las estipulaciones contenidas en este documento aplicables al servicio solicitado, asumiendo la obligación de conocerlas en todo su alcance y contenido*”.

En efecto, las referidas *Condiciones Generales* entran en la categoría de los llamados contratos de adhesión, en los cuales queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes, pues las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero. (Vid. *Sentencia de esta Sala N° 962 de fecha 1° de julio de 2003*).

En este orden de ideas, resulta necesario traer a colación lo dispuesto por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en la sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, en la cual estableció lo siguiente:

“...El que una persona sea capaz no significa que su consentimiento siempre pueda ser manifestado libremente, sin sufrir presiones o influencias que lo menoscaben. Por ello, independientemente de los vicios clásicos del consentimiento (error, dolo o violencia), algunas leyes tienen recomendaciones, normas y otras disposiciones que persiguen que las personas expresen su voluntad con pleno conocimiento de causa o alertados sobre aspectos del negocio. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario es de esa categoría de leyes, en su articulado referente a las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, contratos de adhesión y a la información sobre precios, pesos y medidas.

Con este tipo de leyes, el legislador ha tratado que el derecho se adapte a la realidad social, ya que un derecho divorciado de la realidad antropo-sociológica, es un derecho necesariamente lesivo a los seres humanos.

Hace la Sala estas anotaciones, porque la autonomía de la voluntad de las contratantes en la realidad no es tan libre, ni exenta de influencias, que pueden sostenerse que ella actúa plenamente en cada persona por ser ella capaz.

Quien se encuentra en situación de necesidad es mucho más vulnerable que quien no lo está, en el negocio que repercute sobre esa situación, y ello que lo ha tenido en cuenta el legislador, también lo debe tener en cuenta el juzgador, por lo que fuera de la calificación de usuraria de algunas cláusulas contractuales, a otras podría considerarlas como contrarias a las buenas costumbres, cuando ellos inciden en desequilibrar la convivencia humana.

*Así como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, señala una serie de normas para salvaguardar al consumidor (*latu sensu*), las cuales a veces regulan hasta las menciones de los contratos (artículos 19, 20 y 21); igualmente, normas que establecen con claridad la manera de actuar, pueden ser entendidas como protectivas de los seres humanos, de la convivencia, y ellas atienden mas a la protección de las buenas costumbres que a la del orden público.*

Las buenas costumbres, atienden a un concepto jurídico indeterminado ligado a la realidad social, y por ello el concepto varía en el tiempo y en el espacio, y con relación a determinados tipos de negocios o actos públicos.”.

De conformidad con la sentencia parcialmente transcrita, se reconoce que la voluntad de las partes al momento de contratar no siempre puede considerarse libre, aun cuando quien contrae sea capaz conforme a derecho, por cuanto es posible que una de las personas dentro de la relación se encuentre en una posición que implique superioridad frente a la otra.

Ante estas situaciones la Ley debe buscar un equilibrio que impida que quien se encuentre en una situación de superioridad frente a la otra, pueda vulnerar los derechos del otro contratante y con ello ocasionar una situación de desventaja para quien se vea conminado a contratar.

En el caso bajo examen, la situación de desventaja la tiene el trabajador que se ve obligado a recibir su salario a través de una cuenta nómina gestionada por un tercero ajeno a la relación laboral.

En este sentido debe traerse a colación lo dispuesto en los artículos 18, 19, 20 y 21 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930 de fecha 4 de mayo de 2004, aplicable *rationae temporis*, los cuales disponen lo siguiente:

“De los Contratos de Adhesión

Artículo 18.- *Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecida unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido.*

La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión.

Artículo 19.- *Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en carácter es visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor.*

Artículo 20.- *Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en carácter es destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión.*

Artículo 21.- *No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:*

1°. *Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario;*

2°. *Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación;*

3°. *Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor;*

4°. *Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; y,*

5°. *Estén redactados en términos vagos o imprecisos; o no impresos en carácter es legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión.”.*

Asimismo, es pertinente destacar que la Ley de Protección a las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39.358 de fecha 1° de febrero de 2010, define en su artículo 70 lo que debe entenderse como contrato de adhesión, en los siguientes términos:

“Concepto de contrato de adhesión

Artículo 70. *Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente*

por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.

En aquellos casos en que la proveedora o el proveedor de bienes y servicios unilateralmente establezcan las cláusulas del contrato de adhesión, la autoridad competente, podrá anular aquellas que pongan en desventaja o vulneren los derechos de las personas, mediante acto administrativo que será de estricto cumplimiento por parte de la proveedora o proveedores.”

En el caso bajo examen, es evidente que las cláusulas contenidas en las “*Condiciones Generales*” de contratación, tanto de las cuentas corrientes como de las tarjetas de crédito, constituyen verdaderos contratos de adhesión en cuya formación no ha existido ningún tipo de participación por parte de los clientes de las Instituciones Financieras, quienes se encuentran supeditados a las estipulaciones unilaterales de aquéllas.

En razón de lo anterior, tal y como lo señala la sentencia recurrida, las autorizaciones genéricas contenidas en las referidas “*Condiciones Generales*” no pueden constituirse en la autorización exigida por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) en la Circular N° SIBF-GGCJ-GALE-03975, de fecha 24 de marzo de 2004, toda vez que para considerar legales los débitos efectuados por las Instituciones Financieras en las cuentas nóminas de los trabajadores, éstos deben otorgar autorización “*expresa*” a tales fines.

Desechados como han sido los alegatos de la parte apelante, esta Alzada considera –como lo estableció la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo- que el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por Banesco Banco Universal, C.A., debe ser declarado sin lugar. Así se declara.

4. *El derecho a prestaciones sociales*

Artículo 92 C. Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.

C. 1961, art. 88

CPCA 24-5-2000, Magistrado Ponente: Rafael Ortíz-Ortíz, Caso: Rafael R. Avilez O. vs. Instituto Nacional de Obras Sanitarias, RDP N° 82, 2000, pp. 324 y ss.

Las prestaciones sociales es un derecho fundamental que corresponde a todo aquel que preste un servicio bajo dependencia ajena. Por lo tanto, su indexación procede tanto para los trabajadores del sector privado como para los funcionarios al servicio del Estado.

Por otra parte, el artículo 92 de la propia Constitución establece “Todos los trabajadores y trabajadoras tiene derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal”.

Luego entonces como conclusión fundamental de esta primera parte que funge como premisa del análisis siguiente, las prestaciones sociales tiene no sólo rango constitucional sino su carácter de “derecho fundamental” y humano.

Estas prestaciones sociales están previstas para el sector privado regidos por la Ley Orgánica del Trabajo, y para el sector público en la Ley de Carrera Administrativa y en las leyes y ordenamientos especiales que rijan el funcionamiento de ciertos entes públicos.

3. La indexación del monto de las prestaciones sociales por su carácter alimentario.

La indexación implica el ajuste del valor de un elemento en función de un índice determinado, esto es, ajustar y adecuar el monto a pagar por un año, o compensación, al valor real de la moneda para el momento de su efectiva liquidación, y todo ello con la finalidad de corregir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda debido a su deterioro por los efectos inflacionarios.

Fue esta misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo quien por primera vez aunque de manera tímida, deslinda la diferencia que en realidad ocurre sobre la medida del valor de los bienes por el transcurso del tiempo, en sentencia del 17 de junio de 1986; y en sentencia del 28 de octubre de 1987 se estima que la depreciación del bolívar es un hecho notorio a partir del 18 de febrero de 1983 en la cual se afirma, además, que la indemnización que, no tome en consideración el fenómeno inflacionario debe ser calificada como injusta. Mientras que por sentencia del 14 de febrero de 1990 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia) reconoce: a) Que la indemnización de daños y perjuicios es una obligación de valor, b) Que la indemnización, para ser justa, debe aplicarse el ajuste monetario; y c) Que la evaluación del daño debe hacerse en el instante de su liquidación, independientemente del valor en que hubiese sido tasado para el momento de haberse producido. Este fue, además, el criterio para acordar la indexación en materia expropiatoria pues debe considerarse el método para medir la intensidad del fenómeno inflacionario y su efecto sobre el poder adquisitivo de nuestro signo monetario, con el objeto de lograr una 'justa indemnización'.

También la tradición jurisprudencial venezolana ha establecido que la inflación es un hecho notorio (Sentencia de fecha 30 de septiembre de 1992 de la Sala de Casación Civil) y que el efecto que produce sobre el valor adquisitivo de la moneda era un hecho que podía inferir el Juez mediante la aplicación de una máxima de experiencia. Asimismo, la actual Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha acogido los criterios anteriores, así, en sentencia del 15 de marzo de 2000 en el juicio de Luis Guillermo Pirela vs. Hornos y Maquinarias Industriales, C.A. (Expediente 94-008), con ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta, ratificó una sentencia de fecha 28 de noviembre de 1996 y 31 de julio de 1997 (Caso: *Eduardo Nicholson vs. Transporte Souki*), en la cual se precisó:

Para clarificar la recta intención de la Corte en sucesivos fallos deberá excluirse del período computable para el cálculo inflacionario:

a) La demora procesal por hechos fortuitos o causa de fuerza mayor, por ejemplo: muerte de único apoderado en el juicio, mientras la parte afectada nombre su sustituto (artículo 165 Código de Procedimiento Civil), por el fallecimiento del Juez, hasta su reemplazo, o de alguna de las partes, hasta la efectiva citación o notificación de sus herederos, o de los beneficiarios previstos en el artículo 568 de la Ley Orgánica del Trabajo; por huelgas de los trabajadores, de jueces, etc.

b) El aplazamiento voluntario del proceso de manifestación de las partes (párrafo segundo del artículo 202 del Código de Procedimiento Civil). Es importante tener presente que el riesgo de la demora judicial no puede ser descargado sobre el trabajador vencedor en la causa, sino sobre el patrono que no tuvo razones para incumplir su obligación, y que siempre pudo poner fin al proceso en cualquier grado y estado del mismo. De allí que sólo debe excluirse del cálculo de la corrección monetaria las circunstancias ya señaladas, las cuales deben ser precisadas por el juez en el dispositivo, bien sería que el mismo determine la corrección u ordene su cálculo por experticia complementaria del fallo, de conformidad con lo previsto 249 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, la Sala declara de oficio la infracción de los artículos 87 de la Constitución, 16, 41, 58, 59, 76, 79 y 87 de la Ley Orgánica del Trabajo, bajo cuya vigencia se desarrolló la relación laboral por errónea interpretación en cuanto a su contenido y alcance. Y así se decide". Esta jurisprudencia fue ratificada por el fallo de la misma Sala de Casación Civil de fecha 31 de julio de 1997 (caso: *Eduardo Nicholson vs. Transporte Souki*).

La doctrina antes citada que es acogida plenamente por esta Sala de Casación Civil, teniendo en cuenta que el trabajador tiene el derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la deprecación cambiaria y que el ordenar de oficio el reajuste del valor de la moneda no quebranta la prohibición procesal de la *reformatio in perius*, por cuanto este Alto Tribunal tiene atribuida por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, la facultad para casar un fallo con base a las infracciones de orden público y constitucionales que encontrare en él, aún si no fueren denunciadas. En consecuencia, visto que la sentencia de reenvío es posterior a la sentencia de este Máximo Tribunal que ordenó se concediera de oficio la corrección monetaria y no obstante ello, omite pronunciamiento al respecto, declara infringidos en el presente caso, los artículos 87 de la Constitución de la República de Venezuela, bajo cuya vigencia se desarrollo la relación laboral, que consagra el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, principio que también consagra el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, e igualmente declara infringidos los artículos 16, 41, 58, 59, 76, 79 y 87 de la Ley Orgánica del Trabajo, que era la norma vigente para la fecha de la prestación de servicio del caso por errónea interpretación en cuanto a su contenido y alcance.

En vista de los hechos soberanamente establecidos y apreciados por el juez del fondo que le permite a esta Sala de Casación Social aplicar la regla de derecho apropiada tal como lo establece el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, en el sitio del presente fallo se casará sin reenvío la sentencia recurrida, reproduciendo el dispositivo de la Alzada, pero ordenando la indexación de las cantidades a pagar, de acuerdo con los criterios arriba transcritos”.

En este orden de ideas, jurisprudencialmente se había establecido en Venezuela que las prestaciones sociales tiene ‘carácter alimentario’ por la razón fundamental que el artículo 1° de la Ley Orgánica del Trabajo atribuía al trabajo como un “hecho social” ratificado ahora en el artículo 89 de la Constitución, lo que en verdad nunca ha dejado de ser así. Mientras que el método llamado “indexación” debe restablecer la lesión que realmente sufre el valor adquisitivo de los salarios y prestaciones del trabajador por la contingencia inflacionaria, corrigiendo la injusticia de que el pago impuntual de las prestaciones del trabajador se traduzca en ventaja al moroso, y en daño del sujeto legalmente protegido con derecho a ellas.

Pues bien, todos estos razonamientos han servido para ordenar la indexación del monto de las prestaciones sociales en el sector privado, y tal orden de indexación puede ser declarada aún de oficio en las obligaciones alimentarias, pues fundamentado en la noción de orden público y en la irrenunciabilidad de las disposiciones y normas que favorezcan a los trabajadores (artículo 16 de la Ley del Trabajo de 1936, 3° de la vigente Ley Orgánica del Trabajo, y consagrado hoy en el artículo 89, 2 de la Constitución vigente) se conceptúa que *“el ajuste monetario puede ser ordenado de oficio por el Juez, aunque no haya sido procesalmente solicitado por el interesado, basada en que la restitución del valor de las obligaciones de dinero al que poseía para la fecha de la demanda, no es conceder más de lo pedido, sino conceder exactamente lo solicitado, teniendo en cuenta que el trabajador tiene el derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la depreciación cambiaria. Por consiguiente, este Alto Tribunal declara materia relacionada con el orden público social la corrección monetaria en los juicios laborales que tengan por objeto la cancelación de las prestaciones sociales de los trabajadores, la cual ordenará de oficio a partir de la fecha de publicación del presente fallo”*. (Sentencia del 17 de marzo de 1993, Sala de Casación Civil).

Sin embargo, la indexación de las prestaciones sociales de los funcionarios públicos ha sido objeto de rechazo por parte de la doctrina y la jurisprudencia venezolana, sin embargo, es hora, a la luz de todas las consideraciones anteriores, establecer una nueva manera de aplicar la justicia, para lo cual se identifican las siguientes premisas:

1. Las prestaciones sociales es un derecho fundamental que corresponde a todo aquél que preste un servicio bajo dependencia ajena, esto es, tanto los trabajadores del sector privado como los funcionarios públicos al servicio del Estado;
2. La noción de justicia (conmutativa) que se desprende de las disposiciones fundamentales de la Constitución tienen carácter universal y no contingente, y de aplicación preferente de

conformidad con el artículo 7° de la Carta Magna, lo cual obliga a que en cada caso concreto debe darse una interpretación al ordenamiento jurídico de la manera que mejor convenga a los derechos constitucionales de los justiciables.

3. Se ha admitido la aplicación del método de la indexación para las obligaciones dinerarias derivadas de la expropiación para lograr una “justa indemnización”.

4. La propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 90 que las prestaciones sociales constituyen “deudas de valor” en consecuencia susceptible de ser ajustado tomando como base la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Los trabajadores obreros al servicio del Estado, regidos en su totalidad por la Ley Orgánica del Trabajo, son acreedores de la obligación de indexar el monto de sus prestaciones sociales.

6. La propia Constitución vigente establece la obligación de no permitir discriminación de ningún tipo y bajo ninguna circunstancia (Artículo 89: “*Sé prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo, o por cualquier otra condición*”), luego admitir la indexación de las prestaciones sociales de los trabajadores del sector privado y excluir las prestaciones sociales de los funcionarios del sector público atenta contra el mandato constitucional de no-discriminación, puesto que la naturaleza alimentaria de las prestaciones sociales es ‘igual’ cuando es percibido tanto por uno como por otro.

7. La orden de indexación en materia de querrelas contra el Estado podrá dictarse de oficio o a petición de parte interesada, atendiendo al carácter de orden público constitucional de las prestaciones sociales.

TSJ-SPA (638) 6-7-2010, Magistrado Ponente: Emiro García Rosas, Caso: Asociación de Jubilados y Pensionados de C.V.G. Venalum (AJUPEVE), RDP N° 123, 2010, pp. 114. 120.

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 entraña, 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 *Camillius 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 cantidad 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 per-

sonaje 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 premorientes 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, *Mas 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 siem-

pre”, 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.

5. *El derecho a la estabilidad laboral*

Artículo 93 C. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos.

C 1961, art. 88

CPCA 7-9-89, Magistrado Ponente: Jesús Caballero Ortiz, RDP N° 40, 1989, p. 55.

La estabilidad de la cual puede gozar un funcionario público no constituye una garantía consagrada en la Constitución.

El accionante ha denunciado la violación del derecho a la estabilidad previsto, según aduce, en el artículo 88 de la Constitución. Con respecto a tal dispositivo cabe observar que el mismo remite a la Ley a objeto de que ésta adopte las medidas tendentes a garantizar la estabilidad en el trabajo. Por tanto, la estabilidad de la cual puede gozar un funcionario público no constituye una garantía consagrada en la Constitución. Se goza de estabilidad en un cargo público en la medida y bajo las condiciones y requisitos establecidos por el Legislador, por lo que el análisis de la violación de tal derecho requeriría la determinación del *status* del demandante a la luz de las disposiciones legales aplicables, cuestión ésta sobre lo cual deberá pronunciarse el *a que* al decidir la pretensión a que se refiere el recurso contencioso administrativo de anulación y así se declara.

CPCA 3-12-91, Magistrado Ponente: José A. Catalá, RDP N° 48, 1991, p. 111.

El principio de la estabilidad laboral asegura al trabajador el derecho a permanecer en su trabajo en tanto no incumpla sus obligaciones y no dé causa para su separación.

Igualmente, dicho principio reconoce al trabajador su derecho a la antigüedad (jubilación, prestaciones sociales, derecho a la capacitación, derecho al ascenso o a la promoción).

El principio de estabilidad referido en el artículo 88 de la Constitución Nacional, asegura al trabajador el derecho a permanecer en su trabajo en tanto no incumpla sus obligaciones y no dé causa para su separación; asimismo, tal principio reconoce al trabajador su derecho a la antigüedad del cual dimanar múltiples derechos (jubilación, prestaciones sociales, derecho a la capacitación, derecho al ascenso o a la promoción, etc.). En definitiva, la estabilidad viene a excluir el temor permanente del trabajador a ser despedido sin justa causa de su puesto de trabajo, del cual obtiene el sustento propio y el de su grupo familiar. En este sentido, cabe destacar que el legislador patrio interpretó el principio de estabilidad laboral consagrado constitucionalmente como de

carácter relativo. En otras palabras, fue la “estabilidad relativa” o “impropia” la consagrada por el legislador en ejecución del mandato constitucional (Ley Contra Despidos Injustificados, Ley Orgánica del Trabajo). Dicha estabilidad relativa implica que el patrono conserva el derecho de dar por terminada unilateralmente la relación de trabajo aún sin causa que lo justifique, indemnizando al trabajador afectado. En este sentido, la Ley Contra Despidos injustificados consagró ese derecho del patrono sometiéndole al pago de una indemnización doble tarifada, en beneficio del trabajador, y dicho sistema fue incorporado en la reciente Ley Orgánica del Trabajo. De tal suerte que el principio de estabilidad consagrado en la Constitución no puede ser considerado como absoluto sino relativo.

La estabilidad es un principio universal reconocido a todos los trabajadores y, como antes se indicara pretende asegurar la permanencia de la relación de trabajo habida cuenta de los derechos derivados de la antigüedad en beneficio del trabajador. El tratadista Mario de la Cueva proclama que la estabilidad entendida como “la certeza del presente y del futuro dignifica al trabajador, porque aquel que sabe que su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de sus obligaciones, actuará en aplicación de su conciencia ética y con el interés de su familia”.

Como se observa, la estabilidad supone erradicar la incertidumbre del trabajador que sin haber dado causa a ello pudiera ser separado de su puesto de trabajo con el grave perjuicio que de ello deriva para su sustento y el de su familia.

CPCA 18-11-93, Magistrado Ponente: Jesús Caballero O., Caso: Iraima J. Rodríguez vs. Universidad Nacional Abierta, RDP N° 55-56, 1993, pp. 173-174.

Por lo que respecta al derecho a la estabilidad, para lo cual la actora fundamenta su solicitud de amparo en el artículo 88 de la Constitución, el mismo reza:

“La ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo amparen en caso de cesantía”.

Ahora bien, tal como lo dejó establecido esta Corte en su sentencia del 21 de octubre de 1993 (caso *Gladys Mata Marcano contra el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes*):

“En ese sentido, la Ley Orgánica de Educación y la Ley de Universidades establecen un sistema de carrera funcionarial, uno de cuyos elementos es, precisamente, la estabilidad del docente. Ahora bien, tal como lo alega el accionado, en ese régimen legal existe una clasificación del personal docente y de investigación al servicio de las Universidades Nacionales, y en cada una de las categorías la estabilidad asume características diferentes. Así, ésta se encuentra particularmente reforzada para la categoría de los miembros ordinarios de dicho personal, que son los que se ubican y ascienden en el escalafón universitario (artículos 87 y 89 de la Ley de Universidades) y no pueden ser removidos sino por las causales estrictamente señaladas en la ley y conforme al procedimiento establecido para ello (artículo 110 y siguiente, *ejusdem*).

“Ahora bien, como igualmente lo alega el accionado, el ingreso al personal docente de la Universidad de Los Andes, en la categoría de miembro ordinario, debe producirse mediante el sistema del concurso de oposición, por aplicación concatenada de los artículos 29 de la Ley Orgánica de Educación; 86, párrafo único, de la Ley de Universidades; y 13 del Estatuto del Personal Docente y de Investigación de la Universidad de Los Andes actualmente vigente”.

De acuerdo a los criterios expuestos que esta Corte ahora reitera, resulta obvio que el concurso de oposición es el único medio de ingreso admitido para el personal ordinario. Por ello, esta Corte –en el caso de autos– ha de llegar a la misma conclusión a la que arribó en el caso de la sentencia dictada el 21 de octubre de 1993, es decir, que la condición de contratada de la accio-

nante conduce forzosamente a la Corte a desestimar su alegato en el sentido de que la permanencia por más de un determinado periodo de tiempo en la condición de contratada le generó el derecho de ingresar al personal ordinario de esa Universidad. Al no ostentar ese derecho, mal puede pretender que el llamado a concurso le haya violado su derecho a la estabilidad, derecho del cual carece precisamente por encontrarse en situación de contratada.

Además, la situación alegada por la actora conforme a la cual un contrato a tiempo determinado, en virtud de las prórrogas sucesivas, puede convertirse en un contrato a tiempo indeterminado, no conferiría, de ser así, el derecho a la estabilidad de la peticionaria, pues su condición continuarla en todo caso como contratada, perteneciente al personal calificado como “miembros especiales”, de acuerdo al artículo 88 de la Ley de Universidades En consecuencia –debe enfatizar esta Corte– la estabilidad se encuentra consagrada para el personal ordinario y así se declara.

Por último, la circunstancia de que se le hayan examinado las credenciales a la actora al haber ingresado a la Universidad, ello en modo alguno implica su ingreso mediante concurso de oposición, categoría detalladamente regulada –como se precisó– en el Reglamento dictado al efecto.

CPCA 15-9-95, Magistrada Ponente: Teresa García de Cornet, Caso: Vicente Apicella vs. Consejo Municipal del Municipio Autónomo Acevedo del Estado Miranda, RDP N° 63-64, 1995, pp. 177-178.

Pasa esta Corte a pronunciarse en relación a la violación del derecho al trabajo y al efecto se observa que mal puede pretenderse que la estabilidad dispuesta en la Constitución, implique inamovilidad absoluta, pues esta interpretación llevada hasta sus últimas consecuencias podría significar que una persona se encuentre dentro de alguno de los supuestos de remoción o destitución establecidos en las leyes, pudiera alegar la violación al derecho a la estabilidad laboral, conservando su cargo de modo indefinido, lo cual atentaría contra los principios de eficiencia y rectitud en el trabajo.

Asimismo, ha observado la Corte que el derecho al trabajo no es un derecho prescrito de modo “ilimitado, absoluto o incondicional” sino que debe ser desarrollado y reglamentado por la ley. También se ha dispuesto que ningún trabajador pudiera ser despedido y ningún funcionario removido, pues en tales casos, tanto los despidos como las remociones violarían el derecho al trabajo, aún cuando tales actuaciones estuvieren sujetas a la Ley.

De este modo, la pretendida violación, tal como lo plantean el accionante, no constituye presunción de violación de un derecho constitucional, y no se ajusta al espíritu de la norma constitucional, razones por las que no es procedente la solicitud a este respecto, y así se declara.

CPCA 13-10-95, Magistrada Ponente: Teresa Gracia de Cornet, Caso: Ricardo Galavis vs. Gobernación del Estado Barinas, RDP N° 63-64, 1995, pp. 176-177.

Alega el accionante que cuando se “prescinde de sus servicios” se viola el artículo 88 de la Constitución, relativo a garantizar la estabilidad en el trabajo; fundamenta tal argumento en el hecho de que esta forma se le aplicó una medida que no está contemplada en la Ley de Carrera Administrativa del Estado Barinas, pues la mencionada figura no se establece en tal cuerpo normativo.

Para entrar a analizar tales argumentos debe determinarse, en primer lugar, si la Ley en cuestión es o no aplicable al accionante, esto implica un examen de la aplicabilidad o no de normas de carácter estrictamente legal, lo cual le está vedado al juez cuando resuelve en sede constitucional

Por otro lado, aún cuando ello estuviese claramente determinado, el examen de la supuesta violación a este derecho por parte del presunto agravante, también se limitaría a un análisis de normas meramente legales pues no se consigue de los hechos transcritos, un argumento de donde pueda derivarse violación de la norma contenida en el artículo 88 de la Constitución, por el contrario, lo que debe analizarse es si se violó o no la Ley de Carrera Administrativa Estatal.

Ha sido jurisprudencia reiterada tanto por esta Corte como por el Máximo Tribunal de la República, que este tipo de análisis estrictamente correspondiente a cuestiones de legalidad, le está vedado a esta instancia Constitucional, razón por la cual esta Corte no puede pasar a pronunciarse sobre los argumentos de la accionante, y así se declara.

Igualmente, la Corte observa que mal puede pretender que la estabilidad dispuesta en la Constitución, implique inamovilidad absoluta, pues esta interpretación llevada hasta sus últimas consecuencias podría significar que una persona que se encuentre dentro de alguno de los supuestos de remoción o destitución establecidos en las leyes, pudiera alegar la violación al derecho a estabilidad laboral, conservando su cargo de modo indefinido, lo cual atentaría contra los principios de eficiencia y rectitud en el trabajo. Igualmente, ha observado la Corte con anterioridad, que el derecho a la estabilidad laboral no es un derecho prescrito de modo “ilimitado, absoluto o incondicional” sino que debe ser desarrollado y reglamentado por la ley.

También ha dispuesto esta Corte, que admitir lo contrario supondría que ningún trabajador podría ser despedido y ningún funcionario removido, pues en tales casos, tanto los despidos como las remociones violarían el derecho al trabajo, aún cuando tales actuaciones estuvieran sujetas a la ley, razones por las que no es procedente la solicitud a este respecto, y así se declara.

En referencia al artículo 85 de la Carta Magna, esta Corte ha declarado con anterioridad el carácter programático del mismo, pues se establecen tres cuestiones: Primero, un mandato al legislador a fin de que el trabajo sea objeto de protección especial; segundo, se impone al legislador mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores; y tercero, se establece la irrenunciabilidad de las disposiciones que la ley establezca para favorecer al trabajador. Como puede observarse, la norma del artículo 85 más que un mandato que debe ser cumplido directamente por las personas naturales o jurídicas, contiene un mandato orientador al legislador relativo a los fines que deben orientar la legislación laboral. Entendido de esta forma el derecho en cuestión, es necesario concluir que el acto impugnado no puede haber violado tal norma constitucional, y así se declara.

Finalmente, en relación con la pretendida violación al artículo 119 de la Constitución, se estima que no guarda relación la usurpación de funciones prevista en esa norma constitucional con los supuestos de hecho que narra el actor, y si admitiéramos que está alegando incompetencia, debe precisar esta Corte que ello incube al análisis de la ilegalidad, lo que le está vedado a esta instancia jurisdiccional en esta oportunidad, y así se declara.

TSJ-SC (1259) 31-7-2008, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo. RDP N° 115, 2008, pp. 478-482.

La estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía instituida por el Constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “derecho” que tiene el empleador a dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique.

En esa línea de razonamiento, la Sala observa que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo tiene como objeto regular y garantizar la estabilidad en el trabajo y, con el propósito de tornarla operativa, crea la estructura administrativa y procedimental pertinente.

La estabilidad en el trabajo como noción doctrinal es “(...) la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización” (Cfr. GARCÍA VARA, Juan, *Estabilidad Laboral en Venezuela*, Editorial Pierre Tapia, Segunda Edición, 1996, pp. 29-30).

Conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía instituida por el Constituyente de 1999 en favor del trabaja-

por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. Tales manifestaciones de esta garantía ya han sido analizadas por esta Sala en sentencia N° 1.185 del 17 de junio de 2004, caso: *Alí Rodríguez Araque y otro*; efectuando para ello, las siguientes distinciones:

“(...) la noción ‘estabilidad absoluta y relativa’ utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido –de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la ‘estabilidad absoluta’, catalogada por algunos como ‘causales de inamovilidad’ el patrono debe apegarse a un procedimiento administrativo previo ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de ‘estabilidad relativa’, el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo.

Por su ubicación en el entramado constitucional, la garantía de estabilidad laboral se inserta en el artículo 93 del Capítulo V, signado “De los Derechos Sociales y de las Familias”, del Título III, “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes” del Texto Constitucional vigente. Dicha norma se articula con aquellas que establecen las reglas objetivas y los principios rectores a los que debe atender el legislador para regular el trabajo como hecho social y como bien jurídico que tiene un régimen de protección especial por parte del Estado Venezolano, postulados en los artículos 87 (derecho y deber de trabajar), 88 (derecho al trabajo e igualdad), 89 (protección al trabajo), 90 (jornada de trabajo), 91 (derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados), 92 (derecho a un salario suficiente), 94 (responsabilidad de los patronos y contratistas), 95 (derecho a la sindicalización), 96 (derecho a la negociación colectiva) y 97 (derecho a la huelga) *eiusdem*.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantiza expresamente la estabilidad laboral en los siguientes términos:

“Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.

Como se observa, por la configuración de la norma, el constituyente impone en cabeza del legislador la obligación de garantizar la estabilidad en el trabajo y, en tal sentido, deberá limitar toda forma de despido no justificado. Desde un enfoque gramatical, el uso de la preposición “en”, vincula la noción a un instituto de proyección más amplia, del cual forma parte: el derecho al trabajo como hecho social y como derecho subjetivo de especial protección por parte del Estado, lo que torna a la estabilidad como un elemento creado con el propósito de reforzar la eficacia de ese derecho, esto es, una garantía objetiva del derecho al trabajo.

El derecho al trabajo, como noción continente, se inscribe en los derechos de naturaleza social, sustentados, además del concepto de necesidades básicas del ser humano que enfatiza sus posiciones subjetivas, en el principio de solidaridad -entendido doctrinalmente como “un

deber colectivo de ayuda mutua”, en términos de M. BORGETTO, citado por Carlos BERNAL PULIDO en su obra *El Derecho de los Derechos*, publicada por la Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 297-. Tal enunciado se erige en un valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado de acuerdo al artículo 2 del Texto Constitucional.

Consecuencia de su inserción dentro del elenco de normas continentales de los llamados derechos sociales, desde una perspectiva subjetiva, su regulación está dirigida a la protección de una categoría de sujetos que, en el marco del Estado Social, reciben el tratamiento de “débiles jurídicos”, quienes ocupan una posición de desigualdad en determinadas relaciones jurídicas (*vgr.* trabajadores, arrendatarios, niños, niñas y adolescentes, etc.). Esta categoría de derechos fundamentales se caracterizan porque su sustento teórico descansa sobre un ideal colectivo: la construcción de una sociedad igualitaria basada en el principio de solidaridad. Sobre este particular, ha apuntado la Sala:

“La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cual es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano.

Además del artículo 2 de la vigente Constitución, los artículos 3 (que señala los fines del Estado), 20 (que hace referencia al orden social), 21.1 y 2, 70, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 90, 102, 112, 113, 115, 127, 128, 132 y 307, y los relativos a los Derechos Sociales establecidos en el Capítulo V del Título III, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances.

Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto antes expresado de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por la propia ley como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en una posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos.

Para evitar tal desequilibrio, la Constitución y las Leyes determinan cuáles materias son de interés social (artículos 120 y 307 constitucionales, por ejemplo), o definen o utilizan expresiones que permiten reconocer que en específicas áreas de las relaciones humanas, existen personas en posiciones de desigualdad donde unas pueden obtener desmesurados beneficios a costa de otros, rompiendo la armonía social necesaria para el bien colectivo.

Dentro de las protecciones a estos ‘débiles’, la Constitución de 1999, establece Derechos Sociales, los cuales por su naturaleza son de interés social; mientras que otras leyes señalan expresamente materias como de interés social; o se refieren a la protección de personas que califican de débiles jurídicos (artículos 6.3 de la Ley al Protección de Consumidor y al Usuario, por ejemplo). De esta manera se va formando un mapa de quiénes son los sujetos protegidos por el Estado Social.

También son elementos inherentes al Estado Social de Derecho, la solidaridad social (artículos 2, 132 y 135 constitucionales) y la responsabilidad social (artículos 2, 132, 135 y 299 constitucionales). De las normas citadas se colige que el Estado Social no sólo crea obligaciones y deberes al Estado, sino que a los particulares también.” (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 85 del 24 de enero de 2002, caso *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODE-VIPRILARA)*, reiterada en sentencia N° 790 del 11 de abril de 2002, caso *Lidia Cropper y Juan Enrique Márquez Frontado*).

Dicho derecho no se agota en el ámbito del titular, sino conlleva una proyección que trasciende su esfera, ello lo convierte, al menos desde una perspectiva procesal, en objeto de tutela no sólo de aquellas acciones jurisdiccionales ejercitables individualmente por el trabajador para su protección como derecho constitucional (*vgr.* amparo constitucional), sino también su defensa, cuando afecta a un conglomerado de sujetos, puede canalizarse a través acciones dirigidas a la defensa de intereses colectivos o difusos que le atañen. Desde una perspectiva material del contenido de ese derecho, esta Sala, en su sentencia N° 3.029 del 4 de noviembre de 2003, caso *José Eduardo Guzmán Alemán y Aiskel de Lourdes Blanco Pérez*, ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber de trabajar lo siguiente:

“El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual, está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana, sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población. Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución”.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar “lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado” (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o, dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio. Para una mejor comprensión, se entiende que la garantía no es una noción contrapuesta del derecho al cual brinda protección, es, en esencia, una noción de carácter objetiva instituida con el propósito de reforzar la eficacia de un derecho. En una primera aproximación conceptual, la garantía es un mecanismo de aseguramiento o técnica de protección jurídica que torna eficaz el ejercicio de los derechos constitucionales o, en una concepción más amplia, de los derechos fundamentales. Esta nota de eficacia, presupone una reacción suficiente y obligatoria de los órganos del Poder Público para sancionar las violaciones cuando aparezcan y restablecer la vigencia de los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, ello como se desprende de la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la Constitución, como fin del Estado, conforme al artículo 3 del Texto Constitucional y de la garantía de respeto de los derechos humanos postulada en el artículo 19 *eiusdem*.

Sin embargo, no es correcta la contraposición de las nociones de derecho y garantía para arribar a un concepto unívoco de cada una, pues ambas nociones están vinculadas en su formulación. En ese sentido, la doctrina foránea ha afirmado que “Los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular, o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro lado, ambos conceptos responden a la misma idea de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador” (*Vid.* GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial (Derecho a la Educación; Autonomía Local; Opinión Pública)*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid-Civitas, primera edición, 1994, pp. 52-53).

Así, la dogmática de los derechos fundamentales abarca en su formulación tanto la dualidad de su naturaleza jurídica, en su concepción público-subjetiva y como valores superiores del ordenamiento jurídico, como las garantías de su ejercicio en un “supraconcepto”, en términos del citado autor, lo cual dificulta una formulación teórica única para la definición de cada categoría.

La problemática en torno a su correcta definición surge de la indeterminación de su propia consagración normativa, por tanto, para la Sala establecer un concepto único a la luz del orden

constitucional vigente, no sólo dependería de la labor de sistematización del contenido esencial y limitaciones de los derechos y garantías expresamente consagrados en la Constitución, en tanto los términos de su consagración así lo permita, sino que habría que añadir aquellos derechos y garantías no enunciados en el Texto Fundamental -y que carecen a priori de elementos que permitan fijar una teoría estructurada y material de su contenido-, en virtud del efecto expansivo de la cláusula contenida en el artículo 22 de la Carta Magna vigente.

Sin embargo, siendo esta Sala Constitucional el máximo y último intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como así lo reconoce el artículo 335 de ese cuerpo normativo primario, considera que su labor jurisprudencial no puede orientarse a establecer tipificaciones constitucionales estáticas, pues es perfectamente verosímil que la definición de un derecho y la precisión de sus contornos y limitaciones, así como de los medios de protección, deben analizarse no sólo a partir de la formulación de la norma constitucional que lo consagra (que define el contenido constitucionalmente protegido), sino que debe armonizarse con los demás preceptos o principios que conforman el ordenamiento primario, así como con aquellas circunstancias históricas y sociales cuya regulación se pretende, con el propósito de realizar una interpretación congruente y unitaria del sistema jurídico.

Concluye la Sala entonces que la garantía constitucional consiste en una técnica o medio que tiene como propósito tutelar y asegurar la eficacia de los valores o contenidos esenciales de los derechos y libertades consagrados en la Constitución. En tal sentido, se orienta a la protección del núcleo esencial del derecho, de las estructuras típicas tradicionales que lo conforman o bien la forma fundamental de un determinado instituto jurídico. Su regulación, entonces, en el marco de la problemática que aquí se analiza, no incide en forma directa en la esfera de un derecho constitucional, al tratarse de medios de protección que tocan aspectos secundarios o están al margen del derecho constitucional, de tal suerte que su regulación recae en el ámbito de una ley ordinaria y no de una ley orgánica, al no afectar cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares de un derecho constitucional, en este caso, del derecho al trabajo.

Sobre la base del anterior aserto, no queda duda para la Sala que la estabilidad es un atributo del derecho al trabajo y su naturaleza es la de una garantía vinculada a éste, al formar parte del conjunto básico de preceptos que persiguen su protección, por ello, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo al crear los órganos y articular los procedimientos que deben materializar la justicia laboral administrativa, no regula de forma directa el ejercicio del derecho-deber constitucional al trabajo sino que refuerza o protege, a través de las instituciones creadas en su texto, un aspecto tangencial del derecho consagrado en el artículo 87 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en tanto desarrolla aspectos procedimentales y técnicos supeditados a los principios y reglas que rigen en materia laboral, contemplados tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la Ley Orgánica del Trabajo.

TSJ-SC (1952) 15 -12-2011, Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Caso: Francelina del Carmen Guédez Principal vs. Decisión Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, RDP N° 128, 2011, pp. 115-120.

La aceptación por parte del trabajador del pago de sus prestaciones sociales e indemnizaciones por despido injustificado no puede considerarse que subsane la situación jurídica infringida por el patrono, cuando se trate de un trabajador que disfrute de estabilidad absoluta (Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional).

Analizadas como han quedado todas y cada una de las actuaciones que precedieron a la interposición de la acción de amparo primigenia, advierte esta Sala que la acción de tutela constitucional tramitada ante los tribunales de instancia, tuvo por objeto atacar la contumacia de la Asociación Civil de la Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CAPEM) en dar cumplimiento a la providencia administrativa N° 108-2010 del 22 de marzo de 2010 dictada por el Inspector del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, mientras que el objeto de la presente acción de tutela constitucional se centra en una

nueva denuncia, como lo es la violación del principio constitucional a la irrenunciabilidad de los derechos laborales por parte de la decisión dictada el 11 de noviembre de 2010 por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda.

En este orden de ideas, resulta indispensable determinar si la accionante se encontraba amparada por el decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional, para luego comprobar si la decisión dictada por el referido Juzgado Superior, vulneró o no sus derechos constitucionales. Para ello, esta Sala estima ineludible, efectuar algunas consideraciones sobre la **“estabilidad”** como institución propia del derecho laboral en nuestro ordenamiento jurídico.

La figura de la **“estabilidad”** en el ámbito del derecho laboral, representa una de las garantías creadas en favor del trabajador para atender específicamente los casos de privación injustificada del empleo o despido injustificado. Desde el punto de vista doctrinal esta figura es entendida como *“(...) la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización”* (Cfr. García Vara, Juan, *Estabilidad Laboral en Venezuela*, Editorial Pierre Tapia, Segunda Edición, 1996, pp. 29-30).

Conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía reconocida por el constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del **“derecho”** que tiene el empleador de dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. Tales manifestaciones de esta garantía ya han sido analizadas por esta Sala, efectuando para ello, las siguientes distinciones:

“(...) la noción ‘estabilidad absoluta y relativa’ utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen (sic) el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido -de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la ‘estabilidad absoluta’, catalogada por algunos como ‘causales de inamovilidad’ el patrono debe apegarse a un procedimiento administrativo previo ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de ‘estabilidad relativa’, el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo...”

De acuerdo con el criterio jurisprudencial transcrito *supra*, la **“estabilidad absoluta o propia”**, está concebida como una protección temporal de permanencia del trabajador en su empleo por circunstancias especiales o excepcionales que origina, en su favor, el derecho a no ser despedido del trabajo sino por las causales establecidas en la ley y con la autorización previa del Inspector del Trabajo, mientras que la **“estabilidad relativa o impropia”**, esta ideada como un sistema de protección básico, similar al de la estabilidad absoluta aplicable a la generalidad de los trabajadores, el cual se diferencia en que la obligación del patrono de reenganchar al trabajador es

de carácter facultativo; por lo tanto, al momento de ordenarse la reincorporación y pago de salarios caídos de un trabajador despedido de manera injustificada, el patrono puede liberarse de dicha carga resarciendo pecuniariamente el daño generado, a través del pago de una indemnización por el despido.

La noción de estabilidad absoluta se consolida como una modalidad del régimen de permanencia en el trabajo que autoriza la ley en supuestos que requieren de una tutela especial y, por tanto, en ausencia de norma expresa que confiera dicho alcance, la regla aplicable para garantizar la persistencia en el puesto de trabajo será la que orienta a la estabilidad relativa; en consecuencia, la regla general en las relaciones laborales es que los trabajadores gozan de una estabilidad relativa y la excepción es que disfrutan de estabilidad absoluta.

La garantía de estabilidad laboral se inserta en el artículo 93 del Capítulo V, signado “*De los Derechos Sociales y de las Familias*”, del Título III, “*De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes*” del Texto Constitucional vigente. Dicha norma se articula con aquellas que establecen las reglas objetivas y los principios rectores a los que debe atender el legislador para regular el trabajo como hecho social y como bien jurídico que tiene un régimen de protección especial por parte del Estado Venezolano, postulados en los artículos 87 (derecho y deber de trabajar), 88 (derecho al trabajo e igualdad), 89 (protección al trabajo), 90 (jornada de trabajo), 91 (derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados), 92 (derecho a un salario suficiente), 94 (responsabilidad de los patronos y contratistas), 95 (derecho a la sindicalización), 96 (derecho a la negociación colectiva) y 97 (derecho a la huelga) *eiusdem*.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantiza expresamente la estabilidad laboral en los siguientes términos:

“Artículo 93. *La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.*

De acuerdo al contenido de la norma *in commento*, el constituyente impone en cabeza del legislador la obligación de garantizar la estabilidad en el trabajo y, en tal sentido, deberá limitar toda forma de despido no justificado. Visto ello desde un enfoque gramatical, el uso de la preposición “*en*”, vincula la noción a un instituto de proyección más amplia, del cual forma parte: el derecho al trabajo como hecho social y como derecho subjetivo de especial protección por parte del Estado, lo que torna a la estabilidad como un elemento creado con el propósito de reforzar la eficacia de ese derecho, esto es, una garantía objetiva del derecho al trabajo. Desde una perspectiva material del contenido de ese derecho, esta Sala, ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber del trabajo, lo siguiente:

“...El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual, está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana, sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población.

Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución...”.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar “*lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado*” (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo.

Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio.

La estabilidad laboral como garantía del derecho al trabajo no constituye una actividad exclusiva del legislador, ya que vista la doble dimensión (deber y derecho) que envuelve la noción del trabajo, ello se traduce -tal como se indicó *supra*- en un mandato directo a todos los Poderes Públicos para que diseñen políticas públicas tendientes a efectuar una protección integral del mismo y es precisamente en atención a ello que el Ejecutivo Nacional, como representante del Poder Ejecutivo, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 236, cardinales 11 y 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en los artículos 80 y 91 *eiusdem*, 2, 13, 22 y 172 de la Ley Orgánica del Trabajo, 84 letra c) y 95 de su Reglamento diseñó un sistema especial de protección para ciertos y determinados trabajadores, tanto del sector público como del privado en aras de salvaguardar su derecho al trabajo, lo cual logró materializar a través de la figura del Decreto de “*inamovilidad laboral especial*”.

El primer Decreto de inamovilidad laboral especial fue el N° 1.752 dictado el 28 de abril de 2002, publicado en esa misma fecha en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario* N° 5.585, el cual tuvo dos objetivos primordiales, el primero de ellos, fijar el monto del salario mínimo mensual obligatorio: (i) de los trabajadores urbanos que prestaban servicio en los sectores públicos y privados; (ii) de los trabajadores de aquellas empresas que tuviesen un número menor de veinte (20) trabajadores; (iii) de los trabajadores rurales; (iv) de los trabajadores de conserjerías de los edificios residenciales bajo el régimen de propiedad horizontal; y (v) de los trabajadores adolescentes y aprendices; el segundo objetivo estaba referido al establecimiento de un sistema de protección que impedía o limitaba al patrono para poder despedir, desmejorar, o trasladar sin justa causa, calificada previamente por el Inspector del Trabajo de la jurisdicción, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, a cualquiera de esos trabajadores. En caso de incumplimiento, ello daría derecho al trabajador afectado a solicitar su reenganche.

Se encontraban exceptuados de la aplicación de esa inamovilidad laboral especial, los trabajadores que ejercían cargos de dirección, los que tuviesen menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, los que desempeñaban cargos de confianza y los que devengaban un salario básico mensual superior a un límite que se hallaba determinado en dicho instrumento, el cual representaba un monto superior a tres (3) salarios mínimos mensuales.

Ese Decreto de inamovilidad laboral especial se ha prorrogado de manera ininterrumpida en el tiempo, hasta la presente fecha, con la particularidad de que este ha versado únicamente sobre el sistema de protección al que se ha hecho referencia, impidiendo al patrono despedir, desmejorar o trasladar, sin justa causa calificada previamente por el Inspector del Trabajo de la jurisdicción, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, a ningún trabajador que devengue menos de tres (3) salarios mínimos mensuales, quedando exceptuados de este régimen especial de protección los trabajadores que ejerzan cargos de dirección, que tengan menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, que desempeñen cargos de confianza y los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales.

.....Por lo tanto, siendo ello así, y visto que la accionante se encontraba amparada por el Decreto de inamovilidad laboral especial señalado *supra*, la Asociación Civil Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CAPEM), antes de proceder a su despido, debió haber tramitado ante la Inspectoría del Trabajo del Municipio Guacaipuro del Estado Miranda, de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, la autorización correspondiente para proceder a su retiro, asegurando de esta manera que la culminación de la relación laboral estuviese ajustada a derecho.

Al no haber actuado de esa manera, la referida Asociación Civil se colocó al margen de la ley, situación esta que no se puede considerar subsanada -tal como erróneamente lo adujeron los tribunales de instancia- por el hecho de que la accionante haya aceptado el pago de sus prestaciones sociales en el momento de su retiro así como la indemnización prevista en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que tal razonamiento sólo pudiera resultar válido en el caso de

que se trate de un trabajador que disfrute de estabilidad relativa, supuesto en el cual no se encontraba la accionante en amparo, quien estaba protegida por el Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional.

Al respecto, esta Sala determinó que la aceptación de prestaciones sociales por parte de un trabajador implica una renuncia de su derecho al reenganche, pero sólo en los casos en que el trabajador goce de estabilidad relativa. En tal sentido, la decisión en referencia señaló que:

“...Dentro de los derechos negociables del trabajador, se encuentra el derecho a la estabilidad relativa, cuyo correlativo es la obligación de reenganche que tiene el patrono cuando decide, de manera intempestiva e injustificada (despido ad nutum), la finalización de la relación laboral. La anterior aseveración es demostrable fácilmente si se observa la posibilidad que el legislador le da al patrono para que cumpla o no con su obligación del reenganche, ya que éste puede escoger entre el reenganche del trabajador o el pago de la indemnización que establece el artículo 125 de la Ley Sustantiva Laboral. Si el derecho a la estabilidad relativa fuera un derecho irrenunciable, el legislador no hubiese dado al patrono la facultad de escogencia entre el cumplimiento de una u otra obligación. De allí que se pueda sostener que el trabajador puede disponer de su derecho al reenganche, lo cual puede derivarse del recibo, de parte de éste, de las prestaciones sociales que le correspondan con ocasión de la terminación de la relación laboral, bien antes de la instauración de un procedimiento por calificación de despido o bien después de ella, pues la obligación de pago de las prestaciones sociales, por parte del patrono, surge o es causada por la terminación de la relación laboral, independientemente del motivo que la origine. Esa obligación es, a tenor de lo que dispone nuestra Constitución, de exigibilidad inmediata (ex artículo 92); por ello, si el trabajador acepta el cumplimiento de tal obligación, es porque admite la terminación de la relación laboral, que es precisamente lo que se trata de evitar en un juicio de estabilidad, el cual tiene, como fin último, el reenganche del trabajador: de allí que, si el trabajador acepta el pago de las prestaciones sociales, está renunciando a su derecho al reenganche, lo cual no es óbice para que pueda accionar ante los órganos de administración de justicia, con la finalidad de reclamar otras cantidades de dinero que estime se le adeuden, sin que pretenda la obtención del reenganche...”(Negrillas de la Sala)

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones y visto que, en el caso de autos, el despido de la parte actora se efectuó sin tomar en consideración el régimen especial de protección previsto a su favor por el Decreto N° 7.154 del 23 de diciembre de 2009 publicado en esa misma fecha en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.334, resulta forzoso para esta Sala declarar con lugar la acción de amparo incoada, pues la decisión accionada partió de un falso supuesto al desconocer que la accionante se encontraba tutelada por el régimen de estabilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional, lo que vulneró su derecho al debido proceso, a la defensa y al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales previstos en los artículos 49, cardinal 1 y 89, cardinal 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, anula la decisión dictada el 11 de noviembre de 2010 por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y ordena que otro Juzgado Superior del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, una vez efectuada la distribución correspondiente, emita un nuevo pronunciamiento sobre el recurso de apelación ejercido contra la decisión emitida el 18 de octubre de 2010 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, tomando en consideración el criterio expuesto en el presente fallo. Así se decide.

Por último, esta Sala Constitucional considera ineludible señalar que la actuación desplegada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y el Juzgado Superior Primero del Trabajo de esa misma Circunscripción Judicial al emitir pronunciamiento sobre la acción de amparo primigenia intentada por la ciudadana Franceliza del Carmen Guédez Principal, contra la negativa de la Asociación Civil Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CAPEM) a cumplir la Providencia Administrativa N° 108-2010 dictada el 22 de marzo de 2010 por el Inspector del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, revela un descono-

cimiento craso del régimen de estabilidad absoluta previsto en nuestro ordenamiento jurídico, al obviar la protección especial que detentaba la accionante por estar amparada por el Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional y, además, pone de manifiesto la falta de atención de uno de los principios más importantes de todo proceso como lo es el principio dispositivo, ya que no le estaba dado a estos órganos jurisdiccionales que conocieron el amparo ejercido contra la contumacia de un patrono, emitir un pronunciamiento distinto que no fuese verificar si existía o no renuencia en el cumplimiento de la orden impartida por la Inspectoría del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda y no proceder a objetar -como en efecto lo hicieron- el contenido de la Providencia Administrativa, como si se tratara de un juicio de nulidad contra el referido acto, más aun cuando tal Providencia Administrativa se encontraba definitivamente firme al haber transcurrido el lapso de ley para solicitar su nulidad, sin que hubiese sido impugnada. En consecuencia, esta Sala Constitucional estima pertinente hacer un llamado de atención a los jueces a cargo del Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y del Juzgado Superior Primero del Trabajo de esa misma Circunscripción Judicial para que en futuras ocasiones no vuelvan a incurrir en errores similares a los expuestos. Así se decide.

TSJ-SC (1634) 5-12-2012, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Luciano José Visbal Flores y otros vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, RDP N° 132, 2012, pp. 149-154.

Una de las formas de asegurar la efectividad del derecho al trabajo, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar "lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado" (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo.

Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o dicho, en otros términos, una garantía de su ejercicio.

Igualmente, la Sala advierte que la parte agravante fundamentó su defensa en dos circunstancias fundamentales, en primer lugar señaló la imposibilidad material de dar cumplimiento a la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, dictada por la Ministra del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, e incluso el 5 de mayo de 2010, toda vez que a su juicio la leyes vigentes que los rigen, generaron la desaparición de las dependencias a los cuales se encontraban adscritos dichos trabajadores, alegando entonces que como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital (*Gaceta Oficial* N° 39.156 del 13 de abril de 2009) y la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital (*G.O.* 39.170 del 4 de mayo de 2009), se verificó una sustitución de patrono.

Sin embargo, en segundo lugar la parte agravante precisó igualmente que ellos habían dado cumplimiento parcial a la Resolución Ministerial ya identificada, en tanto ya se habían reenganchado una parte de los trabajadores amparados por la providencia administrativa y que con respecto al resto de los beneficiarios de la misma, no se había podido proceder de igual forma por causas ajenas a su voluntad, tales como muerte de los mismos o que se encontraban desempeñado cargos en otros organismos y entes, indicando que en algunos casos la Alcaldía Metropolitana de Caracas había realizado a pagos a éstas personas por lo que se beneficiaban ilegalmente de dos remuneraciones públicas.

Acorde con estos últimos señalamientos, que claramente contradicen de lleno la alegada imposibilidad de cumplimiento material de la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, está el hecho que constan en el expediente (folios 497 al 505, Pieza 2) copia simple de comunicaciones entre la Alcaldía Metropolitana y el Distrito Capital en el cual se evidencia la solicitud de fondos para el cumplimiento de la referida Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009 e incluso en el folio 500 de la pieza 2, se destaca que el Distrito Capital le ha solicitado nominas a la Alcaldía Metropolitana a los fines de determinar el alcance y suficiencia de los recursos transferidos.

En ese mismo tenor, la parte agravante reconoció (folio 8 de la pieza 3) que *“en los actuales momentos hay un número de no menos de 400 trabajadores que están reincorporados a sus labores efectivas, hay un número aproximado de 400 trabajadores que laboran en otros organismos y así mismo, hay aproximadamente unos 450 trabajadores que por Ley deben ser transferidos al Distrito Capital y un número de 550 trabajadores entre los que han renunciado y los que han fallecido”*.

En atención a ello, debe destacarse que la protección del derecho al trabajo en los casos de ejecución de providencias administrativas implican una actividad dual de los órganos de la Administración así como de los Órganos Jurisdiccionales; en primer lugar, porque son los primeros -los órganos administrativos- los competentes para velar por la ejecución de los actos administrativos y propender a la protección del derecho social al trabajo mediante su efectiva protección, y una obligación de aseguramiento de los órganos jurisdiccionales de procurar su cumplimiento ante la infructuosidad de las actuaciones administrativas.

No obstante en este último escenario, ya se ha constatado una actitud reprochable por parte de la Administración Municipal que se ha negado al cumplimiento de un acto administrativo válido y vigente sin que medie una orden judicial que justifique su inejecución –medida cautelar de suspensión de efectos-, lo cual acarrea al imperio de un estadio fáctico anarquista donde en flagrante violación de los derechos constitucionales de un determinado ciudadano se erige otra violación desproporcionada al principio de legalidad, entendido éste como una manifestación singular del principio de obligatoriedad general de las normas jurídicas, mediante el cual todos los sujetos están obligados a obedecer, cumplir y hacer cumplir las normas vigentes, con independencia del origen, naturaleza y rango de las mismas.

Así, *“se aprecia que la relación de trabajo en atención a su evolución progresiva de los derechos civiles de autonomía privada se ha superado a través de los años de un vínculo servil entre el empleador y el trabajador a mutar una relación de igualdad en la cual aun cuando el modelo patrimonial impone sus caracteres de determinación negocial existe una intervención pública en la medida que se encuentra vinculado a la protección de un derecho fundamental, que garantizan una serie de condiciones en cuanto a la tutela e independencia en la protección de los derechos constitucionales no solo del trabajador sino del empleador”* (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1488/12).

Por ende, el resguardo del derecho al trabajo implica su efectivo aseguramiento en cuanto al cumplimiento no solo de las políticas legislativas dictadas en el ámbito laboral, sino en la protección material de dicho derecho constitucional de una manera efectiva y real y, el no sometimiento o perecimiento de la protección y garantías efectivas de resguardo de los derechos constitucionales a través de los mecanismos económicos de desigualdad entre los interventores en la relación por el empleo de mecanismos disuasorios del ejercicio de sus derechos y obligaciones constitucional so pena de las sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico, la cuales deben ser de manera clara e inderogables aplicables en el marco del respeto de los derechos y garantías constitucionales.

En consecuencia, visto la dificultad en el equilibrio de los derechos sociales es que la labor del Estado requiere de diversos niveles de protección en las cuales se identifique los contenidos y presupuestos de las obligaciones para posteriormente determinar las responsabilidades de los actores ante el incumplimiento efectiva de estas, tal realidad es la que el legislador patrio a través de la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6076 del 7 de mayo de 2012, ha procurado su protección y fomento mediante el definitivo abandono de la inequidad existente en las precitadas relaciones mediante la prosecución de una paz social y laboral en la cual el trabajo es un proceso fundamental para la consecución de los fines esenciales del Estado (ex artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Sobre la base de las anteriores consideraciones, observa esta Sala que la Providencia Administrativa que contiene la orden de reincorporación y el pago de los salarios del quejoso, no ha sido suspendida en su efectos, por medio de una medida cautelar, ya que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo, declaró mediante sentencia N° 1.228 del 6 de octubre de 2010, *“1.- IM-*

PROCEDENTE el pedimento formulado por la representación judicial de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, referido a que se le permita retirar el cartel de emplazamiento librado por el Juzgado de Sustanciación en fecha 29 de junio de 2011. 2.- DESISTIDO el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado por la ALCALDÍA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS, contra la Resolución N° 6540 del 8 de julio de 2009, dictada por la MINISTRA DEL PODER POPULAR PARA EL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL”, por lo que los efectos de la mencionada Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, siguen manteniendo plena vigencia.

Por lo tanto, probado como ha quedado el desacato en que ha incurrido la parte agravante y frustradas las diligencias realizadas para el cumplimiento de la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009 en los términos antes expuestos, debe concluir esta Sala que efectivamente han sido vulnerados en perjuicio de los beneficiarios de la referida Resolución N° 6.540, los derechos consagrados en los artículos 87, 91 y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones”.

“Artículo 91. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento”.

“Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.

Desde una perspectiva material del contenido de tales derechos, esta Sala, en su sentencia N° 3.029 del 4 de noviembre de 2003 (caso: *José Eduardo Guzmán Alemán*), ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber del trabajo, lo siguiente:

“...El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual, está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana, sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población.

Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución...”.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar “*lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado*” (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o dicho, en otros términos, una garantía de su ejercicio.

Por ello, la Sala en sentencia (Véase: Sentencia N° 1952 del 15-12-2011 en *Revista de Derecho Público* N° 128, 2011 en pp. 120 y ss) precisó que conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía reconocida por el constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “*derecho*” que tiene el empleador de dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. Tales manifestaciones de esta garantía ya han sido analizadas por esta Sala en sentencia N° 1.185 /2004 (caso: *Alí Rodríguez Araque y otro*), efectuando para ello, las siguientes distinciones:

“(...) la noción ‘estabilidad absoluta y relativa’ utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen (sic) el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido -de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la ‘estabilidad absoluta’, catalogada por algunos como ‘causales de inamovilidad’ el patrono debe apegarse a un procedimiento administrativo previo ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de ‘estabilidad relativa’, el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo...”

La garantía de estabilidad laboral se inserta en el artículo 93 del Capítulo V, signado “*De los Derechos Sociales y de las Familias*”, del Título III, “*De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes*” del Texto Constitucional vigente. Dicha norma se articula con aquellas que establecen las reglas objetivas y los principios rectores a los que debe atender el legislador para regular el trabajo como hecho social y como bien jurídico que tiene un régimen de protección especial por parte del Estado Venezolano, postulados en los artículos 87 (derecho y deber de trabajar), 88 (derecho al trabajo e igualdad), 89 (protección al trabajo), 90 (jornada de trabajo), 91 (derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados), 92 (derecho a un salario suficiente), 94 (responsabilidad de los patronos y contratistas), 95 (derecho a la sindicalización), 96 (derecho a la negociación colectiva) y 97 (derecho a la huelga) *eiusdem*.

Respecto de las anteriores afirmaciones, cabe precisar que la parte agravante no puede pretender que ha dado cumplimiento a la mencionada Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, cuando no dejó constancia precisa en las actas del expediente del número y condición de las personas que a su decir efectivamente se han reincorporado y de las personas a las cuales se han beneficiado de los pagos que aduce haber efectuado, limitándose a señalamientos genéricos o aproximaciones sobre aspectos tales como número y condición de los trabajadores reincorpora-

dos, ya que el cumplimiento de la orden administrativa debe ser perfectamente verificable en relación con el contenido de la Resolución administrativa, toda vez que la propia Constitución establece que toda persona y particularmente los órganos que integran la Administración Pública, tienen el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público (artículo 131).

En tal sentido, la Sala advierte que el 24 de febrero de 2010, la representación judicial de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, consignó sendos listados de trabajadores amparados por la referida Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, que a su juicio deben ser transferidos al Distrito Capital y de aquellos que nunca fueron excluidos de la nómina de la Alcaldía Metropolitana de Caracas.

Al respecto, debe reiterarse que en la presente acción de amparo para la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos, no puede determinarse la legalidad de la referida Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, la cual goza de una presunción de legalidad y se encuentra informado por los principios de ejecutividad y ejecutoriedad y, por ende, son susceptibles de ejecución por la propia Administración, por lo que constituía una carga procesal del agravante la interposición de las acciones judiciales correspondientes para lograr la nulidad parcial o total del acto mediante sentencia definitivamente firme o la suspensión de sus efectos a través de medidas cautelares, circunstancia que no sólo no se verificó en el presente caso, sino que además consta en las actas del expediente que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo, declaró mediante sentencia N° 1.228 del 6 de octubre de 2010, “**I.- IMPROCEDENTE el pedimento formulado por la representación judicial de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, referido a que se le permita retirar el cartel de emplazamiento librado por el Juzgado de Sustanciación en fecha 29 de junio de 2011. 2.- DESISTIDO el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado por la ALCALDÍA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS, contra la Resolución N° 6540 del 8 de julio de 2009, dictada por la “MINISTRA DEL PODER POPULAR PARA EL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL”.**”

Asimismo, no existen elementos de convicción que permitan determinar -vgr. Tales como actas de transferencias de bienes o los registros de información de cargos o organigramas que permita la determinación cuantitativa y cualitativa de los cargos en la referida Administración Municipal- más allá de la referencia genérica contenida en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, el cual establece que “*La Asamblea Nacional aprobará, en un lapso no mayor de treinta días, una Ley especial que regule todo lo concerniente a la transferencia de los recursos y bienes que le correspondían al Distrito Federal y que transitoriamente administra de manera especial y provisional el Distrito Metropolitano de Caracas*”-, en concordancia con el artículo 2 de la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, que dispone a su vez: “*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 permitían 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 del transporte colectivo; el servicio de aseo urbano y disposición final de los 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 (...)*”, por lo que no se evidencia la imposibilidad material de dar cumplimiento a la orden contenida en la referida Resolución Ministerial, más aún cuando el artículo 5 *eiusdem*, claramente señala el régimen jurídico aplicable al 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*”, lo cuales “*continuará[n] 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*”.

Por lo tanto, verificadas las violaciones constitucionales delatadas en los términos antes expuestos, esta Sala debe declarar con lugar la pretensión de amparo constitucional por derechos o intereses difusos o colectivos, por lo que se ordena a la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas ejecutar la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, dictada por la Ministra del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, ciudadana María Cristina Iglesias, donde se ordenó el reenganche y pago de salarios caídos de los trabajadores en ella señalados con la cancelación de los salarios y demás beneficios que les correspondan y que hayan dejado de percibir desde el momento en que se realizó el despido hasta la fecha de la reinstalación o reincorporación, además de dar cumplimiento a obligación de consignar “*las nóminas y órdenes de pago de sus trabajadoras y trabajadores, dejando constancia de los recibos de pago o de los cheques, si fuere el caso, que demuestren o acrediten fehacientemente que se haya efectuado de modo efectivo tanto la reincorporación establecida en virtud de la suspensión del despido masivo, como el pago de los salarios, beneficios laborales y de seguridad social*” en los términos de la referida Resolución. Así se declara.

6. *El derecho a la sindicalización*

Artículo 95 C. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrarios al ejercicio de este derecho. Los promotores o promotoras y los integrantes o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones.

CSJ-CP 27-04-93, Magistrado Ponente: Rafael J. Alfonzo Guzmán, RDP N° 53-54, 1993, pp. 163 y ss.

La Corte analiza el alcance de la protección especial de la ley referente al trabajador y las asociaciones que constituyan sujetos de la relación jurídica individual y de las colectivas o plurales producidas por el trabajo (Sindicatos), (Arts. 85 y siguientes de la Constitución).

1. La ley a que alude el artículo 85 de la Constitución de la República no persigue, propiamente, la institución del trabajo, sino la del sujeto físico que lo realiza por cuenta ajena. El sistema de reglas de orden público creado con este objetivo –y la doctrina que lo respalda– conforman un Derecho del Trabajador más que del trabajo, cuya adscripción técnica –por los fines perseguidos– sería fácilmente ubicable en el grupo de Ciencias de la Salud. Más, todo este conjunto normativo no tiende a proteger exclusivamente al individuo que trabaja: ampara, asimismo, a las colectividades que éstos forman con el fin de asegurar el cumplimiento de la ley, y la nueva idea de justicia social que ésta entraña.

El trabajador y las asociaciones que constituyan sujetos de la relación jurídica individual y de las colectivas o plurales engendradas por el trabajo, son los dos entes paralelos –y complementarios– hacia los cuales se orienta la protección especial de la ley dictada en acatamiento de los artículos 85 y siguientes de la Constitución de la República.

2. Para determinar más a plenitud su alcance, el artículo 85 debe mejor analizarse en concordancia con los identificados con los números 70, 72 y 90 en el texto constitucional.

Según el artículo 70, los individuos “tienen el derecho de asociarse con fines lícitos, en conformidad con la ley”: aunque el derecho de sindicación no está expresamente previsto en la Carta Magna vigente, como lo estuvo en las de 1953 y 1947, debe entenderse como una manifestación del de asociación, cualquiera que sea la diferencia establecida por la doctrina entre ambas

facultades. En este sentido, cabe mencionar, además, que el derecho específico de sindicación se incluyó expresamente en la ponencia sobre la materia presentada a la consideración de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución de la República, la cual, sin embargo, no aprobó el artículo correspondiente. Así, la Ley Orgánica del Trabajo, artículo 400, alude al derecho de los trabajadores “de *asociarse* en sindicatos” (subrayado de la Corte).

El artículo 72 ordena al Estado amparar “las *asociaciones* (...) que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social” (subrayado de la Corte), con lo cual el constituyente acogió el principio pluralista. Entre estas asociaciones, al lado de otras formas de integración social intermedias entre el individuo y el Estado, se halla, sin duda, el Sindicato de Trabajadores, constituido voluntaria y libremente por éstos para la defensa de sus legítimos derechos e intereses.

El artículo 90, en su primera parte, prescribe al legislador la obligación de favorecer “el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo”; esto es, darles preferencia sobre las individuales. El apoyo que brinda la ley a las organizaciones (formales o informales) de trabajadores, como únicos sujetos posibles de tales relaciones colectivas, busca permitirle a sus miembros alcanzar las metas económicas y sociales que cada uno de ellos no puede lograr aisladamente, y por ello, se ajusta herméticamente al propósito constitucional.

La segunda parte del artículo 90 ordena amparar la convención colectiva y permite acordar la *cláusula sindical*, “dentro de las condiciones que legalmente se pauten”.

3. Los postulados constitucionales son actualizados por la Ley Orgánica del Trabajo en diversas disposiciones. Entre otras, cuando:

a) Declara a la organización sindical como “un derecho inviolable de los trabajadores” de carácter autónomo; le otorga la protección especial del Estado; consagra la libertad –positiva y negativa– de constituir sindicatos, y la de éstos, de formar agrupaciones de otros grados. Asimismo, reconoce el fuero sindical, con la inamovilidad subsecuente de sus beneficiarios, para garantizar el interés colectivo y la autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales (artículos 400, 401 al 404, ambos inclusive, y 449, respectivamente);

b) Ordena favorecer “armónicas relaciones colectivas entre trabajadores (organizados legalmente, o no) y patronos para la mejor realización de la persona del trabajador, para el mayor beneficio del mismo y de su familia y para el desarrollo económico y social de la nación” (artículo 396, encabezamiento);

c) Concede el derecho de negociar colectivamente y de solucionar pacíficamente los conflictos a trabajadores, patronos y a las organizaciones que ambos constituyan, por una parte, y por la otra, el de huelga al sector laboral, dentro de las limitaciones legales (artículo 396, primer párrafo);

d) Permite acordar fórmulas sindicales para la contratación de trabajadores, entre ellas la cláusula preferencial (artículos 444 y 445); y

e) Crea –en cabeza del empleador– la obligación de retener las cuotas ordinarias y extraordinarias a los afiliados; y a los no afiliados las extraordinarias, como expresión de solidaridad de éstos con el Sindicato, en las condiciones, términos y modalidades señalados en el artículo 446.

4. En la legislación nacional, el apoyo financiero a una determinada organización de trabajadores por parte de los afiliados y de los no afiliados beneficiarios de una convención colectiva de trabajo deriva de un mandato expreso del legislador (artículo 446).

El motivo o razón de esa contribución solidaria no puede ser otro que el de fomentar el fortalecimiento de las organizaciones de trabajadores y garantizar la autonomía de la acción sindical, al independizar los fondos y el financiamiento de la asociación de toda suerte de contribuciones de procedencia extraña a los propios trabajadores, que pudieran, directa o indirectamente, mediatizar el cabal ejercicio de esa acción.

5. En síntesis, de acuerdo con los conceptos expuestos, la correcta inteligencia del artículo 85 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 70, 72 y 90 del mismo texto, es la siguiente:

Todos los individuos (y por ende, los trabajadores tienen derecho de asociarse con fines lícitos, dentro de los límites establecidos por la ley. Las asociaciones formadas por los trabajadores –y, por extensión, las formadas por personas que ejerzan profesiones u oficios no dependientes–, con miras a defender su interés colectivo, se denominan sindicatos, los cuales pueden, a su vez, constituir Federaciones, y éstas Confederaciones, con personalidad jurídica reconocida y protegida por el Estado, quien, mediante la ley les otorga protección especial y crea los instrumentos adecuados para garantizarla. Las relaciones colectivas en que participen las asociaciones sindicales de cualquier grado (Sindicatos, Federaciones, Confederaciones), o los grupos de trabajadores, serán preferidas a las individuales en cuanto tiendan “a la mejor realización de la persona del trabajador, al mayor beneficio del mismo y de su familia y al desarrollo económico y social de la Nación”.

En los acuerdos celebrados con miras a solucionar los conflictos, se permitirá establecer la cláusula sindical, dentro de los límites señalados por la ley, como mecanismo adecuado para la obtención de los fines de esa especie.

CPCA 6-2-97, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, RDP N° 69-70, 1.997, pp. 199-200.

Es la ley que protege de manera específica a los promotores y miembros directivos de los sindicatos de trabajadores, de manera que en caso de verse vulnerado el derecho que les asiste como miembros directivos de la organización sindical que representan, lo que se estaría violando sería una Ley, más en modo alguno la Constitución de la República.

En primer lugar, en relación a la denuncia de violación del artículo 91 de la Constitución esta Corte observa:

El referido artículo constitucional establece:

“Artículo 91: Los Sindicatos de trabajadores y los patronos no estarán sometidos a otros requisitos para su existencia y funcionamiento, que los establezca la ley con el objeto de asegurar la mejor realización de sus funciones propias y garantizar los derechos de sus miembros. La ley protegerá en su empleo, de manera específica, a las promotores y miembros directivos de sindicatos de trabajadores durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para asegurar la libertad sindical”.

Del texto transcrito se observa que es la Ley la que debe proteger de manera específica a las promotores miembros directivos de los sindicatos de trabajadores, por cual, si en concepto de los accionantes no se está protegiendo de manera concreta el derecho que les asiste como miembros directivos de la organización sindical que representan, -la cual no se verifica en el presente caso toda vez que no se está impidiendo con las actuaciones derivadas de la Universidad el funcionamiento del mismo sindicato-, la que se estaría violando sería una Ley, más en modo alguno la Constitución Nacional.

En efecto, la protección sindical se encuentra desarrollada en la Ley del Trabajo y en otros textos legales, incluso en documentos contractuales que prevén los mecanismos a través de los cuales opera dicha protección, en consecuencia, se requeriría un examen de la normativa legal aplicable, lo cual está vedado a esta Corte actuando en sede constitucional, por lo que se desestima la denuncia planteada a tal efecto.

TSJ-SPA (1022) 3-5-2000, Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé, Caso: Sindicato de Trabajadores al Servicio del Ejecutivo del Estado Lara (SITRASEEL) vs. República (Ministerio del Trabajo), RDP N° 82, 2000, p. 327-328.

Los derechos colectivos de sindicalización y contratación colectiva implican la búsqueda de mayores beneficios sociales a los trabajadores, que eleven su nivel de vida individual y de sus familias, y persigue el establecimiento de condiciones uniformes de trabajo que establezcan armónicamente las relaciones obrero-patronales.

En este punto, es menester señalar que en el marco de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de su Exposición de Motivos, publicada en la *Gaceta Oficial de la República* N° 5.453 Extraordinaria de fecha 24 de marzo de 2000, en el campo laboral se reconocen los derechos individuales al trabajo, a la estabilidad y a las vacaciones, así como los derechos colectivos de sindicalización, contratación colectiva y derecho a la huelga por parte de los trabajadores y de las trabajadoras. Este derecho, de vieja data en nuestro ordenamiento jurídico, implica la búsqueda de mayores beneficios sociales a los trabajadores que eleven su nivel de vida individual y de sus familias y persigue el establecimiento de condiciones uniformes de trabajo que establezcan armónicamente las relaciones obrero-patronales.

En este contexto, no pudo ni puede impedirse a SITRASEEL el derecho a negociar ante el Ejecutivo del Estado Lara, mejoras y beneficios por vía de contratos colectivos para sus afiliados, toda vez que negar el ejercicio de este derecho, so pretexto de haberse negociado con otro sindicato, abre la vía para tratamientos discriminatorios y desiguales entre los distintos trabajadores y resquebraja las relaciones entre obreros y patronos de celebrar a su mutua conveniencia, por lo cual, en aras de procurar alcanzar la paz entre las partes, debe estimarse la negociación colectiva y establecer condiciones sobre bases más justas bilateralmente concertadas. En razón de ello, el acto impugnado adolece de los vicios de falso supuesto de derecho e ilicitud en su objeto, por lo que a tenor de lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debe ser declarado nulo y así se declara.

El derecho al que hacemos referencia encuentra sus límites, y no puede ser de otro modo, en la facultad que tenga el sindicato de asociar en un momento dado la mayoría de los trabajadores del oficio o profesión dentro de la empresa, por lo cual, la capacidad de obrar de SITRASEEL en representación del referido interés profesional, y de expresarlo válidamente en fórmulas contractuales colectivas dependerá, como es lógico, sólo si tiene la asociación mayoritaria, hecho que no fue verificado en sede administrativa y para lo cual se hace imperativo efectuarlo, en aplicación del principio de respeto a la voluntad decisiva de la mayoría, base de todo sistema democrático y al que hace referencia el artículo 514 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara.

CPCA (1209) 29-8-2000, Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortiz, Caso: Alida T. González vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía, RDP N° 83, 2000, pp. 173-174.

La inamovilidad establecida en la Constitución para los trabajadores que gocen de fuero sindical es aplicable tanto al sector privado como al sector público.

En este orden de ideas, se observa que los artículos antes referidos regulan legal y excepcionalmente, tanto en materia laboral como -supletoriamente- en materia funcionarial, en primer término lo concerniente a la estabilidad en el ejercicio de una actividad de dependencia y sumisión, a través de la inamovilidad del trabajador o funcionario que goce de fuero sindical; y, en segundo lugar el artículo 458 *ejusdem* establece el momento en el que el trabajador o funcionario gozará de este privilegio.

Para lo que se requiere precisar que la derogada Constitución de la República de Venezuela, y la vigente Constitución de la República Bolivariana efectivamente recoge una protección especial para los casos de maternidad (*Vid.* Sentencias de fechas 24 de mayo de 2000, en el caso; *América del Valle López vs. Superintendencia de Bancos*, Sentencia N° 503, expediente 00-2283 con ponencia del Magistrado Pier Paolo Pascero; y Sentencias de 1° y 26 de junio de 2000, casos: *Inés Vella Castellano vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía*, Sentencia N° 577 y 844, Expedientes 00-22810 y 00-22816 respectivamente, con ponencia del Magistrado Rafael Ortiz-Ortiz); y sin lugar a dudas, el artículo 91 (Constitución de 1961) actualmente recogido en el

artículo 96 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevén una protección especial para los promotores de sindicatos como a la junta directiva de sindicatos, sin hacer distinción si ese aspecto de la libertad sindical se concentra en el sector privado o también se hace extensible a la libertad sindical del sector público. Considera esta Corte que al no parecer permisible hacer una distinción donde el Constituyente ha establecido una generalidad, (*ubi lex non distinguere, non distinguere debemus*), tal protección es aplicable tanto al sector privado como al sector público; y la “protección constitucional” ordenada por el Constituyente tiene su desarrollo directo en la institución de la inamovilidad laboral, lo cual aparece como consecuencia inmediata que en aquellos casos de remoción o retiro de funcionarios públicos Investidos de inamovilidad (fuero sindical), el ente tenga que, previamente, solicitar la calificación de la falta por ante de Inspectorías al Trabajo correspondiente, y luego en caso de resultar ajustado a Derecho, proceder a la remoción o retiro del funcionario.

No sucede lo mismo en el supuesto de pliego de peticiones con carácter conciliatorio o conflictivo pues en tal caso la protección es sólo de carácter legal y si bien es cierto que en el sector privado ello implica Inamovilidad laboral, tal criterio no puede ser aplicado al sector público, puesto que se reiterada la protección especial de fuero maternal y fuero sindical directamente de un claro mandato constitucional, y así se declara.

TSJ-SPA (118) 8-2-2001, Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa, Caso: Adrián O. Oronoz S. vs. Ministerio del Trabajo, RDP N° 85-86/87-88, 2001, pp. 141 y ss.

Uno de los cimientos de la libertad sindical lo constituye el hecho de que las autoridades administrativas no deben inmiscuirse en el ejercicio soberano del derecho de los trabajadores a elegir sus representantes ante los patronos.

Con relación a la presunta violación de la libertad sindical y al derecho a la sindicalización se observa:

Del acto recurrido se desprende que el Ministro del Trabajo (Encargado) “reconoce como legítimo el proceso de unificación de los dos (2) Sindicatos de la Compañía Anónima Metro de Caracas y la elección de una nueva Junta Directiva del SINDICATO DE LOS TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA ANÓNIMA METRO DE CARACAS”, y en tal sentido, ha ordenado la notificación al Presidente de dicha Compañía, a los trabajadores y a todas las partes interesadas.

Ahora bien, el artículo 451, parte *in fine* de la Ley Orgánica del Trabajo señala que:

“De cada elección se participará inmediatamente al Inspector del Trabajo, con la copia auténtica del acta de elección, a fin de que éste haga al patrono o patronos la notificación correspondiente”.

Nada ordena el citado dispositivo acerca de que en la notificación que se efectúe, deba incluirse una calificación jurídica acerca del proceso eleccionario y mucho menos acerca de la legitimidad de determinada Junta Directiva.

Ello es así, porque uno de los cimientos de la libertad sindical lo constituye, precisamente, el hecho de que las autoridades administrativas no deben inmiscuirse en el ejercicio soberano del derecho de los trabajadores a elegir sus representantes ante los patronos.

En caso de plantearse una situación conflictiva respecto de la legalidad de un proceso eleccionario de carácter sindical, la legitimidad de una junta directiva de algún sindicato o de una asamblea de trabajadores, tales circunstancias conformarían asuntos contenciosos en materia laboral y electoral que no corresponden a conciliación ni a arbitraje y por tanto, su resolución corresponderá a los órganos jurisdiccionales competentes en materia del trabajo o electorales, según la naturaleza del conflicto, pero en ningún caso a la Administración.

Por otra parte, la declaratoria de una autoridad administrativa de reconocimiento legítimo a determinada Junta Directiva, supone, por exclusión, que en caso de existir más de un sindicato en una misma empresa, las otras juntas directivas carecerían de legitimidad, cuestión no contem-

plada en el ordenamiento laboral, puesto que en una empresa pueden coexistir y hacer vida sindical, más de un sindicato y por ende, más de una Junta Directiva, importando a efectos de la relación con el o los patronos, cual de esas organizaciones sindicales es la mayoritaria en número de afiliados, mas no lo relativo a su legitimidad. Cabe destacar de otra parte, que en el acto impugnado se hace referencia a la Asamblea General Unitaria de Trabajadores y a la existencia de dos sindicatos diferentes, los cuales habrían participado en un proceso eleccionario.

Si ello fue así, bastaba al emisor del acto notificar al patrono de esa circunstancia y del resultado de la elección; pero al calificar como legítimos tanto el proceso como la junta directiva que emergió del mismo, asumió atribuciones que escapan por completo al ámbito de sus potestades.

En efecto, si existían dos sindicatos que se habrían fusionado en virtud de un proceso unitario, dos situaciones distintas pueden suscitarse a raíz de la declaratoria de legitimidad que hace el Ministro del Trabajo (Encargado):

En primer lugar, que del proceso unitario surgió un sindicato nuevo, distinto a los anteriores, en cuyo caso debieron seguirse las normas de inscripción de un nuevo sindicato, lo cual no consta en autos.

En segundo término, que uno, o ambos sindicatos, quedó o quedaron disueltos por efecto de la fusión. En este segundo supuesto, la disolución debió ser decidida por un Juez de Primera Instancia del Trabajo, previa solicitud de los interesados y en ningún caso una autoridad administrativa pudo ordenarla, por disponerlo así el artículo 462 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Lo anterior conduce a esta Sala a concluir en que el acto impugnado viola la libertad sindical y el derecho a su protección, consagrados tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en su artículo 95 dispone que las organizaciones sindicales no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa; como en la Ley Orgánica del Trabajo, la cual dispone en su artículo 448 que los miembros de un organismo sindical no podrán ser excluidos ni privados de sus derechos, sino por las causas taxativamente enumeradas en dicho texto legal.

El acto impugnado vulnera igualmente los principios y obligaciones asumidas por la República en virtud del Convenio N° 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del de derecho de sindicación, adoptado por la Trigésima Primera Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, cuya entrada en vigencia en nuestro país se materializó en virtud de la Ley Aprobatoria del Convenio N° 87, sancionada por el entonces Congreso de la República en fecha 3 de septiembre de 1982, publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 3.011 y según el cual, las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar el derecho a la libertad sindical o a entorpecer su ejercicio legal.

En consecuencia, el acto impugnado, en definitiva, supone la indebida injerencia del Poder Ejecutivo en atribuciones exclusivas y excluyentes del Poder Judicial, ejemplo de lo cual se encuentra consagrado en el artículo 448 de la Ley Orgánica del Trabajo, que atribuye a los jueces laborales el conocimiento y decisión acerca de la exclusión y privación de derechos a los miembros de las organizaciones sindicales.

TSJ-SE (46) 11-3-2002, Magistrado Ponente: Alberto Martini Urdaneta RDP N° 89-90/91-92, 2002, pp. 155 y ss.

Es en el plano de la actividad cuasi-pública de los sindicatos que se justifica la supervisión del Estado para garantizar la democratización de dichas organizaciones, a través de la transparencia y celeridad de los procesos electorales y la escogencia de las autoridades legítimas que están llamadas a representar los intereses y derechos de los afiliados en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo; en los procedimientos de conciliación y arbitraje; en la promoción, negociación, celebración, revisión y modificación de convenciones colectivas de trabajo; y en todo cuanto sea necesario a objeto de resguardar el patrimonio y los intereses de la organización sindical.

Las organizaciones sindicales siendo personas jurídicas privadas tienen además un carácter social, y encuentran su regulación, principalmente, en una normativa sustantiva especial como es la Ley Orgánica del Trabajo, sin embargo, dentro del ámbito de sus atribuciones ejecutan “políticas”, que como ha señalado la Sala, están dirigidas a la satisfacción de sus objetivos, de manera que el Estado, como garante de esos objetivos que benefician e interesan a un importante sector de la población (la clase trabajadora), debe establecer los mecanismos a fin de garantizar el cumplimiento de sus finalidades, que no son otras que la garantía y protección de los derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras (artículo 95 de la Constitución vigente).

Al respecto, esta Sala dejó sentado en sentencia de fecha 13 de agosto de 2001 (Caso: *Adrián Octavio Oronoz Silva*) que “[s]i bien es cierto que la República, dada su obligación de respetar la autonomía y libertad sindical, no puede tener inherencia en los asuntos internos de las organizaciones sindicales, y que éstas constituyen personas de derecho privado y social, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho al ejercicio de la acción sindical (artículos 396, 397 L.O.T. y 280 C.R.B.V.),...” y que “...si antes importaba al Estado Venezolano la existencia y actividad de estas organizaciones sociales, en la medida que el cumplimiento de su objeto redundaba en beneficio de un importante sector de la población, ello ahora tiene rango constitucional, cuando se reconoce el derecho a la sindicación como un derecho humano fundamental, y *el Poder Electoral tiene una inherencia limitada a la materia electoral, de los integrantes de la sociedad civil, a saber, los sindicatos,...*”.

Esta concepción de las organizaciones sindicales como organizaciones de interés público y de relevancia constitucional, en el marco de un Estado social de derecho, encuentra especial aceptación en el Derecho comparado.....:

Observamos así que los sindicatos revisten una naturaleza compleja, pues en cuanto asociación privada representan y defienden el interés de todos y cada uno de sus afiliados, y en cuanto institución de carácter social poseen una esencia cuasi-pública, ya que tales organizaciones representan el interés general de un amplio sector de la población -los trabajadores-, siendo, justamente, ésta última, la función que reviste especial trascendencia en el ámbito público y político, y que justifica la supervisión del Estado.

De este modo podemos concluir que es la exigencia de la democracia en el funcionamiento, elección y conformación de los sindicatos, el mecanismo que en un Estado social de derecho se implementa para que éstos cumplan su fin último -garantizar los intereses y derechos de sus afiliados-, sin que con ello pierdan ni se transforme su naturaleza jurídico-privada.

Ahora bien, ha señalado esta Sala (*Vid.* Sentencia de fecha 19 de julio de 2001. Caso: *Sociedad Mercantil Industria Láctea Venezolana*) que las actividades ejecutadas por los sindicatos pueden ser divididas en tres grupos: 1) las de acción sindical, constituidas por el conjunto de actividades mediante las cuales la organización cumple con su objeto legal y estatutario; 2) las de administración de los fondos sindicales, divididas en actos de simple administración y actos que exceden de la simple administración y que le permiten funcionar; y, 3) cualquier otra que no forme parte de las categorías anteriores, pero que pueden ser lícitamente realizadas por los sindicatos, en tanto son personas jurídicas de derecho social; precisando la Sala, en esa oportunidad, que tales categorías encuentran consagración en nuestro ordenamiento jurídico siendo las normas más representativas las consagradas en los artículos 3 y 11 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación; 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 397 y 401, 402, 403, 433, 435 y 452 de la Ley Orgánica del Trabajo, que establecen derechos y principios rectores de derecho colectivo del trabajo y la democracia sindical y 407, 408, 423, 441 y 451 *ejusdem*, que establecen el objeto, atribuciones, finalidades, deberes y prerrogativas de las personas colectivas de derecho privado y social que son los sindicatos; normas que esta Sala se permite transcribir de seguidas:....

Con relación al contenido de las normas antes transcritas esta Sala, en el fallo *in commento*, estableció que los sindicatos para el cumplimiento de su objeto y finalidades y el ejercicio de sus atribuciones (Artículos 407 y 408 de la Ley Orgánica del Trabajo) realizan, fundamentalmen-

te, actos y actuaciones sin contenido económico o patrimonial, que son los actos propios de la llamada “acción sindical”, pero que llevan implícito una serie de actuaciones administrativas necesarias para su funcionamiento, de contenido económico o patrimonial, llamadas “administración de los fondos sindicales”; observando además, la Sala, que el ejercicio de la acción sindical descansa en el sindicato y por tal motivo los trabajadores, para garantizar el cumplimiento de sus derechos e intereses, requieren de la existencia y actuación del sindicato, único legitimado por ley para negociar las convenciones y tramitar los conflictos colectivos de trabajo (artículos 469, 475 y 497 de la Ley Orgánica del Trabajo), de manera que la ley, como medida para garantizar la existencia y actividad de los sindicatos, establece un fuero especial permanente en cabeza de hasta doce (12) miembros de sus juntas directivas y uno temporal que ampara a la totalidad de los trabajadores cuando se encuentran en ejercicio de tan trascendental actividad (artículos 451 y 458 de la Ley Orgánica del Trabajo).

De manera que es la democracia participativa y protagónica que identifica a nuestro actual modelo político (artículos 2, 5, 62 y 70 de la Constitución de 1999), la que justifica un control jurisdiccional de dicha participación ciudadana tanto en los procesos de elección de cargos públicos, como en los procesos electorales de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos; y es, justamente, en el plano de la actividad cuasi-pública de los sindicatos que, como se dijo, se justifica la supervisión del Estado para garantizar la democratización de dichas organizaciones a través de la transparencia y celeridad de los procesos electorales y la escogencia de las autoridades legítimas que están llamadas a representar los intereses y derechos de los afiliados en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo; en los procedimientos de conciliación y arbitraje; en la promoción, negociación, celebración, revisión y modificación de convenciones colectivas de trabajo; y en todo cuanto sea necesario a objeto de resguardar el patrimonio y los intereses de la organización sindical.

TSJ-SE (52) 19-3-2002, Magistrado Ponente: Alberto Martini Urdaneta, Caso: Jorge G. Angulo S. vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 89-90/91-92, 2002, pp. 159 y ss.

Si bien las organizaciones sindicales son autónomas, y por ello pueden redactar sus propios estatutos, elegir a sus autoridades, administrar sus recursos y decidir sobre las políticas a seguir a fin de cumplir sus fines y objetivos, ello no significa que puedan limitar el derecho a la sindicación de un trabajador que desee afiliarse o integrarse a ella, más allá de las restricciones que estatutariamente pudieran establecer, ya que estas limitaciones estatutarias solo pueden tender a verificar el cumplimiento de requisitos en determinado lapso o delimitar su ámbito de actuación específico.

Ahora bien, la Sala antes de emitir un pronunciamiento sobre el derecho a la sindicación del recurrente, a título de respuesta definitiva al sindicato impugnante, analizará el alcance de este derecho, con especial referencia a la particular situación del trabajador, que bajo relación de dependencia ocupe un cargo gerencial.

Al respecto establece: El “derecho a la sindicación” consiste en la potestad que tiene todo trabajador de constituir una organización sindical o de pertenecer o no a la que prefiera, afín con la rama o área de trabajo en la cual éste presta sus servicios....

De toda la normativa que antecede [artículo. 95 C 1999; Convenio Internacional N° 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, OIT 1982, arts 2, 8, 11; Ley Orgánica del Trabajo, arts. 400, 401, 404, 412, 423, 432, 436, 477; Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, artículos 101, 2; Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, artículo 142, 143, 148] se desprende, que el derecho a la sindicación es de carácter amplio y su ejercicio se encuentra limitado solo en particulares casos, a saber:

1) Está sujeto al cumplimiento de los requisitos formales previstos en los Estatutos del sindicato, a fin de obtener la condición de “afiliado” a determinado sindicato, normativa que igualmente deberá contener las causas y procedimiento para la imposición de sanciones y exclusión.

2) Es necesario que el aspirante a ser miembro del sindicato tenga doce (12) años de edad o más.

3) Los sindicatos no pueden ser mixtos, es decir, que simultáneamente pretenda representar los intereses de los trabajadores y de los patronos.

4) Los empleados de dirección, no pueden constituir ni afiliarse a sindicatos de trabajadores.

Además de lo anterior, la legislación establece dos limitaciones para los afiliados que deseen ejercer cargos de representación sindical, a saber:

1) Tener dieciocho (18) años de edad cumplidos y

2) En caso de ser extranjeros, residir en el país por un lapso superior a los diez (10) años y solicitar autorización al Ministerio del ramo. ...

Señalada como ha sido la normativa inherente a la particular situación de autos, la Sala declara en el marco de su competencia para pronunciarse respecto al derecho al sufragio activo y pasivo de un trabajador con respecto a una organización sindical, que no existe dispositivo normativo alguno que limite el ejercicio del derecho a la sindicación del recurrente, y ello es así en la medida que tal característica de amplitud es consustancial con la naturaleza de este derecho. Por tanto, las excepcionales disposiciones que podrían conllevar a la no inclusión del recurrente al Sindicato de Trabajadores del Banco Industrial de Venezuela, no le son aplicables, dado que es mayor de edad, venezolano y trabajador del Banco Industrial de Venezuela, conforme se identificó en el encabezado de su escrito recursivo y sin que tales circunstancias hubiesen sido controvertidas. Por otra parte, el recurrente alegó expresamente, y fue reconocido por el Presidente del sindicato, que solicitó formalmente pertenecer a dicha organización sindical, como lo exige a título de formalidad los Estatutos del sindicato (artículo 8°), en virtud de lo cual todas las argumentaciones tendentes a señalar que fue o no aceptado en forma válida, que se le descontó o dejó de descontar la cuota sindical, en nada inciden para el ejercicio de su derecho a la sindicación, traducido en su deseo de formar parte de la referida organización sindical y postularse para un cargo directivo en el proceso de renovación de autoridades que tuvo lugar recientemente.

En efecto, si bien las organizaciones sindicales son autónomas, y por ello pueden redactar sus propios estatutos, elegir a sus autoridades, administrar sus recursos y decidir sobre las políticas a seguir a fin de cumplir sus fines y objetivos, ello no significa que puedan limitar el derecho a la sindicación de un trabajador que desee afiliarse o integrarse a ella, más allá de las restricciones que estatutariamente pudieran establecer, ya que estas limitaciones estatutarias solo pueden tender a verificar el cumplimiento de requisitos en determinado lapso o delimitar su ámbito de actuación específico. En efecto, en el caso que nos ocupa, al sindicato solo pueden afiliarse trabajadores adscritos al Banco Industrial de Venezuela y no trabajadores de otros institutos bancarios u otras ramas de la actividad económica-laboral, y en virtud de tal auto-limitación estatutaria, encuadra dentro del concepto de sindicato de empresa, específicamente de la empresa Banco Industrial de Venezuela, sin que por ello pueda considerarse que se está limitando el derecho a la sindicación de un trabajador que no labore en dicha institución bancaria, dado que con ello el sindicato solo ha limitado su radio de acción, traducido en establecer a quiénes en específico va a representar y proteger. Igual consideración merece el lapso del cual dispone la directiva del sindicato para responder la solicitud de afiliación, necesario a fin de verificar el cumplimiento de requisitos (trabajador del Banco Industrial de Venezuela y edad), del cual no podría derivar la posibilidad de negar la afiliación injustificadamente.

7. *El derecho a la huelga*

Artículo 97 C. Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley.

C. 1961, art. 92

CSJ-SPA (290) 13-06-90, Magistrada Ponente: Cecilia Sosa Gómez, RDP N° 43, 1990, pp. 50-51.

La norma indicada textualmente reza:

Artículo 231. “En los casos de huelga o de *lock out* en empresas o servicios cuya paralización ponga en peligro inmediato la salud o vida económico-social de la población, el Gobierno podrá proveer a la reanudación de las faenas en la forma que lo exijan los intereses generales, previo Decreto especial que indique los fundamentos de la medida. En tales casos la contratación del personal necesario no podrá hacerse en condiciones inferiores a las fijadas por el informe a que se refiere el artículo 225”.

Del texto anteriormente transcrito se desprende claramente la facultad otorgada por dicha Ley al Ejecutivo Nacional, para “proveer a la reanudación de las faenas en la forma que lo exijan los intereses generales”, en los casos en que la paralización de la empresa o servicio ponga en peligro inmediato la salud de la población o su vida económico-social de la región, y considerando que tal circunstancia constituía un peligro inmediato para la población, declaró, conforme al artículo 4 del Decreto recurrido, terminado el conflicto y ordenó la reanudación de las labores a partir del 3 de julio de 1973, en las mismas condiciones de trabajo existentes para el 14 de mayo del mismo año, fecha de la admisión del pliego conflictivo. Esta parte del acto recurrido, al ajustarse plenamente a la normativa contenida en el artículo 231 antes citado, tiene pleno respaldo legal, y así se declara.

Ahora bien, en los términos 1, 2 y 3 del Decreto N° 1.331 objeto del presente debate, se somete al conocimiento y decisión del conflicto laboral a una Junta de Arbitraje constituida como allí se indica, y con determinados plazos para decidir.

Esta parte del Decreto recurrido se aparta del contenido del artículo 231 de la Ley del Trabajo antes transcrito. Efectivamente, esta norma facultaba a la Administración únicamente para proveer la reanudación de las labores en la forma que lo exigieran los intereses generales, y para ello permitía la contratación del personal necesario. Ello significa que el Ejecutivo Nacional podía, por los medios que considerara adecuados al interés general, hacer que se iniciara de nuevo el trabajo en la empresa pero en modo alguno solucionar la disputa laboral. Se trata de una restricción del derecho de huelga por razón de los intereses generales en peligro, pero en modo alguno de la potestad de ordenar la forma de solución al conflicto obrero planteado, tal y como ocurrió en el caso de autos.

Con base en lo anteriormente expuesto, esta Sala estima procedente declarar la nulidad de los artículos 1,2 y 3 del Decreto N° 1.331 de fecha 2 de julio de 1973, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 30.143 de la misma fecha, con base en el cual fue dictado el acto recurrido, no facultaba al Ejecutivo Nacional para determinar la forma de solución del conflicto laboral planteado, ni para ordenar someterlo al conocimiento y decisión de una Junta de Arbitraje. Así se declara.

TSJ-SC (560) 22-3-2002, Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando Caso: Defensoría del Pueblo vs. Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas y Alcaldía Metropolitana de Caracas, RDP N° 89-90/91-92, 2002, p. 163.

La huelga es un derecho establecido en nuestra Constitución como un derecho relativo, cuyo ejercicio se supedita al cumplimiento de requisitos legales.

La huelga es un derecho establecido en nuestra constitución como un derecho relativo, cuyo ejercicio se supedita al cumplimiento de requisitos legales, y, en el caso de que tal ejercicio se verifique en servicios públicos, los trabajadores, en este caso, los funcionarios públicos, están obligados personalmente a garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos, estableciendo las condiciones el Ministerio del Trabajo, organismo éste encargado de instar acuerdo entre las partes en tal sentido.

En ausencia de este acuerdo debe hacerlo el órgano administrativo del trabajo en tiempo oportuno, es decir, agotado el lapso conciliatorio, a mayor abundamiento, vencidas las 120 horas establecidas por la ley para la conciliación. Si esta previsión legal se cumple, no existirá conflicto alguno entre los mencionados derechos.

8. *La irrenunciabilidad de los derechos*

TSJ-SC (442) 23-5-2000, Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando, Caso: José A. Briceño M. vs. Decisión Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, RDP N° 82, 2000, pp. 314 y ss.

La Sala analiza el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, y la posibilidad de que a las reclamaciones laborales que surjan entre patrono y trabajador en sede judicial se les de término mediante transacción o conciliación.

Es importante destacar, que a los derechos de stirpe laboral se les ha rodeado de un manto protector aún más impermeable del que disfrutaban los derechos derivados de otras relaciones jurídicas. Y ello en razón de la siempre presupuesta minusvalía, indefensión, subordinación, debilidad o presunción de incapacidad en que se ha tenido a la fuerza de trabajo respecto a los que gerencian los demás factores de producción. De ello deja constancia el autor argentino Rodolfo Vigo, cuando, en referencia a los casos considerados por los ordenamientos jurídicos en general como situaciones de *eminente orden público*, afirma: “*la sociedad política ante un sector social cuya debilidad económica puede ser fuente de injusticia conmutativa, y frente a este riesgo de que se vean privados de estos suyos que están a nivel de la subsistencia personal y familiar, reacciona y establece la irrenunciabilidad de esos derechos*”. (*Interpretación Jurídica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 200).

Sin embargo, la especial *tuición* deparada a los derechos reconocidos a los trabajadores en que consiste la prohibición de renunciabilidad de los derechos laborales fundamentales o mínimos, especialmente en el caso de ser objeto de debate en sede judicial, sea que la relación jurídica haya terminado y los efectos de la misma estén contradichos, sea que el nexo en cuestión precise una declaración del juez, divide, tanto a la legislación, a la doctrina y a la jurisprudencia.

Tal punto de complejidad manifiestan los estudios hechos sobre el tema, que presentar un catálogo coherente de opiniones de que pueda echar mano el juzgador es tarea casi imposible, pues, aquéllos que admiten la renuncia de derechos en sede jurisdiccional, o lo hacen con serias reservas o limitan su efectividad a ciertas formas de autocomposición, que no a todas; en otros casos, la opinión expresada se extiende a una de dichas formas silenciando su posición respecto al resto.

En esta línea, destacan las consideraciones de Rafael Alfonso-Guzmán, cuando en su “*Estudio Analítico de la Ley del Trabajo*” en la oportunidad de referirse a la transacción expresa: “el arreglo judicial circunstanciado es válido porque estando sub iudice el derecho del trabajador, aún no ha sido declarada la obligación correlativa del patrono, la cual como lo explicamos oportunamente, no es susceptible de remisión por el acreedor. Y es evidente que no pueden celebrarse transacciones anticipadas a la celebración o a la ejecución del contrato, porque sí bien no existen las obligaciones patronales para el momento del acuerdo, habrían de estar sujetas a los efectos de éste, una vez que ellas fueren declaradas.” (Ediciones de la Universidad Central de Venezuela, Tomo 1, Caracas, 1967, pp. 274 y 278).

Pero, al tocar el desistimiento, niega su virtualidad judicial de manera contundente, pues, considera que: “*Elegido por el trabajador el camino procesal para hacer efectiva su acreencia, el desistimiento de la acción, o sea, el abandono de la misma en cualquier estado de la causa, con efecto de cosa juzgada, equivale a la renuncia del derecho y, por ende, la consideramos ilegal*”.

Respecto a la transacción, Cabanellas considera que en ésta no se produce la renuncia de un derecho, a lo sumo, la renuncia de una esperanza, pues el derecho se determina cuando existe una sentencia judicial que lo acredita, por lo que “El consentimiento presentado por las partes que transigen lo motiva la duda, siempre posible, de que su derecho pueda carecer de validez. Pero tal duda, según se pretende por algunos autores y por determinadas legislaciones, no puede surgir en el proceso laboral, por estimar que los derechos derivados del Derecho del Trabajo son siempre incuestionables, incontrovertibles, definidos por leyes consideradas de orden público. No se tiene en cuenta en tal concepción que las leyes de orden público no se crean, están en la realidad de los hechos y derechos que sancionan”. (*Tratado de Derecho Laboral*, Tomo 2, Ediciones El Gráfico, Buenos Aires, p. 312).

En cuanto al alcance de la irrenunciabilidad, los autores que propugnan la indisponibilidad del derecho y el orden público como fundamentos de la prohibición de renunciar a las ventajas que ofrece el Derecho Laboral (Santoro-Passarelli vendría a ser su más firme representante), entienden que la irrenunciabilidad se extiende a la *intransigibilidad*, por lo que la ley no solo desautoriza los sacrificios sin correspondencia (convenimiento, desistimiento), sino también los sacrificios eventuales que existen en la transacción, pues procuran evitar estos autores el caso en que el lado patronal resulte el mayor beneficiado del negocio. Sin embargo, afirman que la intransigibilidad no obsta el uso del arbitraje, el recibo por saldo y la conciliación entre las partes ante las autoridades correspondientes.

Otro sector de la doctrina se pliega, bien por la aceptación de los jueces de instancia a los acuerdos o declaraciones compositivos de la litis, o bien por el reconocimiento expreso de dichos medios a través de su consagración legislativa. En este último caso se encuentra Antonio Vázquez Vialard, quien al dar cuenta de que en su país fue consagrado el desistimiento como un modo normal de composición procesal, no oculta cierta disconformidad con la positivización de una práctica que denuncia común en los tribunales de aquella nación. La norma en cuestión es la número 277 párrafo 20 de la Ley de Contratos de Trabajo argentina que reza: “El desistimiento del trabajador de acciones y derechos se ratificará personalmente en el juicio y requerirá homologación”. (*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo 1, 80^{ava} Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999).

De otro lado, el autor Américo Plá Rodríguez, no obstante sus apuntes sobre la permisión de ciertos ordenamientos en cuanto al desistimiento del trabajador en juicio, así como reconocer (luego de un extenso y documentado análisis, sobre el principio de la irrenunciabilidad en materia laboral), que el estado de la controversia se atempera día a día en línea a aceptar que en sede judicial actúen los modos de autocomposición de la litis, no obstante, concluye lapidariamente que el desistimiento de la demanda, a la que designa como renuncia de derecho, “*queda claramente alcanzado por la prohibición de renunciar*”.

2. Seguidamente al análisis del punto debatido, entrará la Sala a reseñar ciertas decisiones judiciales sobre el asunto.

En primer lugar, tenemos la decisión de fecha 28 de mayo de 1953 de la Corte de Casación (recibida por el fallo de fecha 31 de marzo de 1966 de la Sala de Casación Civil), circunscrita a un caso de transacción (aunque de una manera más bien comprensiva de otras modalidades, lo que daría pie para pensar que es de aplicación a los otros modos de autocomposición, es decir, a la conciliación, al convenimiento y al desistimiento).

Al respecto expresa:

“Lo que no puede el patrono, ni el trabajador, en principio, es renunciar a las disposiciones favorables a la Ley del Trabajo, por ejemplo, celebrar un contrato en que se estipule que no habrá derecho a vacaciones, preaviso, antigüedad, cesantía, etc., pues tal cláusula sería absolutamente nula en cualquier convención, pero el trabajador es libre, al finalizar su contrato de trabajo, de hacer cualquier transacción por las indemnizaciones a que pueda tener derecho en un litigio inmediato o futuro.”

De las afirmaciones contenidas en este fallo, se desprende la crítica, aunque no directa ni explícita, de la recurrente confusión entre inderogabilidad e indisponibilidad. La doctrina italiana ha distinguido entre la génesis de derecho y su momento funcional; en la primera, el derecho laboral ordena la inderogabilidad de las normas benéficas; en el segundo, una vez el trabajador en la titularidad de derecho y formando parte de su patrimonio podría disponer libremente del mismo, salvo limitación expresa de la ley (disponibilidad). Se entiende que no existiendo más el vínculo de la subordinación ni el temor de las perjudiciales consecuencias patrimoniales derivadas de la resolución de la relación, la voluntad del empleado se podía manifestar con todas las garantías de la libertad.

La jurisprudencia italiana sufrió un severo revés con la publicación del nuevo Código Civil Italiano, que en su artículo 2.113 establece una situación contraria, a saber: *“Las renunciaciones y transacciones que tienen por objeto derechos del prestador de obra derivantes de disposiciones inderogables de la ley o de normas corporativas, no son válidas. La impugnación debe ser propuesta, bajo pena de caducidad, dentro de los tres meses de la cesación de la relación y de la fecha de la renuncia o de la transacción, si éstas han sido realizadas después de la cesación misma”*.

En cuanto al contenido de la homologación se pronunció la decisión de fecha 19 de octubre de 1966 (*Gaceta Forense* N° 54, Segunda Etapa, pp. 291-298, Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia) -aunque no con referencia a un derecho laboral en discusión, pero sí conexas con el hecho que ocasionó la presente acción de amparo, cual fue el presunto desistimiento sin que mediase el consentimiento del accionante y su posterior homologación sin la verificación de extremos esenciales-. De dicho fallo se extraen las siguientes afirmaciones:

“Con respecto al alegato de fraude cometido por el socio que desistió de la acción y de su presunta connivencia con la parte demandada, los jueces de la recurrida se pronunciaron en los siguientes términos:

Al respecto se observa; el desistimiento es un acto procesal potestativo exclusivamente de la parte actora, frente al cual sólo toca al Juez la función homologadora de darlo por consumado. Es indudable que para que surta sus efectos procesales el convenio, deben cumplirse los presupuestos requeridos por la Ley para su validez, entre ellos la capacidad procesal del otorgante, su facultad para obrar en juicio ejerciendo la representación de la parte actora, que es precisamente la cuestión a decidir en esta oportunidad. La existencia de los alegados manejos y la mala fe con que se dice obró la demandada, resultan irrelevantes en punto a la determinación de la validez o no del convenio sub iudice, si bien podrán dar pie a otras acciones por parte de los integrantes de la sociedad actora, cuyo ejercicio no estorba sin modo alguno la presente decisión.

Ahora bien, juzga esta Sala que la decisión de la recurrida está completamente ajustada a derecho, pues en materia de desistimiento de la acción sólo corresponde al Juez homologarlo cuando ha sido formulado por la parte demandada o su representante legítimo, sin que sea necesario entrar a considerar si los móviles del acto obedecen a buena o mala fe o son el resultado de connivencia fraudulenta con la parte demandada. Lo único que debe el Juez constatar es si quien desiste es el demandante, pues sólo él tiene legitimación procesal para hacerlo...”

En otra decisión de la Casación Civil de la expresada Corte Suprema de Justicia, emitida el 11 de marzo de 1993 (N° 373, Tomo 20, Sala Especial), se refleja una admisión sin cortapisas de la transacción, del convenio y la conciliación en sede judicial, más no del desistimiento, al cual restringe a la sola renuncia del procedimiento, y que a la letra es del siguiente tenor:

“Es ampliamente conocido en el medio jurídico laboral, el carácter de irrenunciables que ostentan los derechos adquiridos de todo trabajador. Este principio está consagrado constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente y en cuanto al último de los rubros referidos, en el artículo 16 de la derogada Ley del Trabajo, y acogido en el artículo 3 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo.

Sin embargo, el artículo 31 del Reglamento de la Ley del Trabajo, establece la posibilidad de que a las reclamaciones laborales que surjan entre patrono y trabajador por concepto de derechos de éste último, se les dé término mediante transacción o conciliación, sin que esto signifique, en forma alguna, abandono de derechos ‘irrenunciables’ para el trabajador.

Dicho lo cual, la decisión citada continúa su argumentación con fundamento en sentencia proferida por la misma Sala de Casación Civil en fecha 25 de octubre de 1978, con ponencia del connotado procesalista Luis Loreto, de cuya cita destaca este sentenciador lo siguiente:

“Pero el mismo origen de estas normas explica que el principio de irrenunciabilidad, de vigencia absoluta durante la vida de la relación de trabajo, puesto que la finalidad protectora de las normas de 1 Derecho del Trabajo resultaría inoperante en la práctica de no ser así, se concilie, una vez concluida la relación con la posibilidad de transacción respecto de los derechos y deberes que la terminación del contrato engendra o hace exigibles, porque si bien subsiste la finalidad protectora, ésta queda limitada a esos derechos y deberes. En este momento ya no existe el peligro de que se modifiquen las condiciones mínimas de trabajo establecidas por el legislador y además porque es precisamente el trabajador como parte económicamente débil el más interesado en poner término o precaver un proceso judicial que puede resultar largo y costoso. Pero al propio tiempo, con el fin de evitar que por esta vía el patrono se sustraiga al cumplimiento de alguna de sus obligaciones, se ordena al contrato de transacción de solemnidades y requisitos adicionales.”

En cuanto al desistimiento de la demanda, por cuanto “produce los mismos efectos de la cosa juzgada que la sentencia ejecutoria, esto es, impide todo proceso futuro sobre la pretensión abandonada” -y de la cual se ha dicho que lleva implícita la renuncia al derecho (Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo II, p. 355), la decisión de 11 de marzo de 1993 (en contra de la opinión del Magistrado Loreto), sólo autoriza el desistimiento del procedimiento y excluye el de la pretensión, en los términos siguientes:

“Ahora bien, en cuanto al desistimiento, como acto de autocomposición procesal en la materia que se examina, la Sala estima que nada obsta para que el trabajador pueda desistir en un proceso laboral, siempre y cuando tal acto revista todos los requisitos necesarios para tenerse como válido, y además no implique una renuncia a la acción que ostenta el trabajador como actor, pues esto implicaría que éste último no pudiese eventualmente reclamar sus derechos laborales a posterior, lo que indudablemente sí atenta al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales que benefician y protegen a todo trabajador.

En efecto, puede el trabajador desistir del proceso mediante el cual reclama derechos que éste pretende, pero lo que ciertamente resulta inadmisibles es que el trabajador desista de su acción y al mismo tiempo de su pretensión, pues ello se constituye en una renuncia evidente a sus derechos, y por tanto equivale a ignorar la protección especialísima que se comenta, y la cual se destina a resguardar los derechos del trabajador, frente a los actos del patrono; de admitirse lo anterior, sería desmejorar al trabajador en cuanto a sus derechos adquiridos se refiere, lo cual no es el espíritu y razón que sobre esta materia tuvo el legislador”.

3. Ahora bien, la institución de la irrenunciabilidad, y así ha sido visto por la doctrina más autorizada sobre esta materia, tiene un fin de defensa frente a la posición preferente del empleador respecto al empleado, y así fue referido al comienzo de este capítulo; a través de la misma, la legislación persigue garantizar con la prohibición de renuncia, que el trabajador se acerque a la negociación contractual y disfrute durante su desarrollo de un piso inamovible, un *mínimum* inexpugnable sobre el cual no puede haber acuerdo alguno en su perjuicio, pero sí en su realce o mejora. He aquí la llamada *inderogabilidad* de los beneficios laborales.

La previsión del legislador es sana, ya que garantiza que el interés particular del sujeto débil o menos fuerte de la relación laboral quede incólume antes y durante la relación, y que no se vea compelido a dejar de percibir los beneficios básicos que retribuyan el aporte que su tarea provee a la sociedad, y que de no recibirlos, pueda con éxito exigirlos sin que obste a ello una previa renuncia de los mismos.

La inderogabilidad aludida se asienta en razones no sólo limitadas al bienestar del trabajador, sino también de la sociedad toda, la cual, de seguro vería más o menos afectada su estabilidad según se establezcan condiciones justas de trabajo y garantías que las hagan valer (como la nulidad de los actos o hechos que las infrinjan).

Desde otro punto de vista, la justeza con que se conduzcan los vínculos que tengan que ver con el fenómeno laboral, no sólo bajo la tradicional relación entre empresarios y trabajadores, sino también de unos y otros con el Estado, posee un papel primordial que jugar en el desarrollo sostenible de una economía determinada. He ahí otra de las razones que justificaron en su génesis y continúan justificando la protección en que se resuelve la irrenunciabilidad inderogabilidad de los derechos laborales.

4. El estado en que se encuentra el ordenamiento jurídico nacional el tema de la autocomposición procesal, es el siguiente:

En el artículo 9º del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (*Gaceta Oficial* N° 5.292 Extraordinario de fecha 25-01-99) (con las reservas del caso en cuanto a la reprochable técnica de que se vale el Ejecutivo, consistente en reproducir normas de rango legal en sus Reglamentos, o la práctica aún más grave de innovar en materias de la estricta reserva legal), se lee lo siguiente:

Artículo 9º: Principio de irrenunciabilidad (Transacción Laboral). El Principio de irrenunciabilidad de los derechos que favorezcan al trabajador, en los términos del artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, no impedirá la celebración de transacciones, siempre que versen sobre derechos litigiosos o discutidos, consten por escrito o contengan una relación circunstanciada de los hechos que las motiven y de los derechos en ellas comprendidos.” (Subrayado de la sala).

La Ley Orgánica del Trabajo consagra el principio en el artículo 3, en el que tampoco se excluye la posibilidad de transacción, siempre que se haga por escrito y contenga una relación circunstanciada de los hechos que la causen y de los derechos que le sirvan de supuesto (artículo 3, párrafo único).

La Constitución del 61 rezaba lo siguiente:

“Artículo 85.- El trabajo será objeto de protección especial. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores. Son irrenunciables por el trabajador las disposiciones que la ley establezca para favorecerlo o protegerlo.” (Subrayado de la Sala).

Por su parte, la nueva Constitución consagra el principio en los siguientes términos:

“Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

(*Omissis*)

2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.” (Subrayado de la Sala).

La Sala se ha permitido destacar la distinción que puede hacerse a simple vista entre ambos dispositivos. El correspondiente a la Constitución de 1961 silenciaba la posibilidad de la renuncia mediante la transacción y el convenimiento; en cambio, la Carta de 1999 los reconoce abiertamente, zanjando así una profunda y confusa discusión, como tuvimos ocasión de ver, la cual había sido resuelta a favor, tanto por el poder Legislativo, como por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Instancia.

No obstante, se presenta otra interrogante, cual es si la mención a la transacción, considerada en su doble aspecto de renuncia y desistimiento, según la cual “*el acto desiste de su pretensión y el demandado renuncia a su derecho a obtener una sentencia; este acto dispositivo procesal corresponde a un contrato análogo de derecho material en el cual ambas partes, haciéndose recíprocas concesiones, difieren su conflicto mediante autocomposición*”, y el convenimiento como “*acto de disposición del demandado, mediante el cual éste se somete lisa y llanamente a la pretensión del actor*”, el cual consiste en “*el reconocimiento de la verdad de los hechos y del derecho invocado por el adversario.*” (Couture), es meramente taxativa, o si por el contrario, debe interpretársela irrestrictamente respecto a las posibilidades en que puede concretarse la disponibilidad de los derechos.

Previo a la posible respuesta, la Sala aclara que la irrenunciabilidad que dispone la primera parte del numeral 2 del artículo 89 se corresponde con la inderogabilidad de las normas que aseguren el disfrute de derechos mínimos a los trabajadores. La segunda parte, en cambio, no consagra una excepción a dicho principio, sino que simplemente permite la disponibilidad de los mismos a través de ciertos modos de composición. Ambas partes pertenecen a situaciones y realidades jurídicas distintas y especializadas, que actúan en la protección de los derechos y en la garantía de la tutela judicial efectiva con reglas distintivas, pero en todo caso igualmente efectivas. Respecto a la conciliación, se la define como la convención o acuerdo a que llegan las partes por mediación del juez durante el proceso, que pone fin al litigio y tiene los mismos efectos que la Sentencia definitivamente firme”. (Rengel-Romberg).

Dicho medio debe diferenciarse de la transacción, y en esto sigue la Sala la opinión del autor últimamente mencionado, con la cual suele confundirse o diluirse -al punto de- que cultores de las disciplinas laboral y procesal consideran que la conciliación vendría a ser el género y los demás medios especies de aquella, posición con añejos antecedentes legislativos, como la Ley francesa de 9 de abril de 1898 sobre accidentes de trabajo, que declaró nula toda transacción no llevada a término ante el *juez conciliador* (Cabanelas); otros la omiten cuando estudian los que denominan “actos dispositivos de las partes” (Couture), y los demás simplemente no le reconocen su función autocompositiva (Alcalá-Zamora y Castillo). No obstante, la conciliación difiere de la transacción en que ella opera mediante la mediación del juez, que en faltando este impulso no se está frente a una conciliación sino ante otro supuesto distinto.

En el procedimiento civil se le reconoce a la conciliación su carácter de equivalente jurisdiccional, con la consecutiva extinción del proceso y composición de la litis (artículo 262 del Código de Procedimiento Civil). En el campo laboral, su papel no es sólo importante, sino esencial. Es inconcebible este proceso sin la labor conciliadora del juez, pues “*Se entiende, con este principio, que el conflicto más que jurídico, es económico, y en virtud de tal carácter debe buscarse siempre un entendimiento entre las partes*” (Rodríguez Díaz, *El Nuevo Procedimiento Laboral*, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1995, pp. 38 y 39).

Al punto es necesaria la conciliación, que tal como nos lo hace saber el autor colombiano Jaime García Urrea, “La primera audiencia en el proceso ordinario (en Colombia, se entiende) es la audiencia de conciliación, en la cual ‘el juez invitará a las partes a que en su presencia y bajo su vigilancia procuren conciliar sus diferencias’ (Art. 77 del C. de P.L.)”. Sigue diciendo el autor mencionado: “Además, aun cuando haya fracasado esta audiencia, también podrá efectuarse la conciliación en cualquiera de las instancias, siempre que las partes, de común acuerdo, lo soliciten (Art. 22)” (*Lecciones de Derecho Procesal del Trabajo*, Editorial Universidad de Antioquia, 20 Edición, 1992, p. 67). Rodríguez Díaz confirma que en el proceso, colombiano “La falta de este requisito configura la nulidad procesal de todo lo actuado”.

En cuanto al desistimiento, y teniendo como trasfondo el sentido equilibrador que posee el precepto de la irrenunciabilidad-indisponibilidad de la primera parte del numeral 2, artículo 89 constitucional, se debe afirmar que dicho sentido no es el mismo cuando se trata del proceso en que intervienen los sujetos de la relación laboral.

Si bien, en sede negocial por usar un término meramente convencional, el constituyente persigue el equiparamiento de posiciones a través del sostenimiento de los derechos subjetivos del

trabajador, sancionando su renuncia con la nulidad de lo convenido -a fin de cuentas lo que se asegura es la nulidad de la renuncia del *mínimum de derechos*-, estima la Sala que la inderogabilidad de estos derechos no alcanza, como se evidencia en el mismo dispositivo constitucional, a los actos de disposición realizados en juicio.

La prohibición de derogabilidad como expresa Alonso García (citado por Plá Rodríguez, *ob. cit.*, p. 135) “*representa el restablecimiento necesario de los supuestos iniciales sobre los cuales hay que levantar la posibilidad dogmática del contrato, esto es, el principio de la igualdad de las partes. Porque es entonces, y únicamente entonces, cuando puede exigirse el respeto mutuo de una parte a las condiciones aceptadas por ella misma*” (subrayado de la Sala). Es la igualdad de las partes, sin duda, el fin último de la irrenunciabilidad; pero, en fase de reclamación judicial, la irrenunciabilidad se transforma en ventaja, y luce contradictoria de cara a la natural eventualidad y puesta en discusión de las afirmaciones contenidas en la prestación.

Por tanto, en sede judicial las posiciones de las partes frente al proceso -condicionadas al papel que cumplan dentro del mismo- deben ser iguales en cuanto a sus cargas, deberes y garantías, y es deber del juez conservarlas de esa manera (artículo 15 del Código de Procedimiento Civil). Es así como el proceso presenta como su finalidad la composición de la litis, y en él los derechos afirmados son siempre discutidos y eventuales si bien subjetivamente firmes para el accionante, en cambio, objetivamente sujetos a prueba para el proceso.

La garantía de la disponibilidad forzosa, fraudulenta o amañada de los presuntos derechos debatidos en juicio es el proceso mismo, no la nulidad de la renuncia, pues el accionante persigue es precisamente del proceso que el juzgador en la sentencia de fondo admita las afirmaciones de hecho y de derecho invocadas, ya sea que declare un derecho o condene al demandado a realizar o abstenerse de realizar alguna acción o a entregar o poner en posición de disfrute de algún bien al trabajador.

Luego, el proceso debe contener en sí mismo los factores que aseguren la tutela de los verdaderos derechos adquiridos por el trabajador; de ello se deriva que el iter procesal es la garantía ofrecida por la voluntad política contra el desconocimiento de las situaciones jurídicas tanto laborales como de otra naturaleza, en el sentido de *vía o camino puesto a disposición* de los que sientan que su posición frente a un bien ha sido *vulnerada*.

Por lo que visto desde esta óptica, se entiende que el problema en sede jurisdiccional no radica en si el desistimiento implica o no la disponibilidad de derechos irrenunciables de los trabajadores, ya que la irrenunciabilidad de derechos pertenece al campo del contrato laboral y sus incidencias, sino, en si el propio proceso, y en particular el proceso laboral, es o no un instrumento de equilibrio entre los contendores (que es en definitiva lo que persigue el instituto de la prohibición de renuncia). A dicho equilibrio contribuirá el juez con la actuación de los principios adjetivos y de justicia de más valor, como son: la interdicción del fraude procesal, de informalidad, de celeridad, brevedad, inmediatez acompañada del principio de oralidad en las fases del proceso en que sea necesario y muchos otros.

De suerte, que la solidez de la posición jurídica procesal de los contendores en procura de una decisión sobre el mérito de la pretensión, depende en mayor grado del disfrute de un proceso debido (artículo 49 de la nueva Constitución), ya que juicios preñados de dilaciones injustificadas y de formalismos inútiles, atentan evidentemente contra el derecho de acceso a la justicia de los trabajadores, contra su derecho a la defensa y contra el derecho a la tutela efectiva por parte de la jurisdicción; pues, si los litigantes no sucumben a desventajosas transacciones o resignados desistimientos, los propios retardos e inconvenientes quizá le causen más daño o le restrinjan en mayor grado sus oportunidades, que el daño infringido por el desconocimiento al derecho sustantivo reclamado.

La tutela a los derechos constitucionales, en el proceso, debe consistir primordial y en principio, completamente, en la facilitación de los medios para obtener una decisión que se ajuste a lo alegado y probado en autos, y que, en su transcurso se respeten los derechos correspondientes a cada una de las partes.

Es decir, proveer del acceso sin requisitos de inadmisibilidad desnaturalizantes del derecho de acción; excitar la conciliación de los contendientes; asegurar el control a las partes de los medios de prueba; evitar las dilaciones injustificadas, y otros por igual. El proceso debe permitir el acceso y fijar una ruta segura, que dé a los litigantes las condiciones para discernir sin presiones desmedidas lo que más les convenga, y que no sea sólo la apremiante necesidad de recursos la que los lleve a componer la litis en posición de clara desventaja.

Se acusa al desistimiento de desembocar a la larga en implícitas renunciaciones, sin embargo, y vista la precisión doctrinaria respecto al terreno propio de la irrenunciabilidad en juicio, y a la posibilidad de disposición en el mismo -con las debidas garantías- que la propia Constitución autoriza, se deduce que de ser cierta tal afirmación, ello no es privativo de este supuesto de terminación del proceso; puede, en cambio, suceder tanto en la transacción y el convenio (admitidas constitucionalmente en nuestro medio), como en la propia conciliación (práctica elevada a principio del derecho adjetivo laboral), como así lo han hecho ver numerosos tratadistas.

No es el empleador, en definitiva, el único responsable de los desventajosos acuerdos en juicio, y no es sólo en razón de la debilidad frente a éste que los función social del trabajo y los beneficios públicos que reporta la satisfacción de los beneficios que la ley otorga en esta materia, conviene acoger como una consecuencia lógica del principio a la tutela judicial efectiva a que alude el artículo 26 de la Constitución, darle las mayores seguridades a la expresión de la voluntad que quede manifestada en juicio, de tal manera que sin excluir la voluntad privada, se le rodee a las expresiones de ésta de garantías para asegurar su libre formación y manifestación, valorizándola como expresión de la propia personalidad humana.

TSJ-SC (1854) 28-11-2008, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchan, Caso: Jesús Ángel Barrios Mannucci vs. Decisión Sala de Casación Social Tribunal Supremo de Justicia. RDP N° 116, 2008, pp. 127-129.

La Sala analiza la irrenunciabilidad de los Derechos Laborales.

Ahora bien, en cuanto al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el artículo 89.2 de nuestra Carta Magna, establece que

“Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenio al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley”.

En igual sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, señala que:

“En ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores”.

Dentro de este mismo orden de ideas, esta Sala en sentencia N° 1482/02, (Caso: “José Guillermo Báez”), al analizar el orden público de la legislación laboral, estableció lo siguiente:

“...las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo son de orden público (ex artículo 10) y establecen un conjunto de derechos de los trabajadores que son irrenunciables y que constituyen un cimiento jurídico inexpugnable, pues, por debajo de esos derechos, no es válido ningún acuerdo entre trabajadores y patronos que implique la inderogabilidad de tales preceptos (por ejemplo, el trabajador y el patrono no pueden celebrar un contrato donde estipulen que no habrá derecho a vacaciones, preaviso, antigüedad, etc, ya que, tal disposición sería absolutamente nula). El carácter tuitivo de la ley atiende a la débil naturaleza económica del trabajador; de no ser así, el patrono podría controlarlo fácilmente, mediante la imposición de su voluntad en la constitución de las condiciones de la relación laboral” (Negrillas de la Sala)

De las normas y jurisprudencia parcialmente transcritas concadenadas con la denuncia del solicitante, advierte esta Sala que efectivamente el fallo objeto de revisión igualmente infringió el

principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales al ignorar el carácter de orden público que ostentan las disposiciones protectoras contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo. En efecto, constata esta Sala cómo en la decisión objeto de revisión se estableció contrariamente a lo señalado en las normas transcritas *ut supra*, que, al inicio de la relación laboral, por voluntad de las partes y de forma tácita, se podían derogar normas de orden público, dictadas precisamente para proteger los derechos constitucionales de trabajadores y trabajadoras y el trabajo como hecho social.

En tal sentido, esta Sala considera importante destacar que los principios que informan el Derecho del Trabajo, entre los que se encuentra el principio de irrenunciabilidad de las normas que benefician al trabajador, son directrices dirigidas al juez para asegurar la consecución del objeto propio del Derecho del Trabajo y, evitar así que se frustre la intención del legislador en perjuicio de los trabajadores, razón por la cual carecen de validez las estipulaciones mediante las cuales el trabajador admite prestar servicio en condiciones menos favorables a las establecidas en la normativa vigente, no entendiéndolo, esta Sala por consiguiente, cómo en la decisión objeto de revisión se admitió el supuesto de que el trabajador renunció de forma tácita a sus derechos laborales de orden público y constitucionalmente irrenunciable máxime cuando “[e]s nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos”, por mandato constitucional.

Por último, el solicitante de la revisión alegó en su escrito que el fallo cuestionado, interpretó erróneamente el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias [artículo 89.1 Constitucional], al aplicarlo “...a favor del patrono de manera contraria e inconstitucional...”.

En tal sentido, observa la Sala que en la decisión objeto de revisión, no se advirtió cómo el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, además de incurrir en el vicio de incongruencia, interpretó erróneamente el *principio de primacía de la realidad sobre las formas*, para de manera forzada negarle al trabajador la protección del ordenamiento laboral venezolano cuya aplicación territorial conforme a la Ley Orgánica del Trabajo había determinado la Sala de Casación Social en sentencias citadas *ut supra* N° 377/2004, 1099/2005 y 1792/2005.

Al efecto, el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas al analizar el caso concreto señaló que “...*la formalidad (...) se vio (sic) rebasada por la realidad constituida por la efectiva prestación del servicio en las oficinas de ORACLE DE VENEZUELA, C.A., (...) el sentenciador concluye que no resulta aplicable la legislación venezolana al caso bajo estudio sino durante el período laborado en el país, por cuanto, evidenció del análisis probatorio que la voluntad de las partes, contenida en la oferta de trabajo y en la aceptación a ésta, fue la celebración de un contrato de trabajo, que, por la naturaleza del cargo a desempeñar, Director de Impuestos de la Corporación a nivel de Latino América, acarrea la prestación del servicio personal fuera de Venezuela, lo cual debió haber sido comprendido a cabalidad por el demandante, pues ejerce la profesión de abogado. Es por ello que, en virtud de la oferta de trabajo realizada, así como de las funciones que en razón del cargo debía desempeñar el actor, la prestación del servicio debía realizarse en el exterior y si bien, éste realizó labores en Venezuela, al comenzar la relación de trabajo, fue únicamente mientras se realizaban los trámites necesarios para la obtención de los documentos necesarios para trabajar en Estados Unidos de América, siendo durante este lapso, únicamente, que la Ley Orgánica del Trabajo reguló dicha relación, no pudiendo extenderse su territorialidad mas allá del mismo*”. Además de incurrir en el vicio de incongruencia, no deja de sorprender a esta Sala el razonamiento del superior de instancia al postular una versión nominalista del principio constitucional de primacía de la realidad que constituye su propia negación, ya que de ninguna manera la primacía de la realidad puede demostrarse de la voluntad contractual de las partes, cuando es precisamente todo lo contrario, la realidad de la relación de trabajo se impone sobre lo negociado contractualmente.

Finalmente, esta Sala delata el error cometido por la Sala de Casación Social al señalar que el fallo recurrido en casación por el hoy peticionario fue dictado el 5 de febrero de 2007, cuando en realidad fue dictado el 15 de marzo de 2007, y publicado en extenso el 30 del mismo mes y año, por el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

En atención a lo expuesto, estima esta Sala que ha lugar a la solicitud de revisión propuesta, en consecuencia anula la sentencia N° 207, dictada por la Sala de Casación Social de este Alto Tribunal, el 26 de febrero de 2008, y se ordena a dicha Sala que dicte nueva decisión sobre el recurso de casación interpuesto por el aquí solicitante contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2007 y publicada en extenso el 30 del mismo mes y año, por el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con prescindencia de los vicios en lo que incurrió en el fallo que aquí se anula. Así se decide.

9. *Protección de los derechos laborales*

TSJ-SC (430) 14-3-2008, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Caso: Rafael Valentino Maestri y María Peirano. Revisión de Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. RDP N° 113, 2008, pp. 158-159

El principio de primacía de la realidad frente la forma y apariencia de los contratos, ha pasado a ser parte expresa del ordenamiento jurídico debido a lo frecuente que se ha hecho en el pasado disfrazar los contratos de trabajos escritos, para que parezcan no laborales y, de esta manera, eludir las obligaciones que le impone al patrono la legislación laboral. Por lo expuesto, es inaceptable que se pervierta este principio claramente protector de los trabajadores para, en aras de una pretendida objetividad técnica o axiológica, favorecer al patrono.

Vista la declaratoria anterior, resultaría inoficioso un pronunciamiento acerca de las demás denuncias señaladas. Sin embargo, no deja de inquietar a esta Sala Constitucional, la errónea interpretación y aplicación del artículo 89, cardinal 1 de la Constitución. En efecto, el reconocimiento constitucional del principio de la realidad (“En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas y apariencias”); no puede ser descontextualizado del texto fundamental y de la normativa laboral sustancial y adjetiva. En tal sentido debe señalarse, que el encabezamiento del artículo 89 aclara que los principios enumerados en dicha disposición tienen como objetivos la protección del trabajo como hecho social y el mejoramiento de las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. De tal manera, que es para el cumplimiento de esta obligación de Estado que se establecen dichos principios. En consonancia con estos dispositivos constitucionales, el artículo 60, letra c de la Ley Orgánica del Trabajo incluye, como fuentes del derecho laboral, los principios que inspiran la legislación del trabajo; y entre ellos se encuentra expresamente (artículo 8, letra c del Reglamento de la Ley), la “Primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídica laboral”. Estos principios deben enmarcarse, en cuanto a su interpretación y aplicación, en los artículos 1° y 2° de la Ley Orgánica del Trabajo, que a la letra dicen:

Artículo 1°: “Esta Ley regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social”.

Artículo 2°: “El Estado protegerá y enaltecerá el trabajo, amparará la dignidad de la persona humana del trabajador y dictará normas para el mejor cumplimiento de su función como factor de desarrollo, bajo la inspiración de la justicia social y de la equidad.

En consecuencia, el principio de primacía de la realidad frente la forma y apariencia de los contratos, ha pasado a ser parte expresa del ordenamiento jurídico debido a lo frecuente que se ha hecho en el pasado disfrazar los contratos de trabajos escritos, para que parezcan no laborales y,

de esta manera, eludir las obligaciones que le impone al patrono la legislación laboral. Por lo expuesto, es inaceptable que se pervierta este principio claramente protector de los trabajadores para, en aras de una pretendida objetividad técnica o axiológica, favorecer al patrono. Así finalmente se declara.

TSJ-SPA (0041) 16-1-2008, Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero, Caso: Servicios Avensa S.A. (SERVIVENSA) vs. Ministerio del Trabajo RDP N° 113, 2008, pp. 159-163.

A partir del principio de primacía de la realidad sobre las formas que impera en el Derecho Laboral -sea este material o procesal- establecido en el artículo 89 constitucional, se persigue la protección del trabajador frente a la potencial posibilidad de eludir la responsabilidad del patrono a través de la constitución de diversas estructuras societarias. La Sala analiza la figura de la unidad económica.

Precisado lo anterior, se observa que el representante judicial de la recurrente, alegó que en el desarrollo del procedimiento administrativo se llevaron a cabo las adhesiones de distintos trabajadores que requirieron la comparecencia de diferentes empresas distintas a su representada, lo cual le causó estado de indefensión, ya que en el acto recurrido se le impuso la obligación de restablecer a todos los trabajadores a sus lugares de trabajo, incluyendo a los adherentes posteriores que alegaron su despido por parte de otras empresas diferentes a su representada.

Ahora bien, tal como se desprende del acto recurrido, así como de las actuaciones contenidas en el expediente administrativo, en fecha 26 de octubre de 1999, los ciudadanos Romer José Fernández, y otros, en su condición de trabajadores, comparecieron por ante la Inspectoría del Trabajo en la Guaira, Estado Vargas, a fin de denunciar que un gran número de trabajadores habían sido despedidos injustificadamente por la empresa MASA y las empresas filiales de AEROVÍAS AVENSA S.A. (AVENSA). (Folio 1 de la primera pieza del expediente administrativo).

Posteriormente, cuarenta y cinco (45) trabajadores más, en su carácter de trabajadores de las empresas AVENSA, SERVIVENSA, y sus empresas filiales, se adhirieron a la solicitud inicial, alegando que las mencionadas empresas constituían una “unidad económica y laboral”, ya que en su mayoría tenían un mismo Presidente y desde que iniciaron su relación laboral han trabajado en el mismo sitio y portan carnets de AVENSA, consignado las pruebas al respecto. (Folios 3 y siguientes de la primera pieza).

En virtud de ello, en fecha 3 de noviembre de 2000, se ordenó notificar a los representantes legales de las empresas SERVICIOS AVENSA S.A., AEROVÍAS AVENSA S.A., MANTENIMIENTO DE AVIONES LAM, S.A., MANTENIMIENTO DE AVIONES S.M.L., S.A., TALLERES DIVERSOS TADISA S.A., SERVICIOS AERONÁUTICOS TECH S.A., MANTENIMIENTO DE AVIONES ARI S.A. y MANTENIMIENTO DE AVIONES MASA S.A.; en fecha 30 de noviembre de 2000, se ordenó la notificación de los representantes de las empresas MANTENIMIENTO DE AVIONES HYD S.A., MANTENIMIENTO DE AVIONES CONT S.A. y MANTENIMIENTO DE AVIONES HIDA S. A., y el 19 de septiembre de 2001, se ordenó la notificación de cincuenta y dos (52) empresas filiales de AVENSA, para que comparecieran ante la Inspectoría del Trabajo, a fin de dar contestación a la denuncia de despido masivo.

Con posterioridad a la comparecencia de algunas de las referidas empresas y declarar abierto los lapsos probatorios con respecto a las diferentes empresas, la Ministra del Trabajo en la oportunidad de decidir, entró a revisar si en el presente caso, entre las empresas AEROVÍAS AVENSA S.A. (AVENSA), SERVICIOS AVENSA S.A. (SERVIVENSA) y sus empresas filiales, se configuraba una “unidad económica o grupo de empresas”, circunstancia que analizó, en virtud de haber sido alegada por los trabajadores y para verificar si se encontraba dentro del supuesto de hecho del artículo 34 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así, luego de analizar el particular antes señalado, estudiando las actas que conforman el expediente administrativo, en el acto recurrido la Administración concluyó que existía una unidad económica integrada por las empresas AVENSA y SERVIVENSA y sus empresas filiales, lo que permitió que la decisión concerniente a la suspensión del despido masivo y la orden del restablecimiento de los trabajadores al lugar de labores, abarcara a las empresas antes mencionadas, que serían solidariamente responsables en virtud de lo establecido en el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

Por otra parte, la recurrente alegó que la Ministra del Trabajo usurpó las funciones de otra rama del Poder Público, como lo es del Poder Judicial, al decidir sobre una materia ajena a su competencia, por ser evidente que la decisión emitida por ella, al establecer la existencia de una “unidad económica o grupo de empresas”, es de carácter contencioso, que por sus características de ser litigiosa y contradictoria, debe ser conocida y resuelta por un juez laboral competente. Añade que esta funcionaria actuó fuera del ámbito de la conciliación y el arbitraje; y señala que escapa de su competencia pronunciarse acerca de la existencia de una “*unidad económica o grupo de empresas*”, ya que constituye una materia ajena a los despidos masivos, conforme a la normativa legal y reglamentaria que rigen la suspensión de los mismos.

Ahora bien, establece el artículo 655 de la Ley Orgánica del Trabajo:

“Los asuntos contenciosos del trabajo cuyo conocimiento, sustanciación y decisión no hayan sido atribuidos por esta Ley a la conciliación o al arbitraje o a las Inspectorías del Trabajo continuarán su tramitación en los Tribunales del Trabajo o Juzgados de Estabilidad Laboral previstos en esta Ley....”

Asimismo, se observa que de conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 34 *eiusdem*, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 63 al 68 de su Reglamento, corresponde a la Administración Pública conocer de todos aquellos casos en los cuales los trabajadores denuncian la existencia de un despido masivo. En tal sentido, la legislación laboral ha dispuesto un procedimiento especial, que a instancia de parte y aun de oficio permite al Ministro o Ministra del Trabajo suspender los efectos del despido masivo, en cuyo caso ordenará la reinstalación o reenganche de los trabajadores afectados.

Sobre este particular dispone la Ley Orgánica del Trabajo, lo siguiente:

“Artículo 32.- Nadie podrá impedir el trabajo a los demás ni obligarlos a trabajar contra su voluntad.

Parágrafo único.- Solamente cuando se vulneraren los derechos de terceros o se ofendan los de la sociedad, podrá impedirse el trabajo mediante resolución de la autoridad competente dictada conforme a la Ley.

Artículo 33.- De conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el Ministro del ramo, mediante resolución motivada, podrá impedir: (...) *Omissis* (...)

e) El despido masivo de trabajadores, de conformidad con el artículo siguiente.

Artículo 34.- El despido se considerará masivo cuando afecte a un número igual o mayor al diez por ciento (10%) de los trabajadores de una empresa que tenga más de cien (100) trabajadores, o al veinte por ciento (20%) de una empresa que tenga más de cincuenta (50) trabajadores, o a diez (10) trabajadores de la que tenga menos de cincuenta (50) dentro de un lapso de tres (3) meses, o aun mayor si las circunstancias le dieran carácter crítico. Cuando se realice un despido masivo, el Ministerio del ramo podrá, por razones de interés social, suspenderlo mediante resolución especial. El patrono podrá ocurrir al procedimiento pautado en el Capítulo III del Título VII de esta Ley...(*omissis*)....”

Cabe indicar que la Ley Orgánica del Trabajo, reconoce la existencia de grupos económicos, con base en el criterio de unidad económica. En efecto, el artículo 177 de dicha ley, reza:

“Artículo 177. La determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada”.

Por su parte, el reglamento de la referida ley, de una forma más precisa que ésta, centrado también en el concepto de unidad económica, regula la situación de los grupos de empresas en los términos que siguen:

“Artículo 21. Grupos de Empresas: Los patronos que integren un grupo de empresas, serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Parágrafo Primero: se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encuentren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.

Parágrafo Segundo: Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

- a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;
- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidencien su integración.”

Así, de la transcripción de las normas anteriores, se observa que el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 21, prevé diversos supuestos de presunción que permiten inferir la existencia de un grupo de empresas sin necesidad de determinar al controlante, por ejemplo, cuando varias personas jurídicas utilizan una misma denominación social (añadiendo o suprimiendo una palabra que, formalmente, la distinga como otra persona jurídica), o cuando existiere una situación de dominio accionario de una sociedad sobre otra y los órganos de dirección de cada una de ellas estuvieren conformados -en una proporción significativa- por las mismas personas.

Por otra parte, cabe destacar que la Sala Constitucional, ha reconocido en sentencias N° 183 del 8 de febrero de 2002, caso: “*Plásticos Ecoplast, C.A.*” y 3.297 del 1 de diciembre de 2003, caso: “*Servicauchos Grumento, S.A.*”, que a partir del principio de primacía de la realidad sobre las formas que impera en el Derecho Laboral -sea éste material o procesal- establecido en el artículo 89 constitucional, se persigue la protección del trabajador frente a la potencial posibilidad de eludir la responsabilidad del patrono a través de la constitución de diversas estructuras societarias. En tal sentido, se tiene que la obligación que surge de un grupo económico es indivisible y en virtud del marcado orden público que reviste la materia laboral se requiere, desde una perspectiva intraprocesal, que se demuestre a través de los medios probatorios (documentales), los elementos legalmente previstos para asegurar su existencia y en consecuencia, hacer efectiva su responsabilidad ante el trabajador.

Así, la figura de grupo de empresas conlleva a la presunción, salvo prueba en contrario, de la unidad económica y en consecuencia, de la responsabilidad solidaria de la empresa. Es por ello, que en el presente caso no se deriva una situación de indefensión frente a la empresa recurrente, ya que ésta, durante el procedimiento administrativo, tuvo la oportunidad para desvirtuar el alegato de los trabajadores referido a la unidad económica existente entre las referidas empresas, lo cual no hizo.

Ahora bien, estima la Sala que para la determinación del despido masivo conforme a las normas antes precitadas, el Ministerio del Trabajo, en uso de su competencia, está en el deber de entrar a verificar -en casos como el presente, donde se denuncia la existencia de una unidad o grupo económico-, si tal situación se configuró entre las empresas denunciadas, sin que exista impedimento para ello, ya que estaría actuando de conformidad con el principio constitucional consagrado en la parte in fine del numeral 1 del artículo 89 de nuestra Carta Magna que dispone: “En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias”, protegiendo así al débil jurídico, que serían los trabajadores.

En efecto, en el acto administrativo, una vez determinada la existencia de una unidad económica por las empresas denunciadas con fundamento en las pruebas, y la ocurrencia de los despidos, se verificó si los mismos representaban el porcentaje suficiente para considerarlo masivo, con respecto al universo de trabajadores que prestaban servicios para AVENSA y SERVIVENSA y sus filiales. Al respecto, se señaló que: “... en cuanto al universo de trabajadores que prestaban servicios para AVENSA y SERVIVENSA y sus empresas filiales, según listado enviado por estas (sic) a la Asamblea Nacional en fecha 23 de Enero de 2.002, el cual riela a los folios 1.161 al 1.188 pieza 5 del expediente, permite apreciar a este Despacho que para las mencionada (sic) empresas laboraban un universo de mil trescientos treinta y un (1.1331) trabajadores; y examinadas cuidadosamente las actas del presente expediente se pudo constatar que, aunque el número de denunciados alcanza la cifra de 415, sin embargo, luego de excluir los nombres que se encuentran repetidos en diversas actas, se observa que el número correcto de denunciados despedidos asciende a trescientos cuarenta y uno, lo que representa un total de veinticinco como sesenta y uno por ciento (25,61%) de trabajadores despedidos, y así se establece”.

Igualmente, a juicio de esta Sala no se configura el vicio de incompetencia alegado ya que para declarar la suspensión del despido masivo que corresponde legalmente al Ministerio del Trabajo, resultaba necesaria la determinación de la existencia de la unidad económica entre las empresas denunciadas, hecho que entró a conocer el órgano laboral, en virtud del citado principio constitucional. Así se decide.

VII. LOS DERECHOS RELATIVOS A LA CULTURA

Artículo 98 C. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

C. 1961, art. 100

Artículo 99 C. Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios. Se reconoce la autonomía de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley. El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes.

C. 1961, art. 83

TSJ-SC (239) 14-2-2002, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: Varios vs. Fundación Orquesta Filarmónica Nacional y el Consejo Nacional de la Cultura (CONAC). RDP N° 89-90/ 91-92, 2002, pp. 148-149.

La cultura como fenómeno colectivo trasciende el individuo, aunque ella misma tenga cabida a partir de la expresión de éste (intelectual, artística, etc.) y su sostenida conjugación con las demás manifestaciones creativas del ser humano. Corresponde al Estado la promoción y protección de las manifestaciones que la integren.

La lectura de la norma transcrita (artículo 99 C. 1999), permite afirmar sin lugar a vacilaciones, que entendiendo por cultura el “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social” (Diccionario de la Real Academia Española, edición electrónica, versión 1.1), incumbe al Estado la promoción y protección de las manifestaciones que la integran.

La cultura como fenómeno colectivo trasciende el individuo, aunque ella misma tenga cabida a partir de la expresión de éste (intelectual, artística, etc.) y su sostenida conjugación con las demás manifestaciones creativas del ser humano.

De allí que, la acepción de cultura anotada impide inferir que uno o varios sujetos puedan considerarse a sí mismos o a otros como un “bien cultural” -como pretendieron los actores respecto de los músicos destituidos-, pues la cultura es un fenómeno colectivo, mutable, conformado por la compleja interacción de los factores sociales en un determinado espacio, tiempo y lugar.

TSJ-SC (597) 26-4-2011, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Impugnación de la Constitución del Estado Zulia, RDP N° 126, 2011, pp. 109-114.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es la plataforma o garantía de legitimidad para que cada uno de los sectores que conforman la sociedad venezolana, puedan en el marco estatutario aplicable, expresar sus determinadas posiciones políticas, concepciones sociales, creencias religiosas y en general el mantenimiento de su identidad cultural enmarcada en el ámbito nacional, o lo que es lo mismo, como parte integrante de la unidad indivisible o presupuesto básico para su existencia y reconocimiento, como lo es la República.

Por otra parte, respecto al mencionado artículo 14 *eiusdem*, se denuncia que la promoción de la cultura zuliana si bien es legítima, cuando se menciona de manera exclusiva es inconstitucional pues, al ser el nuestro un Estado Federal, el Estado Zulia también debe promocionar los valores de la cultura nacional, conforme al preámbulo y a los artículos 1, 19, 99 y 100 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues de lo contrario se violan los principios de integridad nacional y de independencia consagrados en los artículos 1 y 4 *eiusdem*.

Una vez establecidos los presupuestos anteriores interpretativos, cabe destacarse que en el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual el pueblo de Venezuela, decidió “con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, **multiétnica y pluricultural** en un Estado de justicia, (...); en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decretar el vigente texto fundamental”.

Respecto, a los derechos culturales la Constitución acoge una extensa regulación, particularmente en sus artículos 98, 99, 100 y 101, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 98. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El

Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

Artículo 99. Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios. Se reconoce la autonomía de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley. El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La Ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes.

Artículo 100. Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras culturales su incorporación al sistema de seguridad social que les permita una vida digna, reconociendo las particularidades del quehacer cultural, de conformidad con la ley.

Artículo 101. El Estado garantizará la emisión, recepción y circulación de la información cultural. Los medios de comunicación tienen el deber de coadyuvar a la difusión de los valores de la tradición popular y la obra de los o las artistas, escritores, escritoras, compositores, compositoras, cineastas, científicos, científicas y demás creadores y creadoras culturales del país. Los medios televisivos deberán incorporar subtítulos y traducción a la lengua de señas, para las personas con problemas auditivos. La ley establecerá los términos y modalidades de estas obligaciones”.

Igualmente, con relación a los denominados derechos culturales, esta Sala señaló en sentencia (Véase Sentencia de esta sala N° 239, 14-2-02 en *Revista de Derecho Público* N° 89-90/91-92, 2002, pp. 148-149).

Ampliando las anteriores consideraciones, se dejó establecido:

“(…) el derecho de toda persona o grupo de ellas a la protección por el Estado del patrimonio cultural, tangible o intangible, y la memoria histórica de la Nación que consagra en forma expresa la citada disposición de la Norma Constitucional, pertenece a la categoría de los llamados derechos-prestación en que se incluyen a los derechos económicos, sociales y culturales, protegidos por la Constitución en los Capítulos V al XI de su Título III (con exclusión del derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 115, que se concibe tradicionalmente como un derecho-límite para la actuación del Estado) y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la República de Venezuela el 10-05-78, entre otros Tratados Internacionales de protección igualmente ratificados, por ello, el efectivo goce y disfrute del derecho cuya vulneración se denuncia supone, como ocurre en el caso del derecho constitucional a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales (artículo 82) o del derecho a la salud, como parte del derecho a la vida (artículo 83) o del derecho a la educación (artículo 102), el cumplimiento por parte del Estado, en cualquiera de sus niveles político-territoriales, de un conjunto de obligaciones positivas y negativas, donde las primeras revisten en más casos una importancia simbólica mayor para identificarlos.

En efecto, la garantía que el artículo 99 constitucional establece para la efectiva de protección, preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tanto tangible como intangible, y la memoria histórica de la Nación, fundamentalmente a través de la Administración Cultural Pública, a la que incluso reconoce auto-

*mía en los términos que establezca la ley respectiva, comprende el necesario cumplimiento por parte de los órganos o entes del Estado creados (se insiste, en cualquiera de sus niveles político-territoriales) para realizar tal cometido, de obligaciones de respetar, definidas como el deber del Estado de no interferir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; de proteger, entendidas como el deber de impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; de garantizar, que suponen el deber de asegurar que el titular del derecho (en este caso, la colectividad) acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; y de promover; caracterizadas por el deber de desarrollar dentro de sus competencias, las condiciones para que los titulares del derecho accedan libremente al bien tutelado (Cfr. Víctor Abramovich y Christian Curtis, “La estructura de los derechos sociales”, en *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 28 y 29), sin que ello obvie la realidad de que en no pocos casos, el efectivo ejercicio por parte de las personas de derechos de naturaleza esencialmente civil o política (libertad personal, libertad de expresión, debido proceso, participación política, etc.), supone para el Estado el cumplimiento de varias de las obligaciones antes indicadas, más allá del simple deber de respetar el contenido del derecho civil o político en particular.*

Así las cosas, el análisis en sede judicial de la vulneración o respeto del derecho enunciado en el artículo 99 de la Constitución, que constituye a su vez una concreción (mediante la forma de obligación-garantía) del derecho más general a la cultura, que se consagra en el artículo 98 del mismo Texto Constitucional, en virtud de las específicas y variadas obligaciones de hacer que suponen para los órganos competentes del Estado en cualquiera de sus niveles político-territoriales, exige el análisis por parte, en este caso, del Juez constitucional de las normas dictadas por el legislador (en este caso, nacional o municipal, conforme a los artículos 156.32 y 178.5) o incluso por la Administración en ejecución de aquellas, que definen las atribuciones de los entes u órganos públicos encargados de brindar la protección a que alude la Constitución en la norma examinada, que establecen las actividades y los procedimientos administrativos que aquellos deben cumplir para lograr dicho cometido y, en definitiva, que regulan las relaciones entre dichos órganos o entes y los particulares, en procura del goce y disfrute del derecho (cuyo núcleo esencial lo constituye el valor histórico, artístico, arqueológico, etc.) al patrimonio cultural, pues sólo mediante tal examen es posible constatar su vulneración o no (...)” (Destacado de la Sala).

En ese sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asume una concepción dinámica de la cultura entendida como “(...) *aquel todo complejo que incluye conocimiento, creencia, arte, moral, ley, costumbre y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de una sociedad (...)*” -Cfr. WITHE, Leslie A. *La Ciencia de la Cultura. Un estudio sobre el hombre y la civilización*, Ed. Paidós, Buenos Aires, p. 97- que tiene como premisa fundamental, la imposibilidad de asumir en nuestro país y en el mundo posiciones que califiquen “culturas” mejores que otras, sino la simple existencia de “culturas” diferentes, lo cual rompe con cualquier concepción que justifique la dominación, la explotación y la intolerancia entre los pueblos y los individuos.

Bajo ese marco general, cuando el ordenamiento jurídico delimita o individualiza el Patrimonio Cultural sometido a un régimen estatutario de derecho público, esas manifestaciones culturales de naturaleza tangible o intangible pasan a ser tuteladas por el contenido de la garantía consagrada en el artículo 99 de la Constitución, tal como ocurre en el supuesto regulado por el artículo 6 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

Por lo tanto, al reconocerse que las muestras tangibles e intangibles de ese devenir histórico, son las que permitieron generar una identidad cultural propia, que nos une como Estado y que logra cohesionar las diversas culturas en un tiempo y espacio determinado, así como su diferenciación y distinción frente a otras, la conservación, protección, defensa y divulgación de contenido del patrimonio cultural, deviene en un deber del Estado y la sociedad en general, en la medida que el mismo fortalece su identidad cultural y condiciona su desarrollo en el futuro.

Ese fortalecimiento de la identidad cultural, no se fundamenta en datos meramente jurídicos formales sino en un sustrato pragmático, según el cual desde el punto de vista antropológico, la especie humana trasciende su dimensión biológica o genética, ya que la sociedad es determinada por la tradición cultural, “*que en una sociedad humana encontremos un gremio de artesanos, un clan, matrimonios polígamos o una orden de caballeros, es algo que depende de la cultura de tal sociedad (...) los sistemas socio-políticos-económicos -en suma las culturas- dentro de los cuales la especie humana vive y respira y se propaga tienen mucha relación con el futuro del hombre*”, en la medida que los inventos o descubrimientos de la sociedad son en definitiva una síntesis de elementos culturales históricos (ya existentes) o la asimilación de un elemento nuevo en un sistema cultural -Cfr. WITHE, Leslie A. *La Ciencia de la Cultura. Un estudio sobre el hombre y la civilización*, Ed. Paidós, Buenos Aires, p. 373-.

La preservación y tutela del patrimonio cultural, se encuentra esencialmente vinculada al desarrollo de la sociedad o como afirma JULIÁN MARÍAS “*las sociedades pretéritas de donde viene la actual son en principio al menos la misma sociedad; ésta está hecha de pasado, es esencialmente antigua; su realidad toda procede de los que ha acontecido antes; lo que hoy encontramos en ella está ahí porque anteriormente pasaron otras cosas; las raíces de los usos, costumbres creencias, opiniones, estimaciones, formas de convivencias se hayan en el pretérito. De otro lado, todo eso son módulos pautas, normas posibilidades, presiones que condicionen la vida en la sociedad presente; pero como la vida es futurición, determinan lo que va a ser ésta mañana, esto es la sociedad futura*” -Cfr. JULIÁN MARÍAS, *La Estructura Social Teoría y Método*, Mece, 1958, p.15.

Sobre este aspecto, la Sala comparte el criterio de la doctrina según el cual “en las sociedades más evolucionadas de nuestro tiempo existe la convicción de que el hombre como ser social e histórico no puede realizarse plenamente sino en el marco de un entorno que lo religue con el legado más valioso de su pasado cultural (...). Se trata, en suma, de que el hombre pueda desenvolver sus vivencias en un medio que le permita identificar sus señas de identidad que quedarían desdibujadas caso de que se hiciera tabla rasa con los testimonios históricos y artísticos que conforman los aspectos más destacados de sus propias raíces comunitarias” -Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 1999, p. 496-.

Ahora bien, ante la lectura de las disposiciones constitucionales relativas a la tutela de los derechos culturales y de la jurisprudencia de esta Sala, no podría plantearse si la “*promoción de la cultura zuliana*” es una actividad contraria al Texto Fundamental, en la medida que “*el constituyente reconoció y tuteló de forma especial las manifestaciones culturales que nutren la historia de la República en general y de las comunidades en particular, como evidencia del quehacer de los pueblos que a través del tiempo han afrontado los más diversos retos para su existencia y permanencia*” - Debe destacarse en ese sentido, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la plataforma o garantía de legitimidad para que cada uno de los sectores que conforman la sociedad venezolana, puedan en el marco estatutario aplicable, expresar sus determinadas posiciones políticas, concepciones sociales, creencias religiosas y en general el mantenimiento de su identidad cultural enmarcada en el ámbito nacional, o lo que es lo mismo, como parte integrante de la unidad indivisible o presupuesto básico para su existencia y reconocimiento, como lo es la República, en los términos expuestos *supra*.

Por lo tanto, cuando el artículo 14 de la Constitución del Estado Zulia establece la promoción de la historia y otras manifestaciones de lo que ha denominado su identidad cultural, ello debe ser interpretado desde el punto de vista técnico jurídico, como el resultado necesario del ámbito de aplicación de dicho texto normativo, el cual por mandato constitucional y reconocimiento jurisprudencial -Vid. Sentencia de esta Sala debe garantizar el resguardo del patrimonio cultural en su territorio.

Así, la suma de las particularidades que culturalmente se encuentran a lo largo del territorio nacional, no sólo permiten identificar determinadas manifestaciones como propias de un particular lugar o vincularlas con determinado grupo social -vgr. Expresiones musicales o arquitectónicas, como la gaita o el chabono; o los denominados liquiliqui o las batas guajiras, entre otros-, sino que además son íconos que individual o conjuntamente considerados conforman la identidad

nacional. Cuando la Constitución del Estado Zulia en sus artículos 1, 2, 3 y 4, somete la organización y funcionamiento de sus Poderes Públicos a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la legislación nacional que la desarrolle, asume desde un punto de vista interpretativo el reconocimiento y sometimiento del resto de las normas que componen el articulado de la Constitución del Estado Zulia al Texto Fundamental.

Igualmente, el contenido de los artículos 2 y 14 de la Constitución del Estado Zulia se constituyen en normas inocuas, en tanto la realización de los fines sociales o políticos en ella contenidos, se compaginan al menos nominalmente con el modelo legal y constitucionalmente establecido en la materia, que tiene como centro producir un impacto en la sociedad, mediante la orientación de las conductas de sus destinatarios en relación al sometimiento de la Constitución Estatal al ordenamiento jurídico constitucional y legal de carácter nacional, como a la conservación del denominado patrimonio cultural.

Al respecto, tal como señala Luis PRIETO SANCHÍS una “*forma de enfocar el problema de la eficacia de las normas [que] presenta una notable importancia -no ya política en sentido lato, sino jurídica- desde el momento en que el modelo constitucional de Estado de Derecho propone una serie de fines u objetivos que deben ser perseguidos por las normas inferiores. Que estas últimas resulten eficaces para alcanzar los objetivos prescritos es así un criterio fundamental para juzgar el grado de cumplimiento de la Constitución. Por eso, cabe denominarla «eficacia como resultado», esto es, se trata de determinar si el resultado de la vigencia de la norma es el previsto o deseado en el marco de un ordenamiento; se trata, por ejemplo, de determinar si las normas que regulan la política de vivienda son eficaces para dar cumplimiento al derecho que la Constitución proclama a una vivienda digna y adecuada (art. 47). Finalmente, el que he llamado sentido sociológico se refiere al grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios, lo que también puede denominarse «efectividad» de la norma (Capella). Las normas, cualquiera que sea su objetivo último y la medida en que lo alcancen, tienen un cierto contenido prescriptivo, un deber ser que socialmente o en la práctica puede ser realizado y cumplido en mayor o menor medida. Se trata, pues, de la eficacia entendida como cumplimiento, y generalmente cuando en teoría del Derecho se habla de la eficacia de las normas se alude precisamente a esta acepción, al grado de cumplimiento o respeto por parte de quienes vienen obligados a realizar la conducta prescrita» -Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS. *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid 2005, p. 85-86-.*

La anterior distinción resulta relevante, en tanto que el desconocimiento de esos fines de la norma que encuentren sustrato constitucional pueden ser objeto de control ya que “*en el marco del llamado Estado Social, que es un Estado provisto de fines acerca de cómo deben configurarse las relaciones económicas, el acceso a ciertos bienes como la sanidad, la educación, etc., y que por tanto genera una gran cantidad de normas instrumentales: ayudas y subvenciones, organización de servicios, intervención en el mercado, etcétera*” (Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS. *Ob. Cit.*, p. 87), que deben ser idóneas para el cumplimiento de tales objetivos (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.444/08).

Vinculado con lo anterior, es el cambio de la *ratio legis* como consecuencia de la transformación de las relaciones sociales, como es el caso del análisis de una ley que se ve afectada por el “*sobrevenir de leyes especiales que inciden sobre todo el sistema que inciden sobre todo el sistema: ciertamente el ordenamiento jurídico es un organismo en perenne movimiento y en continua transformación que sigue refleja de cerca el movimiento y las transformaciones de la vida político y social; por ello, sólo una reconstrucción histórica permite valorar la transformación que ha sufrido una institución y a la vez reconocer el significado de las nuevas instituciones y las repercusiones que han podido ocasionar en otras partes del ordenamiento, que permanece inmutable sólo en apariencia en cuanto a la letra. Sólo bajo este punto de vista es exacto el aserto de que únicamente la letra de la ley (no ya la mens originaria) permanece aferrada a potencia normativa de la legislación, porque ella sola queda inalterada, aunque se integre y se llene de un espíritu diverso conforme al espíritu del tiempo y de la sociedad que la norma es destinada a hacerse vale, no ya, bien se entiende, según la apreciación del intérprete (...). Esto explica una serie de fenómenos, de los cuales tiene conocimiento la fenomenología del Derecho. Ante todo: (...) la necesidad de una adaptación o de una inobservancia por incompatibilidad viene advertida*

por el cambio de un régimen político a otro antitético de interpretación que también (...) se podría llamar la reserva del orden público intemporal”, siempre en el marco de los principios contenidos en la Constitución -Cfr. BETTI, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 115-118-.

De ello resulta pues, que en el presente caso no se verifique el vicio de inconstitucionalidad denunciado; sin perjuicio que la tutela del patrimonio cultural que se encuentra en esa entidad político territorial al ser parte integral de la República, le sea aplicable un régimen estatutario propio, por lo que cualquier acto que desconozca la unidad inmanente entre los bienes y manifestaciones tuteladas por el artículo 14 de la Constitución del Estado Zulia y la perspectiva nacional del patrimonio cultural, puede ser objeto de control jurisdiccional a los fines de declarar su nulidad y reestablecer la situación jurídica vulnerada.

En consecuencia, visto que el contenido de los artículos 2 y 14 no contrarían el ordenamiento constitucional vigente en los términos antes expuestos, se desestiman las denuncias formuladas y, así se declara. (...)

TSJ-SC (1585) 18-11-2014, Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado, Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Cultura, RDP N° 140, 2014, pp. 438-441.

La Sala Constitucional, describe el contenido tanto de la Ley Orgánica de Cultura como del derecho constitucional a la cultura.

Ahora bien, en el caso de autos, la Ley sometida al control previo de esta Sala, en lo que respecta a la constitucionalidad del carácter orgánico, tiene como objeto desarrollar los principios rectores, deberes, garantías y derechos culturales establecidos tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como en los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela en esa materia; así como el fomento y garantía del ejercicio de la creación cultural, la preeminencia de los valores de la cultura como derecho humano fundamental, bien irrenunciable y legado universal, con el reconocimiento de la identidad nacional en su diversidad cultural y étnica y el respeto a la interculturalidad, de conformidad con su artículo 1.

Asimismo, plantea el citado instrumento, como parte del glosario terminológico que contiene en su artículo 3, que la cultura “...es la manera de concebir e interpretar el mundo, las formas de relacionarse los seres humanos entre sí, con el medio creado y con la naturaleza, el sistema de valores, y los modos de producción simbólica y material de una comunidad”, al igual que como cultura venezolana “...las múltiples expresiones a través de las cuales el pueblo venezolano se concibe así mismo e interpretar al mundo, establece sus relaciones humanas con el entorno creado, la naturaleza, su memoria histórica, su sistema de valores y sus modos de producción simbólica y material; todo lo cual resalta la condición multiétnica, intercultural, pluricultural y diversa del pueblo venezolano en su conjunto”. Así como, define a la identidad cultural venezolana como “...las múltiples formas de conocernos, reconocernos, expresarnos y valorarnos; en el sentido de pertenencia al pueblo venezolano, la significación social y la persistencia de ser en la unidad, a través de los múltiples cambios sociales, económicos políticos e históricos; son elementos de la identidad cultural la unidad en la diversidad, memoria colectiva, la conciencia histórica y la organización social”.

Por igual, señala a la diversidad cultural venezolana como “...todas las identidades culturales que partiendo del hecho creador y en un proceso de apropiación colectiva coexisten y conforman la unidad cultural venezolana”, señalando, además, que la interculturalidad venezolana “...es el conjunto de relaciones de convivencia y de respeto que se establecen entre identidades culturales que conforman la cultura venezolana”. Asimismo, señala, como creador o creadora a “...toda persona que en contacto con los estímulos de su entorno genera bienes y productos culturales, a partir de la imaginación, la sensibilidad, el pensamiento y la creatividad. Las expresiones creadoras, como identidad, sentido de pertenencia y enriquecen la diversidad cultural del

país”. Como trabajador o trabajadora cultural a “...*toda persona natural que se asuma artista, cultor o cultora, creador o creadora y que se dedique a una o a varias de las disciplinas del haber cultural, con dependencia o no de otra persona en el proceso social del trabajo*”; por último, como gestión cultural pública, a los efectos del decreto, al “...*conjunto coordinado de procesos, procedimientos y acciones llevadas a cabo por el Estado en materia de política cultural*”.

De igual forma, se observa que el Decreto establece como uno de sus objetivos el fomento y la garantía del ejercicio de la creación cultural, la preeminencia de los valores de la cultura como un derecho humano fundamental, bien irrenunciable y legado universal, con el reconocimiento de la identidad nacional en su diversidad cultural y étnica; declara a la defensa soberana de la identidad cultural venezolana de interés público y la asume como prioridad estratégica; así como también considera como irrenunciable el derecho de toda persona al desarrollo de sus capacidades intelectuales y creadoras, a la divulgación de la obra creativa, y al acceso universal a la información, bienes y servicios culturales, sin perjuicio de la protección legal a los derechos de autor sobre las obras; con especial atención a los privados de libertad, con discapacidad general y adultos u adultas mayores.

Como se observa, el Órgano Ejecutivo reafirma con el presente texto legislativo la preeminencia de los valores de la cultura como derecho humano fundamental, bien irrenunciable y legado universal, en clara armonía con el dispositivo constitucional que lo considera como un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado debe fomentar y garantizar (*ex* artículo 99 constitucional), con la finalidad de formar, promover y enriquecer los valores propios de identidad y diversidad cultural, para el fortalecimiento de la autodeterminación e identidad nacional y promover los valores venezolanos, con la defensa soberana de la identidad cultural venezolana, mediante la defensa, fortalecimiento y promoción del conocimiento, la divulgación y la comprensión de la cultura venezolana.

Ahora bien, evidencia esta Sala Constitucional que, siendo efectivamente la creación, preservación y difusión del patrimonio cultural, un valor preeminente para el Estado venezolano, desde un punto de vista orgánico, el texto legislativo *in comento* resulta trascendental en el ejercicio, funcionamiento y desarrollo de este importante cometido del Estado.

Dicho texto normativo, además, contiene preceptos, regulaciones y nominaciones principistas en el ámbito cultural, provenientes de los valores y derechos culturales que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que fungen de marco normativo a otras leyes que, en lo sucesivo, podrán sumarse al ordenamiento jurídico nacional en el ámbito de la cultura y demás sectores conexos.

En efecto, el artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto al derecho a la recreación, dispone:

Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que **el Estado fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales**, medios y presupuestos necesarios. Se reconoce la autonomía de la administración de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley. El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes. (Resaltado añadido).

Es así como, y en refuerzo de su carácter orgánico, el conjunto de normas compiladas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura, constituyen mandatos que sirven de fundamento para el desarrollo legislativo posterior en la materia objeto de regulación, no sólo por lo instaurado en las disposiciones que aluden literalmente a un desarrollo legislativo adicional (artículos 9, 11 –patrimonio cultural de la Nación, en atención a la zona de interés cultural–; 16 –de las artesanías venezolanas–; 23 –consejos estadales de cultura–; 28 –cinematografía nacional–; 29 –del libro–; 30 –del archivo general de la nación–; 34 –de las artes visuales, de las artes escénicas y de la música–, y 40 –de la descentralización administrativa de la infraestructura

cultural–), sino de los preceptos que servirán de plataforma para la implantación de normas de expansión en cuanto a la materia de cultura, todo lo cual inscribe a la citada Ley en la categoría de ley marco o cuadro que sirve de base para otras leyes en la materia según lo dispone en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, estima conveniente esta Sala reiterar lo apuntado en su sentencia N° 34 del 26 de enero de 2004, en la que se aseveró que la calificación de una ley como orgánica tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una significación importante que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica, por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema.

Sobre este particular ya se ha pronunciado esta Sala, por lo que se estima pertinente reiterar lo apuntado en su sentencia N° 1.262, del 26 de septiembre de 2013, caso: “*Ley Orgánica de Cultura*”, en la cual se declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica de Cultura, fundamentados en los siguientes argumentos:

Ahora bien, sin que ello implique un análisis de fondo respecto de la constitucionalidad de las normas que componen la Ley Orgánica de Cultura sancionada el día 13 de agosto de 2013, observa esta Sala Constitucional, que siendo efectivamente la creación, preservación y difusión del patrimonio cultural, un valor preeminente para el Estado venezolano, desde un punto de vista orgánico, el texto legislativo *in comento* resulta trascendental en el ejercicio, funcionamiento y desarrollo de este importante cometido del Estado.

Dicho texto legislativo, además, contiene preceptos, normativas y nominaciones principistas en el ámbito cultural, provenientes de los principios y derechos culturales que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que fungen de marco normativo a otras leyes que en lo sucesivo, podrán sumarse al ordenamiento jurídico nacional en el ámbito de la cultura y demás sectores conexos.

Es así como, y en refuerzo de su carácter orgánico, el conjunto de normas compiladas en la Ley Orgánica de Cultura, constituyen mandatos que sirven de fundamento para el desarrollo legislativo posterior en la materia objeto de regulación, no sólo por lo instaurado en las disposiciones que aluden literalmente a un desarrollo legislativo adicional, sino por los preceptos que servirán de plataforma para la implantación de normas de expansión en cuanto a la materia cultural, todo lo cual inscribe a la citada Ley en la categoría de ley marco o cuadro que sirve de base para otras leyes en la materia, según lo dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Estima conveniente esta Sala reiterar lo apuntado en su sentencia N° 34 del 26 de enero de 2004, en la que se aseveró que la calificación de una ley como orgánica tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica, por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema.

Efectivamente, en el caso de la Ley Orgánica de Cultura, el legislador con el apelativo orgánico asignado a la misma, ha querido dotar de especial relevancia su contenido normativo, habida cuenta de que los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomenta y garantiza, al igual que procura la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación, postulados normativos que se coligen del artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A ello cabe añadir que tal como lo determina el artículo 100 *eiusdem*, las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respe-

tándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas; así como el Estado garantizará la emisión, recepción y circulación de la información cultural, con arreglo a lo señalado en el artículo 101 *eiusdem*.

Partiendo de la preeminencia que tiene para el Estado la creación, preservación y difusión de la cultura en todas sus manifestaciones y expresiones, especialmente las eminentemente populares, todo ello como valor superior de esta sociedad pluricultural en que se constituye la República, de conformidad como lo invoca el Preámbulo Constitucional, el instrumento legal marco en cuanto a la regulación de los derechos culturales y patrimonio cultural, la creación cultural como derecho humano fundamental y bien irrenunciable inherente a la identidad nacional, no puede menos que situarse en el orden de la jerarquía orgánica de las leyes de la República, según se subsume en la categorización que instruye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 203, conforme al análisis expuesto *supra*.

En fuerza de las anteriores consideraciones, debe esta Sala Constitucional, sin que ello implique un análisis de fondo respecto de la constitucionalidad de las normas que componen la Ley Orgánica de Cultura, pronunciarse afirmativamente respecto del carácter orgánico de dicho instrumento legislativo, en la medida en que se dirige a desarrollar de manera central y directa el contenido de preceptos fundamentales, así como sirve de marco normativo para otras leyes, por lo cual se circunscribe a las modalidades expresamente contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Ello así, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, determina que la Asamblea Nacional confirió adecuada y pertinentemente el carácter orgánico al texto normativo sancionado remitido, motivo por el cual se declara la constitucionalidad de éste. Así se declara.

En fuerza de las anteriores consideraciones, y ratificando el criterio jurisprudencial antes transcrito, debe esta Sala Constitucional, sin que ello implique un análisis de fondo respecto de la constitucionalidad de las normas que componen el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura, pronunciarse afirmativamente respecto del carácter orgánico de dicho instrumento legal, en la medida en que se dirige a desarrollar de manera central y directa el contenido de derechos fundamentales y sirve de marco normativo de futuras leyes que se sancionen para el complemento y efectividad de sus normas, por lo cual se circunscribe en dos de las modalidades expresamente contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

VIII. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Artículo 102 C. La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social, consustanciados con los valores de la identidad nacional y con una visión latinoamericana y universal. El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana, de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en la ley.

C. 1961, arts. 78, 80, Disposición Transitoria Sexta

Artículo 103 C. Toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados o privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo.

Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva.

Artículo 107 C. La educación ambiental es obligatoria en los niveles y modalidades del sistema educativo, así como también en la educación ciudadana no formal. Es de obligatorio cumplimiento en las instituciones públicas y privadas, hasta el ciclo diversificado, la enseñanza de la lengua castellana, la historia y la geografía de Venezuela, así como los principios del ideario bolivariano.

C. 1961, arts. 55, 78

1. *El derecho y el servicio público de la educación*

CFC – SPA 14-8-45, M. 1946, pp. 135-140

Va contra el derecho a la educación, toda medida que revista el carácter de prohibición definitiva de continuar estudiando.

El artículo 159 de la Ley de Educación, que se denuncia como inconstitucional, no dice lo que ha copiado el solicitante, ese contenido es del artículo 175 *ejusdem*. Pero, en el supuesto caso de que, el peticionario haya querido referirse a este y no a aquel artículo, esta Corte pasa a considerar el asunto que con él se plantea.

Ahora bien, la Ley de Educación indica en su artículo 1º el objeto y los fines de la educación pública y de la enseñanza en general, cuando establece: “El Estado venezolano considera la educación como un proceso integrador del individuo, desde el punto de vista de su desarrollo biológico y de su desenvolvimiento mental y moral. Como fines primordiales el Estado venezolano asigna a la educación pública los de levantar progresivamente el nivel espiritual y moral de la Nación venezolana, adiestrar a los ciudadanos para el desarrollo de su capacidad productora, intelectual y técnica y fortalecer los sentimientos de cooperación y solidaridad nacional”.

En este sentido los pedagogos han dado varias definiciones reales de la educación en general; veamos algunas:

Platón. La buena educación da al cuerpo y al alma toda la belleza y perfección de que son capaces.

Kant. El hombre sólo por la educación puede llegar a ser hombre.

Stuart Mili. La educación incluye cuanto hacemos nosotros mismos por nosotros y hacen por nosotros los demás, con el fin expreso de acercarnos a la perfección de nuestra naturaleza.

Gabriel Compayré. La educación es el conjunto de esfuerzos reflejos con los cuales se ayuda a la naturaleza en el desenvolvimiento del hombre, con la mira de su perfección, su felicidad y su destino social.

En consecuencia, y para referirnos solamente al concepto de nuestro legislador, si el objeto de la educación es un proceso integrador del individuo, desde el punto de vista biológico y de su desenvolvimiento mental y moral, mal puede prohibírsele a un educando su perseverancia en la lucha por alcanzar ese objeto, por el sólo motivo de haber fracasado por cuatro veces consecutivas en sus exámenes. Tal medida equivaldría a declararlo absolutamente incapaz de mejorar su naturaleza, relegándolo injustamente a la condición de los brutos, mediante una prueba deficiente, ya que su fracaso puede deberse a una o muchas causas de las múltiples que pueden existir: físicas, intelectuales, morales, o económicas, las cuales, desaparecidas en un momento dado, puede el individuo que las sufra recobrar su potencialidad perdida o disminuida y ser en lo adelante un excelente estudiante. Si los fines primordiales de la educación -como dice nuestro legislador- tienen por objeto levantar el nivel espiritual y moral de los educandos, adiestrándolos por el desarrollo de su capacidad productora, intelectual y técnica, no es concebible que por deficiencia en las pruebas se le prohíba *definitivamente* al estudiante aplazado por cuatro veces seguidas, a perseverar en su propósito de estudiar una asignatura hasta lograr su aprobación en ella.

La enseñanza es libre dice la misma Ley, pero no sólo para transmitirla sino también para recibirla, pues, con excepción de la primaria que es obligatoria, a nadie podría obligársele a recibir otra mayor. Pero si a nadie se le puede obligar a recibir mayor instrucción de la obligatoriedad, con mayor razón a nadie puede prohibírsele el que se instruyera todo lo que quisiese, siendo ésto conforme con los dictados de la propia ley. El deber del Estado en este caso es, no sólo estimular al ciudadano que desea perfeccionar sus conocimientos, sino prestarle toda clase de facilidades dentro de su capacidad protectora, para que alcance los fines de su naturaleza.

Y ni aún cabe pensar que, porque el Estado no está obligado a suministrar la Instrucción Superior, lo asiste el derecho de imponer caprichosamente, *ad libitum* e imperativamente, restricciones a los que se incorporen a sus institutos docentes, en abierta oposición con el espíritu de la legislación patria, porque no pudiendo abarcar con ellas la organización de los institutos privados, si las estableciera para sus propios institutos, rompería la igualdad y equidad que debe privar en toda disposición legislativa. Amén de que, cuando el legislador crea la instrucción superior tiene en mente ofrecer al pueblo métodos eficientes de capacitación, iguales para todos, regidos por unas mismas normas legales y encaminados hacia unos mismos fines, esto es, de dotar a los que se incorporan o se ejercitan en ellos, de un título científico o de un diploma de aptitud que le permita devolver o reintegrar a la sociedad, en servicios diversos, lo que han recibido del Estado. Por consiguiente, si el legislador pudiera prohibir a un aspirante, que hubiese fracasado un determinado número de veces en sus exámenes, el que continuara perseverando, so pretexto de que está haciendo gastos inútiles, en perjuicio del Tesoro Público, podría igualmente sostenerse, por analogía, que es inútil también y dispendioso, la admisión de enfermos, tenidos por la ciencia como incurables en los institutos correspondientes, como sanatorios antituberculosos, leprocomios, etc. De lo expuesto resulta evidente que es atentatorio a la dignidad humana, toda disposición legal que tenga en mientes coartar *definitivamente* el deseo de alcanzar un grado mayor de instrucción del que se posee.

Se admite sí, como cosa muy natural, que las leyes de educación establezcan penas disciplinarias con el fin de enseñar la enseñanza, pero siempre que no extremen su rigor ni les den a esas penas carácter afrentoso, para no enervar las justas aspiraciones de la juventud estudiosa.

Así, por ejemplo, si un aspirante a exámenes fracasare por cuatro veces seguidas en una asignatura, podría perfectamente prohibírsele el que se volviera a inscribir nuevamente, pero por cierto tiempo solamente, nunca *definitivamente*, porque ello sería tanto como negarle el que haga esfuerzos por mejorar su naturaleza imperfecta, o cercenarle si se quiere el derecho que tiene de aprender.

La exclusión de un individuo de los centros docentes en la forma establecida por el artículo 175 de la Ley de Educación, sería muy propio para fomentar resentimientos en el excluido que

siempre pensaría que su rechazo es obra de la envidia o de la mala voluntad de sus profesores y nunca de su incapacidad, contribuyéndose con ésto a aniquilar en él, en vez de desarrollar y fortalecer los sentimientos de cooperación y solidaridad nacionales, en que tanto está interesado el legislador, según se consigna en la propia ley de educación.

Por otra parte, si se considera el asunto desde el punto de vista que lo ha juzgado el solicitante, esto es, si se le da el carácter de pena a la *exclusión definitiva* del individuo de los institutos educacionales, equiparándola a la pena de expulsión de los planteles, catalogada por la ley con el carácter indicado, ya que expulsión y exclusión tienen la misma finalidad, la interrupción de los estudios, sólo que la primera es temporal y la segunda definitiva, resultaría ésta una pena injusta por ser perpetua y contraria por eso mismo a la garantía 17, letra H) de la Carta Fundamental. De las consideraciones que preceden se deduce que el artículo 176 de la Ley de Educación, es inconstitucional por colidir con las garantías 15 y 17 letra H) de la Constitución Nacional, esto es, con la libertad de enseñanza, ya que esta libertad debe entenderse tanto para transmitir conocimientos como para recibirlos, sin más restricciones que la observancia de los métodos o sistemas escolares pautados por la ley; y con la seguridad individual porque proscribire las penas perpetuas.

Por tanto, esta Corte, administrando justicia por autoridad de la Ley y de conformidad con la atribución que le confiere el artículo 34 de la Constitución Nacional, declara nulo el artículo 175 de la Ley de Educación...

CFC – CP 25-5-49, G.F. N° 2, 1949, pp. 7-9

El Estado está obligado a dirigir y vigilar la Educación ya sea pública o privada, por lo cual, no hay ninguna diferencia entre los que reciben la enseñanza pública o privada.

Según aseveran los peticionarios en tal Decreto no se atiende, a la formación integral, desarrollo psicológico y capacidad moral de todos los niños venezolanos, sino sólo de aquellos amparados por el privilegio establecido en las disposiciones impugnadas en la presente acción. En efecto allí se imponen reglas a los alumnos de los institutos privados, que se excluyen en relación a los de planteles oficiales, por ser contrarias según la exposición de motivos del aludido Decreto a la Pedagogía moderna y perjudiciales a la vida emotiva y psicológica del niño.

Visto el alcance de ese Decreto, de nada hubiera valido a un estudiante de Colegios y Escuelas privadas, una conducta social irreprochable, una reiterada aplicación y vocación para los estudios, ni un eficaz rendimiento intelectual, ante la “dramática” perspectiva del examen anual, pues ellos fueron colocados al margen de los saludables beneficios de ese ordenamiento, en las condiciones y términos allí especificados.

Ello ataca abiertamente la garantía señalada en el numeral 18, artículo 32 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los venezolanos gozarán por igual de la protección de las leyes. Tan marcado desnivel de derechos entre la docencia particular y la pública, ni siquiera podría justificarse por una real experiencia que demuestre resultados negativos en los planteles creados por iniciativa privada, de cuya eficiencia, capacidad, actividad educacionales y vastos rendimientos de enseñanza, son vivos ejemplos liceos y colegios, donde han adquirido sólida cultura varias generaciones de nuestras esferas intelectuales y científicas.

Si es cierto que es función del Estado dirigir y vigilar la enseñanza en cualquier forma que ésta se divulgue, es decir ya sea privada o pública, también es verdad que incumbe al Gobierno como deber ineludible, tutelar en la medida posible, en un mismo plano de igualdad los derechos de todos los niños venezolanos en el derrotero educativo de la República. Estos razonamientos bastarían para que hubiera prosperado la solicitud en estudio, pero hecho el análisis del artículo 123 de la Ley Orgánica de la Educación Nacional, publicada el 18 de octubre del año anterior, aparece allí derogado junto con otros ordenamientos legales, el Decreto de que se trata, por lo cual esta Corte no tiene materia sobre qué decidir y así se declara administrando justicia por autoridad de la Ley.

CPCA 6-2-97, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Jesús Pérez Rodríguez vs. Universidad Central de Venezuela (Facultad de Ciencias), RDP N° 69-70, 1997, p. 194.

En la Ley de Universidades se establece la organización y el régimen de la enseñanza universitaria y es dentro de ese marco legal donde debe desenvolverse el ejercicio del derecho a la educación, por lo que respecta específicamente al nivel superior del sistema educativo.

Ahora bien, denuncia el accionante la violación del artículo 55 y 78, referente a l derecha a la educación. Al respecto observa esta Corte que el derecho a la educación debe ser ejercido dentro del marco del sistema educativo organizado por el Estado, el cual está normativamente definido en grandes rasgos en la Ley Orgánica de Educación, que lo estructura en diversos niveles, una de los cuales es de la educación superior, para la cual el mismo texto legal remite a la ley especial, así como a los reglamentos correspondientes para completar el desarrolla del régimen jurídica aplicable a dicho nivel. Esta Ley especial es la Ley de Universidades, en la cual se establece la organización y el régimen de la enseñanza universitaria, y es dentro de ese marco legal donde debe desenvolverse el ejercicio del derecho a la educación, por lo que respecta específicamente al nivel superior del sistema educativo.

CPCA 6-2-97, Magistrada Ponente: María Amparo Grau, Caso: Varios vs. Universidad de Oriente, RDP N° 69-70, 1997, p. 195.

Por lo que se refiere al derecho de educación cuya violación fue estimada por el tribunal, la Corte no comparte los criterios allí establecidos, pues lo cierto es que tal derecho no se puede estimar conculcado con base a las denuncias de las accionantes, pues éste se garantiza sin mas limitaciones que las derivadas de la vocación y de las aptitudes, lo cual se verifica, precisamente, a través del sistema de evaluación.

Las accionantes pretenden fundamentar la violación a tal derecho mediante un cuestionamiento al sistema evaluativo, pero no niegan haber sido, conforme al sistema aplicado, reprobadas. La parte accionada invoca la aplicación del Reglamento de Estudios de Post-Grado que establece los pasos a seguir con los alumnos reprobados y no correspondo al juez de amparo determinar la correcta aplicación de esta normativa sub-legal. Así se declara.

CPCA 2-4-97, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Baltazar Pedra vs. Universidad Central de Venezuela, RDP N° 69-70, 1997, pp. 195-196.

En primer lugar, fundamenta el accionante su solicitud de amparo en las denuncias de violación de los artículos 78 y 80 de la Constitución y al respecto esta Corte observa que en la primera de las disposiciones se consagra rotundamente el postulado según el cual “todos tienen derecho a la educación”, luego determina varias obligaciones que en la materia le incumben al Estado, como de crear y sostener establecimientos suficiente dotados, que garanticen a todos el acceso a la educación y a la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y las aptitudes, así como la gratuidad de la educación impartida por tales establecimientos estatales.

Por otra parte, el artículo 80 no se destina propiamente a consagrar el derecho a la educación, tal como indicado en sentencia de esta Corte de fecha 13 de agosto 1992 (caso: *Euclides Millán y otros vs. Universidad de Oriente*), sino que establece una suerte de condicionamiento al mismo, derivado de los fines que la educación deberá tratar de lograr, los cuales aparecen enunciados en la disposición referida.

En este sentido, el derecho a la educación, debe ser ejercido dentro del marco de ese sistema educativo organizado por el Estado, el cual está normativamente definido en grandes rasgos en la Ley Orgánica de Educación que estructura en diversos niveles, uno de los cuales es el de la educación superior, para el cual la misma Ley establece principios y remite a la Ley Universidades, así como a los Reglamentos correspondientes, para completar el desarrollo del régimen jurídico aplicable a dicho nivel.

Es pues, dentro de ese marco legal donde debe desenvolverse ejercicio del derecho a la educación, por lo que respecta específicamente al nivel superior del sistema educativo.

En el caso *sub judice* la supuesta infracción que habría cometido la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA contra el derecho a la educación al accionante, consistiría en la invalidación de su inscripción y así mismo de la escolaridad en la Escuela de Comunicación Social de la Facultad de Humanidades y Educación, en la que habría cursado ya once (11) semestres en la referida Escuela.

Ahora bien, observa la Corte que de las actas procesales se desprende que el accionante ingreso irregularmente a la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA. En efecto, evidencia de la copia de comunicación suscrita por el accionante, de fecha 24 de mayo de 1996, y dirigida Ministerio de Educación que riel a los folios 15 al 23, documento que no ha sido impugnado, en el cual el mismo accionante admite que su ingreso a la Casa de Estudio se produjo por intermediación del empleado DILIO CORDERO, quien desempeñaba el cargo de Asistente de Registro Control Estudios de la Facultad de Humanidades y Educación de la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, que permitió su ingreso por convenio, caso reservado para los hijos de profesores, empleados y obreros de la Universidad situación en la cual no se encontraba el accionante quien no fue asignado por la OPSU, según Dictamen de la Consultoría Jurídica de dicha Universidad.

Es evidente para esta Corte, que el accionante cumplió de manera irregular el trámite necesario para acceder a esa institución, el cual está previsto en el Reglamento de la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, y que por tanto el anularse su inscripción con base a lo previsto en la Circular N° 32 de fecha 17-11-81 del Consejo Universitario, no puede considerarse como un hecho violatorio de derecho constitucional alguno.

En el presente caso, se dictó una medida no sólo de invalidación de inscripción sino también de la escolaridad del presunto agraviado, con base al artículo 116 de la Ley de Universidades, así como del Reglamento para el ingreso de Alumnos de la Universidad Central de Venezuela, y conforme a la Resolución del Consejo Universitario de fecha 11 de noviembre de 1981.

Por ello, como antes se indicó de autos aparece evidenciado que el accionante tuvo acceso al sistema educativo a través de canales irregulares, por lo que en relación a la anulación de su inscripción en la Universidad no puede esta Corte restituir derecho alguno. No obstante, considera esta Corte que en virtud de que el accionantes cursó y aprobó once semestres en la Universidad Central de Venezuela y tales estudios fueron cursados y aprobados por el accionantes, el anularlos, sin fundamento legal ni reglamentario si constituye una violación al derecho a la educación. En efecto, las restricciones a la inscripción en la Universidad no obedecen a requisitos de orden académico, sino que tiene su razón de ser en el exceso de población estudiantil y si bien es cierto que debe accederse a la Universidad de modo regular ningún impedimento de tipo académico tiene el accionante para acceder a la Universidad. En consecuencia, se le debe reconocer los estudios realizados en dicha institución, a los fines de que puede continuar cursando su carrera en otra institución universitaria, ya que, de lo contrario, se estaría impidiendo al actor continuar sus estudios de Comunicación Social en otra Universidad, en lo cual si puede considerarse violatorio del derecho a la educación. Así se decide.

CPCA 16-6-97, Magistrada Ponente: Lourdes Wills Rivera, Caso: Varios vs. Instituto Universitario de Tecnología de Cabimas, RDP N° 69-70, 1997, p. 196.

En el mismo orden, estima la Corte que la aplicación de una medida de expulsión puede comportar presunción grave de vulneración del derecho a la educación de los accionantes, puesto que tal categoría de medida lo excluye de ingresar a otro instituto educacional de la misma naturaleza, conforme a la normativa universitaria vigente. Así se declara.

CPCA 16-12-97, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, Caso: Janson E. Guerra P. vs. Escuela Técnica Industrial, “Mac Gregor”, RDP N° 71-72, 1997, pp. 123-124.

Denuncia el accionante la violación del derecho constitucional a la educación, consagrado en el artículo 78 de la Constitución de la República, por parte de la Dirección de la Escuela Técnica “Mac Gregor”, al proceder a su suspensión.

Al respecto, esta Corte debe compartir el criterio expresado por la representación del Ministrito Público, el en sentido de que el derecho al estudio no es un derecho absoluto, sino limitado en su ejercicio a lo que disponen las leyes, dentro del marco consagrado en la Constitución.

Concretamente, el régimen disciplinario es uno de esos límites, por lo que una sanción disciplinaria impuesta a un alumno, en sí misma, no constituye violación del derecho constitucional a la educación. Así se declara.

CPCA 4-03-98, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, Caso: Néstor E. Sánchez P. vs. Escuela Naval de Venezuela, RDP N° 73-74/ 75-76, 1998, p. 90.

Respecto del derecho a la educación, esta Corte ha precisado en diversos casos anteriores que la Constitución no lo consagra como un derecho absoluto e ilimitado; por el contrario, el constituyente asigna al legislador la responsabilidad de establecer las reglas configuradoras de un sistema educativo que cumpla con las bases y orientaciones.

De allí que el acceso a la permanencia en las instituciones educativas pueda ser condicionado al cumplimiento de las reglas legalmente establecidas dentro de la normativa configuradora del sistema educativo. Así, uno de los límites impuestos al derecho a la educación, por lo que se refiere a la permanencia en dichas instituciones, está constituido, precisamente, por el régimen disciplinario establecido para el debido resguardo del orden y la disciplina de los educandos.

Habiendo quedado establecido en el presente caso que la salida del accionante de la Escuela Naval de Venezuela obedeció a una sanción que le fuera impuesta por haber incurrido en una falla disciplinaria, forzoso es concluir en la improcedencia de la alegada violación del derecho a la educación, y así lo declara esta Corte.

CPCA 7-5-98, Magistrada Ponente: Teresa García de Cornet, Caso: Juan Andrés Parra vs. EFOFAC, RDP N° 73-74/ 75-76, 1998, pp. 90-91.

El derecho a la educación (Art. 78 Constitución) no está consagrado como un derecho absoluto e ilimitado.

En relación al derecho a la educación previsto en el artículo 78 del citado texto constitucional, esta Corte ha precisado en reiteradas oportunidades que el mismo no está consagrado como un derecho absoluto e ilimitado; pues el constituyente asignó al legislador la responsabilidad de establecer las reglas configuradas de un sistema educativo que cumpla con las bases y orientaciones fundamentales que el propio texto constitucional enuncia.

De allí que, el acceso y la permanencia en las instituciones educativas está condicionada al cumplimiento de reglas legalmente establecidas dentro de la normativa configuradora del sistema educativo. Así, uno de los límites impuesto al derecho a la educación por lo que se refiere a la permanencia en dichas instituciones, está constituido como acertadamente lo precisa el Ministerio Público, por el régimen disciplinario establecido para el debido resguardo del orden y la disciplina de los educandos.

Ahora bien, en el supuesto de autos se observa, que el acto por el cual se dio de baja al accionante de la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación, fue dictado con fundamento en las normas disciplinarias que rigen a esa Institución, por tanto, en aplicación del criterio antes expuesto, resulta forzoso desestimar la denuncia de violación de derecho a la educación invoca el quejoso, y así se decide.

CPCA 27-5-98, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Francisco Eduardo Nieto vs. Universidad Nacional Experimental Politécnica Antonio José de Sucre, RDP N° 73-74/75-76, 1998, p. 91.

En cuanto a la violación del artículo 78, la violación que habría cometido el Vice-Rector de la Universidad Nacional Experimental Politécnica Antonio José de Sucre, Luis Caballero Mejías, ciudadano Francisco Álvarez Izquierdo, contra el derecho a la educación del accionante consistió, según lo denuncia, en haberse negado su inscripción en dicha Universidad en la carrera de Ingeniería de Sistemas, desconociendo la autoridad del Consejo Nacional de Universidades que le viene dada en la Ley Nacional de Universidades.

Respecto al derecho a la educación, a juicio de este órgano jurisdiccional existe violación del mismo ello se deriva de la negativa de inscripción del accionante en dicha Universidad, en virtud de la errónea aplicación de la Resolución N° 96-06-30 del Consejo Universitario N° 96-06 de fecha 6 y 7 de julio de 1996, contenido de los requisitos para el ingreso de bachilleres a ocupar cupos vacantes para el lapso 96 en esa Universidad, toda vez que el ingreso del accionante no se produce mediante la asignación interna por esa Universidad de un cupo vacante, sino a través de la asignación de cupos que realiza el Consejo Nacional de Universidades, como así consta a los autos (folios 13, 14, 16, 18 del expediente) en donde se señala que "...el Bachiller: Nieto L. Francisco E., portador de la cédula de identidad N° 13.225.130, cumplió con los requisitos exigidos por el Consejo Nacional de Universidades para optar al ingreso en el subsistema de educación superior correspondientes al proceso 1996-97", ello así puede considerarse que la actitud sostenida por el Vice-Rector de la Universidad Nacional Experimental Politécnica Antonio José De Sucre, Luis Caballero Mejías de negar la inscripción del accionante a dicha Casa de Estudios, constituye una violación del derecho a la educación consagrada en el artículo 78 de la Constitución Nacional y así se decide.

CPCA 6-3-2000, Magistrado Ponente: Pier Paolo Pasceri Scaramuzza, Caso: José S. Dávila L. vs. Instituto Universitario de Policía Científica, RDP N° 81 2000, p. 175.

Por otra parte, y aun cuando la anterior declaración bastaría para declarar con lugar el presente amparo, considera esta Corte que al no permitírsele al accionante continuar sus estudios regulares en la Institución donde ha cursado su carrera casi de forma total, faltándole escasos meses para concluir, se le violó el derecho a la educación, consagrado en el artículo 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que dispone....

De la norma transcrita se desprende que habiéndosele impedido al solicitante continuar sus estudios en la Institución donde inicio sus estudios, sin causal debidamente sustanciada y probada, se violó flagrantemente el derecho a la educación y así se declara.

TSJ-SPA (1154) 18-5-2000, Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé, Caso: Fiscal General de la República vs. República (Ministerio de Educación), RDP N° 82, 2000, pp. 301 y ss.

La educación es un servicio público, un derecho de prestación para el mejoramiento de la comunidad y constituye factor primordial del desarrollo nacional; puede ser prestado por el Estado o impartido por los particulares dentro de los principios y normas establecidas en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquel y con su estímulo y protección moral.

Tomando en cuenta la consideración antes expuesta, pasa la Sala a analizar si en el presente caso existe presunción de violación del derecho a la Educación. Tal derecho está establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en la *Gaceta Oficial de República de Venezuela* N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999), en los siguientes términos... (arts. 102, 103 y 106):

Es importante destacar lo que se señala al respecto, en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Es innecesario, por reiterativo, exponer motivaciones para justificar el carácter insoslayablemente fundamental y prioritario que tiene la Educación para cualquier sociedad. Por consiguiente, se proclama la Educación como un derecho humano y como un deber constitutivo de la raíz más esencial de la democracia, y se la declara gratuita y obligatoria, y la asume el Estado como función indeclinable y de servicio público. (Subrayado de la Sala).

En efecto, la Educación es un servicio público, un derecho de prestación para el mejoramiento de la comunidad y constituye factor primordial del desarrollo nacional, que puede ser prestado por el Estado o impartido por los particulares, dentro de los principios y normas establecidas en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquel y con su estímulo y protección moral.

En este sentido, ya en sentencia de fecha 19 de agosto de 1993, la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, (Caso: *Cámara Venezolana de Educación Privada, Asociación Nacional de Institutos Educativos Privados y otros en contra de la Resolución Conjunta N° 1700 y 899 del Ministerio de Fomento y de Educación*) se pronunció acertadamente en relación con la naturaleza de servicio público de la educación, indicando que, “...la Constitución erige en servicio público la educación (artículo 80 primer aparte). Según Duguit el servicio público es “toda actividad cuyo cumplimiento debe estar asegurado, regulado y controlado por los gobernantes porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente realizada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante”. (Cit. Por Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 7° Ed. p. 225). Priva en la concepción material del servicio el significado de una actividad de interés general bajo el control de una autoridad administrativa por cuanto el servicio público satisface necesidades públicas”. (Subrayado de la Sala).

Así, la Educación, como todo derecho comporta un deber de un sujeto distinto, esto es, implica derechos para quien la recibe y obligaciones para quien la imparte. En este sentido, los particulares que imparten educación deben cumplir una serie de requisitos, esto es, deben ejercer el servicio dentro del marco del sistema educativo organizado por el Estado, sistema este que aparece regulado en la Ley Orgánica de Educación, que lo estructura en diversos niveles.

Debe indicarse que no hay área del derecho que se excluya de la aplicación de la Constitución en todo su rigor, por más especializada que este sea, menos aun cuando se trata de actividades en las que existe un compromiso del Estado en desarrollarlas, y en las cuales le es permitido a los particulares gestionarla, bajo un régimen que en todo momento, persigue mantener en toda su vigencia, el derecho a la educación. De esta forma, las instituciones educacionales privadas colaboran con el Estado en la prestación del servicio público de la educación, teniendo este último el control sobre quienes conjuntamente con él, se abocan en la obtención de tal fin, para así garantizar su apego a los fines del Estado. Es por ello, que –contrario a lo que dicen las accionadas– se trata de un problema constitucional, la gestión de una actividad fundamental para el desarrollo nacional, como lo es el servicio público de la educación. Sería, tal como se estableció en sentencia de esta Sala de fecha 2 de mayo de 2000, (Caso: *Colegio Santiago de León de Caracas*) un contrasentido entender a la educación (que es derecho humano, para alcanzar la justicia y la igualdad, y con ellos la libertad auténtica), como un simple negocio, sometido a reglas contractuales privadas, en las que el Estado sea ajeno a la realidad que late en la sociedad. En efecto, no puede concebirse que un colegio privado actúe como una empresa privada, con el único fin de perseguir un beneficio económico o lucrativo, cuando debe actuar como un órgano delegado del Estado en el cumplimiento de una de sus principales finalidades, como lo es la educación.

En efecto, en dicho fallo, la Sala estimó que “la libertad contractual...entendida como el poder de disposición de los contratos, esto es, el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, en campo del Derecho Público está limitado por la actividad de policía desarrollada por el Estado en la consecución de sus fines esenciales a través de la educación. De allí que, se estime que los particulares prestan su colaboración en la ejecución de un servicio público, razón por la cual, la aludida libertad contractual debe desestimarse”.

Ahora bien, una vez que el particular que gestiona una unidad educativa admite a un alumno, se compromete a educarlo dentro de los principios que comportan las actividades calificadas como servicio público, de tal forma que, el particular tenga absoluta certeza de que cuenta con dicho servicio. Tales principios han sido definidos como: obligatoriedad, igualdad, gratuidad (en determinados casos como los servicios públicos universales), continuidad y mutabilidad. En efecto, en sentencia antes citada (SPA del 19 de agosto de 1993, Caso: *Cámara Venezolana de Educación Privada, Asociación Nacional de Institutos Educativos Privados y otros en contra de la Resolución Conjunta N° 1700 y 899 del Ministerio de Fomento y de Educación*) se señaló al respecto lo siguiente:

“...La solución del caso concreto aconseja evidenciar las características que definen el servicio público. Así:

1. La obligatoriedad supone su funcionamiento bajo control;
2. La mutabilidad implica la existencia de normas relativas a la organización y funcionamiento que pueden ser modificadas bajo las exigencias de las circunstancias, por la autoridad competente en beneficio colectivo. En tal sentido vale invocar lo que en la doctrina venezolana sostiene el Dr. Eloy Laras Martínez, en la obra ya citada (p. 239):

‘Poco importa que el servicio sea directamente prestado por el Estado o haya sido concedido a un particular o empresa privada: en todo caso, permanece incólume la potestad de las autoridades de introducir modificaciones en las reglas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio. La idea básica del principio de la mutabilidad consiste en que el interés general es variable, por lo cual el régimen aplicable al servicio debe ser adaptable a las exigencias cambiantes del interés general’.
3. La continuidad dada la importancia para la colectividad no puede ser interrumpido, de modo que el público puede en todo momento, con absoluta certeza, contar con los servicios públicos.
4. La igualdad según la cual los usuarios de una misma categoría están sometidos a la misma tasa”.

Las características anteriores están presentes en la organización educativa venezolana por lo que obligado es concluir que ésta constituye un servicio público. Así lo consagra el artículo 80 de la Constitución, la Ley Orgánica de Educación en sus artículos 1, 2, 5, 15, 55, 56, 59, 71, 107 y el Reglamento de dicha Ley en sus artículos 4 y 69.

Dado el tratamiento de servicio público que el ordenamiento jurídico atribuye a la actividad educativa, el mismo se encuentra sometido a un amplísimo régimen de policía administrativa que autoriza la Constitución en sus artículos 80 y 79 y desarrolla la Ley que rige la materia en sus artículos 55, 56, 71 y 107 entre otros”. (Subrayado de la Sala).

Es por ello, que debe garantizarse al educando, la continuidad del servicio, no pudiendo ser excluido de manera injustificada del plantel donde recibe educación y someter a los padres a situaciones gravosas. En este sentido, debe destacarse que el derecho constitucional a la Educación es un concepto amplio, que abarca la formación integral del individuo de forma permanente, cuando su fin primordial es el pleno desarrollo de la personalidad y el logro de hombres sanos, cultos, críticos y aptos para convivir en una sociedad democrática. Así, existen elementos distintivos que se materializan en determinadas circunstancias, elementos estos que son inherentes e implícitos de la educación, según el medio ambiente en el cual se desarrollen los sujetos destinatarios que, en el caso de los niños y adolescentes, debe ser reforzado, como sujetos en formación y que se extiende, desde el aprendizaje de normas de urbanidad y de convivencia, hasta lo relativo a su preparación e instrucción profesional.

En tal virtud el concepto abarca, el derecho de los niños y adolescentes de permanecer en el plantel, o escuela donde reciben educación, lo cual implica que tienen derecho a ser reinscritos en dichos entes educativos salvo que el menor haya sido expulsado por las causales establecidas en la ley, y mediante procedimiento administrativo correspondiente y ello por cuanto al menor le

asiste su derecho a seguir estudiando en el mismo colegio; a conservar el mismo ambiente académico y social; a estudiar con los mismos métodos de enseñanza; a no ser afectados en su bienestar emocional; a no ser separados de su Colegio sin causa justificada y en contra de su voluntad y a la estabilidad en su proceso de formación.

En este caso, se evidencia la presunción de que la Unidad Educativa Henry Clay, ha faltado a su deber de prestar la orden emanada del Ministro de Educación, Cultura y Deportes, así como el prenombrado Ministro, ha faltado a ese principio, en cuanto existen indicios en autos que permiten presumir que no ha efectuado las actuaciones materiales que obliguen a la U.E. Henry Clay a cumplir con ese deber.

En este caso, los menores han sido excluidos por la U.E. Henry Clay, -presumiblemente contrario a su deber- donde llevaban cierto tiempo recibiendo educación tal como lo admite la propia representante del plantel, cuando señala que el derecho a la educación, no da derecho a exigir la permanencia en un institución de la cual han sido excluidos, por no ajustarse a las normas propias de la institución, supuesto que no es el de autos, donde además de no constituir materia a discutirse —la legalidad del acto que ordenó la reinscripción-, cabe destacar que a los menores nunca se les abrió procedimiento por estar incursos en causales de expulsión o retiro, y por el contrario tenían buena conducta y excelente rendimiento. Tal decisión no fue tampoco por voluntad de los padres, no siendo entonces asimilable el caso de autos, a la situación de niños que cambiaran de Colegio por voluntad de sus padres.

No es posible sostener que “no es un problema constitucional el que unos niños no puedan ser reinscritos en un determinado plantel privado y cursen estudios de igual calidad”, por cuanto el argumento analizado llevaría al absurdo sostener, que no se vulneraría, a título de ejemplo, el derecho a la libertad económica, por cuanto, no obstante de que el Estado cerró su negocio, el particular logró abrir uno nuevo; en el caso del derecho a la salud, el hecho de que el administrado no recibió oportunamente atención médica en un centro asistencial del Estado, pero que actualmente se le presta tal servicio en otro centro, y otros casos más. Tal como se señaló precedentemente, el derecho a la educación, al ser muy amplio, debe ser visto conforme a los elementos distintivos y según el medio ambiente en el cual se encuentra el destinatario del mismo, elementos estos, que son inherentes e implícitos a la educación. En este sentido, y atendiendo al principio del interés superior del Niño, debe destacarse la importancia de la opinión de los niños como sujetos de derechos, quienes, en la oportunidad de la audiencia constitucional, manifestaron su voluntad de seguir en el Colegio, aduciendo razones como la de mantener su grupo de estudio, cuya gran mayoría viven en la misma zona e incluso en la misma educación. Conforme a lo expuesto, existe una presunción de violación del derecho a la educación, tanto por parte del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, como por parte del Colegio y su Directora. La obligación constitucional del Estado no se agota con el garantizar el acceso a la educación de los niños sin recursos, esta es mucho más amplia e implica, entre muchas obligaciones la supervisión de todos los establecimientos docentes oficiales y privados, con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos señalados en el ordenamiento jurídico en materia de educación. En este sentido, no aparece de autos, y por tanto existe una presunción de que el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, hiciera cumplir de manera efectiva la orden en protección del derecho a la educación de los niños. Así como tampoco que, el Colegio y su Directora, cumpliera la orden emanada del referido Ministro.

Ahora bien, este tipo de decisiones no ha sido extraña dentro del contencioso administrativo. Así los tribunales contenciosos en anteriores oportunidades han señalado:

“Son los menores antes mencionados los que está solicitando el amparo, son ellos los que tiene el derecho a la Educación establecido en el artículo 78 de la Constitución, como un derecho de todos de acceder a la misma, estableciéndose precisamente en el texto constitucional que el Estado (Ministerio de Educación como órgano activo para asegurarla en cuanto al Ejecutivo Nacional se refiere), esta obligado a crear escuelas para asegurar el acceso a la Educación sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y de las aptitudes.

3. La circunstancia de que las madres de estos menores tuvieran problemas con el plantel, no puede ser motivo para que se niegue la inscripción de sus hijos, que si bien estas madres son sus representantes legales, no pueden caer en estas las medidas que las instancias educativas del plantel pretendan para con sus madres.

En el presente caso los menores han visto conculcado su derecho a la Educación y las acciones y hechos ocurridos ocasionan un perjuicio irreparable a los educandos, además de que los criterios de actuación del Ministerio de Educación contravienen las normas sobre inscripción de los alumnos consagrados en el reglamento General de la Ley Orgánica de Educación, por cuanto si bien es cierto que el Artículo 60 *ejusdem*, establece la renovación de la inscripción, o la inscripción dependiendo del grado: la promoción de un curso a otro de un alumno, le otorga garantía a ese alumno de su cupo al inmediatamente siguiente”. (Sentencia del 9 de febrero de 1988, CPCA Caso: Doris de Rivas y Esperanza de Perdomo vs. Ministerio de Educación).

Por último, conforme a lo establecido en la sentencia N° 7 de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo, dictada en fecha 1° de febrero de 2000, (Caso: *José Amado Mejía y otros contra Fiscal Trigésimo Séptimo y Juzgado de Control Vigésimo Sexto de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas*, Exp. N° 0010) queda a criterio del Juez de Amparo, determinar el restablecimiento de la situación infringida, no limitándose a lo solicitado por las partes, dado que lo importante es amparar el goce y ejercicio de derechos y garantías constitucionales, así como también, en casos como el presente, en el cual se solicitó amparo cautelar, donde el Juez tiene un amplio poder cautelar, debiendo este, tomar las medidas necesarias a los fines de salvaguardar y garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, mientras dura el juicio principal.

En este sentido, visto que en la oportunidad de la audiencia pública y oral de las partes, Daniela Martínez Orellana manifestó su negativa de manera injustificada, a cumplir con la cátedra de deportes en el Colegio accionado, situación esta que según dice la representante del Colegio en su escrito de informes, originó la convocatoria de una reunión de representantes, asistiendo también la representante de la niña María Estela Veracochea, quien también se negó a cumplir con dicha cátedra, esta Sala debe dejar claro que conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo III), el deporte y la educación física son actividades indispensables de toda persona para su integral desenvolvimiento corporal y espiritual, con el objeto de formar una población sana y apta para el estudio y el trabajo por lo cual su enseñanza y practica son materia obligatoria en instituciones publicas y privadas hasta el ciclo diversificado. Es por lo antes expuesto, que dado que es procedente el mandamiento cautelar de amparo, la reincorporación de los accionantes, debe ejecutarse en condiciones de igualdad con respecto de los demás alumnos, lo que implica también el cumplimiento de los accionantes de las materias obligatorias, incluyendo el deporte, y así se declara.

Adicionalmente, esta Sala llama la atención de los padres de los menores, a los fines de coadyuven en el cumplimiento del presente fallo y en forma alguna interfieran en el pacífico cumplimiento de las ordenes de hacer emitidas en la presente. En efecto, esta decisión no puede entenderse como un título que habilita a los padres de los menores a interferir en la actividad desplegada por la U.E. Henry Clay cuando esta se desarrolle dentro de los límites que le impone el ordenamiento jurídico, reservándose la Sala, dentro de su poder cautelar limitar cualquier actividad que estos efectúen persiguiendo intereses diferentes a los de los menores y con el único objeto entorpecer la labor desplegada por dicha institución educativa. Así se decide.

CPCA 27-4-2000, Magistrado Ponente: Carlos Enrique Mourriño Vaquero, Caso: Unidad Educativa Colegio Batalla de la Victoria vs. Zona Educativa del Estado Aragua, RDP N° 82, 2000, pp. 306-307.

El derecho a la educación tiende a satisfacer un interés individual de cada ser humano, pero a su vez materializa un fin o interés general de la sociedad, como lo es el tener cada vez más individuos preparados desde un punto de vista integral.

Ahora bien, una vez examinados los hechos narrados por el accionante, los cuales -siguiendo la sentencia, parcialmente transcrita ut *supra*- son los que verdaderamente importan al juez constitucional “antes que los pedimentos que realice el querellante”, observa este órgano jurisdiccional como “tutor de la constitucionalidad” que el acto administrativo dictado por la Directora de la Zona Educativa del Estado Aragua, podría ser violatorio del derecho a la educación, consagrado en los artículos 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de los alumnos que cursan sus estudios por ante la referida Unidad Educativa y, respecto de los cuales se ordenó -en dicho acto- su reubicación, por cuanto el mismo se dictó en el transcurso del año escolar.

En ese sentido, cabe señalar que en sentencia dictada por la Sala Político-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 10 de abril de 2000 (caso: *Instituto Educativo Henry Clay*) se estableció que es un derecho inherente a todo ciudadano su formación en base a una educación integral y que, por lo tanto, este derecho “debe ser respetado a través del cumplimiento de las normas establecidas y está sustentado en la vinculación que tiene la educación con el interés colectivo (...)”. (Resaltado del fallo).

Siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia, esta Corte observa que el derecho a la educación tiende a satisfacer un interés individual de cada ser humano, pero a su vez materializa un fin o interés general de la sociedad como lo es el tener cada vez más individuos preparados de un punto de vista integral, es decir, intelectual y -el más importante- ético y moral, todo ello dentro de lo que es la preparación del individuo para servir a la sociedad, con lo cual se antepone la protección de un interés general sobre el interés particular.

En materia de educación no puede hablarse de una doble ética como lo plantea Michael J. Sandel, en cuanto a la posibilidad o la contraposición, dependiendo del punto de vista como se entienda el bien común o el interés general, en este caso, la educación, independientemente de acoger un criterio que defina el interés general desde el punto de vista utilitario, como la suma de aspiraciones o preferencias individuales de los ciudadanos que conforman la sociedad, o el liberalismo Kantiano, en cuanto a la elección del individuo independientemente del mandato a la sociedad, dado que existen derechos tan fundamentales que ni siquiera el bienestar general puede pasar por encima de ellos o el planteamiento de los comunitarios según el cual la identidad del individuo se confunde con la identidad de la comunidad en la que convive, esto es, como establece MacIntyre una identidad planteada en que lo que es bueno para un individuo tiene que ser bueno para los que viven como él. En este caso, en materia de educación, desde un punto de vista liberalista Kantiano o individualista, la educación sirve para el desarrollo y formación del individuo, pero a su vez la educación sirve al bien común o al interés general en cuanto a que es interés de la sociedad el que existan cada vez más individuos que formen parte de ella, preparados integralmente para desarrollarse en la sociedad, es decir, que la educación tiende -se reitera- a satisfacer un interés individual de cada ser humano pero a su vez materializa un fin o interés general de la sociedad que es tener cada vez más individuos realizados desde un punto de vista integral para que sirvan a la sociedad.

TSJ-SPA (965) 2-5-2000, Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé, Caso: Asociación Civil Colegio Santiago de León de Caracas vs. Ministerio de Fomento, RDP N° 82, 2000, pp. 307 y ss.

De los artículos 102 y 106 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se colige la connotación de derecho humano y de deber social fundamental a la educación, así como su declaratoria de servicio público.

Es pues ante el alegato de derogatoria del contrato celebrado entre los padres y representantes de los alumnos y el Colegio, por concepto de prestación de servicios educativos, recuerda la Sala el contenido de la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, dictada el 19 de agosto de 1993, recaído en el caso: *Cámara Venezolana de Educación Privada, Asociación Nacional de Institutos Educativos Privados y otros en contra de la Resolución Conjunta N° 1700 y 899 del Ministerio de Fomento y de Educación*, Exp. N° 9989 y 9992, en donde se pronunció acertadamente en relación con la naturaleza de servicio público de la educación, en los siguientes términos:... (ver texto *supra*)

De la sentencia antes transcrita, se colige la naturaleza de la educación como servicio público con una doble connotación, a saber el derecho para quienes pretenden impartirla, así como, para quienes aspiran acceder a ella, principios éstos contenidos en los artículos 79 y 78 de la Carta Magna de 1961, para garantizar a las partes involucradas que participen dentro del proceso educativo cada una en sus roles, debiendo el Estado facilitar el cumplimiento de este deber por padres y representantes tal como lo exigía el artículo 55 *ejusdem*.

Por su parte, el nuevo orden constitucional (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999), estableció el derecho de educación en los siguientes términos:...(arts. 102, 106).

De las normas constitucionales antes transcritas, se colige la connotación de derecho humano y de deber social fundamental de la educación, así como, su declaratoria de servicio público en donde el Estado asumió la responsabilidad de convertirla en instrumento para consustanciar a los ciudadanos, en la búsqueda de la identidad nacional y las transformaciones sociales con la participación tanto de las familias como de la sociedad.

De igual forma, emerge la importancia de las instituciones educaciones privadas que *colaboran* con el Estado en la educación, por ello, el celo que tiene sobre quienes conjuntamente con él, se abocan en la obtención de tal fin es por ello, que se justifica cualquier actuación relativa al control de la actividad de los particulares para garantizar su apego a los fines del Estado.

Precisado lo anterior, la Sala estima que la “*libertad contractual*” aludida por los apoderados actores, entendida como el poder de disposición de los particulares de establecer el contenido y modalidades de las obligaciones que asumen a través de los contratos, esto es, el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, en campo del Derecho Público está limitado por la actividad de policía desarrollada por el Estado en la consecución de sus fines esenciales a través de la educación. De allí que, se estime que los particulares prestan su colaboración en la ejecución de un servicio público, razón por lo cual, la aludida libertad contractual debe desestimarse y *así se declara*.

PCPA 12-5-2000, Magistrado Ponente: Carlos Enrique Mouriño Vaquero, Caso: Unidad Educativa Colegio Batalla de La Victoria vs. Zona Educativa del Estado Aragua, RDP N° 82, 2000, pp. 309 y ss.

Es un derecho inherente a todo ciudadano su formación en base a una educación integral; este derecho debe ser respetado a través del cumplimiento de las normas establecidas y está sustentado en la vinculación que tiene la educación con el interés colectivo.

En tal sentido, esta Corte observa que la Directora de la Zona Educativa del Estado Aragua, autorizó “provisionalmente” a la Unidad Educativa Batalla de La Victoria para funcionar por el período escolar 1999-2000, creándose a su favor el derecho a funcionar durante el referido período. Asimismo, autorizada la unidad educativa para prestar uno de los servicios esenciales del Estado como lo es la educación, los padres y representantes procedieron a la inscripción de sus hijos o representados para cursar el período escolar en cuestión.

Sin embargo, tal como se desprende de autos, la Zona Educativa antes mencionada procedió a revocar mediante acto administrativo de fecha 14 de marzo de 2000, tal autorización de funcionamiento sin que hubiese iniciado y sustanciado un procedimiento administrativo destinado a tal fin.

Ahora bien, considera esta Corte que con esa medida, la cual se fundamentó en “*la violación acerca del uso del traje escolar, con características de identificación militar diferentes al autorizado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes*”, se afecta la continuidad de los estudios que imparte y debe impartir la Unidad Educativa Colegio Batalla de La Victoria durante el período escolar 1999-2000, ya que fue dictada en el transcurso de dicho período escolar, y, en consecuencia, considera este órgano jurisdiccional que se violó el derecho a la educación de los alumnos de la mencionada Unidad Educativa.

Respecto a este derecho la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 10 de abril de 2000, estableció que es un derecho inherente a todo ciudadano su formación en base a una educación integral y que, por lo tanto, este derecho “*debe ser respetado a través del cumplimiento de las normas establecidas y está sustentado en la vinculación que tiene la educación con el interés colectivo (...)*”. (Resaltado del fallo).

Por su parte, esta Corte en sentencia de fecha 27 de abril de 2000, mediante la cual admitió la presente pretensión de amparo constitucional, señaló que el derecho a la educación tiende a satisfacer un interés individual de cada ser humano, pero a su vez materializa un fin o interés general de la sociedad como lo es el tener cada vez más individuos preparados desde un punto de vista integral, es decir, intelectual y -el más importante- ético y moral, todo ello dentro de lo que es la preparación del individuo para servir a la sociedad, con lo cual se antepone la protección de un interés general sobre el interés particular. A lo que vale agregar, que la educación es uno de los servicios esenciales del Estado, bien lo preste directamente a través de las instituciones públicas, o por medio de particulares, lo cual no desvirtúa la naturaleza de servicio público esencial de la educación y objeto de protección especial por las especiales características antes comentadas.

En ese orden de ideas, tenemos que la educación es un servicio público ya que -siguiendo a Sayaqués- es un conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por particulares, según mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables, mediante prestaciones suministradas directa o indirectamente a los individuos bajo un régimen de derecho público. Además, debe añadirse que la educación, como servicio público que es presenta los mismos caracteres que reviste la noción de servicio público, los cuales son, permanencia, continuidad, regularidad, ininterrumpido, obligatorio, uniforme y prestado a todos por igual.

En nuestro ordenamiento jurídico, la concepción de la educación como un servicio público tiene rango constitucional. Así, en el artículo 102 de la vigente Constitucional se consagra lo siguiente:...

De la norma transcrita, se observa claramente que la educación se concibe como un servicio público que debe tender al desarrollo intelectual de los individuos que forman parte de una sociedad democrática y participativa, con lo cual se permite que los miembros de ésta participen junto con el Estado en la promoción y desarrollo de este servicio público esencial.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Corte considera que en el caso de autos se violó el derecho a la educación de los alumnos de la Unidad Educativa Batalla de La Victoria, derecho éste que constituye un interés no sólo del individuo sino también de la comunidad, pues aunque tiende a satisfacer un objetivo particular de cada ser humano, también satisface un interés general, por cuanto persigue contar, cada día, con más individuos preparados desde un punto de vista integral. La aludida violación afecta, además, la ininterrumpibilidad y continuidad que caracterizan a la educación entendida como servicio público, tal como se expresó *ut supra*. Aunado a ello, debe destacarse que la circunstancia ya evidenciada produce un trastorno en la adaptación de los educandos, pues su reubicación incide, inevitablemente, en los elementos afectivos de identidad con los compañeros y el Colegio y por ende, afecta el desarrollo pleno de su personalidad.

CPCA (1187) 23-8-2000, Magistrado Ponente: Pier Paolo Pasceri Scaramuzza, Caso: José A. Garfides G. vs. Universidad Central de Venezuela, RDP N° 83, 2000, pp. 173-174.

Sólo la aptitud, la vocación o la aspiración podrían limitar la educación de un individuo, es decir, solo la falta de la vocación o aptitud pueden impedir el estudio de un determinado oficio a los particulares.

Ahora bien, observa esta Corte que los artículos 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no sólo se limitan a consagrar propiamente el derecho a la educación, sino que lo establecen como un deber social, y como un servicio público, condicionado a lograr los fines que la educación deberá perseguir (desarrollo de la persona humana, el

pleno ejercicio de la personalidad, etc), además se impone al Estado la obligación de orientar y organizar el sistema educativo, con la participación de la sociedad, para así lograr los fines antes referidos.

De manera pues, que el derecho a la educación debe ser ejercido dentro del marco sistemático organizado y vigilado por el Estado. Este sistema cuenta con varios niveles, uno de los cuales es la educación superior, el cual está jurídicamente estructurado por la Ley Orgánica de Educación, de forma genérica, y por la Ley de Universidades, de forma específica. Esta Ley de Universidades, faculta mediante su artículo 185, de autonomía normativa y organizativa a las Universidades, facultad ésta que se encuentra vigente por coincidir plenamente con los postulados de la novísima Carta Magna de 1999, específicamente en su artículo 109, el cual impone al Estado la obligación de reconocer a las Universidades su autonomía de administración, de funcionamiento y de gobierno.

Por otra parte, el derecho sub examine, es un derecho humano y un deber social de máximo interés para el Estado, como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la colectividad, y deberá ser impartido de forma integral, en igualdad de condiciones y oportunidades, *sin más limitaciones que las derivadas de la vocación, aptitudes y aspiraciones de los individuos*.

En este sentido se denota que sólo la aptitud, la vocación o la aspiración podrían limitar la educación de un individuo, es decir que las cualidades psicopedagógicas, o las tendencias de un sujeto podrían determinar que no estudiara una determinada carrera, o dicho en otras palabras, sólo falta de la vocación o aptitud pueden impedir el estudio de un determinado oficio a los particulares.

En el presente caso, ha sido reconocido por ambas partes que el ciudadano JOSÉ ANTERO GARFIDES GONZÁLEZ, tenía antes de su expulsión, más de 20 años tratando de graduarse en la carrera de Estudios Internacionales, además tenía un porcentaje de rendimiento excesivamente bajo, tal y como se evidencia de la historia curricular que corre inserta en las actas que conforman el presente expediente.

Ahora bien, es claro para esta Corte, que una persona que tenga más de 20 años tratando de aprobar una carrera cuya duración original es de 4 años, y que durante esos 20 años haya obtenido un rendimiento deficiente como lo obtuvo el peticionante, no es una persona cuyas *vocaciones y aptitudes* se orienten hacia dicha carrera.

En efecto, de las actas procesales que conforman el presente expediente se denota la baja efectividad del ciudadano JOSÉ ANTERO GARFIDES GONZÁLEZ en el curso de la carrera de Estudios Internacionales, deficiencia materializada en el hecho de que el referido ciudadano tiene en promedio mucho mayor del 25% de las materias reprobadas a lo largo de la carrera, es más, de 137 materias inscritas sólo aprobó 46 en un período de 24 años, lo que denota que las cualidades del querellante no se orientan hacia la carrera de Estudios Internacionales.

Tal criterio, deriva de las máximas de experiencia y de lógica de este órgano jurisdiccional, que indican que una determinada carrera, puede tener complicaciones pero no para poder aceptar en sana lógica una tardanza de más de seis veces el tiempo que originalmente se estila para la carrera que cursaba, por ello mal podría considerarse que se está limitando ilegítimamente su derecho a la educación, sino más bien, debe estimarse que se está cumpliendo con las limitantes que la propia Carta Magna dispone para el derecho a la educación, como lo son la aptitud, vocación y aspiración del particular, tal y como quedó evidenciado *ut supra*.

Igualmente, precisa esta Corte que no se le impide al solicitante de amparo que continúe estudiando otra carrera, sino que se evidenció en su oportunidad, que no tenía aptitudes para la carrera que venía cursando, razones éstas que determinan que no ha sido cercenado el derecho a la educación del quejoso, y así se decide.

Por otra parte, no podría considerarse que se le está aplicando una sanción perpetua al solicitante, por cuanto de las mismas consideraciones efectuadas *ut supra*, se desprende que no es una sanción lo que se aplica en el presente caso, sino una consecuencia de la grave situación de la

carrera estudiantil del peticionante; en efecto si el solicitante no tiene vocación ni aptitudes para una carrera, es obvio que nunca podrá emprender con éxito dicha carrera, quedando a salvo la posibilidad de estudiar otra profesión.

Ello así, y con relación a otro punto, observa esta Corte que a pesar de que las apoderadas judiciales de la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, hayan expresado en la audiencia constitucional que al ciudadano JOSÉ ANTERO GARFIDES GONZÁLEZ, se le practicaron las pruebas psicopedagógicas y de aptitud para determinar cual era su verdadera vocación, y que luego de dichas pruebas se le recomendó un cambio de carrera, del análisis exhaustivo del expediente no es posible constatar con absoluta certeza que efectivamente se hayan realizado dichas pruebas; es por ello que esta Corte considera que si bien es cierto que la falta de vocación del solicitante hacia la carrera de Estudios Internacionales es obvia, también es cierto que de acuerdo al procedimiento pautado en el Reglamento de Rendimiento Mínimo y Condiciones de Permanencia, cada alumno que incurra en la consecuencia prevista en el artículo 7 de dicho Reglamento, tiene derecho a presentar exámenes de orientación pedagógica, a los fines de determinar sus cualidades reales para un determinado oficio o vocación.

Por lo tanto, esta Corte considera que, le deben ser aplicadas por parte de la Universidad, en caso de solicitarlas todas las pruebas pedagógicas que estipula el Reglamento, y los procedimientos que se estilen en la casa de estudios querrellada, a los fines de orientar correctamente al solicitante de amparo, para que curse los estudios para los cuales tenga vocación, y así pueda formarse de la manera más adecuada para favorecer sus propios intereses, y los intereses de la Nación, y así lo deja establecido esta Corte.

En consecuencia, debe esta Corte declarar la improcedencia de la pretensión de amparo interpuesta, por cuanto los hechos denunciados no constituyen violación directa de las garantías constitucionales señaladas como cercenadas. No obstante, ello, considera esta Corte que previa solicitud del querellante le sean realizadas las pruebas de aptitud vocacional que se encuentran establecidas en las normas sobre rendimiento mínimo y condiciones de permanencia de la Universidad Central de Venezuela, respetándose así los correctos parámetros en que está previsto el Derecho a la Educación en la Constitución Nacional.

TSJ-SPA (3052) 19-12-2001, Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini, Caso: Jaime Manzo M. y otros vs. Presidente de la República. RDP N° 85-86 / 87-88, 2001, pp. 132 ss.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo *supra* transcrito (artículo 102 C. 1999), se observa que el constituyente definió la educación como un servicio público, y como tal, dicha actividad educativa debe mantenerse bajo el control del Estado en un régimen especial del derecho común, por cuanto no existe la posibilidad de que quede en manos de los particulares la satisfacción oportuna, regular, continua y permanente de tal necesidad (la educación), la cual resulta común a todos los administrados. Lo explanado anteriormente, no niega la posibilidad de participación de los particulares en la gestión educativa, y ello se evidencia del contenido del artículo 106 Constitucional,...

Así, es el propio Texto Constitucional el que habilita a los particulares para sumarse a la gestión de la actividad educativa, siempre que, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley, sea autorizado por la Administración, y además bajo la fiscalización (inspección, vigilancia, supervisión) de ésta.

En tal sentido es oportuno exaltar que la prestación del servicio educativo por parte de los particulares se ordena, al igual a la desarrollada por el Estado, a la realización del interés público y, en consecuencia, está sometida a un régimen de derecho administrativo. Corolario de lo cual, se insiste, es que, en materia educativa, así dicha actividad sea desarrollada por los particulares, la Administración conserva sus potestades de regulación y control de la misma.

Además de lo anterior, se observa que tanto en los artículos 55, 56, 71 y 72 de la Ley Orgánica de Educación, así como en los artículos 150, 151 y 152 de su Reglamento General, se

establece como función indeclinable del Ejecutivo Nacional, a través del Ministro de Educación, Cultura y Deportes, la supervisión de todos los establecimientos educativos tanto públicos como privados con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos señalados por el ordenamiento jurídico en materia educativa. ...

Ahora bien, en el caso concreto se observa que la competencia de supervisión educativa por parte del Ejecutivo Nacional, de los planteles tanto públicos como privados, así como la posibilidad de dictar medidas administrativas en aquellos casos en que la supervisión así lo recomiende, le está asignada por la propia Constitución (artículo 103), e igualmente por la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento General; ello así, se constata que el Decreto objeto de impugnación no establece una nueva competencia al Ministro de Educación, Cultura y Deportes ni a los Supervisores Itinerantes Nacionales, sino más bien, se limita a desarrollar la competencia ya establecida en la Constitución y en la Ley.

A mayor abundamiento, esta Sala quiere dejar sentado, que escapa de toda lógica, el hecho de que sí el Ejecutivo Nacional posee la facultad de supervisar y controlar las instituciones educativas tanto públicas como privadas del país, y a raíz de ese poder otorgado constitucionalmente, decide crear una nueva jerarquía de docentes con el rango de Supervisor Itinerante Nacional, no pueda otorgarle a dichos funcionarios la competencia de supervisión y control, por lo que respecta a la función educativa; e igualmente resulta ilógico pretender que el Ministro rector de la actividad educativa no pueda dictar las medidas administrativas que juzgue convenientes, en aquellos casos que la supervisión realizada aconseje dictar tales medidas.....

...como se dijo anteriormente, que la educación debe ser entendida como un servicio público esencial, y como tal, dicha actividad debe ser asegurada, regulada y controlada por el Estado, y así se dejó establecido en la sentencia de fecha 19 de agosto de 1993, dictada por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia (Caso: *Cámara Venezolana de Educación Privada y otros*) en la cual se estableció:

“...Ahora bien, la Constitución erige en servicio público la educación (artículo 80 primer aparte). Según Duguit el servicio público es “toda actividad cuyo cumplimiento debe estar asegurado, regulado y controlado por los gobernantes porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente realizada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante” (Cit., por Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 7º edición, p. 225).

Priva en la concepción material del servicio el significado de una actividad de interés general, bajo el control de una autoridad administrativa por cuanto el servicio público satisface necesidades públicas.

La solución del caso concreto aconseja evidenciar las características que definen el servicio público. Así:

- 1.- La obligatoriedad supone su funcionamiento bajo control;
- 2.- La mutabilidad implica la existencia de normas relativas a la organización y funcionamiento que pueden ser modificadas bajo las exigencias de las circunstancias, por la autoridad competente en beneficio colectivo. En tal sentido vale invocar lo que en la doctrina venezolana sostiene el Dr. Eloy Lares Martínez, en la obra ya citada (p. 239):

‘Poco importa que el servicio sea directamente prestado por el Estado o haya sido concedido a un particular o empresa privada: en todo caso, permanece incólume la potestad de las autoridades de introducir modificaciones en las reglas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio. La idea básica del principio de la mutabilidad consiste en que el interés general es variable, por lo cual, el régimen aplicable al servicio debe ser adaptable a las exigencias cambiantes del interés general’.

3.- La continuidad: dada la importancia para la colectividad no puede ser interrumpido, de modo que el público puede en todo momento, con absoluta certeza, contar con los servicios públicos.

4.- La igualdad según la cual, los usuarios de una misma categoría están sometidos a la misma tasa.

Las características anteriores están presentes en la organización educativa venezolana por lo que obligado es concluir que ésta constituye un servicio público. Así lo consagra el artículo 80 de la Constitución, la Ley Orgánica de Educación en sus artículos 1, 2, 5, 15, 55, 56, 59, 71, 107 y el Reglamento de dicha Ley en sus artículos 4 y 69.

Dado el tratamiento de servicio público que el ordenamiento jurídico atribuye a la actividad educativa, el mismo se encuentra sometido a un amplísimo régimen de policía administrativa que autoriza la Constitución en sus artículos 80 y 79 y desarrolla la Ley que rige la materia en sus artículos 55, 56, 71 y 107 entre otros". (Subrayado de la Sala)

De conformidad con el criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, observa esta Sala, que la facultad de supervisión y control que tiene el Ejecutivo Nacional sobre los institutos de educación privada, se encontraba ya establecida en la Constitución de 1961 (artículos 79 y 80), es decir, la posibilidad de supervisión por parte de la administración sobre la actividad educativa, no es una nueva potestad, que se atribuye el Ejecutivo Nacional, sino que por el contrario viene dada tradicionalmente en función de considerar a la misma como un servicio público.

Asimismo, se constata que la vigente Constitución de la República, igualmente consagra la potestad de supervisión y control por parte de la Administración sobre la actividad educativa privada, en tal sentido el artículo 106 de la Carta Fundamental señala que "Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privada bajo la estricta inspección y vigilancia del estado, previa aceptación de éste". (Resaltado de esta Sala). Dicha potestad de supervisión y control, también se encuentra consagrada en la Ley Orgánica de Educación en los artículos 55, 56, 71 y 72 y en los artículos 150, 151 y 152 de su Reglamento General (todos ellos transcritos anteriormente).

Así las cosas, se considera que el Ejecutivo Nacional, al dictar el tantas veces nombrado Decreto N° 1.011, lo hizo, en función de la competencia que le fuera atribuida tanto por la Constitución en su artículo 236 numeral 10, el cual señala dentro de las atribuciones del Presidente de la República, reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón; así como la obligación que le imponen los artículos 102 y 106 *eiusdem*, razón por la cual se considera que sobre esta materia el Decreto impugnado se encuentra ajustado a derecho, ya que el Ejecutivo Nacional, simplemente se limitó a hacer uso de la potestad supervisora que tiene sobre todos los planteles tanto públicos como privados.

Igualmente se observa, que lo dicho por los recurrentes, no se encuentra debidamente fundamentado, ya que no indican de que manera y en qué forma específica el decreto en cuestión impide el ejercicio de la actividad educativa por parte de los particulares; mas aún, estima esta Sala que el hecho de que el Estado en uso de las atribuciones conferidas tanto por la Constitución como por las leyes, ejerza su potestad de supervisión y control de las instituciones creadas de manera privada, para impartir educación, en modo alguno afecta o impide que los particulares, al cumplir los requisitos establecidos en la ley, puedan intervenir y participar en tan loable labor como lo es la educación.

Sobre este punto en cuestión, se considera necesario traer a colación lo dispuesto por esta Sala Político-Administrativa en sentencia N° 1154, de fecha 18 de mayo de 2000, recaída en el expediente N° 0254 (Caso: *Fiscal General de la República contra el Ministerio de Educación*), en la cual se señaló lo siguiente:

"Es importante destacar lo que señala al respecto, (...) la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

‘Es innecesario, por reiterativo, exponer motivaciones para justificar el carácter insoslayablemente fundamental y prioritario que tiene la educación para cualquier sociedad. Por consiguiente, se proclama la educación como un derecho humano y como un deber constitutivo de la raíz más esencial de la democracia, y se le declara gratuita y obligatoria, y la asume el Estado como función indeclinable y de servicio público’ (Subrayado de la Sala).

(...)

Así, la Educación, como todo derecho comporta un deber de un sujeto distinto, esto es, implica derechos para quien la recibe y obligaciones para quien la imparte. En este sentido, los particulares que imparten educación deben cumplir una serie de requisitos, esto es, deben ejercer el servicio dentro del marco del sistema educativo organizado por el Estado, sistema este que aparece regulado en la Ley Orgánica de Educación (...).

Debe indicarse que no hay área del derecho que se excluya de la aplicación de la Constitución en todo su rigor, por más especializada que este sea, menos aún cuando se trata de actividades en las que existe un compromiso del Estado en desarrollarlas, y en las cuales le es permitido a los particulares gestionarla, bajo un régimen que, en todo momento, persigue mantener en toda su vigencia, el derecho a la educación. De esta forma, las instituciones de educación privada colaboran con el Estado en la prestación del servicio público a la educación, teniendo este último el control sobre quienes conjuntamente con él, se abocan en la obtención de tal fin, para así garantizar su apego a los fines del Estado. Es por ello que (...) se trata de un problema constitucional, la gestión de una actividad fundamental para el desarrollo nacional, como lo es el servicio público de la educación. Sería, tal como se estableció en sentencia de esta Sala de fecha 2 de mayo de 2000, (Caso: Colegio Santiago de León de Caracas) un contrasentido entender a la educación (que es el derecho humano, para alcanzar la justicia y la igualdad, y con ellos la libertad auténtica), como un simple negocio, sometido a las reglas contractuales privadas, en las que el Estado sea ajeno a la realidad que late en la sociedad. En efecto, no puede concebirse que un colegio privado actúe como una empresa privada, con el único fin de perseguir un beneficio económico o lucrativo, cuando debe actuar como órgano delegado del Estado en el cumplimiento de una de sus principales finalidades, como lo es la educación”.

De conformidad con el criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, estima esta Sala que pretender que cualquier particular que se dedique a impartir educación en sus distintos niveles, esté exento de supervisión estatal, sería contrariar expresos preceptos constitucionales, ya que la propia Constitución consagra no como derecho, sino como obligación del Estado, ejercer la debida supervisión y control de todas las instituciones educativas.....

Además de lo antes expuesto, debe concluirse que la educación como servicio público, debe entenderse como un derecho de prestación para el mejoramiento de la comunidad, constituyendo factor primordial para el desarrollo nacional, que puede ser prestado por el Estado, o por los particulares, y en este último caso, se debe regir por los principios y normas establecidas en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia del Ejecutivo Nacional, con su estímulo y protección moral....

Es de hacer notar que en cumplimiento a la garantía del derecho constitucional a la educación consagrado en el artículo 102 de la Carta Magna, cualquier medida que tome la Administración con relación a determinado plantel educativo, debe necesaria y estrictamente estar dirigida a salvaguardar ese derecho, razón por la cual la autoridad administrativa, debe ponderar los graves efectos de su intervención, que en ningún caso puede trastornar el fundamental derecho de los estudiantes a recibir una buena educación.

Así, sería impensable suponer que el Estado pueda clausurar una unidad o plantel educativo, sin que su motivación sea precisamente salvaguardar los intereses y derechos de los educandos, e incluso del cuerpo docente.

TSJ-SPA (0083) 19-1-2006, Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa, Caso: Cámara Venezolana de Educación Privada y A.N.D.I.E.P. vs. Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio y del Ministerio de Educación y Deportes, RDP N° 105, 2006, pp. 117-118.

Una educación integral y permanente supone la realización de una actividad que, constante en el tiempo y por el período que se precise cumplir hasta su culminación definitiva, cuente con los elementos necesarios para satisfacer los requerimientos establecidos dentro de los programas diseñados por la autoridad administrativa competente, bajo criterios constitucionales desarrollados en la ley, para cada etapa de formación en el proceso educativo que se inicia con la etapa maternal y culmina con el nivel medio diversificado, elementos que sin duda, dependen fundamentalmente de una correcta disposición a proveerlos, así como también de una adecuada preparación por parte de quienes tienen a su cargo la importante misión de educar.

Así, se observa que el artículo 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“Toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados o privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo. Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva”.

Los apoderados judiciales de la parte accionante señalaron, en forma general, que con el acto impugnado la Administración cercenó su derecho “a educar integralmente”, sin que resulte correcto el sentido que se pretende dar a esta expresión, pues pareciera inferirse que el beneficio como tal no está dirigido a las personas a quienes, como receptores, se les garantiza el derecho a tener una educación integral, de calidad y en forma permanente, sino más bien, de acuerdo con lo dicho, estaría orientada a constituir un derecho de las instituciones que tienen a su cargo la misión de educar.

Sobre este punto es importante recalcar que la naturaleza subjetiva del amparo exige que el solicitante se encuentre afectado directamente por la situación que denuncia como violadora de sus derechos constitucionales. Así, reitera la Sala, que no es posible esgrimir como violados, derechos de terceros a la acción incoada, como sucede en este caso, en que el derecho que se alega transgredido está dirigido a las personas naturales beneficiarias de una educación integral, de calidad y permanente.

A mayor abundamiento, es importante destacar que esta norma guarda en sí misma un alto sentido social, pues persigue erigir la educación como un derecho al cual acceden todas las personas, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin otras limitaciones que no sean las aptitudes vocacionales o aspiraciones que decida la propia persona.

De ahí que esta disposición consagra un principio que prevalece a favor de todos los ciudadanos, sin distinción de alguna clase; lo que quiere decir que independientemente de que la educación impartida se origine en el sector público o privado, debe cumplir como lo exige la disposición constitucional, con el atributo de ser “integral”, “permanente” y sobre todo, de “calidad”.

Ahora bien, una educación integral y permanente supone la realización de una actividad que, constante en el tiempo y por el período que se precise cumplir hasta su culminación definitiva, cuente con los elementos necesarios para satisfacer los requerimientos establecidos dentro de los programas diseñados por la autoridad administrativa competente, bajo criterios constitucionales desarrollados en la ley, para cada etapa de formación en el proceso educativo que se inicia con la etapa maternal y culmina con el nivel medio diversificado, elementos que sin duda, dependen fundamentalmente de una correcta disposición a proveerlos, así como también de una adecuada preparación por parte de quienes tienen a su cargo la importante misión de educar.

Asimismo, cuando se habla de la “calidad” impresa a un modelo educativo debe tenerse en cuenta que, para el mejor cumplimiento de los fines, ciertamente se precisa de los recursos de orden económico que coadyuvan al funcionamiento de una adecuada logística que permita el correcto desenvolvimiento de los programas establecidos en el diseño curricular. Si bien no se duda de su importancia, también es preciso señalar que algunas veces la buena calidad escapa de los factores económicos que le sirven de entorno, pues una gran infraestructura económica, en sí misma, no constituye garantía de que el estudiante va a recibir la calidad que se precisa en la enseñanza. Vale decir, aun cuando no puede desdeñarse en tanto y en cuanto coadyuve a la consecución de los fines propuestos, es claro que la calidad depende también de elementos que trascienden a lo material y sustancialmente encuentran soporte en el orden intelectual, moral y formativo, antes que en cualquier otro tipo de recurso.

Los anteriores lineamientos establecidos en el Texto Constitucional como notas características del sistema educativo, que propugna que sea integral, permanente y de calidad, son reveladores de la prioridad que reviste el tema de la educación para todos los venezolanos si se considera que, como servicio público, el Estado debe proveer a ella en cumplimiento de uno de sus fines esenciales. Sobre esa base, cuando se trata de preservar los atributos contenidos en la norma *in commento*, no hay duda de la obligación que tiene el Estado de regular todos los aspectos que le rodean, con las limitaciones individuales que esto pueda involucrar, pero siempre con el fin de que todas las personas tengan acceso a la educación; por lo que en el caso que nos ocupa, concluyendo la innegable trascendencia que tiene el tema educativo dentro de los fines prioritarios del Estado, esta Sala considera desestimable la presunta violación al derecho a recibir una educación integral, permanente y de buena calidad, por estimar insuficientes los elementos aducidos en ese sentido, de acuerdo con el contenido de lo dispuesto en el artículo 103 constitucional; fundamentalmente, porque la parte accionante no presentó prueba alguna que permita inferir que la limitación impuesta a las mensualidades a ser cobradas por los colegios privados, afecta la calidad y demás elementos señalados en la respectiva norma, en forma alguna, más allá de las consideraciones generales contenidas en el escrito recursivo.

Así se decide.

2. *La gratuidad de la educación*

CPCA (1565) 1-12-2000, Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortiz, Caso: Johnny E. Bello vs. Universidad Central de Venezuela, RDP N° 84, 2000, pp. 153 y ss.

El Estado, una vez cumplido con su deber de facilitarle a los ciudadanos las condiciones necesarias que le permitan el acceso a la educación superior para obtener un título universitario de manera gratuita, no está en la obligación de subsidiar la obtención de otro título universitario en una carrera distinta a la estudiada en la primera oportunidad.

...En este sentido, consagra la Exposición de Motivos de la Constitución este sentido, consagra la Exposición de Motivos de la Constitución vigente, lo siguiente:

“Se define la organización jurídico política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando las condiciones necesarias para su desa-

rollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.

(...) Se establece que la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar los fines del Estado. De esta manera, los ciudadanos y las organizaciones sociales tienen el deber y el derecho de concurrir a la instauración y preservación de esas condiciones mínimas y de esa igualdad de oportunidades, aportando su propio esfuerzo, vigilando y controlando las actividades estatales, concienciando a los demás ciudadanos de la necesaria cooperación recíproca, promoviendo la participación individual y comunitaria en el orden social y estatal, censurando la pasividad, la indiferencia y la falta de solidaridad. Las personas y los grupos sociales han de empeñarse en la realización y ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, mientras que el Estado es un instrumento para la satisfacción de tales fines.

(...) Es innecesario, por reiterativo, exponer motivaciones para justificar el carácter insoslayablemente fundamental y prioritario que tiene la educación para cualquier sociedad. Por consiguiente se proclama la educación como un derecho humano y como un deber constitutivo de la raíz más esencial de la democracia, y se la declara gratuita y obligatoria, y la asume el Estado como función indeclinable y de servicio público.

De acuerdo con la Constitución, la Educación es plural en su apertura a todas las corrientes del pensamiento universal, como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico. Debe estar orientada al desarrollo pleno de la personalidad para el disfrute de una existencia digna, que transcurra con una valoración ética del trabajo y con una conciencia de participación ciudadana. El propósito es que cada venezolano se sienta parte de una sociedad democrática, de la cual sea activamente solidario en una transformación hacia un país con una firme identidad geohistórica nacional y, al mismo tiempo, con vocación latinoamericana y universal.

A tales fines, la educación debe ser integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades para acceder a ella; igualdad que incluye a quienes califiquen en condiciones especiales, o estén discapacitados, o que se encuentren privados de su libertad.

Se incluye en el proceso educativo formal el nivel maternal, y se establece con carácter obligatorio hasta el nivel medio diversificado. En las instituciones del Estado se consagra la gratuidad de la educación en todos los niveles hasta el pregrado universitario” (Subrayado de la Corte).

Ahora bien, siguiendo la orientación del Constituyente esta Corte entiende que el derecho a la educación, como derecho fundamental en el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, es inherente a todas las personas, en igualdad de condiciones, para de esta manera contribuir a la consecución de los fines del Estado.

En este orden de ideas, el artículo 103 citado *ut supra*, establece la obligatoriedad de la educación en todos sus niveles y su gratuidad hasta el pregrado universitario, siempre y cuando sea impartida en las instituciones pertenecientes al Estado. Sin embargo, y en relación al caso concreto, el presunto agraviado, denuncia que se le está violando su derecho a la educación por cuanto se le cobra una matrícula determinada por el hecho de estudiar bajo el régimen de estudiantes profesionales, esto es, estudiantes que comienzan una carrera universitaria luego de haber egresado de otra en una institución del Estado.

No obstante, observa esta Corte que, si bien es cierto que el precepto constitucional *in commento* postula la gratuidad de la educación hasta el pregrado universitario impartida en las instituciones del Estado, no es menos cierto que el Estado, una vez cumplido con su deber de facilitarle a los ciudadanos las condiciones necesarias que le permitan el acceso a la educación superior para obtener un título universitario de manera gratuita, no está en la obligación de subsidiar la obtención de otro título universitario, obviamente en una carrera distinta a la estudiada en

la primera oportunidad, por cuanto de ser así, se estaría impidiendo que otros ciudadanos que por primera vez inician una carrera universitaria también tuvieran la oportunidad de ejercer su derecho a la educación en sus diferentes niveles, configurándose entonces una discriminación contraria al espíritu de la norma constitucional.

Ciertamente, la educación es un derecho humano y un deber social fundamental. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela concibe la educación como democrática gratuita y obligatoria, elementos estos que garantizan el acceso de todos los ciudadanos de la República a educarse de manera integral en aras del desarrollo personal y, por ende, de la convivencia en sociedad. En esta perspectiva, el Estado asume la educación como una función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, como instrumento de conocimiento científico humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad.

Dentro de la estructura organizativa del Estado, se trata de un servicio público cuya finalidad es desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad. En este orden de ideas, el Texto Constitucional reconoce a toda persona el derecho a una educación integral de calidad y permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades sin más limitaciones que las derivadas de las aptitudes, vocación y aspiración personales.

Es verdad que el precepto constitucional cuando señala que la educación es gratuita hasta el pregrado universitario, no establece de manera expresa ninguna distinción acerca del número de oportunidades o de veces que se puede recibir educación gratuita en el pregrado universitario. Pero más allá del sentido común el sentido ético y social inherente a las disposiciones antes analizadas, viene en auxilio del intérprete para indicarle que si la educación es un derecho humano y un deber social, lo es dentro de un contexto de orden democrático de justicia y solidaridad que impone a la conciencia la comprensión de que todos los ciudadanos y no solo algunos tienen el derecho, en igualdad de condiciones y oportunidades, de acceder a una educación integral. De allí que no sería ético ni equitativo que una misma persona tuviera la posibilidad de acceder gratuitamente a cuantas carreras deseara en el pregrado universitario, en detrimento de una mayoría de jóvenes aspirantes o aún adultos quienes, por primera vez, con claros deseos de superación esperan, a veces desesperadamente, para ser aceptados y continuar estudios de pregrado universitario en una institución del Estado.

Cabe señalar por otra parte, que los derechos y garantías constitucionales no pueden analizarse aisladamente, fuera del universo de los valores generales que los inspiran y, específicamente, en la materia que nos ocupa se hace necesario traer a colación como valores superiores del ordenamiento jurídico la justicia, la igualdad, la solidaridad, la ética y la responsabilidad social, ante los cuales el ciudadano deberá colocarse como lo hace ante un espejo para confrontar si los derechos constitucionales cuyo cumplimiento invoca para defender su cause en un momento determinado, tienen como correlato el cumplimiento transparente de los deberes y cargas que los valores antes mencionados exigen para que la *justicia distributiva* sea entendida en su sentido prístino como igualdad de derechos pero también de deberes, igualdad de beneficios y de cargas para todos.

3. *Ámbito del derecho*

CPCA 06-06-88, Magistrada Ponente: Cecilia Sosa Gómez, RDP N° 35, 1988, p. 85.

En relación al derecho a la educación, esta Corte observa:

1. En el caso concreto no se ha impedido la reinscripción de los menores en el Plantel.
2. No consta en autos que se produjera la solicitud de reinscripción, como lo exige la Ley y el Reglamento del Plantel.
3. Si bien es cierto que es diferente inscribir a un alumno que reinscribirlo, y que una vez inscrito en un plantel el menor que es promovido al año siguiente, debe tener el cupo asegurado, no es menos cierto que los representantes deben cumplir con el proceso de reinscripción para que

el Plantel pueda planificar su actividad educativa. Lo que es contrario al derecho a la educación consagrado en la Constitución, es que manifestando los representantes de un alumno su voluntad de reinscripción en la oportunidad fijada, se le diga por el Plantel que se le niega esa reinscripción, si no ha habido causales de Ley para hacerlo, situación que no se corresponde con el caso concreto.

CPCA 3-5-93, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Varios vs. Universidad Pedagógica Experimental Libertador, RDP N° 53-54, 1993, pp. 160-161.

Es causa suficiente la condición de alumnos regulares que deben tener los ciudadanos recurrentes para poder ser amparados por la garantía constitucional contenida en el art. 78 de la Constitución –Derecho a la Educación.

De la lectura del expediente de la causa se observa que el Instituto contra quien se ejerce la presente acción, ha intentado, de diversas maneras, impedir que los estudiantes accionantes continúen sus estudios en el “Pronafordo”, lo que, en principio, constituye una amenaza cierta al Derecho Constitucional a la Educación consagrado en la norma antes citada. Es de observar que cuando un alumno ha sido inscrito debidamente en un instituto educativo, no puede ser retirado de él sino por causas debidamente justificadas; lo contrario constituiría una flagrante violación al Derecho Constitucional a la Educación.

Siendo causa suficiente la condición de alumnos regulares que deben tener los ciudadanos recurrentes para que puedan ser amparados por la garantía constitucional contenida en el artículo 78 de la Constitución, constituye tal condición el objeto fundamental a decidir por este fallo. Ahora bien, para que una persona pueda ser considerada alumno regular, es suficiente con que esté debidamente inscrito, y que cumpla a cabalidad todos los deberes inherentes a su condición de alumno, de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Universidades. Por otro lado, el artículo 119 *ejusdem* dispone que:

“Para ingresar como alumno en los cursos regulares y obtener los grados y títulos que la Universidad confiera se necesita el Título de Bachiller en la especialidad correspondiente”.

Observa esta Corte que los ciudadanos recurrentes no tenían, para el momento de la inscripción el Título de Bachiller. Sin embargo, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 119 de la Ley de Universidades:

“El Consejo Universitario podrá autorizar la inscripción (...) de personas que no tengan el Título de Bachiller”.

Analizadas estas disposiciones, observa esta Corte que tanto el artículo 116 de la Ley de Universidades como el artículo 119 *ejusdem* desarrollan de la disposición contenida en el artículo 78 de la Constitución, donde se dispone que el acceso a la educación y a la cultura no tendrá más limitaciones que las derivadas de la vocación y las *aptitudes*. El Título de Bachiller es exigido para demostrar que la persona es apta para tener acceso a la educación superior; por eso, el Consejo Universitario puede, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 119 de la Ley de Universidades, aceptar la inscripción de un alumno que no posea el Título de Bachiller, porque lo considera *apto*.

Ahora bien, el Título de Bachiller es indicativo de la aptitud de una determinada persona porque constituye la prueba de que ha cursado el bachillerato; es decir, que lo que hace apta a la persona, no es el Título de Bachiller como tal, eso constituye sólo una formalidad.

Observa esta Corte que del expediente se infiere que todos los recurrentes cursaron íntegramente el bachillerato, ya que las notas certificadas son prueba ineludible de ello y a su vez causa suficiente para la obtención del Título de Bachiller; tanto es así, que muchos de ellos ya lo habían obtenido para el momento de la interposición de la acción de amparo ante el tribunal cuya sentencia conoce esta Corte en consulta. Por lo demás es un hecho notorio que la práctica admi-

nistrativa es pacífica en considerar suficiente el entregar las notas del bachillerato para el momento de la inscripción, mientras dure el trámite del título correspondiente, y para el momento de otorgar el título universitario se examina si ha sido cumplida tal formalidad, a los efectos del otorgamiento del título universitario correspondiente.

CPCA 26-08-93, Magistrado Ponente: Jesús Caballero Ortiz, Caso: Varios vs. Universidad de Los Andes, RDP N° 55-56, 1993, p. 171.

Sentado lo anterior, esta Corte debe precisar que cuando un alumno ha sido inscrito debidamente en la Universidad de Los Andes no puede ser retirado de ella sino por causas debidamente justificadas, pues lo contrario constituiría una violación flagrante al derecho constitucional a la educación. En el presente caso el único bachiller debidamente inscrito es Moisés Emilio Flores Páez, y, al haber sido desincorporado como estudiante de la Universidad de Los Andes, se violó su derecho a la educación y por ende la acción de amparo debe prosperar con respecto a este accionante. Así se declara.

En cuanto al resto de los accionantes Liliana Sofía Marcano Pereira, Diana Luz González de Duque, Gioconda Marlin Sáez Torres, Veronica Beatriz Sánchez Carbonell y Alexis Homero Peña F., esta Corte observa que las planillas por ellos consignadas no constituyen una constancia de que hayan sido admitidos como alumnos de la Universidad de Los Andes; por el contrario, según se evidencia del documento consignado por el apoderado de la Universidad, referente al procedimiento de inscripción en esa Casa de Estudios, esa planilla constituye el primer paso de dicho procedimiento, paso mediante el cual los aspirantes consignan los documentos en la Oficina Central de Registros Estudiantiles, pero como no cumplieron los otros trámites necesarios para formalizar su inscripción en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, no obtuvieron la Constancia Definitiva de Inscripción; en consecuencia, considera esta Corte que como este grupo de accionantes no culminó el procedimiento de inscripción, no obtuvo la Constancia Definitiva de Inscripción, por lo que no existe violación del derecho denunciado, siendo, en consecuencia, improcedente la acción de amparo con respecto a ellos.

CPCA 14-09-95, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Sabatino Ciciotti vs. Universidad de Carabobo, RDP N° 63-64, 1995, pp. 173-174.

En lo referente al derecho a la educación, se observa que el artículo 78 consagra dicho derecho en los siguientes términos:

“Todos tienen derecho a la educación. El Estado creará y sostendrá escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y las aptitudes”.

Se observa que el derecho a la educación está limitado en función de la vocación y las aptitudes del educando. En el caso de la educación superior, se tiene derecho a la misma siempre y cuando se haya cumplido el requisito de haber cursado satisfactoriamente la educación primaria y la educación media y diversificada, a lo cual es necesario el correspondiente título de bachiller.

La Universidad de Carabobo alega que el accionante cursó en forma simultánea el bachillerato y sus estudios universitarios, por lo cual no era procedente permitir que obtuviera el título de abogado. Como fundamento de ello, hace notar las diferencias existentes entre la certificación de notas de bachillerato presentada por el accionante al inscribirse en la universidad y la presentada para los trámites de la graduación. En el expediente cursan copias fotostáticas de ambas certificaciones.

Este hecho por sí solo implicaría que efectivamente el ciudadano Sabatino Ciciotti inició sus estudios universitarios sin haber finalizado aún el bachillerato...

...Del oficio transcrito se evidencia claramente que, en su oportunidad la Universidad había realizado la investigación correspondiente con respecto a la situación del ciudadano Sabatino Ciciotti y había sido ya tomada una decisión como queda evidenciado no sólo del oficio de la

Consultoría Jurídica antes transcrito donde queda de manifiesto que ya control de estudios tenía conocimiento de toda la situación del Br. Ciciotti, sino de la constancia dejada mediante inspección judicial de que el mencionado bachiller se encontraba incluido en lista de graduandos.

Mas adelante, en fecha 25 de abril de 1990 nuevamente el Director de la Oficina Ministerial de Apoyo Docente del Ministerio de Educación envía comunicación al Rector de la Universidad de Carabobo (folio 84), aclarando la situación del ciudadano SABATINO CICIOTTI, y reiterando que el mismo, en efecto, había finalizado sus estudios de bachillerato en 1983 pudiendo ascender por consiguiente al nivel de educación superior.

A juicio de la Corte, tales comunicaciones por parte del Ministerio de Educación aclaran la situación del ciudadano SABATINO CICIOTTI, concluyéndose que la divergencia existente entre la certificación de notas consignada al iniciar sus estudios en la Universidad y la certificación consignada a los efectos de su graduación existe en virtud de que las mismas se refieren a diversas evaluaciones, la una, a las originales calificaciones obtenidas; la otra, a las calificaciones obtenidas en los exámenes que posteriormente, por causas ajenas a su voluntad, se vio obligado a presentar.

En este sentido, la copia de la certificación de notas que cursa en el expediente al folio 62 y reverso, demuestra que el ciudadano SABATINO CICIOTTI si finalizó el bachillerato en el año 1983, pudiendo proseguir sus estudios en el nivel de educación superior. Ello concuerda por completo con la explicación dada por el Ministerio de Educación en el oficio antes transcrito.

Considera la Corte, pues, que las dudas acerca del supuesto curso paralelo del bachillerato y la carrera de Derecho por parte del ciudadano SABATINO CICIOTTI quedan dilucidadas y en consecuencia no habrían razones para que el referido ciudadano, quien en principio cumplió todos los requisitos exigidos por la ley para acceder al título de abogado, fuere privado del mismo. Siendo ello así, al impedir injustificadamente la Universidad de Carabobo que el ciudadano SABATINO CICIOTTI obtenga el título de abogado, cuando ha cumplido con los requisitos necesarios para obtenerlo, vulnera su derecho a la educación. Ello es tanto mas evidente si se considera que la Universidad conocía perfectamente la situación del Br. Ciciotti y la Dirección de Control de Estudios había requerido ya que la información a la Dirección de Apoyo Docente desde el año de 1980 con relación al accionante y conociendo su situación le habían sido otorgado las constancias respectivas y no es sino hasta un día antes del acto académico cuando la universidad pretende hacer valer “dudas” para impedir su graduación.

CSJ-SPA (517) 30-07-98, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo, PT, N° 7, julio 1998, pp. 57-59.

Los artículos 55 y 78 invocados por el accionante en fundamento de su acción, reconocen el derecho fundamental a la educación, y disponen expresamente lo siguiente:

Nótese del primer párrafo del artículo 78 citado, que el acceso a la educación en sentido estricto no tendrá “*más limitaciones que las derivadas de la vocación y de las aptitudes*”, y a ello debe atenerse en su actuación la administración educativa (en nuestro caso, la Facultad de Ciencias de la Universidad Central de Venezuela), porque en ello encuentra su núcleo esencial, en parte, el derecho fundamental a la educación.

Por tanto, cualesquiera otros requisitos o consideraciones distintos a los antes mencionados de vocación y aptitud, bien de carácter legal, reglamentario o administrativo, serán (en todo caso) de forma y oportunamente subsanables durante la tramitación administrativa correspondiente, pero nunca y bajo ningún pretexto, podrán impedir el acceso a la educación, puesto que de lo contrario violarían flagrantemente el texto expreso denotado de nuestra Carta Magna.

Con este criterio, la Sala reafirma jurisprudencia de fecha 13 de agosto de 1987, caso: *Katiuska Díaz contra el Instituto Venezolano de la Audición y el Lenguaje y el Ministerio de Educación (Gaceta Forense N° 137, Vol. I, pp. 238 y ss.)*, quien accionó en amparo contra la medida de suspensión temporal de sus estudios por razones de aptitud mental:

“Es cierto que, conforme al artículo 78, todos tienen derecho a la educación, pero el mismo está limitado por razones de locación y aptitudes. Y en el caso de autos, no es que se ha impedido o coartado el derecho a la educación que tiene el recurrente, sino que se produjo una decisión por virtud de la cual fue suspendida y se recomendó un tratamiento psicoterapéutico. Entonces no hay una violación franca, directa y concreta de este precepto, pues se trata de una situación que debe ser analizada y examinada: la legalidad o no de las medidas tomadas, y por eso es por lo que en el mismo recurso se invoca la posible violación de disposiciones de la Ley Orgánica de Educación, lo que quiere decir que la infracción del artículo 78 sería indirecta”. (*Ibidem*. Sentencia de esta Sala, de fecha 30-7-92, caso: *CEDEA*).

CSCA 7-4-2008, Magistrado Ponente: Emilio Ramos González, Caso: Kenny Daniel Estévez Perdomo vs. Comisión de Estudios de Postgrado de la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela. RDP N° 114, 2008, pp. 125-126.

El derecho a la Educación, como todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto e ilimitado y su ejercicio implica el reconocimiento y garantía de otros derechos.

...Sobre este particular, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela preceptúa en su artículo 102 el derecho a la Educación, como un derecho de todos los ciudadanos, el cual está orientado a la preservación de una sociedad democrática, basada, entre otros valores, en la participación activa de ésta y en el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros que la conforman como un deber social fundamental, democrático, gratuito y obligatorio, garantizado por el Estado, quien lo asume como una función “(...) indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades (...)”.

De hecho, en principio nuestro sistema educativo se encuentra regulado, entre otros instrumentos legales, por la Ley Orgánica de Educación, la cual establece las directrices y bases para la “(...) orientación, planificación y organización (...)” de dicho sistema (artículo 1), conforme al cual todo ciudadano tiene derecho a “(...) recibir una educación conforme con sus aptitudes y aspiraciones, adecuadas a su vocación...sin ningún tipo de discriminación (...)”, para lo cual el “(...) Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados (...)” a fin de “(...) garantizar el máximo rendimiento social del sistema educativo y de proporcionar una efectiva igualdad de oportunidades educacionales (...)”. (Artículo 6) (*Vid.* Sentencia Número de fecha 20 de septiembre de 2001, caso: *José Antero Garfidez contra la Universidad Central de Venezuela*, Expediente Número 00-2839, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Los derechos fundamentales en su totalidad, y aún separadamente, no han podido y no podrán ser derechos ilimitados, ello en razón de que el titular de esos derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que forzosamente ha de vivir, convivir y relacionarse socialmente, conectándose con ello las reivindicaciones indispensables de la comunidad, todo ello siempre dentro del marco constitucional.

Conforme a ello, corresponde señalar que el derecho a la Educación, como todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto e ilimitado y su ejercicio implica el reconocimiento y garantía de otros derechos, sobre este particular la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia declaró mediante sentencia número 03075 de fecha 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Lucy Núñez Burgos*) lo siguiente:

“(...) Con relación a la presunta violación del derecho a la educación, observa la Sala que dicho derecho no es absoluto, toda vez que debe ser ejercido en el marco del sistema educativo organizado por el Estado, y posteriormente por cada Institución Educativa, a través de la ley correspondiente, en este caso la Ley de Universidades y sus Reglamentos (...)” (Resaltado de esta Corte). Por su parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 1509 de fecha 13 de agosto de 2001, (Caso: *Gian Carlo Seguro Laurentin contra la Universidad Central de Venezuela*), que el Derecho a la Educación es

“(...) un derecho constitucional desarrollado por las leyes que rigen la materia, donde se establecen los requisitos que deben cumplir los estudiantes de postgrado que cursan una determinada especialidad para adquirir el título al cual aspiran (...)” (Resaltado de esta Corte).

4. *La educación en el marco del sistema educativo*

CPCA 13-08-92, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, Caso: Varios vs. Universidad de Oriente, RDP N° 51, 1992, pp. 99-101.

El derecho a la educación no es un derecho ilimitado e incondicionado, sino que debe ser ejercido dentro del marco del sistema educativo organizado por el Estado.

Pasando ahora a examinar las denuncias formuladas inicialmente por los quejosos, se observa que se trata de la violación de dos derechos constitucionales: el derecho a la educación y el derecho a la defensa.

a) En primer lugar, imputan los accionantes al Consejo Universitario de la Universidad de Oriente el haberles violado, mediante la decisión tomada el día 14 de enero de 1992 de suspender la carrera de Ingeniería Agrícola, “el derecho social o garantía de estudiar, como así lo establece nuestra Constitución en sus artículos 78 y 80”. Añaden que “tal hecho insólito dejó en el aire, es decir, sin cupo y sin clases en la carrera de Ingeniería Agrícola a más de 100 estudiantes que ingenuamente, pero con gran espíritu de superación, se inscribieron para cursar dicha especialidad”. Al prohibirse la inscripción de las materias del pensum de estudios, se dejó “sin escolaridad a un vasto sector de estudiantes que ya habían cumplido con todos y cada uno de los requisitos obligatorios e indispensables para cursar dicha carrera y no otra, como se ha pretendido hacer”. En este último sentido, afirman que la recomendación de orientarlos hacia la carrera de Ingeniería Mecánica les cercena “sus legítimos derechos de continuar estudiando la carrera que con ilusión vocacional eligieron”.

Al respecto se observa que, en efecto, la Constitución –en los artículos 78 y 80, a que se refieren los actores regula la materia referente al derecho a la educación. En la primera de dichas disposiciones se consagra, en primer término, de manera rotunda, el enunciado general según el cual “todos tienen derecho a la educación”; luego, determina varias obligaciones que en la materia incumben al Estado, como la de crear y sostener establecimientos suficientes dotados, que garanticen a todos el acceso a la educación y la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y las aptitudes, así como la de la gratuidad de la educación impartida por tales establecimientos estatales, con las solas excepciones posibles, respecto de las personas provistas de bienes de fortuna, en los casos de la enseñanza superior y especial.

Por su lado, el artículo 80 no se destina propiamente a consagrar el derecho a la educación, sino que, por el contrario, establece una suerte de condicionamiento al mismo, derivado de los fines que la educación deberá tratar de lograr. Así, por una parte, la comentada disposición enumera cuáles han de ser esos fines: el pleno desarrollo de la personalidad, la formación de ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia, el fomento de la cultura y el desarrollo del espíritu de solidaridad humana; y, por otra, otorga al Estado la función de orientar y organizar el sistema educativo para lograr el cumplimiento de tales fines.

De tal manera que el derecho a la educación, que a todos nos corresponde, debe ser ejercido dentro del marco de ese sistema educativo organizado por el Estado. Dicho sistema está normativamente definido en sus grandes rasgos en la Ley Orgánica de Educación; ésta lo estructura en diversos niveles, uno de los cuales es el de la educación superior, para la cual el mismo texto legal establece las reglas y principios básicos y luego remite a la ley especial, así como a los reglamentos correspondientes, para completar el desarrollo del régimen jurídico aplicable a dicho nivel.

La ley especial es la Ley de Universidades, en la cual se establece la organización y el régimen de la enseñanza universitaria. Es, pues, dentro de este marco legal donde debe desenvolverse el ejercicio del derecho a la educación, por lo que respecta específicamente al nivel superior del sistema educativo.

En el caso *sub judice*, el atentado que habría cometido el Consejo Universitario de la Universidad de Oriente contra el derecho a la educación de los accionantes consistiría –según ellos lo denuncian en haber suspendido la carrera de Ingeniería Agrícola, en la que ellos habrían venido cursando estudios. Tal decisión habría traído como consecuencia –según afirman– el dejarlos “sin escolaridad”, “sin cupo y sin clases”. Ahora bien, observa la Corte que de las actas procesales se desprende inequívocamente que ello no es cierto: el informe del Vicerrectorado Académico –cuya aprobación por parte del Consejo Universitario constituye el acto contra el cual procede la presente acción– recomienda prohibir la apertura de materias del pensum de Ingeniería Agrícola, pero en ningún momento plantea la expulsión, suspensión o separación de los estudiantes que veía cursando asignaturas de ese pensum; por el contrario, la mayoría de las restantes recomendaciones formuladas en el informe tiene el propósito de resolver el destino y la reorientación que podría darse a dichos estudiantes, lo que presupone que los mismos continúan siendo alumnos de la universidad. De los mismos hechos narrados por los accionantes se desprende que el Consejo Universitario no ha tomado ninguna decisión que los prive de su condición de estudiantes.

No es cierto, pues, –a pesar del alegato de los accionantes– que el referido organismo haya podido violarle el derecho constitucional a la educación por la vía de impedirles la continuación de sus estudios en esa institución universitaria. Lo que sí ha sucedido –de acuerdo a los hechos narrados en la solicitud de amparo, no rebatidos por los representantes del Consejo Universitario– es que éste decidió “prohibir la apertura de materias del Pensum de Ingeniería Agrícola, hasta tanto se haga el estudio pertinente por parte de la Comisión designada al efecto”. El punto que debe analizar la Corte es, entonces, el de si el impedir a los actores continuar sus estudios de Ingeniería Agrícola constituye una violación a su derecho a la educación.

PCPA 27-01-94, Magistrado Ponente: Jesús Caballero Ortiz, Caso: Varios vs. República (Ministerio de Educación), RDP N° 57-58, 1994, pp. 192-193.

El derecho a la educación no es incondicionado e ilimitado, y su ejercicio debe efectuarse dentro del marco del sistema educativo organizado por el Estado.

Al respecto esta Corte observa que la Constitución en sus artículos 78 y 80, el primero de ellos alegado por los accionantes como violado, regula la materia referente al derecho a la educación. En la primera de tales disposiciones se consagra el enunciado general según el cual “todos tienen derecho a la educación”; luego, establece varias obligaciones para el Estado, verbigracia, la de crear y sostener instituciones educativas lo suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura. Por su parte, el artículo 80 establece ciertas limitaciones al derecho a la educación derivada de los fines que ese derecho debe alcanzar. Así, la misma Constitución enumera cuáles han de ser esos fines: el pleno desarrollo de la personalidad, la formación de ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia, el fomento de la cultura y el desarrollo del espíritu de solidaridad humana. Asimismo, el dispositivo le otorga al Estado la función de orientar y organizar el sistema educativo atendiendo a esos fines. Entonces, el derecho a la educación, de acuerdo a la propia Constitución, debe ser ejercido dentro del marco del sistema educativo organizado por el Estado, atendiendo a los fines antes citados.

Es con ese fin, de organizar el sistema educativo, que se ha dictado la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, entre otros instrumentos normativos, los cuales establecen un conjunto de normas que definen y limitan el derecho a la educación, atendiendo a los principios consagrados en la Constitución. Dentro de ese marco legal se desenvuelve la modalidad de educación de adultos. En efecto, la Ley Orgánica de Educación en sus artículos 39 al 43 regula lo referente a la educación *de* adultos y su Reglamento General en los artículos 39 al 47.

El artículo 44 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Educación establece.

“Las actividades correspondientes a esta modalidad según su naturaleza y características, podrán desarrollarse en días no laborables y en cualquier tipo de horario, previa autorización del Ministerio de Educación”

De la norma transcrita se observa que el Ministerio de Educación, para la modalidad de educación de adultos, podrá autorizar a los institutos que se dediquen a ello para realizar actividades los días no laborables. Por tanto, en virtud de tal potestad, el Ministerio de Educación puede otorgar dicha autorización y, obviamente negarla a quien la solicite e incluso suspenderla o dejar sin efecto las ya acordadas, virtud de lo dispuesto en el artículo 43 del mismo Reglamento conforme al cual s actividades de la modalidad de educación de adultos que desarrollen las personas naturales o jurídicas del sector privado quedan sujetas al cumplimiento de los requisitos que al efecto se establezcan y a la supervisión y control del Ministerio de Educación. En consecuencia, el derecho a estudiar bajo la modalidad de educación de altos, los días no laborales encuentra su limitación en la autorización del Ministerio de Educación antes aludida y en las potestades de supervisión y control que tal materia le ha sido otorgadas.

En el caso *sub examine* el Director General del Ministerio de Educación dictó una circular el 8 de octubre de 1993 en la cual ordena a las Zonas Educativas que suspendan los permisos de funcionamiento de los planteles de la modalidad de educación de adultos los días sábados y domingos, así como dejar sin efecto los permisos concedidos. Con tal actuación, aducen los accionantes, se les ha cercenado su echo a la educación y, en consecuencia, su derecho al libre desenvolvimiento de personalidad porque se inscribieron en instituciones que se dedican legalmente a educación de adultos para cursar estudios y obtener el título de bachiller, aspiración que pretenden realizar con fundamento en la existencia de instituciones destinadas a tal fin y con debida autorización para actuar.

Al respecto observa entonces esta Corte que la referida circular no cercena el derecho a la educación que les garantiza la Constitución a los accionantes, toda vez mediante ella no se está suprimiendo o declarando extinguida la modalidad de duración de adultos, sino que se está restringiendo la facultad de determinadas instituciones educativas en tal modalidad para desarrollar actividades los días no laborables, pues esas actividades están sujetas a la autorización del Ministerio de Educación, así como a su supervisión y control. Efectivamente, la suspensión de los permisos para desarrollar actividades los días sábados y domingos no impide que los estudiantes puedan ejercer su derecho a la educación bajo la modalidad de educación de adultos pues, como se expresó, dicha modalidad no ha sido suprimida. Como antes dejó sentado, el derecho a la educación no es incondicionado e ilimitado, sino que ser ejercido dentro del marco del sistema educativo organizado por el Estado y así se declara.

CPCA 6-05-94, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, Caso: Varios vs. Universidad Centrooccidental “Lisandro Alvarado”, RDP N° 57-58, 1994, pp. 195-196.

Al respecto debe señalarse que ciertamente el derecho a la educación está consagrado en los artículos 78 y siguientes de la Constitución, pero no como un derecho absoluto, ya que la educación ha de impartirse dentro de un sistema que debe ser estructurado y regulado por el Estado, a fin de que cumpla con los fines que la misma Constitución le asigna; de manera que el derecho a la educación debe ejercerse dentro del marco de ese sistema educativo, sometido a las condiciones que establezcan las leyes.

Ahora bien, dentro del subsistema educativo referido al nivel superior, la Ley de Universidades contempla un régimen disciplinario aplicable a los estudiantes. No puede afirmarse, por tanto, que la aplicación de una sanción a un estudiante, ni siquiera la de expulsión temporal, sea violatoria *per se* de su derecho al estudio. Tal expulsión podría serlo en un caso concreto, si hubiera sido aplicada con desconocimiento del régimen disciplinario vigente; pero en el caso de autos, ello no ha sido alegado en relación con el estudiante Vidal Castro. Lo que se alega como fundamento de la pretendida violación es que dicho estudiante ya cumplió con todos los requisitos para obtener su título.

Pero tal circunstancia, la cual se encuentra por lo demás demostrada en el expediente, no es obstáculo para que a un alumno –que continúa siéndolo, mientras no se gradué– le sea aplicable el régimen disciplinario.

No hay, pues, elemento alguno en autos que permita afirmar que se violó por esta circunstancia el derecho al estudio al referido ciudadano. Así se declara.

IX. EL DERECHO A EDUCAR (LIBERTAD DE ENSEÑANZA)

Artículo 104 C. La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de comprobada idoneidad académica. El Estado estimulará su actualización permanente y les garantizará la estabilidad en el ejercicio de la carrera docente, bien sea pública o privada, atendiendo a esta Constitución y a la ley, en un régimen de trabajo y nivel de vida acorde con su elevada misión. El ingreso, promoción y permanencia en el sistema educativo, serán establecidos por ley y responderá a criterios de evaluación de méritos, sin injerencia partidista o de otra naturaleza no académica.

C. 1961, art. 81

Artículo 106 C. Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste.

CFC – SPA 5-6-41, M. 1942, p. 214

Entre los derechos reservados a los venezolanos por nacimiento se encuentra el de enseñar la Historia de Venezuela.

1° La libertad del trabajo y las industrias, a juzgar por el contenido del propio ordinal 8° del artículo 32 de la Constitución que la garantiza consiste en que no se concedan monopolios para el ejercicio exclusivo de ninguna industria, y el hecho de que se prohíba a determinadas personas la enseñanza de la Historia de Venezuela no constituye monopolio. Además, el ordinal 9° del citado artículo estatuye que la libertad de industria y la de trabajo no tendrán más limitaciones que las que impongan el interés público y las buenas costumbres; y dada la importancia que tiene la historia de la República, así como el respeto y veneración por los hombres que la crearon o le han dado fama y gloria, vinculados a los fundamentos de la nacionalidad venezolana, bien pudo considerarlos el Legislador de interés público, estableciendo de consiguiente limitaciones en cuanto a las personas encargadas de enseñarla.

2° La libertad de enseñanza de que habla el ordinal 15° citado no puede interpretarse como derecho absoluto de enseñar cada quien lo que a bien tenga y en la forma que le plazca, sin limitaciones de ningún género, por razón de moral, patriotismo, orden o interés público, ...máxime cuando esa enseñanza tiene relación con el público, es decir, cuando se pretende dar en institutos educacionales privados o públicos. La enseñanza sin control, reglas o limitaciones ocasionaría inconvenientes y perjuicios diversos al público y a los particulares y tal no puede ser el espíritu y alcance del ordinal mencionado.

CFC – SPA 16-12-40, M. 1941, pp. 287-290

La libertad de enseñanza no puede ser absoluta, ilimitada, irrestricta y exenta de todo control, vigilancia e inspección estatal.

La cuestión de la enseñanza ha sido materia asaz debatida en el decurso de los tiempos, tanto que, de simple especie supeditada a conceptos superiores, vino a convertirse, por fuerza de las circunstancias, en una figura de condigna jerarquía erigida en el primer plano constitucional de casi todos los países.

Ya en la “República de Platón” aparece un sistema de educación común suministrada por el Estado e impartida a todos los niños. Y en la “Política” de Aristóteles preconízase “una educación adecuada” como necesaria a las funciones del gobierno y a las formas de gobernar.

Más, fue en Roma donde apareció la llamada “libertad de enseñanza”. “Entre nosotros -escribe Cicerón- la educación no está regulada por las leyes, ni es pública, ni común, ni uniforme para todos” (De República, IV, 3°).

Con todo, algunos emperadores romanos se dieron a la tarea de ensayar cierta política docente, que no llegó a implantarse con contornos definidos porque advino después el ingente poder de la Iglesia que en la Edad Media monopolizó todas las actividades al respecto. Toda otra autoridad quedaba excluida en la materia. Eran los prelados quienes otorgaban licencias para enseñar; y la facultad de conferir grados académicos se obtenía por disposición de los Papas. De allí que las gloriosas Universidades nacidas a la sombra de los claustros, se constituyeran en dueñas únicas del saber y en depositarias de la ciencia, hasta que la reforma de Lutero, proclamando el libre examen, confiere al Estado la dirección suprema de la educación, conservada por éste a través de la llamada Escuela del Derecho Natural del siglo 17 y de la filosofía enciclopedista del siglo 18.

Por último, se llega a los Estados constitucionalistas, y la enseñanza se bifurca entonces en una cuestión social, de aspectos económicos y éticos y de fases pedagógicas y prácticas. Entre éstas se encuentran la que impone al Estado la obligación de enseñar por medio de escuelas oficiales, y la que lo autoriza para reglamentar e inspeccionar la enseñanza, en cuanto concierne a los establecimientos particulares abiertos al público.

Y ya aquí se está frente al problema que ahora se discute:

¿Tiene o no el Estado el derecho de intervenir en todo lo relacionado con la enseñanza privada, esto es, suministrada de institutos particulares, en la reforma y medida establecidas en la Ley de Educación Nacional vigente?

Para resolver la cuestión, de acuerdo con el ordenamiento constitucional venezolano, precisa determinar el alcance de la facultad de legislar reservada al Poder Federal en el Pacto de la Unión, alcance que fácilmente pueda determinarse considerando en primer término las características esenciales de toda Ley. Y puesto que las Leyes, en nuestro sistema constitucional, poseen ínsitivamente el atributo de la generalidad -dentro de su respectiva órbita-, es obvio que el Poder Legislativo, dueño como es de la facultad de legislar sobre educación nacional (Art. 77, inc. 21), puede ejercitar en el punto los poderes inherentes a dicha facultad.

Ahora bien, ¿qué quiere decir la garantía de la libertad de enseñanza? ¿Cuál es su alcance? ¿En qué consiste?

Los impugnadores de la Ley de Educación responden diciendo que esa garantía implica la libertad absoluta, ilimitada, irrestricta, sin trabas, sin obstáculos, sin impedimentos, sin cohibiciones; exenta de todo control, de toda vigilancia, de toda inspección. Con tales atributos, la libertad de enseñanza parece enseñorearse sobre todas las garantías constitucionales, al punto de erigirse en la más soberana deidad.

Así la conciben los peticionarios: Lugo Martínez, cuando dice: “*La libertad, en cualquier orden que sea, significa carencia de toda traba o impedimento, que cohibe o limite el ejercicio de alguna actividad humana; aquí significará carencia de todo impedimento que limite o cohiba el ejercicio de la enseñanza*”. E Izquierdo, al exclamar: “*En Venezuela puede enseñarse lo que a bien se tenga y de la manera como se quiera*”.

¡Pero, no! De ser así, el Estado dejaría de cumplir uno de sus atributos esenciales, uno de sus fines permanentes, ya que no es posible la autonomía política de un país sino mediante la culturización de sus miembros, iniciada en la escuela primaria con la obligatoriedad de la instrucción, deber que comporta para el Estado el derecho de intervenir directamente en la materia.

Cuando la soberanía popular garantiza, por órgano del constituyente, la libertad de enseñanza, no autoriza que en Venezuela se enseñe “lo que a bien se tenga y de la manera como se quiera”, ni que la enseñanza se imparta de manera desenfrenada y arbitraria; lo que hace es prohibirle al legislador el otorgamiento de privilegios y prerrogativas en la materia; el establecimiento de preceptos que comporten el derecho exclusivo a favor de cualesquiera personas o instituciones, incluso el propio Estado, para enseñar; lo que hace, en síntesis, es prohibir el monopolio; pero de ninguna manera, tal garantía impide al Estado disciplinar la enseñanza en forma conveniente al interés social, siempre que se trate a todos por igual; siempre que todos los institutos docentes, ya sean del Estado o de particulares, estén sometidos a la misma regulación.

Porque el Estado es un todo armónico que tiende a la felicidad general. No se concibe que el Estado, persiguiendo ese fin, pueda regular para sí el juego de sus actividades en materia educativa, estableciendo requisitos para el ejercicio de la función docente que le compete, y reglamentando los estudios por él suministrados; y, en cambio, no le esté permitido intervenir en la enseñanza impartida por los particulares, para someterla a la misma regulación, al mismo control y a las mismas exigencias establecidas para sus propios institutos. Esto querría decir que, en materia de educación, el Estado no tiene los mismos derechos que los particulares, lo cual es una concepción absurda, un contraprinzipio repugnante, pues siendo el Estado, precisamente, quien debe regular las actividades de todos sus miembros, no se explica cómo las suyas propias puedan estar supeditadas a éstas.

Además, la garantía de la libertad de enseñanza no sufre lesión alguna cuando su ejercicio es regulado conforme a normas que alcanzan a todo el grupo social, en beneficio y para seguridad de todos los administrados. Se menoscabaría, sí, esa garantía, si el legislador dispusiera que los institutos privados están exento de toda regulación, de todo control, cuando los del Estado, por el contrario, deben sujetarse a los trámites establecidos por la Ley. Más que absurda, la legislación que tal dispusiese subvertiría todos los principios, sometidos así a un régimen anárquico. Entonces sí se habría caído en el extremo temido por los impugnadores de la Ley de Educación; en el monopolio de hecho que surgiría de la desigualdad de obligaciones por parte del Estado y de los particulares. Nadie se sometería de buen grado al cumplimiento de trámites y requisitos, obligatorios en los institutos del Estado, si la enseñanza puede obtenerla en los institutos privados, libre de toda cortapisa.

CFC – SPA 16-12-40, M. 1941, pp. 290-295

El ejercicio de la libertad de enseñanza no puede ser ad-libitum, sino que debe ser reglamentado por la Constitución y la Ley.

La libertad de enseñanza no es, en puridad, un derecho genérico, sino una forma específica, más bien, una modalidad de algunos derechos individuales, como la libertad de trabajo, la libertad de expresión, la libertad de reunión, que, por su importancia, fueron considerados siempre como *desiderátum* de las aspiraciones sociales. De ahí que las Constituciones los hayan establecido, erigiéndolos en “estado de derecho”, cuyas normas, permanentes y firmes, requieren el más profundo respeto.

Pero esos derechos no pueden ejercitarse *ad libitum*. Su ejercicio debe ser reglamentado, el de unos, por la misma Constitución; el de otros, por la Ley; y el de alguno -como el de tránsito- por ordenanzas de carácter municipal. Porque hay diferencias enormes entre unos y otros, esto es, en la importancia y la significación de ellos. Es obvio que no puede establecerse la policía de las ideas como se establece, por ejemplo, la policía del tráfico. Empero, ello no podría hacerse en lo tocante a la libertad de prensa, que es un aspecto de la libertad de pensamiento.

La reglamentación de aquellos derechos que en su ejercicio pueden comportar la obstrucción de unos por el abuso de otros, requiere una armonización perfecta; y la finalidad primordial que lleva esa armonización es asegurar a cada uno la plenitud de sus derechos en la medida que no afecte los derechos de terceros ni los de la sociedad; porque “el derecho de nuestros tiempos no tiene como única finalidad el hombre atomísticamente considerado, sino que admite la presen-

cia de un derecho en la sociedad orgánicamente considerada con una personalidad que le permite también tener voluntad jurídica y actual, en el campo de la convivencia”. De ahí, que la reglamentación de los derechos debe siempre ser “adecuada a su fin”.

En el caso de autos, está en juego el problema de la libertad de enseñanza, planteado desde el punto de vista constitucional; pero, se le enuncia de un modo fragmentario y parcial, parcial en la doble acepción del vocablo. De esta manera, se desfigura y desnaturaliza el concepto, porque con la expresión “libertad de enseñanza”, se pretende abarcar el problema constitucional, pero sin los aspectos morales y sociales contenidos en él. Porque la expresión “libertad de enseñanza” no encierra un concepto aislado; por el contrario, comprende dos derechos perfectamente delimitados, y, si bien correlativos, contradictorios algunas veces: tales son el derecho de enseñar y el derecho de aprender.

Antes se ha dicho que el derecho de enseñar es una forma específica del derecho genérico de trabajar; y así es, en efecto. Enseñar no es más que el ejercicio de una profesión o de un oficio. Y si ha merecido tanta preeminencia en la historia constitucional es sencillamente porque había de liberar a la enseñanza en los países civilizados de la gran influencia del dogma. Sólo así se explica que no siendo sino una modalidad del trabajo, se le haya erigido en una figura autónoma, pareada en la Constitución con los derechos superiores de donde se deriva. Tanto es así que tan importante como enseñar es el derecho de curar, ya que la sociedad no puede estar más interesada en la cultura que en la salud de sus miembros. Pero, hay una diferencia inmensa entre los dos: más urgente, más importante que el derecho profesional del médico para ejercer su misión, o el del docente para ejercer la suya, es el derecho que el hombre tiene a la salud y que el niño tiene a la libre expansión de su personalidad.

“Sería curioso -ha dicho un pensador americano- que so pretexto del derecho de curar los médicos pudieran dañar la salud de sus pacientes, pudieran alterar su anatomía, pudieran impedir el normal funcionamiento de su organismo”: Y lo que se está sosteniendo ahora se parece mucho a esa absurda superioridad del derecho de ejercer su profesión por parte del médico sobre el indudable y fundamental derecho que tiene cada individuo a la salud. El derecho que pueda tener el que enseña para ejercer su profesión, que sería estrictamente la llamada libertad de enseñar, es insignificante frente al derecho que tiene el niño al desarrollo de su personalidad sin deformación alguna. El derecho de aprender es el fin y el de enseñar es el medio que le está subordinado.

“También los padres chinos pudieron invocar la libertad de imponer a los pies de sus hijos el boreguí deformador, con igual derecho que lo invoca esta pretensión de deformar el espíritu del niño en la edad que, por ser tierna, admite todas las deformaciones, y en vez de respetar los derechos del niño, que ya son un evangelio laico, la personalidad del niño, que es el derecho que tiene la sociedad a la cultura y al progreso integral, se le pretende deformar, invocando el ejercicio de una profesión que al fin y al cabo es tan lucrativa, por noble que sea su finalidad, como cualquiera otra profesión, puesto que hay mucha gente que vive de ella”.

Por otra parte, la libertad de enseñanza, bien se le considere desde el punto de vista del derecho de enseñar, o bien como expresión del derecho de aprender, constituye a todas luces un aspecto particular de la libertad de opinión, es decir, de la libertad de comunicar a los otros lo que se sabe, lo que se piensa y lo que se cree; y ésta, como todas las libertades, tiene por límite la libertad ajena. A nadie se le ocurriría negar la capacidad del Estado para reglamentar la libertad de opinión expresada por medio de la prensa; y, en efecto, existen leyes reglamentarias de esa garantía. Sigue de aquí que, en tratándose de la libertad de enseñanza, que no es sino una modalidad de aquélla, el Estado puede y debe intervenir para reglamentarla, pues lógicamente, lo que es verdad para el todo lo es para sus partes.

Por último, la libertad de enseñanza implica la libertad de reunión, pues sin ésta aquélla no podría ejercitarse: nadie podría aprender ni enseñar -por lo menos en la faz primaria- sino mediante la comunicación personal entre aprendiz y maestro.

Ahora bien, la libertad del trabajo; la libertad de pensamiento manifestado de palabra, por escrito o por medio de la prensa; y la libertad de reunión, -derechos genéricos en los cuales está comprendido el derecho específico de enseñar- tienen limitaciones impuestas por la misma Constitución. No se comprende, por tanto, cómo la parte pueda ser intangible si el todo no lo es.

Por ello, expresa Duguit: “Si es cierto que la libertad de enseñanza debe ser, indiscutiblemente, reconocida con todas sus consecuencias, no lo es menos que, como todas las libertades, debe ser reglamentada por el Estado, que puede y debe establecer ciertas restricciones para su ejercicio, restricciones que no pueden tener otro fundamento ni otros límites que los impuestos a las demás libertades. El Estado puede y debe, por lo tanto, restringir la libertad de enseñanza en la medida que sea necesario para proteger y garantizar los derechos individuales de todos”. Y agrega: “¿Puede el Estado exigir de aquellos que quieran abrir una escuela o dedicarse a la enseñanza ciertas condiciones de capacidad profesional que el propio Estado se reserva determinar y acreditar? Es evidente que este derecho del Estado no puede ser controvertido. De la misma manera que para ciertas profesiones (abogados, médicos, farmacéuticos) exige el Estado condiciones de capacidad acreditadas por diplomas o títulos expedidos por el mismo, parece lógico que pueda y deba exigir de aquellos que dirijan una escuela o se dediquen a la enseñanza, además de ciertas garantías de moralidad, condiciones indudables de la capacidad profesional, pedagógica y científica”...

La Corte considera que en las impugnaciones dirigidas contra la Ley de Educación Nacional, se desfigura y adultera el concepto que informa la libertad de enseñanza y la intervención del Estado en lo tocante a su reglamentación, considerándose como atentatoria contra los derechos individuales, como violatoria de la garantía constitucional, porque según los impugnadores tiende a absorber las actividades de los particulares, y a constituir, por ende, un monopolio a favor del Estado. Craso error. El monopolio significa, en materia educacional, el derecho exclusivo de impartir la enseñanza; y la Ley de Educación vigente, objeto de las censuras en estudio, lejos de atribuir al Estado el privilegio de enseñar, con exclusión de los demás, preconiza y consagra la libertad, en el punto. “El Estado venezolano considera la educación como un proceso integrador del individuo desde el punto de vista de su desarrollo biológico y de su desenvolvimiento mental y moral. Como fines primordiales el Estado asigna a la educación pública los de levantar progresivamente el nivel espiritual y moral de la Nación venezolana, adiestrar a los ciudadanos para el desarrollo de su capacidad productora, intelectual y técnica y fortalecer los sentimientos de cooperación y solidaridad nacional”, proclama el artículo 1º de la mentada Ley; concepto éste complementado con el contenido en el artículo 2º: “La enseñanza es libre, por lo cual toda persona tiene facultad de fundar cátedras o establecimientos docentes para enseñar en ellos, sin más limitaciones que las contenidas en la Constitución de la República”.

Y es porque habiendo libertad para adquirir la enseñanza, los ciudadanos pueden elegir a su árbitro entre todos los establecimientos que la impartan, así del Estado como de particulares, aquél o aquellos que más les satisfagan por su reconocida eficacia. Sin contar con que la competencia que surja entre esos institutos ha de repercutir forzosamente en favor de conglomerado social, ya que tendrá la virtud de despertar una loable emulación que habrá de traducirse en el mejoramiento de los sistemas practicados. Y es obvio que esa competencia no podría apoyarse sino sobre la más absoluta igualdad en cuanto a las garantías oficiales, pues de otra manera se atentaría contra uno de los principios básicos del gobierno democrático y en el tiempo, su naturaleza fija y uniforme y las condiciones de irreparabilidad que siempre lleva aparejadas, se observa fácilmente que la naturaleza de ese acto se identifica con la del acto público, conforme a la definición y alcance de éste, ya que de él se derivan las más importantes consecuencias para la sociedad. Por donde se sigue que, bajo este aspecto, se justifica ampliamente, también, que la gestión, vigilancia y organización de la enseñanza corresponda al Estado.

Pero, esto no quiere decir, en modo alguno, que el Estado se valga de la escuela, como un medio de poder político, para mantener su autoridad, absorbiendo las actividades del individuo. De ninguna manera; pues ello, si se explica perfectamente en los Estados totalitarios, en los que el Gobierno está en manos de una clase determinada, no tiene razón de ser en un Estado de régimen constitucional democrático, como el nuestro. Allí donde no gobierna sino una minoría organizada, es obvio que la educación, dirigida por el Estado, está al servicio de tales intereses, y, en consecuencia, no satisface ni puede satisfacer los intereses de los demás grupos sociales que componen

la nación: sólo aprovecha a la clase dominante. Pero en los Estados democráticos, que no están basados en una concepción unitaria de la sociedad, por la desigualdad de situaciones y de agrupaciones humanas, la intervención estatal tiende más bien a procurar y mantener la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos.

Las diferentes agrupaciones en los Estados democráticos, que tienen necesidades, ideas y tendencias particulares, y el interés colectivo que exige soluciones satisfactorias para la totalidad de los ciudadanos, transfieren al Estado la función educacional de la cual se derivan consecuencias notables, ya que siendo éste la expresión soberana de la sociedad, su poder, colocado por encima de los grupos particulares, puede asignar y asigna a la educación fines generales, de acuerdo con la naturaleza de los individuos, sorteando las diferencias, y sustrayéndola a las pretensiones parciales, políticas y religiosas de los diferentes grupos y de los ideales secundarios de sectas y partidos existentes dentro de la gran comunidad nacional. Sólo así; actuando de la manera expuesta, es decir, como regulador de todos los grupos en que se divide la sociedad, es como puede el Estado asumir y desempeñar el gran papel que le corresponde en la educación, y convertir la lucha en armonía, mediante una síntesis de todos los elementos de desintegración, con la consiguiente subordinación del interés individual al interés colectivo.

Ahora bien, por la Ley impugnada el Estado no asume el monopolio de la educación en Venezuela, sino que señala la manera como debe ejercitarse el derecho de enseñar; fija el mínimo de educación que los individuos deben adquirir, mediante programas especiales; organizan el control de ella por medio de pruebas y exámenes; crea los órganos necesarios para hacer efectiva y eficiente la educación; e indica los fines generales perseguidos por la sociedad venezolana con su sistema educativo, distintos de los fines particulares de cada individuo o grupos de individuos, fines que son obligatorios para todos porque de ellos depende el progreso y estabilidad de las instituciones patrias y el porvenir mismo de la Nación.

CFC – SPA 16-12-40, M. 1941, pp. 297-301

La intervención del Estado en la educación no implica la existencia de un monopolio.

La intervención del Estado en materia de educación obedece a razones fundamentales. Porque la enseñanza desempeña en las actividades de un país, y en su destino, el más ingente papel, ya que en ello le va su seguridad y hasta la propia vida.

Si la obra educativa careciera de importancia; si el sistema de enseñanza no descubriese el espíritu y el progreso de los pueblos, la libertad de enseñanza no habría merecido la preeminencia de ser colocada en el magno estatuto. Pero esta jerarquía que se le ha asignado no la releva de someterse a los fines del Estado, ni mucho menos, la convierte en elemento antagónico de esos fines. Que el Estado debe respetar las garantías constitucionales, es cuestión que no puede negarse; pero ello no quiere decir que, so color de un respeto profundo por las instituciones, éstas se adulteren, se deformen y hasta se prostituyan; y que gracias a esa libertad -libertad liberticida- los concurrentes del medio social discurran a su antojo y actúen en la forma que mejor les acomode.

Precisamente, la libertad de enseñanza se ha instituido para abolir monopolios seculares, para destruir exclusivismos odiosos; para construir y no para abatir; para sumar voluntades y no para disgregarlas. Fue el absolutismo lo que originó los derechos reputados como intangibles. Pero a medida que los pueblos se fueron percatando de los fines eminentes que les toca cumplir, la primitiva concepción, estrecha y rígida, fue cediendo el paso a las nuevas ideas y a los nuevos sentimientos, al punto de convertirse a la postre en provechosa convivencia. Esto quiere decir que la libertad de enseñanza proclamada en la Constitución es la antítesis del monopolio; es la prohibición al legislador de establecer privilegios en favor de determinadas personas o instituciones, incluso el propio Estado, como ya se ha dicho. Más, la intervención es concepto distinto de la noción del monopolio. Una cosa es arrogarse el derecho exclusivo sobre la enseñanza y otra es intervenir en ella para regularla, estableciendo los requisitos indispensables, iguales para todos, sin distinción de personas ni de grupos, pues el mismo Estado queda sometido a ellos. De ahí que

mientras el Estado o algún particular, cualquiera que sea la clase a que pertenece, no se arroge el derecho exclusivo de enseñar, es ocioso hablar de violación de la garantía constitucional.

Por el contrario, sí habría violación de la Constitución cuando -como lo quieren los postulantes- las reglas que el legislador ha establecido para disciplinar de una manera uniforme todos los planteles de enseñanza, se aplicarán únicamente a los institutos creados por el Estado, y no a los de los particulares. En tal situación, los establecimientos privados, extraños al régimen legal promulgado, serían, por lo mismo, inaccesibles a la eficacia de la Ley; y de esta guisa el Estado quedaría por debajo de los individuos o grupos particulares; lo cual, bajo cualquier aspecto que se le considere, es sencillamente absurdo.

Sin contar con que existe una manifiesta contradicción entre la libertad de enseñanza, absoluta, sin trabas, sin regulación y sin control -como lo piden los impugnadores de la Ley-, y la consecuencia única, inmediata y directa de esa libertad: la educación.

En efecto, ningún sistema educativo ni teoría pedagógica alguna podrían fundarse en la idea de que se pueden lograr éxitos en lo docente dejando al niño que siga por sí mismo el sistema que su discernimiento le indique, y luego, verificar sus conocimientos al fin de los estudios. Basta considerar que, entonces, el discernimiento no existe. Y como el Estado debe responder de la educación de sus miembros cuando la legaliza con la expedición de títulos y Diplomas, es necesario que la siga de cerca, estableciendo al efecto un sistema adecuado de eficiencia pedagógica. La responsabilidad del Estado conlleva para con él la sujeción estricta y constante a todo lo largo de la educación.

Esto está reconocido por la propia Iglesia Católica. En la Encíclica sobre la Educación cristiana de la juventud, Pío XI pronuncia estas palabras decisivas: 'El Estado puede exigir, y, por tanto, procurar que todos los ciudadanos tengan el necesario conocimiento de sus deberes civiles y nacionales, así como cierto grado de cultura intelectual, moral y física *que el bien común, atendidas las condiciones de nuestro tiempo, verdaderamente exijan*'; expresiones éstas que fueron comentadas por los Reverendos Padres de la Compañía de Jesús, en la publicación colombiana "Razón y Fe", de esta manera: "Al Estado, como poseedor de la autoridad suprema en lo temporal, *corresponde el derecho de coordinación, es decir, el de vigilancia y de regulación de todas las iniciativas educativas públicas y privadas*, para que mutuamente no se estorben y para que en todas ellas se garanticen las leyes de la higiene, las exigencias del orden público y los principios fundamentales de la moral cristiana y *de la vida social y las normas evidentes de una pedagogía racional*. Y como todo país civilizado ha de preparar sus ciudadanos para el ejercicio de las profesiones, ejercicio que puede comprometer, en bien o en mal, la seguridad o la salud física, *el Estado puede exigir a las instituciones docentes aquel cúmulo de condiciones de capacidad, medios económicos y recursos que garanticen una formación adecuada y sólida*".

Así también lo ha entendido el pueblo venezolano disponiendo por órgano de su legítimo representante, el Constituyente, que la libertad de enseñanza no es absoluta, pues debe ser moral y cívica y patriótica, gratuita y obligatoria; y organizando la Nación por medio de un pacto en el cual los Estados convienen en reservar a la competencia del Poder Federal la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales.

Las disposiciones que la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela dedica a la enseñanza, en orden de importancia, son las siguientes:

"Artículo 32. La Nación garantiza a los venezolanos:

15. La libertad de enseñanza.

"La educación moral y cívica del niño es obligatoria, y se inspirará, necesariamente, en el engrandecimiento nacional y la solidaridad humana. Habrá, por lo menos, una Escuela en cada localidad cuya población escolar no sea menor de treinta alumnos".

"Artículo 15. Los Estados convienen en reservar a la competencia del Poder Federal:

4°. ...la legislación *reglamentaria* de las garantías que otorga esta Constitución.

“9°. La legislación sobre Instrucción Pública.

“La instrucción primaria elemental es *obligatoria*, y la que se dé en Institutos Oficiales será *gratuita*”.

“Artículo 77. La Cámara de Diputados y la del Senado, al actuar como cuerpos colegisladores, tienen las siguientes atribuciones:

“21. Legislar acerca del Censo Electoral, EDUCACIÓN NACIONAL, Ejército y Armada Nacional, etc..”

“22. Legislar acerca de las demás materias enunciadas en *el número 4° del artículo 15*, y, en general, acerca de todas las que sean de la competencia federal”.

Tenemos, pues, en primer término, la garantía individual de la libertad de enseñanza, con los atributos de patriotismo, moralidad y civismo; luego, el pacto de las entidades que integran la Unión, por el cual se inviste al Poder Federal de la facultad de dictar la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales disponiendo que, en todo caso, la instrucción primaria debe ser, en general, *obligatoria*; y *gratuita*, la oficial; y finalmente, la atribución del Congreso de legislar sobre “Educación Nacional”, llamada antes “Instrucción Pública”. Además, “las profesiones que requieren título no podrán ejercerse sin poseerlo y llenar las formalidades que la ley exige”. (Inc. 10-Art. 32).

Ante el texto de los expresados preceptos constitucionales, surge la cuestión que ahora se discute, a saber: ¿Tiene el Estado venezolano el derecho de intervenir en la enseñanza que se imparta en el ámbito nacional, cualquiera sea su naturaleza y cualesquiera sean los individuos que la suministren? ¿Tiene el Estado el derecho de inspeccionar, vigilar y controlar las actividades ciudadanas en la enseñanza privada, o, por el contrario, viola el Estado el principio constitucional de la libertad de enseñanza cuando establece normas reguladoras para disciplinar esa garantía?

Los impugnadores de la Ley de Educación Nacional sancionada por el Congreso de la República en sus sesiones del presente año niegan al Estado el derecho de intervenir en la materia cuando la enseñanza es impartida por particulares, quienes, a decir de aquéllos tienen al respecto un derecho absoluto, ilimitado, intangible, y, por ende, pueden enseñar “*lo que a bien tengan y de la manera que quieran*”.

Esta tesis, de contenido y proyecciones acráticas, no se compadece con los atributos de la enseñanza a la luz de nuestro Derecho Constitucional -patriótica, moral y cívica-, los cuales son bastantes para persuadir al más remiso de que las características de intangibilidad y acratismo no son inherentes a la susodicha garantía.

En efecto, si la educación del niño, sobre ser moral y cívica, ha de ser patriótica, “*inspirada necesariamente en el engrandecimiento nacional y la solidaridad humana*”, como lo proclama la Constitución, ¿quién es que debe velar por el cumplimiento cabal de la altísima finalidad? ¿Pueden todos y cada uno de los ciudadanos, así sean nacionales o extranjeros, ser árbitros en la materia? Es al Estado, sin duda, a quien incumbe dirigir la escuela, para plasmar en realidad la mente del Constituyente y obtener con eficacia los beneficios perseguidos. Cuando la soberanía popular manifestada por el órgano legítimo del Constituyente expresa la voluntad de que la educación del niño se inspire necesariamente en el engrandecimiento nacional, es evidente que no considera al individuo como a un ser aislado, sino como miembro de la comunidad donde va a desarrollar sus actividades dando expansión a sus cualidades mentales, espirituales y físicas. De esta suerte, el perfeccionamiento particular de cada cual habrá de traducirse en mejoramiento colectivo, en progreso de la sociedad.

A esto se agregan las otras condiciones que el Constituyente juzgó necesario atribuir a la instrucción primaria: *obligatoria* y *gratuita*. Lo primero, porque el Estado, responsable de las actividades de quienes lo constituyen, tiene el deber -que es al mismo tiempo derecho- de dar a todos sus miembros un *mínimum* de conocimiento y una preparación adecuada para el cumplimiento de su deber social, que consiste en ser útiles a la sociedad de que forman parte. Lo segun-

do, porque sería imposible lograr el objetivo expuesto si el mismo Estado no proporciona los medios indispensables para ello.

Estos consisten, como fácilmente se comprende, en favorecer a los niños, sin distingos de rangos sociales, con una educación básica que los capacite, a todos por igual, para ejercitar el atributo primario de todo ciudadano en una verdadera democracia: el sufragio.

Así se explica por qué en el Derecho Constitucional venezolano la libertad de enseñanza no es un derecho ilimitado de los ciudadanos. Así se explica por qué el Constituyente ha autorizado a las Cámaras Legislativas para reglamentar esa garantía, de la misma manera que lo ha dispuesto con respecto a las otras cuya naturaleza lo permita.

CFC-SPA 16-12-40, M. 1941, pp. 312-318

El derecho Comparado muestra que la enseñanza está sometida al control y a la vigilancia del Estado.

...Por último, la Corte estima pertinente observar que en el Derecho Constitucional de todos los países indo-americanos, con excepción del Uruguay, y en el de la mayor parte de Europa, de regímenes democráticos, la materia de la enseñanza está sometida al control y vigilancia del Estado. Es ésta la única forma de libertad de enseñanza compatible con el sistema político de las democracias: la libertad de enseñar bajo ciertas condiciones comunes a todos. Estas condiciones son los medios de control establecidos por la Ley con respecto a los diversos grados de la enseñanza.

En tesis general, pero con referencia a Francia particularmente, he aquí como se expresa el calificado Profesor Buisson:

“El único sentido razonable de la palabra libertad aquí (en materia de enseñanza) como en cualquier otro terreno, es el ejercicio de un derecho que tiene por límite el derecho de los demás, quedando la sociedad como juez y garante del respeto recíproco de este límite entre una y otra parte. Es pues, no sólo legítimo, sino necesario que el Estado intervenga para asegurarse de que quien reclama la libertad de enseñanza no tiene sencillamente la intención de explotar al niño con el concurso de la indiferencia y de la ignorancia de las familias. Cada quien es libre de enseñar, pero a condición de llenar las obligaciones, de suministrar las garantías, las pruebas de capacidad y de moralidad que la sociedad considera como el *mínimum* de precauciones exigibles, so pena de entregar a la infancia o a la juventud en manos de impostores. Corresponde evidentemente a la Ley de cada país determinar las diversas condiciones del ejercicio de la libertad de enseñanza. Ellas no constituyen ni contradicciones al principio mismo de esta libertad, ni restricciones a su aplicación, sino simples medios de defensa contra los abusos que podrían producirse al amparo de la libertad misma violada por ellos. Los reglamentos de policía o de salubridad pública que prohíben ciertos actos peligrosos para la comunidad o que los subordinan a diversas garantías de seguridad, no han sido jamás reputados como atentatorios contra la libertad individual. De igual modo, la obligación de justificar una capacidad especial correspondiente a una profesión especial (la de enseñar) no es otra cosa que una medida de orden público que debe estar por encima del interés privado y contra la cual estaría mal protestar en nombre de una libertad superior que podría definirse -entonces- como la libertad de perjudicar a los demás sin ser molestado por nadie. En consecuencia, estimamos que, si siquiera hay lugar a discutir la tesis, insostenible desde su enunciado mismo, de una libertad de enseñanza primordial, absoluta e ilimitada...”

Refiriéndose a las naciones en donde la enseñanza ha sido privilegio exclusivo de la Iglesia o de instituciones surgidas de ella, expresa el mismo expositor: “En estos países, por una extraña inversión de los términos, que no obstante se explican bastante fácilmente como táctica de partido, la libertad de la enseñanza ha querido ser reivindicada por aquellos mismos cuyo monopolio ha sido extinguido o amenazado. Bajo la apariencia de libertad, se trataba esencialmente del poder: lo que se disputaban de una y otra parte no era el derecho abstracto de enseñar, era una

fuerte organización que permitía apoderarse poco a poco y enteramente de la juventud en todos sus grados. La libertad tan imperiosamente, y, a veces, tan elocuentemente reclamada por devotos adversarios de todas las libertades, era la de tratar de igual a igual con el Estado, de mantener, bajo el nombre de equivalencias, verdadera inmunidad; de perpetuar, so pretexto de derechos adquiridos, las antiguas prerrogativas... De aquí, la extremada complicación de los debates en los que los nombres significaban a menudo lo contrario de las cosas...” porque se quería ocultar a todos los ojos “el verdadero objeto de la querrela y el verdadero designio de los pretendidos campeones de la libertad de enseñanza: lo que pedían, lo que había obtenido y lo que ha sido preciso quitarles por leyes especiales era la exención para su personal de las garantías exigidas a todos; era el privilegio de enseñar como institutor primario sin tener el certificado de tal; era el privilegio de abrir un instituto de enseñanza secundaria, sin estar obligado a las justificaciones exigidas a todo jefe de establecimiento secundario; era el privilegio de sustraer sus escuelas a las condiciones ordinarias de inspección y a la superior vigilancia impuesta a todos los demás; era el privilegio de conferir grados a los cuales el Estado estaba obligado a reconocer un valor igual a los de sus propias Facultades...”

Concluye así el Profesor Buisson:

“Todo francés es libre de enseñar. Pero todo francés está obligado a probar, delante de los mismos jueces y de la misma manera, que es capaz de enseñar; todo francés es libre de enseñar; pero no es libre de reclamar para su enseñanza el privilegio de que sea clandestina, de que escape a todas las miradas, de que produzca los resultados que a él mejor le parezca, de rehusar a dejarlos constatar en las formas fijadas por la Ley; todo francés es libre de enseñar, pero a condición de no colocarse voluntariamente en una condición que lo acusa de incapacidad legal.

“Tal es el estado de cosas que ha establecido el legislador francés. Nos parece que responde a la doble necesidad que hemos procurado poner en evidencia: la necesidad social de la instrucción con garantías suficientemente serias para que la instrucción no sea una vana palabra, cuando no precisamente lo contrario de lo que ella misma significa, y la necesidad por otra parte, en un país libre, de asegurar a todos un derecho igual a la enseñanza, sometida al control de la Ley, tal como se asegura, bajo el mismo control, el ejercicio de todos los derechos del ciudadano”. (F. Buisson, *Nuevo Diccionario de Pedagogía*, palabra: “Libertad de enseñanza”).

¿Y qué decir de los otros países europeos de régimen democrático?

Véase, sobre el particular, el texto de sus respectivas Constituciones Políticas:

En Grecia, la Constitución establece en su artículo 21: “El arte, la ciencia y su enseñanza son libres. Están bajo la protección del Estado que coadyuva a su difusión”.

Y el artículo 23 dispone: “*La enseñanza está bajo la vigilancia suprema del Estado...* Los particulares y personas de solvencia moral pueden fundar escuelas libres, organizadas conforme a la Constitución y *leyes del Estado*”.

La aclaratoria de este artículo, incorporada al texto constitucional, dice: “1º, los programas de establecimientos de primera y segunda enseñanza, así como la enseñanza proporcionada, están bajo el control ilimitado del Ministro de Instrucción Pública, conforme a las leyes; 3º, el sentido de la última parte del artículo 23 es que se pueden conceder por ley, autorizaciones para la apertura de escuelas privadas”. De modo que, según esta interpretación, puede decirse que el Estado impondrá sus programas y determinará cuándo puede establecerse una escuela...

Finlandia consagra en su Constitución estos preceptos: “Artículo 80: Serán establecidos *por la Ley* los principios generales relativos a: organización de la enseñanza primaria, obligación del Estado y particulares de mantener escuelas primarias e instrucción obligatoria”. Artículo 79: “El Estado mantendrá, o en caso necesario subvencionará a establecimientos de segunda enseñanza y enseñanza primaria superior”. Artículo 78: “El Estado favorece el estudio y enseñanza superior de las ciencias técnicas, agronómicas, etc., sufragando gastos y creando escuelas superiores

de especialidad para aquellas ramas que no estén representadas en la Universidad, o subvencionando establecimientos privados creados a este efecto”. En estas disposiciones se establece el derecho de fundar escuelas particulares, pero las condiciones de su existencia quedan al arbitrio de la Ley, según el dispositivo del artículo 82 constitucional: “*La Ley limitará el derecho de crear escuelas y establecimientos privados y de organizar la enseñanza. La enseñanza dada en el seno de la familia no se someterá a ninguna vigilancia por parte de las autoridades públicas*”. Esta última previsión, como bien lo observa el tratadista Vidal Vergara, era innecesario estamparla en la Constitución, por lo mismo que es el derecho natural del padre de familia, y que no se trata de escuelas abiertas al público.

En *Checoslovaquia*, la Constitución prescribe: “Artículo 118: “El arte, la ciencia y la publicación de las obras artísticas o científicas serán libres, si ellas no contravienen a las leyes penales”. Artículo 119: “La instrucción pública estará organizada en forma que no esté en contra de los resultados de la ciencia”. Artículo 120: “*La creación de establecimientos privados de enseñanza y educación no está permitida más que en las condiciones previstas por la ley. La dirección suprema y el control de la instrucción y de la educación enteras pertenecen al Estado*”.

En Turquía, la Constitución dispone en su artículo 80: “La instrucción de toda clase es libre, bajo la vigilancia e inspección del Estado y en los límites señalados por la Ley”.

Similar es, en el punto, la Constitución de *Rumania*, que establece la libertad de enseñanza, pero “*en las condiciones establecidas por las leyes y en la medida en que no es contraria a las buenas costumbres y al orden público*”.

La Constitución de *Albania*, prescribe: “Artículo 207: *Conformándose a las leyes, a los principios y a los programas aprobados por el Estado para sus propias escuelas, y salvo el control efectivo del Gobierno, los albaneses pueden fundar escuelas privadas. Los extranjeros, conformándose a las leyes, pueden ser autorizados a fundar escuelas técnicas y de agricultura solamente, con programa teórico y práctico. Asimismo, pueden ser instituidas por las comunidades religiosas albanesas, escuelas religiosas con el permiso del Ministro competente y en conformidad con las leyes. El número de escuelas religiosas de toda comunidad, lo mismo que el de los alumnos de esas escuelas, será fijado por el Ministro competente, después de deliberación del Consejo de Ministros*”.

En *Portugal*, son preceptos constitucionales los siguientes:

“Artículo 42. La educación y la instrucción son obligatorias y pertenecen a la familia y a los establecimientos oficiales o particulares, en cooperación con ella”. “Artículo 44: Es libre el establecimiento de escuelas particulares paralelas a las del Estado, *quedando sujetas a la fiscalización de éste y pudiendo ser por él subvencionadas y oficializadas con el objeto de conceder diplomas, cuando sus programas y la categoría del respectivo personal docente no sean inferiores a los de los establecimientos oficiales similares*”.

La Constitución de *Lituania*, expresa: “Artículo 79: La educación de los niños es el deber supremo de los padres”. Artículo 80: “Las escuelas serán fundadas por el Estado, las administraciones autónomas, las organizaciones sociales y las personas privadas. *Todas las escuelas están bajo el control del Estado en los límites fijados por las leyes*”.

En *Polonia*, el artículo 17 de la Constitución, estatuye: “Las investigaciones científicas y la publicación de sus resultados son libres. Todo ciudadano tiene derecho a enseñar, a fundar una escuela o un centro de educación y a administrarlos, *a condición de satisfacer las exigencias de la ley en lo concerniente a los títulos universitarios, a la seguridad de los niños a él confiados y a la lealtad respecto al Estado. Todas las escuelas y centros de educación, tanto públicos como privados, están sometidos al control de las autoridades del Estado, en los límites fijados por la Ley*”. Y el artículo 18 dice: “La instrucción primaria es obligatoria para todos los ciudadanos. La duración de esta instrucción, su extensión y las condiciones en las cuales debe ser dispensada, *serán determinadas por la ley*”.

La Constitución de *Yugoslavia*, dispone en el artículo 15: “Las ciencias y las artes serán libres”. Y en el artículo 16: “Además de las escuelas públicas del Estado podrán admitirse tam-

bién escuelas privadas, dentro de lo establecido por la ley, etc. Esta disposición constitucional concluye así: “*todos los establecimientos de educación estarán bajo la inspección del Estado*”.

Sabido es que *Inglaterra* no tiene Constitución Política escrita.

Cuanto a los países totalitarios -Rusia, Alemania, Italia- donde impera el Comunismo, el Nazismo y el Facismo, respectivamente, obvia toda consideración. En ellos, y en los pueblos que tienen sojuzgados, hay la absorción del individuo por el Estado, en provecho de la clase dominante, lo cual es repudiado y condenado por nuestro magno Estatuto.

Veamos ahora nuestra América:

En *Perú* no figura la libertad de enseñanza como garantía constitucional.

Tampoco en *Brazil*. La última Constitución Política de este país, promulgada en 1935, expresa en la fracción 14 del artículo 5°: “*Compete privativamente a la Unión... trazar las directrices de la educación nacional*”. Y el artículo 39, que señala las atribuciones del Poder Legislativo, establece en su numeral 1°: “*decretar las leyes orgánicas para la completa ejecución de la Constitución*”. De modo que es el Estado quien fija, por órgano del Poder competente, las normas relativas a la enseñanza en general.

La Constitución de la *República Argentina* dispone en el artículo 14: “*Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio* saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar, de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin previa censura; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles, de profesar libremente su culto; *de enseñar y aprender*”. Y si pues el Constituyente ha delegado en el Poder Legislativo la facultad de reglamentar los derechos individuales, es claro que el Estado está autorizado para fijar y determinar la manera cómo esos derechos deben ejercitarse.

En *Chile* está consagrada la libertad de enseñanza como una garantía constitucional. Y la disposición que tal dispone (artículo 10, inciso 7°), agrega: “*La educación pública es una atención preferente del Estado. -La educación primaria es obligatoria-. Habrá una Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección bajo la autoridad del Gobierno*”.

En *México*, la Constitución de 1917, disponía en su artículo 3°: “*La enseñanza es libre; pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se dé en los establecimientos particulares. Ninguna corporación religiosa, ni ministros de algún culto, podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial. En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza*”.

Esta disposición constitucional fue reformada el 13 de diciembre de 1934, en los siguientes términos, entre otros:

II. La formación de planes, programas y métodos de enseñanza corresponderá en todo caso al Estado;

No podrán funcionar los planteles particulares sin haber obtenido previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público;

El Estado podrá revocar, en cualquier tiempo, las autorizaciones concedidas”.

Y por lo que respecta a *Colombia*, para juzgar cómo marcha allí la materia educacional en relación con los poderes del Estado, basta leer estos conceptos contenidos en el Mensaje que el Ministro de Educación Nacional del fraterno país dirigiera al Congreso en 1936:

“*Varias son las actitudes que puede adoptar el Estado ante esta cuestión de la educación pública. O la toma en monopolio o la abandona por completo en manos de los particulares, o, dejando a éstos en libertad para que enseñen, interviene como entidad docente, bien colocándose en situación privilegiada, bien en igualdad de circunstancias con ellos. En el úl-*

timo caso puede aún el Estado reservarse el papel de coordinador y regulador de las actividades educativas, públicas y privadas. Ha sido ésta la posición doctrinaria adoptada por el actual Gobierno, según lo expuesto por Su Señoría. Y si no fuera porque algunos se empecinan en escatimarle al Estado su derecho a concurrir en la instrucción de la juventud y persisten en confundir libertad con anarquía, al negarle la facultad de armonizar el ejercicio de los derechos ciudadanos, carecería de importancia insistir en la defensa de una tesis que es la más propicia al desarrollo del país en el momento actual de su evolución.

“Por lo que atañe a la función reguladora en referencia, la propia Iglesia Católica la acepta y la propugna, a juzgar por las citas que en el aludido documento hace Su Señoría”.

Luego de citar el alto funcionario colombiano las palabras de Pío XI en su Encíclica sobre la educación cristiana de la juventud, antes transcritas, concluye así:

“Y como a las razones de orden universal es conveniente agregar las sugeridas por las propias conveniencias nacionales, nada mejor que invocar lo dicho por Su Señoría: “atendiendo a los deberes del Estado, a las necesidades de la sociedad”, al engrandecimiento de la patria, países tales como Bélgica, España, Francia, Checoslovaquia, Holanda, Argentina, Brazil, Chile y Costa Rica han consagrado en sus leyes la intervención del Estado en la expedición de diplomas y títulos, de programas y planes de enseñanza, y han regulado las condiciones que debieran llenar las instituciones docentes. Y todo ello sin afectar el principio de la libertad de enseñanza reconocido explícitamente en las respectivas Constituciones.

“Acaso porque entendieron, como lo entiende el Gobierno de Colombia, que toda libertad tiene un límite señalado por los derechos de la sociedad en general y del individuo en particular; que no es admisible la libertad si ella se emplea en detrimento de terceros, y que faltaría gravemente a sus deberes el Estado que deja desamparados a la infancia y a la juventud en los momentos en que su vida se decide para siempre, lo mismo en lo moral que en lo económico”.

Véase, pues, que Venezuela ni va a la vanguardia ni a la zaga de los países civilizados y democráticos de Europa y América que han reivindicado para el Estado el derecho y el deber de supervigilar y dirigir la enseñanza en todas sus etapas, mediante un sano y bien entendido concepto de la libertad.

CF 20-10-60, GF N 30, 1960, pp. 40-45.

La obligación establecida legalmente de enseñar determinado oficio a menores no puede considerarse como violatoria de la libertad de enseñanza.

Denuncia el demandante, en primer término que los artículos 16 y 17 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa violan el ordinal 13 del artículo 35 de la Constitución Nacional, que consagra la libertad de enseñanza, porque dichos artículos obligan a los patronos a enseñar o hacer enseñar un oficio a un número de menores obreros, previamente seleccionados, lo que vulnera, a su juicio, la expresada libertad. “En efecto -expresa el libelo- tales disposiciones de la Ley establecen una obligación de hacer. Obligan de manera directa a dar o hacer dar enseñanza. La Ley puede, conforme a la disposición constitucional citada, establecer por razones varias, limitaciones a la libertad de enseñanza, pero no puede negar esa libertad. Se puede, como lo hace la Ley de Educación, exigir requisitos y formalidades a quienes quieran dedicarse a enseñar; pero no se puede obligar a enseñar. Se pueden poner condiciones para el ejercicio de cualquier actividad, como lo hace la Ley del Trabajo en su artículo 124, al obligar a construir campamentos, sostener escuelas y otras facilidades cuando se quiera llevar a trabajadores a prestar sus servicios fuera de lugares poblados, pero no se puede imponer la obligación de hacer que deba cumplirse necesariamente, no como condición para el ejercicio de una actividad, sino como obligación directa e irrestricta...”

Para decidir esta denuncia conviene exponer previamente la naturaleza y fines del Instituto Nacional de Cooperación Educativa y, al efecto, la Corte observa:

Según la Ley que lo crea, el Instituto Nacional de Cooperación Educativa tiene por objeto: promover la formación profesional de los trabajadores y contribuir a la formación de personal especializado; contribuir a la capacitación agrícola de los egresados de escuelas rurales; formar y desarrollar el aprendizaje de los jóvenes trabajadores, colaborar en la lucha contra el analfabetismo y contribuir al mejoramiento de la educación primaria general y preparar y elaborar el material requerido para la formación profesional de los trabajadores.

Para la realización de estos propósitos, el Legislador ha ideado un sistema de cooperación entre los sectores más directamente interesados en la capacitación de los obreros del país, o sea los industriales, agricultores y empresarios, los obreros mismos y el Estado, fijándoles la participación de cada uno de ellos en la obra común. Así el artículo 10 de la Ley, le fija a los patronos un aporte del uno por ciento de los sueldos y salarios de sus obreros y empleados; a los obreros, el medio por ciento de las utilidades anuales, y al Estado, el veinte por ciento como mínimo del montante anual de los dos aportes precedentes.

Asimismo, el artículo 16 impugnado establece que “Cuando el Instituto disponga el aprendizaje de menores en fábricas, talleres y establecimientos, éstos tendrán la obligación de emplear y enseñar o hacer metódicamente un oficio a un número de menores seleccionados a tal efecto, hasta el límite del cinco por ciento del total de sus trabajadores”. Esto es lo que el demandante califica “de obligación de hacer, directa e irrestricta y de necesario cumplimiento”, lo que, a su juicio, viola la libertad de enseñanza.

Ahora bien, la libertad de enseñanza es la facultad de dedicarse a esa actividad, sin otras limitaciones que las establecidas por las leyes. La Ley puede, por tanto, establecer aquellas limitaciones provechosas a la buena marcha y orientación de la enseñanza, que es misión esencial del Estado. No obstante, esto, es de advertir que la obligación de enseñar determinado oficio a los menores obreros de una fábrica o taller, no es una violación o limitación a la libertad de enseñanza; lo sería sí la obligación contraria de no enseñar o de enseñar conforme a determinada orientación ideológica. Y en cuanto a que el artículo 16 que se impugna contiene una obligación de hacer, de cumplimiento necesario e irrestricto, debe advertirse que en esa disposición legal no se establece, pura y simplemente, la obligación de enseñar, sino la de enseñar o *hacer enseñar*, planteándose así al patrono una situación alternativa de enseñar por sí mismo o de confiar ese menester a otra persona, lo cual convierte el contenido del artículo 16, a voluntad del interesado, en un aporte económico. Tal concepción es una consecuencia de la propia naturaleza del Instituto que es una empresa cooperativa de interés común, como lo expresa su nombre, y para cuya efectividad se requiere el aporte de los sectores interesados. El aporte puede ser personal o económico, a elección de quien deba prestarlo.

Es la misma situación a que hace referencia el demandante como legítima, cuando dice en su libelo: “Se pueden poner condiciones para el ejercicio de cualquier actividad como lo hace la Ley del Trabajo en su artículo 124 al obligar a construir campamentos, *sostener escuelas* y otras facilidades...” En efecto, no otra cosa que sostener escuelas, o simplemente pagar la enseñanza, es a lo que obliga el artículo impugnado, con la ventaja en favor de la libertad del patrono, de poder enseñar por sí mismo.

No se trata, en consecuencia, de una obligación de hacer de cumplimiento necesario e ineludible.

Se denuncian también los artículos 16 y 17 como violatorios de la libertad del trabajo, garantizada en el ordinal 11 del artículo 35 de la Constitución Nacional.

Alega el demandante al respecto que “Las leyes pueden determinar la manera como debe contratarse en determinadas circunstancias para proteger la estabilidad del trabajo o a los patronos y trabajadores mismos. Pero que no pueden obligar a contratar”. “La libertad del trabajo agrega consagra el principio de la libertad de contratación, que tiene dos aspectos: bajo el primero, no puede obligarse a nadie a contratar; bajo el otro, no puede obligarse a nadie a trabajar, a prestar

servicios en forma compulsiva. Por ello, al obligarse a los patronos a emplear los menores en referencia se viola en consecuencia el ordinal 11 del artículo 35”.

La Corte observa: Que el ordinal 11 del artículo 35 no se limita a consagrar la libertad del trabajo, sino que también consagra la protección del trabajo, todo ello de conformidad con las leyes. La libertad del trabajo no es por tanto un principio irrestricto, sino regulado por la ley que armoniza la libertad del agente con la protección debida al trabajo, y consecuentemente, con la protección a los trabajadores. Por ello la Ley del Trabajo, aducida por el demandante, fija y limita la duración de las jornadas de labor, señala los derechos individuales y colectivos en favor de los trabajadores, determina el porcentaje de extranjeros que puede contratarse, todo en beneficio y protección del trabajo y de los trabajadores. Del mismo modo procede la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa cuando fija a los establecimientos y fábricas el porcentaje de menores que han de tener entre sus obreros a fin de que, con la enseñanza que a ellos se imparta, vaya creándose una clase de trabajadores capacitados y especializados, como medida de protección al trabajo, noción ésta consignada en la garantía del ordinal 11, artículo 35 de la Constitución Nacional.

En cuanto a determinar a quién corresponde la selección de los menores que deben ser empleados y enseñados, si al Instituto o a las empresas, el demandante afirma que es al Instituto, por lo cual se obliga al patrono a contratar con personas a quienes no ha elegido, violándose así la libertad de contratar.

La Corte observa: Aun cuando la Ley no le confiere al Instituto, como afirma el demandante, la facultad de seleccionar los menores que deben ser empleados, es cierto que los términos en que están concebidos los artículos impugnados, dan margen a interpretaciones contradictorias. La Procuraduría de la Nación anota al respecto que esas interpretaciones podrían referirse, una “a la selección de los menores a una etapa anterior a la contratación, dejando al patrono la escogencia del porcentaje final de trabajadores que van a integrar su personal, y otra, en la que estarían los patronos obligados a emplear a un número de menores seleccionados por el Instituto e impuestos por éste”.

Según la primera de estas hipótesis, -concluye la Procuraduría-, los artículos impugnados dejarían intacta la libertad de contratar y consecuentemente la libertad del trabajo; no así con la segunda.

Ahora bien, las disposiciones legales oscuras o imprecisas que pueden ser interpretadas de manera no conforme a las pautas fundamentales, no son por ese solo hecho inconstitucionales, cuando al mismo tiempo son susceptibles de ser interpretadas de conformidad con ellas. Es el caso de los artículos 16 y 17 que no precisan a quién corresponde la selección de los menores que deben emplear los patronos, pudiendo afirmarse indistintamente que es al Instituto o a los patronos. Razonablemente debe optarse por la solución más conforme con las pautas constitucionales, por lo cual la selección corresponde hacerla a los patronos, sujetándose para ello a las pautas que la misma ley establece.

CPCA 13-07-93, Magistrado Ponente: Alexis Pinto D’Ascoli, Caso: Entidad Educativa Parasistema Virgen del Carmen vs. República (Ministerio de Educación), RDP N° 55-56, 1993, pp. 170-171.

El derecho a impartir educación (Art. 79 de la Constitución) no se trata de un derecho absoluto sino sometido a suprema inspección y vigilancia del Estado”, quien a través de una serie de instrumentos jurídicos ha establecido las condiciones, requisitos, obligaciones y exigencias que han de observar quienes pretendan dedicarse a la actividad educativa.

En cuanto al derecho a impartir educación, consagrado en el artículo 79 del Texto Fundamental, se observa que no se trata de un derecho absoluto sino sometido a “la suprema inspección y vigilancia del Estado”, labores que se llevan a cabo a través de las numerosas disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Educación, su Reglamento General y las Resoluciones emanadas del Despacho de Educación, normas que imponen a las personas que se dedican a la enseñan-

za el cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos para poder desempeñar esta actividad, por lo que la exigencia de alguno de ellos no puede, *per se*, dar lugar a la denuncia de violación de este derecho.

En cuanto al artículo 81 de la Constitución, cuya violación también ha sido denunciada, se obsesa que éste textualmente expresa:

“La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de idoneidad docente comprobadas por la ley.

La ley garantizará a los profesionales de la enseñanza su estabilidad profesional y un régimen de trabajo y un nivel de vida acorde con su elevada misión.

Observa la Corte que la norma transcrita indica, por una parte, las condiciones que deben tener las personas a cuyo cargo estará la educación y, por otra, prescribe la promulgación de leyes relativas a las condiciones socio-económicas y de trabajo de los profesionales de la enseñanza. Se trata, pues, de una norma programática a ser desarrollada por el legislador a través de diversos instrumentos jurídicos, y no de la consagración expresa de un concreto derecho individual, por lo que su denuncia resulta improcedente.

Ahora bien, como quedó señalado *supra*, la actividad educativa está sometida a la suprema inspección y vigilancia del Estado, quien a través de una serie de instrumentos jurídicos ha establecido las condiciones, requisitos, obligaciones y exigencias que han de observar quienes pretenden dedicarse a ella. Una de tales exigencias –y así lo reconoce el propio accionante– consiste en la autorización de funcionamiento que para prestar servicios educativos deben tener todos los que a dicha actividad pretenden dedicarse, la cual debe ser expedida por el Ministerio de Educación.

Sin embargo, en el expediente del presente caso no aparece documento alguno que haga presumir que tal autorización fue expedida y que, a pesar de ello, se ordenó la suspensión de los servicios educativos prestados por la accionante, no pudiéndose considerar como permiso para proseguir tales actividades la respuesta dada por la Oficina de Apoyo Docente del Ministerio.

CPCA 17-07-96, Magistrado Ponente: Luis Aquiles Mejía Arnal, RDP N° 67-68, 1996, pp. 175-176.

El artículo 79 de la Constitución establecer el derecho de toda persona, natural o jurídica, a dedicarse libremente a las ciencias o a las artes, y, previa demostración de su capacidad, fundar cátedras y establecimientos educativos bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado.

Se trata de un taller infantil que ya venía siendo operado por la sociedad en cuestión, por lo cual es de presumir la capacidad para impartir educación. Dado que el inmueble donde se pretendía continuar la actividad educacional estaba siendo utilizado en actividades similares, debió razonablemente la Administración Municipal otorgar la continuidad de uso, en cumplimiento del deber del Estado de estimular y proteger la educación privada, que corresponde a todo funcionario público, en la esfera de sus atribuciones; violación constitucional que no resulta reparada por el efecto positivo del silencio administrativo, dado que es necesaria la expresa autorización municipal para la realización de los subsiguientes trámites ante los otros órganos competentes.

En situación similar, pero referida a diferente derecho constitucional, expresó esta Corte lo siguiente:

En efecto, en este caso la Ley define el alcance del derecho de propiedad urbana, más allá del cual pervive la interdicción general de la arbitrariedad de la Administración, la cual no puede, por ello, desconocer el derecho que la ley ha prefigurado. En consecuencia, el silencio de la Administración, en este caso, se traduce en una lesión al derecho de propiedad al impedir al particular desarrollar la actividad que la Ley le exige para su ejercicio, y así se declara.

Lo propio cabe afirmarlo respecto al derecho de libertad económica consagrado en el artículo 96 de la Constitución, ya que, al impedir la Administración, con su silencio, que el particular desarrolle los trámites que le permitirán el ejercicio de la actividad lucrativa de su preferencia, está lesionando directamente el derecho en cuestión. Así se declara.”

Aplicando la doctrina arriba citada, debe concluir esta Corte en que al acordar la continuidad del uso educacional, el Alcalde del Municipio Sucre infringió el artículo 79 de la Constitución.

Por lo que se refiere al artículo 96 de la Constitución, este garantiza a los ciudadanos la posibilidad de dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia. En el caso bajo decisión, en la actividad educacional, aun ejercida por una persona jurídica de carácter privado, no es primordial la nota de ganancia o provecho, en el sentido de percepción de una utilidad resultante de la gestión. Ello, aunado a la forma jurídica escogida para el ejercicio de esa actividad, la cual excluye el fin lucrativo, conduce a la consideración de que la cuestión debatida no se encuentra bajo el área de aplicación del artículo 96 de la Constitución, el cual por tanto no fue infringido.

CPCA 18-09-96, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, RDP N° 67-68, 1996, p. 175.

Con respecto a la denuncia del artículo 79 de la Constitución, indican los pretendidos agraviados que, con la negativa de reconocimiento de “su asociación” de Kenpo por parte del Director de deportes del Distrito Federal, se les ha conculcado el derecho a dedicarse a las artes de su preferencia y a fundar cátedras y establecimientos educativos.

Sobre tal denuncia, este órgano jurisdiccional observa que no puede considerarse violado dicho derecho en el presente caso, por cuanto no es cierto que el reconocimiento de una asociación deportiva impida a los promotores de la otra realizar la actividad deportiva correspondiente, dado que la referida asociación no puede considerarse que pertenece a un grupo, con exclusión de los restantes deportistas, pues debe estar organizada y funcionar con base en los principios democráticos que la legislación deportiva contempla. Mucho menos excluye la posibilidad, para quien esté interesado en ello, de dedicarse a promover y difundir un deporte diferente al propio de la asociación reconocida, en el caso de que efectivamente se trate de una disciplina deportiva diferente y logre llenar los requisitos exigidos institucionalmente para su reconocimiento como tal. Por tanto, debe considerarse que no ha sido violado el derecho invocado por los accionantes. Así se decide.

X. EL DERECHO AL DEPORTE

Artículo 111 C. Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley.

TSJ-SC (255) 15-3-2005, Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López, Caso: Federación Venezolana de Fútbol vs. Decisión Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, RDP N° 101, 2005, pp. 125-126.

Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. (Art. 111 de la Constitución)

Como se evidencia, el Constituyente de 1999 (artículo 111) reconoció que el deporte se encuentra asociado, por un lado, al derecho a la salud, y por otro, a una pretensión básica fundamental autónoma, referida ésta, al derecho intrínseco del ser humano a desarrollar actividades deportivas, siendo de tan gran magnitud dichos aspectos que la norma constitucional *supra* citada reseña, que el propio “*Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado...*”; dicha actividad, por lo tanto, es un derecho fundamental en una doble vertiente.

De lo antes expuesto, se afirma que desde el punto de vista del principio de libertad “*Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva*”; desde el punto de vista del principio de igualdad, la Constitución garantiza, que “*El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción*”. Por lo tanto, desde una óptica jurídica, se observa un espacio individual y colectivo en el cual los ciudadanos practiquen las formas deportivas de su preferencia; y desde una óptica económica y política, se le señala al Poder Público la tarea de planificar y fundar los servicios necesarios para que el deporte sea una actividad igualitaria, posible, real, alcanzable y efectiva en los términos de la llamada cláusula de Estado Social.

La Constitución, en el artículo citado, ahonda en el tema, y declara que “*La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia*”. En este pronunciamiento se ratifica la mención que se hizo poco antes en relación a la vinculación del deporte con la salud y la recreación, no sólo de los que lo practican activamente, sino también de sus espectadores, sin diferenciación de los niveles deportivos, en cuanto a las distintas categorías para su ejercicio en la formación integral de todos los venezolanos. El derecho al deporte, por lo tanto, está asociado, y ello es crucial para la decisión que se tome en este caso, tanto a la cláusula de Estado de Derecho (ámbito personal o colectivo de actuación protegido), como con la cláusula de Estado Social (proyección de las tareas del Estado hacia su satisfacción).

Por otra parte, el fenómeno deportivo trasciende las fronteras de los Estados, al punto que en la categoría del deporte élite o de alta competición “*parece prevalecer un esfuerzo individualista por la superación de marcas homologables internacionalmente y requiere, por ello, una absoluta primacía y la sumisión estricta a un orden jurídico supranacional*”, a cuyas normas habrá que atenerse para que las individualidades o los equipos que los practiquen no vean a lo interno de los Estados, por desconocimiento de los ordenamientos que los rigen, frustradas su participación en los eventos o justas internacionales (la cita es del artículo de J. Bermejo Vera, “*Constitución y ordenamiento deportivo*”, REDA, N° 63, 1989).

De ese orden jurídico *supranacional* al que se refiere el autor citado, son actores principales las organizaciones deportivas internacionales, tales como el Comité Olímpico Internacional (COI) y las Federaciones deportivas internacionales, a las que se encuentran vinculadas las Federaciones deportivas de los distintos países en adaptación a la normativa dictada. “*Estas últimas son las que fijan las reglas de los juegos deportivos, con resoluciones eficaces universalmente, en orden a cuya aplicación, ni siquiera las autoridades jurisdiccionales de los Estados tienen poder alguno. Además, las Federaciones tienen potestad propia en relación a los juegos deportivos internacionales y potestad disciplinaria con relación a los atletas y a las sociedades deportivas*”.

La cita, que es de Massimo Severo Giannini, de su libro: *El Poder Público, Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, 1991, p. 24, se transcribe con el fin de dar cuenta de la trascendencia del fenómeno deportivo internacional.

Todos estos elementos reunidos: por un lado, los derechos de rango constitucional a la participación, asociación, el derecho al deporte, a la salud, a la recreación, que afectan tanto dimensiones individuales como colectivas y difusas de su regulación y ejercicio, y por el otro lado, el asunto no menos importante y delicado, de la incidencia en el ordenamiento jurídico interno de otros ordenamientos que la doctrina ha denominado “*supraestatales*”, encabezados por órganos llamados “*administraciones supraestatales compuestas por elementos no estatales*” (como los

denomina el último autor citado, p. 24); así como la afectación que, en su conjunto, podría producir a los principios y al bienestar social un desequilibrio o inadecuada ponderación que tiene incidencia en el derecho a la recreación y esparcimiento, hace que la materia del amparo planteada por el ciudadano Jesús Berardinelli ante la Sala Electoral, escapara de la estricta competencia electoral que la Constitución y las leyes le asignan; y que su trámite correspondía, vista la conjunción de derechos y principios de tan relevante importancia, a esta Sala Constitucional. Así se establece.

TSJ-SPA (932) 25-6-2009, Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz, Caso: Cervecería Polar, C.A. vs. Directorio de Responsabilidad Social, adscrito a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), RDP N° 118, 2009, pp. 200-202.

La Ley del Deporte se encuentra a tono con las disposiciones constitucionales al prever la importancia del fomento, la promoción, el desarrollo y la práctica del deporte como una obligación compartida entre el Estado venezolano y el sector privado.

...Aducen los apoderados judiciales de la empresa recurrente, que el artículo 10 de las *Normas Técnicas sobre Definiciones, Tiempo y Condiciones de la Publicidad, Propaganda y Promociones en los Servicios de Radio, Televisión y Difusión por Suscripción* desestimula el apoyo del sector privado a las actividades deportivas, por restringir el patrocinio deportivo en contravención los preceptos constitucionales y legales que establecen la responsabilidad del Estado y las entidades privadas para el fomento y apoyo del deporte.

La representación judicial del Directorio de Responsabilidad Social niega que la mencionada norma impida la contratación de patrocinio por parte de empresas con organizaciones deportivas o deportistas, pues no se proscribe el apoyo, fomento e inversión en actividades deportivas, siempre y cuando se respeten las regulaciones y prohibiciones contenidas en la Ley y las referidas Normas Técnicas.

Igualmente, la representación del Ministerio Público afirma que la norma sub-legal impugnada no obstaculiza la asistencia, fomento o patrocinio de las actividades deportivas en el país, lo cual se evidencia en la posibilidad que tiene la recurrente para realizar el patrocinio deportivo con cualquier otra de sus marcas comerciales que no implique publicidad de bebidas alcohólicas.

Así las cosas, debe la Sala señalar que el artículo 111 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

“Artículo 111. Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley.

La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país.”

Por su parte, los artículos 4 y 11 de la Ley del Deporte, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.975 Extraordinario de fecha 25 de septiembre de 1995, prevén:

“Artículo 4°.- Se declara de utilidad pública el fomento, la promoción, el desarrollo y la práctica del deporte, así como la construcción, dotación, mantenimiento y protección de la infraestructura deportiva nacional.”

“Artículo 11.- Los organismos nacionales, estatales, municipales y parroquiales, así como los organismos privados, prestarán asistencia y protección a las actividades deportivas públicas y privadas, y conjuntamente con los particulares velarán por su fomento y desarrollo en conformidad con los propósitos definidos en esta Ley.”

Conforme a la normativa precedentemente transcrita, el Estado venezolano ha establecido como un valor constitucional fundamental el incentivo y el estímulo al deporte, los atletas y la actividad deportiva en el país, conjuntamente con el derecho a la salud y a la calidad de vida individual y colectiva de todos los venezolanos.

En este sentido, la Ley del Deporte se encuentra a tono con las disposiciones constitucionales al prever la importancia del fomento, la promoción, el desarrollo y la práctica del deporte como una obligación compartida entre el Estado venezolano y el sector privado.

Al respecto, el Estado realiza una labor rectora en la planificación de políticas relativas al fomento y promoción deportiva, especialmente, con el fin de concatenarlas a las políticas educativas, de salud y de protección a niños y adolescentes, de manera que dichas políticas no sean tratadas de forma aislada, sino armonizadas en su propósito y fin último: su utilidad pública al servicio de los atletas e instituciones deportivas.

En ese orden de ideas, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión en su artículo 9, prohíbe la difusión por radio y televisión de ciertos productos y servicios que potencialmente pudieran considerarse dañosos a la salud física y mental del venezolano, como una política sustentada en “motivos de salud pública, orden público y respeto a la persona humana”.

De igual manera, en la aludida norma se prevé la posibilidad de realizar publicidad por emplazamiento solamente en eventos deportivos, excluyendo la propaganda de bebidas alcohólicas y otros productos allí nominados. Así, el legislador patrio estableció una excepción a la política de prohibir la publicidad por emplazamiento, con el fin de fomentar y apuntalar el patrocinio deportivo sin contradecir las razones de salud pública, orden público y respeto a la persona humana por las cuales se estableció la mencionada prohibición.

Ahora bien, las Normas Técnicas sobre Definiciones, Tiempo y Condiciones de la Publicidad, Propaganda y Promociones en los Servicios de Radio, Televisión y Difusión por Suscripción desarrollan esa política de protección a la sociedad venezolana contra la publicidad de los referidos productos, al establecer como una excepción a la prohibición a la publicidad por emplazamiento de bebidas alcohólicas, cuando se trate de eventos deportivos internacionales y que la publicidad a ser difundida en ellos sea contratada en el exterior por personas u organizaciones no domiciliadas en Venezuela.

Por lo anterior, a juicio de esta Sala la norma recurrida facilita a atletas y organizaciones deportivas internacionales su presentación en eventos realizados en el país, en vista de la obligación que tiene la República de fomentar el deporte conjuntamente con el sector privado y preservar la salud y la calidad de vida de la población, armonizando los valores normativos consagrados en la Ley del Deporte y la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, por lo que debe desecharse la denuncia formulada por la parte actora. Así se declara.

CSCA 21-6-2011, Magistrado Ponente: Alejandro Soto Villasmil, Caso: Presidente de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia (A.P.R.U.L.E.) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda, RDP N°126, 2011, pp. 114-116.

Las condiciones que impone la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia para la entrada de la Urbanización y el goce de las instalaciones públicas, son lesivas -tal como lo señaló la Administración- y restrictivas en forma ilegítima de los derechos

consagrados en el artículo 111 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referente al derecho de recreación y al deporte. Pero adicionalmente, limitan por igual el acceso del colectivo a territorios del dominio y uso público, que son del aprovechamiento general, sin distinción alguna. En ese sentido, y refiriéndose esta Corte al acceso a los bienes que son del disfrute general, es importante señalar que quienes habitan en una determinada colectividad merecen contar, como presupuesto para una calidad de vida integral, con la posibilidad de disfrutar de espacios, lugares y actividades de encuentro, interacción y recreación social que permitan la formación de un colectivo armónico y mancomunado, en donde cada individuo sea tratado como miembro de una comunidad e interactúe con otros para la consagración de sus intereses y necesidades.

Ciertamente, los espacios o bienes del goce público se refieren a porciones del ámbito territorial del Estado que son destinadas al uso general por los intereses y derechos colectivos y de algunos otros de carácter fundamental cuya satisfacción permiten, por lo cual no pueden ser apropiados por los particulares. Esto resulta desconocido si una determinada vía vecinal es utilizada para restringir el paso a bienes o espacios que son o pertenecen al uso y disfrute público.

Adicionalmente, y en lo que se refiere al derecho a la recreación y al deporte, ambos son concebidos como una forma de relacionar las diferentes actividades humanas a fin de estimular el desarrollo de la persona y de su condición humana (Cfr. Enciso Martínez, Hernando. Rico Álvarez, Carlos Alberto, *Fundamentos de la Recreación*, Ediciones Cerlibre. Bogotá, Colombia, Año 1988, p. 24.); por tanto, se tratan de actividades propias del ser humano que se configuran imprescindibles para su crecimiento y desarrollo integral, tanto a escala individual como social, pues permiten al sujeto integrarse al entorno colectivo que lo rodea, además que estimula -en especial el deporte- la disciplina, la constancia, la solidaridad y el sacrificio, sin dejar de resaltar que incentiva y desarrolla la seguridad espiritual, además que mantiene al sujeto apartado de los riesgos que apareja la ociosidad. La práctica recreativa y deportiva cumplen entonces un papel estelar en la adaptación de la persona al medio en el que reside, a la vez que actúa como elemento para su proceso de crecimiento armónico, impulsando las bases de la comunicación y las relaciones interpersonales.

(omissis)

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 255 del 15 de marzo de 2005, señaló en torno al contenido del artículo 111 constitucional y sobre el derecho al deporte, lo siguiente: “Como se evidencia, el Constituyente de 1999 reconoció que el deporte se encuentra asociado, por un lado, al derecho a la salud, y por otro, a una pretensión básica fundamental autónoma, referida ésta, al derecho intrínseco del ser humano a desarrollar actividades deportivas (...) De lo antes expuesto, se afirma que desde el punto de vista del principio de libertad ‘Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva’; desde el punto de vista del principio de igualdad, la Constitución garantiza, que ‘El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción’ (...) para que el deporte sea una actividad igualitaria, posible, real, alcanzable y efectiva en los términos de la llamada cláusula de Estado Social. (...*Omissis*...)”

El derecho al deporte, por lo tanto, está asociado (...) tanto a la cláusula de Estado de Derecho (ámbito personal o colectivo de actuación protegido), como con la cláusula de Estado Social (proyección de las tareas del Estado hacia su satisfacción).

(...*Omissis*...)

De esa manera, debe reconocerse y la Sala así lo hace, que en el presente caso concreto, se encuentran en juego derechos fundamentales, que de verse afectados, se daría un golpe certero a la propia esencia de nuestro estamento constitucional, que en materia deportiva, como así se dijo, establece la íntima ‘...vinculación del deporte con la salud y la recreación, no sólo de los que lo practican activamente, sino también de sus espectadores...’ (Destacado de la Sala) (Negritas con subrayado de la Corte). En ese orden de ideas, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo dejó establecido, en la sentencia N° 2009-59 del 28 de enero de 2009, que: “...el deporte se

ha convertido en un fenómeno social y universal y es actualmente para la sociedad ‘(...) un instrumento de equilibrio, relación e integración del hombre para con el mundo que lo rodea. El deporte forma o debe formar parte de la actividad del hombre desde la escuela hasta la tercera edad y es un elemento educativo tanto para los deportistas de élite como para los que se sirven de él simplemente como instrumento de equilibrio psicofísico de la persona (...)’ (Vid. AGIRREAZ-KUENAGA, Iñaki, ‘Intervención Pública en el Deporte’, Editorial Civitas, Madrid, España, 1998, pp. 28). Asimismo, debe señalarse que es considerado como un derecho social cuyo ejercicio constituye una actividad esencial para la formación integral de la persona humana.

En ese sentido, el fomento, desarrollo y práctica del deporte, así como la construcción, dotación y mantenimiento y protección de la infraestructura a nivel nacional deviene en materia de utilidad pública para la Nación, debiendo fundamentarse la práctica deportiva en los principios de democracia, autonomía, participación, autogestión, descentralización, desconcentración y solidaridad (...).

En tal sentido, al erigirse el Derecho al Deporte en la manifestación relativa a la construcción, dotación, mantenimiento y protección de la infraestructura como materia de utilidad pública, recae fundamentalmente en el Estado en cualesquiera de sus niveles político-territoriales, el deber de conseguir un beneficio colectivo a través de la prestación de un servicio público o de la construcción de una determinada obra que coadyuve a la consecución de ese fin público...” (Destacado añadido).

En consecuencia, la práctica recreacional y deportiva, concebida como derecho constitucional fundamental, implica entonces un tema de interés público y social, cuyo ejercicio ha de permitirse y efectuarse conforme a las normas preestablecidas, las cuales, orientadas a promover valores morales, cívicos y sociales, se constituyen en fuentes nucleares y necesarias a los fines de construir un Estado igualitario (Artículo 3 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), con “una sociedad justa y amante de la paz”, forjador “de la prosperidad y bienestar del Pueblo” (Artículo 3 *eiusdem*), que otorga a la recreación y al deporte o desarrollo físico el “papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia” (Artículo 111), para que toda persona pueda desarrollar plenamente sus derechos humanos (artículo 19).

TSJ-SC (232) 11-6-2021, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán, Caso: Alexander Alberto Cabrera, RDP N° 165-166, 2021, pp. 461-463.

...Declarado lo anterior, la Sala estima oportuno hacer las siguientes consideraciones:

El deporte, junto a la educación física y la actividad física, es considerado un derecho inherente a las personas y tiene su fundamento en el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en su artículo 111, el cual establece:

“Artículo 111. Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantiza los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley.

La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país.”

Al respeto, esta Sala Constitucional en sentencia N° 255, del 15 de marzo de 2005, [Véase: en *Revista de Derecho Público* N° 101 enero-marzo 2005, p. 125 y ss] ratificada en sentencia N° 869, del 26 de junio de 2012, al estimar dicho precepto precisó:

*“Como se evidencia, el Constituyente de 1999 reconoció que el deporte se encuentra asociado, por un lado, al derecho a la salud, y por otro, a una pretensión básica fundamental autónoma, referida ésta, al derecho intrínseco del ser humano a desarrollar actividades deportivas, siendo de tan gran magnitud dichos aspectos que la norma constitucional supra citada reseña, que el propio ‘Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, **así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado...**; dicha actividad, por lo tanto, es un derecho fundamental en una doble vertiente.*

De lo antes expuesto, se afirma que desde el punto de vista del principio de libertad ‘Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva’; desde el punto de vista del principio de igualdad, la Constitución garantiza, que ‘El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción’. Por lo tanto, desde una óptica jurídica, se observa un espacio individual y colectivo en el cual los ciudadanos practiquen las formas deportivas de su preferencia; y desde una óptica económica y política, se le señala al Poder Público la tarea de planificar y fundar los servicios necesarios para que el deporte sea una actividad igualitaria, posible, real, alcanzable y efectiva en los términos de la llamada cláusula de Estado Social.

La Constitución, en el artículo citado, ahonda en el tema, y declara que ‘La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia’. En este pronunciamiento se ratifica la mención que se hizo poco antes en relación a la vinculación del deporte con la salud y la recreación, no sólo de los que lo practican activamente, sino también de sus espectadores, sin diferenciación de los niveles deportivos, en cuanto a las distintas categorías para su ejercicio en la formación integral de todos los venezolanos.

El derecho al deporte, por lo tanto, está asociado, y ello es crucial para la decisión que se tome en este caso, tanto a la cláusula de Estado de Derecho (ámbito personal o colectivo de actuación protegido), como con la cláusula de Estado Social (proyección de las tareas del Estado hacia su satisfacción).

Por otra parte, el fenómeno deportivo trasciende las fronteras de los Estados, al punto que en la categoría del deporte élite o de alta competición “parece prevalecer un esfuerzo individualista por la superación de marcas homologables internacionalmente y requiere, por ello, una absoluta primacía y la sumisión estricta a un orden jurídico supranacional”, a cuyas normas habrá que atenerse para que las individualidades o los equipos que los practiquen no vean a lo interno de los Estados, por desconocimiento de los ordenamientos que los rigen, frustradas su participación en los eventos o justas internacionales (la cita es del artículo “Constitución y ordenamiento deportivo” de J. Bermejo Vera, REDA, núm. 63, 1989)”.

Bajo esta perspectiva, la República Bolivariana de Venezuela, en Gaceta Oficial N° 39.910 del 15 de abril de 2008, mediante Ley Aprobatoria, suscribió la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la Unesco, adoptada el 19 de octubre de 2005, en la ciudad de París, Francia, que tiene como finalidad promover la lucha y la prevención del dopaje en el deporte y, en tal sentido, se ha comprometido a asumir un papel protagónico en dicha lucha mediante la adopción de medidas legislativas, reglamentos, políticas y la coordinación con distintas organizaciones promotoras de la lucha antidopaje.

De este modo, los Estados parte de dicha Convención están obligados a alentar y facilitar la realización de los controles del dopaje, de forma compatible con el Código Mundial Antidopaje, por parte de las organizaciones deportivas y las organizaciones antidopaje de su jurisdicción, en particular los controles por sorpresa, fuera de las competiciones y durante ellas. (...)

(...) De modo que, en cumplimiento de lo señalado *supra*, contenido en nuestro ordenamiento jurídico, esta Sala destaca que todos los organismos promotores del deporte nacionales, estatales y municipales, así como todas las organizaciones deportivas, privadas o públicas, están obligadas a participar activamente en la lucha contra el dopaje, a velar por la implementación de políticas y normativas que la garanticen y a ejecutar, de ser el caso, la potestad disciplinaria de manera categórica.

El Estado venezolano, a los fines de garantizar con plenitud la dignidad humana tiene el deber constitucional de regular, planificar y supervisar que en toda actividad deportiva, ya sea en el sector público o en el privado, se aplique el principio de igualdad, que propugna el artículo 21 de la Carta Magna; es decir, que en las diversas disciplinas deportivas no exista ninguna discriminación o trato desigual, fundada en la raza, sexo, identidad de género autopercibida o condición social, entre las personas que practican el deporte.

En efecto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Deporte, Actividad Física y Educación Física del 2011, la promoción, organización, fomento y administración del deporte, la actividad física y la educación física y su gestión como actividad económica con fines sociales se rige por varios principios rectores, entre los cuales esta Sala destaca, como un principio de suma importancia, el principio de igualdad, bajo la perspectiva de que ese principio se materialice en el sentido de que los deportistas hombres y mujeres devenguen un beneficio económico en paridad de condiciones, cuando cada uno de ellos tengan similitudes de formación y aptitud deportiva.

Esta Sala destaca que Venezuela no es ajena a la lucha mundial contra el dopaje, por lo que precisa, debido a que la Carta Magna de 1999 realzó la constitucionalización del deporte, que el Estado venezolano, como principal rector de la actividad deportiva, debe estar al día y procurar no solo llevar adelante la lucha contra el dopaje, sino también fomentar las iniciativas propias o de terceros que se orienten a coadyuvar en ella conforme a la normativa. En razón de la vigencia desde el 1º de enero de 2021 el nuevo Código Mundial Antidopaje, se insta al Ejecutivo Nacional por intermedio del Ministro del Poder Popular para la Juventud y Deportes, así como al Poder Legislativo, para que procedan a ajustar la normativa venezolana a las normas internacionales previstas en el mencionado Código Mundial Antidopaje, a fin de que Venezuela pueda libremente participar en cualquier competencia deportiva a escala internacional.

QUINTA PARTE
LOS DERECHOS ECONÓMICOS

I. MARCO GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

TSJ-SC (117) 6-2-2001, Magistrado Ponente: Antonio García García RDP N° 85-86/87-88, 2001 pp. 212 y ss.

A la luz de todos los principios de ordenación contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado y la economía interventora. Por lo tanto, el hecho de que la política de privatización no esté consagrada expresamente en norma constitucional alguna, no constituye razón suficiente para considerar inconstitucional la Ley de Privatización.

Presentada la controversia en los términos descritos, pasa esta Sala a emitir su decisión en atención a las consideraciones siguientes:

Advierte esta Sala que con motivo de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se hace menester analizar y precisar tanto las normas constitucionales que el accionante señala como violadas, previstas en la Constitución de 1961, como aquellas normas equivalentes establecidas en el vigente Texto Constitucional, de tal manera que dicho análisis permita verificar si la Ley de Privatización resulta hoy en día ajustada a derecho, o si, por el contrario, se ha verificado respecto de ella una inconstitucionalidad sobrevenida.

Al respecto, la Sala observa que el texto de los artículos constitucionales derogados y que, según alega el recurrente, resultaban infringidos por la ley cuya nulidad se demanda, son del tenor siguiente: (artículos 95, 97, 99, 101)

Ahora bien, la Sala observa que si bien es cierto la Constitución de 1999 incorporó múltiples cambios, tanto de mera forma como sustanciales, a la normativa constitucional derogada, también es cierto que el espíritu de éstas últimas permanece, en mayor o menor medida, en las normas constitucionales vigentes que se señalan *infra*, y es a la luz de tales disposiciones contenidas en la Carta Magna que esta Sala estimará la procedencia o improcedencia de la acción de autos.... (artículos 299, 300, 302, 113, 115)

Tal como quedó expresado *supra*, el accionante fundamentó su demanda de nulidad en el hecho de que la política de privatización no se encuentra prevista en norma constitucional alguna, cuestión que, a su juicio, implica de plano la inconstitucionalidad de la Ley de Privatización.

Ahora bien, la Sala observa del contenido de las normas constitucionales vigentes que conforman la denominada Constitución Económica, así como de las demás disposiciones constitucionales que constituyen el Texto Fundamental, que tampoco hoy en día se encuentra prevista la política de privatización como principio constitucional, de tal modo que debe esta Sala precisar si ello constituye, como invoca el actor, un motivo suficiente para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la Ley de Privatización.

Al efecto, esta Sala se ve forzada a reiterar lo expuesto en el fallo interlocutorio de fecha 15 de diciembre de 1998, recaído en el presente juicio, mediante el cual se declaró la improcedencia de la medida cautelar innominada solicitada por la parte actora en su escrito libelar. En tal sentido resulta oportuno transcribir el extracto pertinente del aludido fallo:

“Las Constituciones modernas de los distintos países, si bien establecen de manera general la forma de actuación de los Poderes Públicos y de los individuos en la actividad económica, dicha consagración se hace en términos principistas; de esta forma, la Constitución Económica, entendida como el conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada -salvo el caso de las constituciones socialistas de modelo soviético- a garantizar la existencia de un determinado orden económico, sino que actúan como garantes de una economía social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una “base neutral” que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual sólo se pretende que observe los límites constitucionales.

En el caso concreto de la Constitución venezolana de 1961, ésta propugna una serie de valores normativos superiores del régimen económico, consagrando como tales la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y fundamentalmente el del Estado Social de Derecho (Welfare State, Estado de Bienestar o Estado Socialdemócrata), esto es un Estado social opuesto al autoritarismo. Los valores aludidos se desarrollan mediante el concepto de libertad de empresa, que encierra, tanto la noción de un derecho subjetivo “a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia”, como un principio de ordenación económica dentro del cual se manifiesta la voluntad de la empresa de decidir sobre sus objetivos. En este contexto, los Poderes Públicos, cumplen un rol de intervención, la cual puede ser directa (a través de empresas) o indirecta (como ente regulador del mercado).

Las premisas señaladas precedentemente permiten determinar el grado de flexibilidad de nuestra Constitución Económica dentro de la economía de mercado, el cual puede tener como contenido la economía social de mercado o la economía dirigida o controlada de mercado, adaptándose de esta forma, a las necesidades de su tiempo, atendiendo a principios ideológicos.

Efectivamente, tal como señala el actor, la Constitución venezolana no hace referencia alguna a la política de privatización, pero ello no significa por sí solo que toda decisión que en materia económica se tome en tal sentido sea contraria a la misma. El Legislador y el Ejecutivo, de conformidad con sus competencias constitucionales, desarrollarán esos principios económicos establecidos en la constitución, de acuerdo con las exigencias reales del país en determinado momento. No obstante, para ello deben respetarse determinadas garantías constitucionales que en materia económica allí se establecen. Si en términos generales la “privatización” alude a un cambio de la titularidad de la propiedad de bienes o de la prestación de servicios del sector público al sector privado, hay que atender necesariamente al régimen de la propiedad, y de la libertad económica establecidos en la Constitución, por un lado y a las facultades de intervención del Estado en la economía, por otro lado, principios que, en nada obstaculizan las transferencias de bienes del sector público al sector privado, por lo cual, esta decisión recae dentro de la esfera de actuación de los Poderes Públicos de acuerdo con sus necesidades. De manera que, sin perjuicio de que puedan existir violaciones puntuales de la Ley de Privatización a la Constitución, desde el punto de vista analizado no hay indicios de que una norma que pretenda transferir activos del sector público al sector privado pueda lesionar los principios constitucionales en materia económica. De allí que, no observa esta Corte ninguna presunción favorable respecto a la legitimidad de las pretensiones del actor, y así se declara”. (Resaltado de esta Sala)

Esta Sala estima claramente ajustado a derecho el criterio sostenido en el fallo transcrito precedentemente, puesto que, evidentemente, no puede afirmarse que por el hecho de que la Constitución Económica -plasmada tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la derogada Constitución de 1961 no consagrare de manera expresa la “política de privatización”, ello no resulta *per se* un motivo suficiente para considerar inconstitucional la ley que sí desarrolle y regule dicha política. Tal como se aludiera *supra*, la Constitución Económica se constituye de un conjunto de normas con carácter de directrices generales o principios esenciales que garantizan una economía *social* de mercado, que se inspiran en el fin de la justicia social, pero tales normas constitucionales poseen una indiscutible naturaleza “neutral”, lo cual

implica la posibilidad del legislador de desarrollar esas directrices generales o principios básicos constitucionales atendiendo a las necesidades reales de la Nación y respetando los límites que la propia Constitución impone.

A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el “empresario mayor”).

Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, expresamente, la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución. Lo dicho en el párrafo que antecede encuentra su fundamento en la norma contenida en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del tenor siguiente:...(Artículo 299 (artículo 95 de la Constitución de 1961)....

Así las cosas, precisado como ha sido el carácter mixto del sistema socioeconómico de Venezuela, en tanto persigue el equilibrio de todas las fuerzas del mercado y la actividad conjunta del Estado e iniciativa privada, y siendo como ha sido declarado *supra* que el hecho de que la política de privatización no esté consagrada expresamente en norma constitucional alguna, no constituye razón suficiente para considerar inconstitucional la Ley de Privatización, se hace obligante para esta Sala declarar, como en efecto así se declara, improcedente el alegato del recurrente expuesto en tal sentido. Así se decide.

Ahora bien, esta Sala considera pertinente advertir con relación a la supuesta violación de la soberanía económica alegada por el recurrente, que, tal como se desprende de los artículos arriba señalados, el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social, promoción del desarrollo económico y la prohibición de los monopolios, principios estos que en ningún modo se encuentran quebrantados por la ley cuya impugnación se solicita, más aún, la Ley de Privatización contiene objetivos claros que fomentan, fortalecen y desarrollan los principios constitucionales aludidos precedentemente.... (artículos 6, 7).

A la luz de las disposiciones normativas bajo análisis, se hace evidente que la política de privatización no quebranta en forma alguna los postulados de la soberanía económica consagrados en la Carta Magna, sino que, por el contrario, a través del mecanismo *racional* de privatización la República fortalece la economía nacional en beneficio colectivo y se permite deslastrarse de aquellos entes o vehículos económicos que hasta el presente hayan resultado una carga innecesaria para el sector público y que además podría ser eficientemente soportada por el sector privado, lo que a su vez -lógicamente- debe significar un beneficio nacional desde el punto de vista impositivo, toda vez que las mismas tributarán directamente proporcional a su capacidad contributiva, esto es, a mayor eficiencia y mayor utilidad, mayor carga fiscal.

Asimismo, es pertinente resaltar que el Estado mantiene la posibilidad de controlar las empresas objeto de privatización, a los fines de asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales desarrollados por la política de privatización, lo cual se fundamenta jurídicamente en el artículo 8 de la ley impugnada....

Así, pues, queda claro que el Estado, a través del Ejecutivo Nacional, es titular de la posibilidad de exigir de las personas jurídicas encargadas de la prestación de servicios públicos o dedicadas a actividades de producción objeto de procesos de privatización, el cumplimiento de condiciones especiales, todo ello a los fines de preservar el interés que el colectivo tiene sobre tales actividades, es decir, la norma guarda la posibilidad de intervención del Estado a objeto de dar cumplimiento a los valores primarios contenidos en la Constitución Económica. Lo anterior evidencia la improcedencia de lo alegado por el accionante, relativo a la supuesta violación de la soberanía económica del país. Así se declara.

TSJ-SC (85) 24-1-2002, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros, RDP N° 89-90/91-92, 2002, pp. 99 y ss.

4.- Efectos del Estado Social de Derecho

Entre las instituciones y conceptos jurídicos a ser revisados e interpretados de acuerdo al artículo 2 constitucional y a la existencia del Estado Social de Derecho y de Justicia, se encuentra el imperio de la autonomía de la voluntad, y el de la voluntad contractual del Estado y de los particulares.

Ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social.

Por ejemplo, la actividad económica, está limitada por la Constitución, por razones de desarrollo humano, protección del ambiente u otros de interés social; por lo que la actividad económica tiene que encuadrarse dentro del Estado Social, así ésta no emerja del Estado (con más razón si es él quien la dinamiza de alguna manera).

Así mismo, el Estado promoverá la riqueza, así como la protección de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, de empresa, de comercio e industria, pero siempre con la meta de garantizar la creación y justa distribución de la riqueza (artículo 112 constitucional), por lo que, es el bien común, sin desigualdades ni discriminaciones, sin abusos, el objetivo del Estado Social de Derecho, y tanto en las leyes como en la interpretación constitucional deberán propender a él. Esta finalidad, necesariamente, limita la autonomía de la voluntad contractual, y a la actividad económica irrestricta, que permite a las personas realizar todo aquello que la ley no prohíba expresamente, así sea en perjuicio de la población o de sus grupos.

No es que la interpretación constitucional de lo que es el Estado de Derecho prohíba el lucro, la ganancia o la libertad negocial, lo que sucede es que a juicio de esta Sala, la creación de riqueza y su justa distribución no pueden partir de una ilimitada y desorbitada explotación de los demás, y menos en áreas que por mandato constitucional pertenecen al Estado, o donde éste otorga a particulares concesiones; o los autoriza para que exploten dichas áreas o actúen en ellas, por lo que los particulares pueden crear en estos espacios autorizados riqueza propia, pero esta creación no puede ser en detrimento de quienes entran en contacto con las actividades que se realizan en ellas, y que por ser atinentes a todos los venezolanos, mal pueden ser aprovechados por algunos en desmedido perjuicio de los otros. De allí que las ganancias que los explotadores de tales áreas puedan obtener tienen que ser proporcionadas al servicio que presten y a la idoneidad con que lo hacen.

Se trata de evitar los perjuicios derivados de una desigualdad en las relaciones, proveniente de que una de las partes se encuentra en una posición dominante ante otras que forman un grupo o una clase social, por lo que dichas relaciones, de carecer de tutela efectiva, generarían una situación desproporcionadamente ventajosa para quien se encuentra naturalmente en la posición dominante sobre los miembros de las clases o grupos que en tal relación, les correspondería estar en situación de inferioridad. No se trata sólo de la desproporción que puede existir entre el poderoso económico que explota a los menesterosos, sino que puede ocurrir en otras relaciones donde por motivos tecnológicos o de otra índole, una de las partes del contrato, debido a su posición, lesiona en su calidad de vida, al otro contratante, quien incluso podría formar parte del grupo privilegiado, pero que en este tipo de relación queda igualado a la masa explotable.

Ello puede ocurrir -por ejemplo- con consumidores de bienes, cuya publicidad masiva y subliminal los presiona inconscientemente a su adquisición; o con usuarios de servicios públicos necesarios o de bienes esenciales de amplia distribución, que no reciben dichos servicios o bienes en la calidad y condiciones requeridas, ni dentro de una relación de armonía entre lo recibido y lo

pagado por ello; o con aquellos a quienes colectivamente se les sorprende en la buena fe, al no prestarles la información comprensible y necesaria, abusando de la ignorancia y obteniendo sobre ellas leoninas ventajas.

Igualmente, derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos, tal como ocurre con el de la libertad económica, ya que por razones de interés social (artículo 112 Constitucional), ella puede verse limitada, sobre todo -si conforme al mismo artículo 112- el Estado debe garantizar la justa distribución de la riqueza.

Así como el Estado Social de Derecho, mediante la ley o la interpretación de la misma según los principios fundamentales de la Constitución de 1999, puede limitar la autonomía de la voluntad en los contratos, igualmente y dentro de parámetros legales, puede restringir la propiedad, y hasta expropiarla, si por causa de utilidad pública o interés social fuere necesario (artículo 115 constitucional).

Conforme a lo expuesto, esta Sala apunta, que, en cuanto a las limitaciones a la autonomía de la voluntad derivadas del interés social, basta recordar que si ellas operan en los contratos administrativos, como lo reconoce el profesor José Melich Orsini, (“Contratación Contemporánea”, en *Instituciones de Derecho Privado*, 2000), con mas razón funcionará cuando el negocio pertenece a áreas de necesidad social.

Siguiendo al profesor Melich, (*ob. cit.* p. 136), si las “cláusulas exorbitantes” de los contratos administrativos (que distienden la autonomía de la voluntad), obran en contratos celebrados entre dos particulares cuando uno de ellos actúa en función administrativa o por delegación de un ente público encargado de la actuación de un interés público o general, con mayor razón -agrega esta Sala- las limitaciones tendrán lugar en materias donde el Estado Social de Derecho debe proteger los intereses de los llamados débiles jurídicos, o en razón de la función de estado como factor del interés público o de interés social.

Así como el profesor Melich (*ob. cit.* p. 137), reconoce que en el contrato administrativo el juez tiene una gran libertad de acción que le permite atribuir al contrato efectos que no se vinculan con las reales voluntades de las partes que lo han celebrado (propósito e intención de las partes), así mismo -observa la Sala- en los contratos de interés social o que gravitan sobre él, el juez deviene en un tutor del débil jurídico, ajeno a la voluntad real de las partes al negociar, que puede atribuir al contrato efectos que van mas allá del propósito e interés de las partes, siempre que así se logre realizar un orden económico equilibrado socialmente deseable.

Dentro de ese orden de ideas, la Sala considera que conductas constitucionalmente prohibidas, tales como los monopolios (artículo 113 constitucional), las que abusan de la posición de dominio (artículo 113 *eiusdem*), la usuraria (artículo 114) y otras prevenidas en la Constitución, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos.

En las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes sólo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda -fundada en la autonomía- esquilmar a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal.

No es cierto, como expresa la Asociación Bancaria Nacional, que por el hecho de que una persona sea capaz funciona a plenitud y validez el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos. El error y el dolo son causas de nulidad de contratos efectuados por personas capaces.

En los contratos es importante que funcione el principio de conformidad, sobre todo en materias donde se venden o adquieren bienes o servicios, donde es necesario que la descripción del bien o del servicio ofrecido, con sus cualidades o ventajas, sea cierto y que el consumidor o el usuario que lo busca, acicateado por la propaganda o por la necesidad, lo haya podido comprobar previamente, ya que de no ser así, no sólo se estaría sorprendiendo la buena fe que debe regir en el contrato, sino que se le induciría a una adquisición perjudicial, valiéndose de la ignorancia del adquirente, por lo que se estaría ante una actitud contraria a las buenas costumbres.

Por otra parte, quien ofrece un bien o un servicio como apto para los usos que el adquirente del mismo requiere, debe poner en conocimiento del usuario o del consumidor la real aptitud del bien, al momento de la celebración del contrato.

Por ello, la vigente Constitución en su artículo 117, establece que el adquirente de bienes y servicios tiene el derecho de disponer de una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consume.

Para los necesitados de vivienda -por ejemplo- en ejercicio de un derecho social, obtener créditos de los entes financieros que le resuelvan su problema, potencia su derecho de obtener la máxima información (adecuada), que no conduzca a engaños, sobre las características y modalidades de los créditos.

Si ello no lo logra, o le es imposible entender lo que se le suministra, su voluntad no queda expresada cabalmente, así se obligue sin coacción.

De allí, que como luego se apunta en este fallo, el Banco Central de Venezuela, dictó normas destinadas a dar al usuario la mayor información sobre las operaciones bancarias (Resolución N° 97-12-01 del 4 de diciembre de 1997); y que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, haya establecido en su artículo 6.7 dentro de los derechos de los consumidores y usuarios: “La protección contra la publicidad subliminal, engañosa o abusiva; los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionan la libertad de elegir; y las prácticas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios”.

La citada ley especial, consideró a los usuarios de los servicios prestados por la Banca, las Entidades de Ahorro y Préstamo y otras entidades financieras, sujetos de la protección del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (Indecu), como lo expresó en el artículo 80, por lo que a ellos son aplicables las protecciones del aludido artículo 6, el cual -además- en su numeral 3 expresamente reconoce al consumidor y al usuario su condición de débil jurídico, sujetos de protección particular por mandato del artículo 21.2 constitucional, por lo que a su vez se hace acreedor de una tuición por interés social.

Luego, la conformidad con el bien adquirido estaba sujeta a que efectivamente -a pesar de su capacidad- el sujeto adquirente conociera a plenitud de que se trataba, máxime en áreas negociales donde uno de los contratantes ejerce derechos sociales, y que por responsabilidad social debe ser protegido.

De allí, que considera la Sala, que la autonomía de la voluntad irrestricta no funciona en materias donde la propia ley exige dar informaciones previas a uno de los contratantes, para que pueda existir entre las partes la conformidad con el bien o servicio adquirido con el contrato, para que pueda existir armonía entre ellos, debido a su disímil posición.

5.- Libertades Económicas en el Estado Social de Derecho

Dentro del marco teórico que establece este fallo para poder juzgar el caso concreto, analizado desde el ángulo del Estado Social de Derecho, no solo es necesario examinar la incidencia del concepto sobre los contratos que se realizan en materia de interés social, sino delimitar las acciones de las libertades económicas señaladas en la Carta Fundamental.

Las directrices del Estado Social de Derecho inciden sobre las libertades económicas y sobre el derecho de propiedad, los cuales no se convierten, como tampoco lo eran en la Constitución de 1961, en derechos irrestrictos.

No es que el Estado Social de Derecho propenda a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad, sino que es un Estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (artículo 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (artículo 114 *eiusdem*); la

adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (artículo 117 constitucional).

Es de la esencia del Estado Social de Derecho dictar medidas legales para planificar, racionalizar y regular la economía (artículo 112 constitucional), restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general (artículo 115 *eiusdem*), o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 constitucional).

Es criterio de la Sala, que cuando la propia Constitución prohíbe determinadas conductas, de producirse, ellas devienen en inconstitucionales, independientemente de que sean tipificadas como delitos o faltas, o sean susceptibles de sanciones administrativas; y como procederes inconstitucionales pueden ser objeto de acciones diversas a las penales, tendentes a que cese o se impida la violación constitucional, sin necesidad de discutir la calificación delictiva de las conductas prohibidas.

Como se explica en este fallo, las restricciones legales a la propiedad o a la libertad económica, son inherentes a la existencia del Estado Social de Derecho y su meta de proteger a las personas ante las conductas desequilibrantes tendentes a explotar a sectores de la población. Este signo distingue al Estado Social de Derecho del Estado Liberal. Dentro de un Estado Social, es inadmisibles que el Estado sea la fuente del desequilibrio que se trata de evitar.

Ahora bien, mediante el régimen de concesiones, el Estado y los entes que lo conforman pueden permitir a particulares la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de esos entes, así como la prestación de servicios de naturaleza pública, pero estas concesiones no pueden ejercerse sino adecuándolas al interés público, como lo señala el artículo 113 constitucional así como al interés social, motivo por el cual ni los derechos que se le otorguen, ni la actitud de los concesionarios pueden tener una connotación distinta a la del Estado, y dentro de un Estado Social la concesión no puede estar destinada a aumentar el desequilibrio entre las clases, o entre el Estado y los ciudadanos. Las normas sobre responsabilidad social, recogidas en los artículos 299 y 326 constitucionales, a juicio de esta Sala son claras al respecto.

Es más, el concesionario -como empresario- no puede trasladar a los ciudadanos riesgos inherentes a la empresa, como tampoco puede desplazar hacia éstos los costos que le corresponden para poder operar, buscando de esta manera un lucro exagerado o injusto que atenta contra el interés público y la calidad de la vida de los ciudadanos. Permitirlo, sería negar el Estado Social de Derecho.

El Estado, y los concesionarios que actúan en su nombre, tienen que adaptarse a las prohibiciones de los artículos 113, 114, 115 y 117 constitucionales, salvo las excepciones constitucionales y legales. Sobre estos tópicos la Sala falló el 8-12-00 (sentencia 1556). Igualmente, deben obrar de acuerdo a valores como la solidaridad y la responsabilidad social.

Observa la Sala, que en áreas diferentes a las de las concesiones, el Estado otorga a particulares autorizaciones o permisos para actuar, realizar contratos administrativos, prestar servicios públicos, etc.

Hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario -por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan -por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en lo referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 52 de la última ley citada).

Quienes reciben la autorización pueden, en principio, ejercer libremente la actividad económica que han preferido, pero ella puede quedar sujeta -por mandato legal- a la vigilancia, fiscalización y control del Estado. Pero, además, dentro del Estado Social de Derecho, estos particulares autorizados cuando obren en áreas de interés social tienen el deber de cumplir con su respon-

sabilidad social, lo que significa no sólo ceñirse al cumplimiento de la ley, sino propender a la paz social, contribuir a la armonía, lo cual es un deber de las personas -y no sólo del Estado- a tenor del artículo 132 constitucional.

Ante tal deber, no es pensable que fundados en la autorización estatal, estos particulares traten de impedir la democracia económica y entablen a otros la libertad de empresa, o realicen actividades destinadas a la explotación desproporcionada de las personas, así la ley no lo prohíba, porque aceptar lo contrario es dejar sin aplicación al Estado Social de Derecho e ignorar los deberes sociales que dicho Estado crea en general.

Por ello, varias leyes vigentes, como el Decreto N° 310 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, en su artículo 9, establece que una misma persona no puede ejercer ni controlar simultáneamente en una región, dos o más de las actividades de producción, transporte o distribución previstas en esa Ley. Control prohibido, por lo que las simulaciones o fraudes a la ley, tendientes a burlar tal prohibición son perseguibles no solo por el Estado, sino por los particulares interesados, ya que en una democracia participativa, tales acciones cívicas son posibles.

Se limita así la libertad de empresa, abriendo los cauces a la democracia económica, y que otros pueden participar de los negocios o industrias, lográndose así una mejor y equitativa distribución de las riquezas.

Idénticas o semejantes prohibiciones se encuentran en otras leyes que procuran evitar la concentración de poder económico en personas o grupos de personas, tal como acontece en los artículos 146 y 191 de la Ley de Telecomunicaciones, o el 63 de la Ley Orgánica de Turismo, por ejemplo. Por ello, en general, las libertades económicas y de empresa tienen límites, siempre en beneficio del colectivo.

Por otra parte, el Estado Social de Derecho se funda igualmente en la solidaridad, y no admite ni en el Estado, ni en los particulares autorizados para actuar en áreas de interés social o público, que, en base a silencios de la ley, asuman conductas discriminatorias o que propendan al empobrecimiento y explotación de clases sociales o grupos de población considerados débiles. El fin de lucro, debe conciliarse con la solidaridad y la responsabilidad social.

Se trata de principios generales, aplicables a la actividad económica en general. No es admisible, por ejemplo, que el Estado, sin justificación alguna, cobre a unos usuarios una tarifa, y premie a otros que están en igualdad de condiciones, exonerándolos de ese pago. No es admisible que el Estado otorgue concesiones -por ejemplo- con determinadas cláusulas favorables al concesionario y no las otorgue a otro concesionario que se encuentra en igual situación. Ante tales discriminaciones, tratándose de la explotación de recursos del Estado o de la prestación de servicios públicos, con exclusividad o sin ella, las víctimas de la discriminación, o los usuarios, u otros concesionarios, contratantes, etc., tienen el derecho de pedir que no se les discrimine y se les permita realizar la actividad económica en igualdad de condiciones; y tal derecho es oponible a los particulares que explotan bienes o servicios del Estado, bien porque hayan realizado contratos con éste, u obtenido concesiones o autorizaciones.

Para esta Sala es inconcebible que quien goza de estos bienes o derechos, propiedad del Estado Venezolano y por lo tanto del Pueblo, impida a otros el goce, o los utilice de una manera tal que haga nugatorio el acceso de los particulares, y hasta del Estado a esos servicios, entre los que se encuentra el crédito por interés social.

La solidaridad social de quien realiza la actividad económica sea venezolano o extranjero, a juicio de esta Sala va aún más allá. Las personas no pueden estar encaminadas a obtener ventajas usurarias, o a realizar contratos -así las partes los acepten- donde una de ellas no corre riesgos y obtiene todas las ganancias, mientras la otra está destinada a empobrecerse. Hasta allí no llegan las consecuencias de la autonomía de la voluntad en un Estado Social de Derecho, en el cual la solidaridad social es uno de sus elementos, que existe no para explotar o disminuir a los demás, ni para premio de los más privilegiados.

Tal proceder, que se enmarca dentro del capitalismo liberal, es contrario de la dignidad humana y no es más que un abuso del o de los propietarios de las empresas que lo adelanten.

La Sala ha hecho todas las anteriores consideraciones, como parte de los motivos o fundamentos de este fallo, ya que sólo a la luz de esos conceptos puede analizarse el caso de autos, y puede sopesarse si en materia de interés social, donde el legislador dicta normas destinadas a resolver problemas sociales, a veces a costa de sacrificios de los débiles, las instituciones nacidas de estas normas pueden extenderse a situaciones semejantes o parecidas, pero ajenas a las razones que les dieron nacimiento.

II. LA LIBERTAD ECONÓMICA

Artículo 112 C. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

C. 1961, arts. 96, 98 pro

1. Derecho al desarrollo de actividades económicas

CSJ-SPA (455) 31-7-97, Magistrada Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, Caso: Rodolfo J. Ojeda R. vs. Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda, RDP N° 71-72, 1997, p. 130.

...En efecto, es el caso que no obstante que el accionante viene desempeñándose como vendedor ambulante en el territorio del Municipio Baruta desde 1990, y que hasta 1992 –como lo acepta la propia Alcaldía–, se conferían los permisos respectivos, desde esa fecha, a pesar de que aquél pagaba impuestos –porque de ello hay constancia en autos– y que también había solicitado la renovación de las autorizaciones pertinentes, los órganos municipales en lugar de emitir una decisión expresa, se limitaron a acudir directamente al lugar donde labora el accionante e indicarle que debía retirarse, sin más, del lugar.

No hubo un acto expreso de por medio a la actuación de los órganos competentes del Municipio Baruta, lo que claramente deja en franca indefensión al actor, quien no tiene cómo saber a ciencia cierta sobre los motivos por los que está siendo adoptada la decisión en su contra.

Por otra parte, es incomprensible que, si la actividad de venta ambulante está regulada en la normativa municipal de manera específica, pueda decirse abiertamente –como lo ha hecho en este proceso el representante de la Alcaldesa–, que no se emiten autorizaciones en ese sentido desde 1992. Esto constituye una lesión del derecho a la libertad económica, por haber una extralimitación que afecta el núcleo en sí del derecho, que puede y debe ser reparada por la vía del amparo constitucional.

Por todo lo anterior, luce ajustada al derecho la decisión apelada, por lo que se desestima la apelación y, en cambio, se confirma tal fallo de primera instancia.

Así se declara.

CPCA 23-10-97, Magistrada Ponente: María Amparo Grau, Caso: Remavenca vs. República (Ministerio de Agricultura y Cría), RDP N° 71-72, 1997, pp. 130-131.

El derecho constitucional a la libertad económica sólo resulta susceptible de protección por vía de una acción de amparo constitucional, en la medida que el órgano presuntamente lesivo no esté legalmente facultado para limitarlo, o en todo caso, cuando la limitación impuesta no sea de las contempladas legalmente.

3.1.- En relación al primero de los derechos invocados, se observa que la parte accionante ha argumentado tal violación en el sentido de que "... al no habersele concedido el permiso, se ha impedido a mi representada utilizar libremente el maíz importado para los fines agroindustriales que constituyen su objeto social...".

En este sentido, se observa que ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Corte, el que tal derecho invocado en modo alguno se ha consagrado constitucionalmente como un derecho absoluto, sino que, por el contrario, se trata de un derecho constitucional que conforme a lo establecido en el propio Texto Fundamental, se encuentra limitado por las restricciones que legalmente se establezcan para su ejercicio.

Ahora bien, esta Corte ha señalado en anteriores oportunidades, que tal derecho constitucional sólo resulta susceptible de protección por la vía de una acción de amparo constitucional, en la medida que el órgano presuntamente lesivo no esté legalmente facultado para limitarlo, o en todo caso, cuando la limitación impuesta no sea de las contempladas legalmente. En el caso de autos, observa la Corte que, ciertamente, se ha producido una lesión al derecho a la libertad económica, desde que la Administración omitió pronunciarse expresamente respecto a la procedencia o no del permiso solicitado por la accionante.

En efecto, observa la Corte que desde el mes de abril de 1997 la accionante presentó solicitud de permiso fitosanitario, tal como consta de Constancia de Solicitud de Servicio N° 9707839 de fecha 22 de abril de 1997 (folio 21) a los fines de importar desde Sudáfrica la cantidad de maíz blanco allí especificada. Consta así en el mismo acto de Inspección Fitosanitaria de fecha 5 de agosto de 1997, emanada del Inspector del Servicio de Sanidad Vegetal representante del órgano accionado, mediante la cual se señala que la mercancía se encontraba "libre de plagas al momento de la inspección".

Aunado a lo anterior, observa la Corte que en el referido Oficio de fecha 9 de octubre de 1997, el titular del órgano accionado expresó que el permiso ha sido rechazado y que "estamos elaborando la comunicación que expresa las razones por las cuales dicha solicitud ha sido rechazada...", lo cual, evidentemente, constituye una ilegítima forma de actuación de la Administración, por cuanto la misma pretende informar sobre una supuesta negativa sobre la solicitud formulada por un particular, postergando en el tiempo las razones en que fundamentaría tal decisión.

Tratándose de un pronunciamiento administrativo indispensable para la comercialización del producto importado, el proceder de la Administración antes indicado produce una ilegítima limitación al derecho constitucional a la libertad económica de la accionante, dado que, al no haberse pronunciado expresamente la Administración señalando si procedía o no el permiso solicitado, la misma se ha visto impedida de aprovechar la mercancía importada y no se le permite ejercer libremente la actividad económica que constituye su objeto social –tal como consta de su documento constitutivo– y siendo que dicha forma de limitación no posee asidero legal, resulta procedente la alegada violación constitucional y así se decide.

CPCA 5-2-98, Magistrada Ponente: Lourdes Wills Rivera, Caso: Teodulfo Esteban vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), RDP N° 73-74/ 75-76, 1998, p. 101.

El derecho de los particulares a dedicarse a las actividades lucrativas de su preferencia, esta limitado en atención a las disposiciones legales que se dicten por razones de seguridad, sanidad y otras de interés social.

En cuanto a la violación al derecho a la libertad económica, esta Corte observa que el Texto Fundamental al reconocer el derecho de los particulares a dedicarse a las actividades lucrativas de su preferencia previene, sin embargo, que tal derecho se encuentra limitado en atención a las disposiciones legales que se dicten por razones de seguridad, sanidad y otras de interés social. Tal circunstancia ha determinado que la jurisprudencia en materia de amparo constitucional haya establecido que la llamada libertad de industria y comercio o libertad económica, no está consagrada en forma absoluta, sino que ella tiene un carácter relativo en razón de las limitaciones legales dentro de las cuales se posibilita su ejercicio y disfrute. (Sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de agosto de 1990). Por ello, siendo que se trata de actividades en la cual interviene el interés social, como es el servicio de transporte terrestre público, su explotación debe atenerse a lo previsto en las normas nacionales aplicables y al control del Ejecutivo a través del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

Por tanto, en este caso, considera la Corte que no puede particular alguno pretender invocar el derecho a dedicarse libremente a la actividad de su preferencia, cuando la materia definida como servicio público de transporte, está limitada por el control y supervisión del Estado, y no descansa en la voluntad de los particulares. De allí, que es criterio de la Corte, debe desestimarse la alegada violación del derecho constitucional consagrado en el artículo 96 de la Carta Magna. Así se declara.

TSJ-SC (460) 6-4-2001, Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando, Caso: Only One Import, C.A. vs. Guardia Nacional Destacamento N° 58 de la Guardia Nacional, RDP N° 85-86/87-88, 2001, pp. 218-219.

El derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos.

En primer lugar, y respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa (artículo 112 C 1991), debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad *de su preferencia* en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas. No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica entrañe una violación al orden constitucional o amerite la tutela reforzada prodigada por el amparo constitucional.

En las situaciones jurídicas de los particulares frente a la Administración, como es el caso presente, intervienen una serie de planos normativos de diversa jerarquía: constitucionales, legales, sublegales, que provocan un determinado *status* jurídico.

Ese *status* podría suponer al administrado la posibilidad de exigir el disfrute de ciertos bienes o servicios, así como su abstención de realizar ciertas actividades que obstaculicen la labor de los particulares; asimismo, podría significar la sujeción de éstos a diversas potestades administrativas, que implican, en la práctica, un acomodo de los niveles de libertad de que disfruta. Ejemplo de ello lo constituyen cuestiones como los deberes tributarios, el servicio militar, los deberes del ciudadano en caso de catástrofes o calamidad pública, las condiciones o limitaciones al derecho de propiedad, las limitaciones al ejercicio de derechos por razones de seguridad, sanidad, de política social o de economía, la necesidad de obtener licencias para ciertas actividades, etc.

TSJ-SC (1613) 17-8-2004, Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Caso: Henry Pereira Gorrín vs. Impugnación de la Ley del Banco Central de Venezuela, RDP N° 99-100, 2004, pp. 172 -173.

La garantía constitucional positivizada en el artículo 112 estriba en la libertad de decisión de las personas para dedicarse a las tareas, oficios o profesiones de su elección, sin que los Poderes Públicos puedan forzarlo a actuar en el mercado a través de una ellas con exclusión de cualquier otra.

...Con relación a la presunta limitación a la garantía de libertad de dedicarse a la actividad económica de su preferencia que presuntamente pudiera verse afectada por las limitaciones o restricciones impuestas por la vía de los convenios cambiarios, previstos en el artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, esta Sala advierte que la libertad de dedicarse a la actividad económica de su preferencia reconoce, por una parte, el derecho de toda persona de iniciar y sostener cualquier actividad económica con las limitaciones y restricciones impuestas por el ordenamiento jurídico y, por la otra, la obligación del Estado de abstenerse de imponerle a las personas el desempeño de una determinada ocupación. Así, el Estado no puede obligar a nadie e ser comerciante, agricultor, ingeniero o abogado, sin embargo, la actividad económica que se decida libremente ejercer, puede estar sometida a las limitaciones o restricciones que por razones de interés social se establezcan.

En tal sentido, la garantía constitucional positivizada en el artículo 112 estriba en la libertad de decisión de las personas para dedicarse a las tareas, oficios o profesiones de su elección, sin que los Poderes Públicos puedan forzarlo a actuar en el mercado a través de una ellas con exclusión de cualquier otra.

Por otra parte, es importante recalcar que la referencia al interés social como elemento estructural de la definición misma de la garantía de libertad de elección de la actividad económica y delimitación de su contenido, evidencia que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de esta garantía como mero ámbito subjetivo de libertad de optar por la ocupación económica que la persona quiere desempeñar, ya que tal libertad, en virtud de su contenido *supra* individual o social, dadas las exigencias derivadas de la vida colectiva, está sometida a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos e intereses de terceros o el interés general, que responde a los principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse. En virtud de lo anterior, esta Sala considera que las limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda impuestas por la vía de las normas impugnadas no limitan o restringen, de ninguna manera, la libertad de los ciudadanos de escoger la actividad económica en la cual prefieran desempeñarse consagrada en el artículo 112 de la Constitución. Así se decide.

TSJ-SC (2152) 14-11-2007, Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López, Caso: Impugnación del artículo 192 de la Ley de Telecomunicaciones, RDP No. 112, 2007, pp. 518-519.

El Estado debe garantizar el derecho a la libertad económica de los operadores de las telecomunicaciones, pero al mismo tiempo, establecer las condiciones idóneas para que los medios de comunicación satisfagan el derecho fundamental de las personas a estar informados en condiciones de veracidad, oportunidad e imparcialidad.

Del análisis de la disposición transcrita se desprende, que el constituyente, en el contexto del principio de libertad (artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) que informa como valor fundamental al ordenamiento jurídico venezolano, desarrolló el derecho a la libertad económica, igualmente denominado derecho a la libertad de empresa, como una situación jurídica activa o en términos de Santamaría Pastor, una situación de poder, que vista desde la perspectiva positiva, faculta a los sujetos de derecho a realizar cualquier actividad económica, siempre que ésta no esté expresamente prohibida o que en el caso de estar regulada, se cumpla con las condiciones legalmente establecidas para su desarrollo.

Lo antes expuesto, permite deducir la vertiente negativa del derecho *in commento*, según la cual la situación de libertad, conlleva la prohibición general de perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario, con lo cual se reconoce de igual manera, el principio de regulación, como uno de los aspectos esenciales del Estado social de derecho a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental.

Ambos valores esenciales -libertad de empresa y regulación económica-, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

El comentado punto de equilibrio se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático, que impera en materia de limitación de derechos fundamentales y de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatarse que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.

De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida devendrá en desproporcionada y por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los requerimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.

TSJ-SC (439) 27-5-2011, Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Ana Ysabel Hernández, Zair Mundaray, José Rivero y Daniel Medina, RDP N° 126, 2011, pp. 138-140.

Paralelamente, en anteriores oportunidades la Sala ha señalado que el contenido normativo del artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, permite a todos los particulares desarrollar libremente su iniciativa económica, a través del acceso a la actividad de su preferencia, la explotación de la empresa que hubieren iniciado y el cese en el ejercicio de tal actividad, todo ello, sin perjuicio de las restricciones que impone la Constitución y la ley. Así lo sostuvo en sentencia N° 462/01, al disponer lo siguiente:

“respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos.

Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas”.

En consonancia con el criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, la Sala precisó que en el contexto del principio de libertad -artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- que informa como valor fundamental al ordenamiento jurídico venezolano, se desarrolló el derecho a la libertad económica, igualmente denominado derecho a la **libertad de empresa**, como una situación jurídica que se materializa, tanto en una situación de poder, que faculta a los sujetos de derecho a realizar cualquier actividad económica, siempre que ésta no esté expresamente prohibida o que en el caso de estar regulada, se cumplan las condiciones legalmente establecidas para su desarrollo y, en una prohibición general de perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.444/08-, respecto de lo cual se consideró que:

“se reconoce de igual manera, el principio de regulación, como uno de los aspectos esenciales del Estado social de derecho a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental.

Ambos valores esenciales -libertad de empresa y regulación económica-, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

El comentado punto de equilibrio se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático, que impera en materia de limitación de derechos fundamentales y de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatarse que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.

De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida devendrá en desproporcionada y por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los requerimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.

En el referido marco constitucional, la injerencia pública sobre el principio general de libertad de empresa debe basarse en la salvaguarda del desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y someterse al comentado principio de racionalidad o test democrático” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

Afín a los anteriores asertos, es el criterio jurisprudencial de esta Sala en relación con el derecho de propiedad, según el cual efectivamente la Constitución garantiza categóricamente el derecho de propiedad, sin que ello comporte que “*como casi todo derecho -a excepción de los derechos a la vida y a la integridad- conocen excepciones o limitaciones. En primer lugar, la propiedad puede ser limitada por la ley, si existen razones de utilidad pública o interés general, tal como lo establece el artículo 115 del Texto Fundamental, según el cual: ‘Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes’.*”

Existe abundante jurisprudencia acerca de la posibilidad de que se limite la propiedad si hay razones que lo justifiquen” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 3.537/05-.

Ahora bien, cuando el artículo 299 *eiusdem*, define los elementos característicos del régimen socioeconómico y lo califica como una actividad a desarrollarse bajo principios tales como los de justicia social, eficiencia, productividad y solidaridad, las mismas son aplicables al desarrollo de la actividad del sector privado y público, ya que si bien todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, existen *prima facie* limitaciones previstas en la Constitución como las ya señaladas, aunada a otras, como son la de que cualquier actividad económica debe estar dirigida a generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa de consulta abierta y responsable.

De ello resulta pues, que en el sistema constitucional vigente el derecho a desarrollar actividades lucrativas no es una posición o bien jurídico aislado sobre el cual se habilitan posteriores restricciones legales, sino más bien constituye parte de la concepción del derecho a la libertad el cual no es absoluto, pues se encuentra definido en sus objetivos por el propio Texto Fundamental, por lo que el Estado no puede incidir en la actividad de forma tal que desconozca el derecho, pero los particulares tampoco pueden ostentar una tutela constitucional fuera de los límites que la propia Constitución establece en proporción o relación a su situación jurídica.

Así, en sectores económicos como el bancario, sus agentes no pueden pretender un derecho previo, fundacional o de mayor entidad a desarrollar actividades riesgosas y lucrativas, que sólo pueden ser limitadas sin afectar su núcleo esencial, ya que en ese ámbito fundamental se encuentran entidades jurídicas de igual valor (constitucionales), tales como -en general- la consecución del bien común y, particularmente la seguridad jurídica, solidez y sustentabilidad, del crecimiento de la economía, que habilita al legislador para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país, que en muchos casos comporta, la absoluta prohibición y ejemplar sanción de alguna de estas actividades, como por ejemplo apropiación o aprovechamiento indebido de bienes.

Al hilo de las anteriores consideraciones, esta Sala reitera que al no revestir los derechos fundamentales una dimensión exclusiva de reacción frente a la intervención estatal, sino también de derechos de protección, que exigen conductas positivas eficaces de todos los órganos y entes que ejercen el Poder Público, garantizando su eficacia frente a sus propias actuaciones y a la de terceros, es por lo que toda ley sectorial en materia económica, bien sea de naturaleza civil, comercial, administrativa, o penal, se erige como una medida que el Estado debe implementar para proteger los derechos fundamentales y demás principios constitucionales.

2. *Ámbito de la libertad económica*

CPCA 20-02-86, Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor, Caso: H. Romero Muci vs. Alcandía del Municipio del Distrito Sucre del Estado Miranda, RDP N° 25, 1992, pp. 88-89.

La garantía de la libertad económica (art. 96 de la Constitución) se refiere a la actividad lucrativa en general y no sólo a la actividad económica profesional.

En cuanto a la violación de la libertad económica en que el *juez a quo* consideró incurrió la Administración Municipal, esta Corte considera que ciertamente tal garantía está referida a cualesquiera actos que permita realizar actividades lucrativas, y no exclusivamente a las profesionales, sino a todos aquellos actos que ayuden o faciliten la gestión económica. Así la contratación es uno de los medios principales que los particulares utilizan en el ejercicio de dichas actividades, y precisamente la libertad de contratar es una manifestación de la garantía que tenemos todos de dedicarnos a la actividad lucrativa de nuestra preferencia. En este sentido, no solo efectúa estas actividades quien formal y materialmente es comerciante o empresario, sino también quien en un momento dado quiere realizar algún tipo de operación para obtener un beneficio personal, de manera eventual o esporádica. En consecuencia, no sólo disfruta de la libertad económica el comerciante, el corredor o industrial, sino también el particular que eventualmente ejecuta algún tipo de negociación para incrementar sus ingresos o recursos, aunque con posterioridad no vuelva en un cierto tiempo a practicar de manera habitual otra negociación similar. Por tanto, no comparte la Corte el criterio del apoderado de la Municipalidad de que la libertad económica, garantizada en el artículo 96 de la Constitución, se refiere sólo a la actividad económica profesional, sino, por el contrario, a la actividad lucrativa en general, y así se declara.

Por otra parte, tampoco estima la Corte precedente el criterio esbozado por el apoderado de la Municipalidad, que no pudo haber violación de la garantía de la libertad económica, porque esta suspendida desde 1962, y a este respecto puede afirmarse que la suspensión de dicha garantía no significa que los organismos administrativos pueden establecer libremente cualquiera limitación a dicha libertad, sino que, no obstante la suspensión de aquella garantía, sigue teniendo vigencia la reserva legislativa en esta materia, en el sentido de que sólo por actos de rango legal, puede limitarse tal garantía, por ejemplo, por un acto de jerarquía de ley, pero jamás la suspensión de aquella garantía económica puede justificar que cualquier organismo público por un acto de carácter sublegal restrinja o limite dicha libertad, y así se declara.

CPCA 26-05-88, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonso, RDP N° 35, 1988, pp. 86-87.

Así conforme al artículo 96 de la Constitución Nacional, cuya infracción se denuncia, todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, pero tal libertad la misma norma la limita a las restricciones previstas en la misma Constitución o a las que se establezcan en las leyes.

Así la actividad objeto del recurrente, requiere de la obtención de permisos y patentes que posibiliten el ejercicio de tal actividad. Tales permisos y patentes deben obtenerse conforme a la Ley y su no obtención limita el ejercicio de tal actividad lucrativa, motivo por el cual, la limitación legal dicha no es motivo de denuncia de los presuntos derechos conculcados por esta vía. Y así se declara.

CSJ-SPA 20-07-96, Magistrada Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, Caso: Compagnie Nationale Air France (Air France), PT, N° 7, julio 1996, pp. 52-56.

El derecho constitucional a la libertad económica debe ser entendido como el derecho que tienen los particulares que nadie podrá obligarlos o forzarlos, en contra de sus voluntades, a realizar una determinada y específica actividad profesional, comercial o industrial -salvo que la Cons-

titución o leyes dispongan, en casos excepcionales lo contrario- o, en todo caso, como garantía de que no podrá nadie imponerles, arbitrariamente -es decir, fuera del contexto de la Constitución y las leyes,-, limitaciones a la operación lucrativa de su preferencia por lo que de forma alguna puede resultar tal derecho violado a un contratante cuando la parte con quien tuvo una relación económica decida, en virtud de la finalización de dicho vínculo, apartar a aquella de la actividad económica que antes ejercía.

Esto es lo sucedido en el caso concreto, según se desprende de los alegatos de la parte accionante y de la documentación contenida en el expediente, por lo que no podría hablarse de violación del artículo 96 constitucional, en razón de estar probado en autos -debido a la no contradicción- la terminación del contrato por el cual la empresa Air France ejercía actividades de carga o descarga en las instalaciones del Aeropuerto Internacional de Maiquetía y por el cual arrendaba un almacén para tales fines, y, en consecuencia, que la actividad económica de dicha empresa, al no celebrar nuevo convenio, si bien quedó limitada, no lo fue en forma arbitraria.

Lo anterior obliga a la Sala a no considerar como amenazas de derechos constitucionales ni arbitrarias las medidas adoptadas por la dirigencia del Instituto Nacional Aeropuerto Internacional de Maiquetía tendentes a impedir que la empresa Air France ejerza una actividad económica en las instalaciones del terminal sin la correspondiente autorización o que continúe utilizando un bien de su propiedad, sin la correspondiente contraprestación.

CSP-SCP (98-41) 14-10-98, Magistrado Ponente: Nelson Eduardo Rodríguez García, PT, N° 10, octubre 1998, pp. 7.

Al respecto, la libertad económica debe ser entendida no sólo como el derecho que tiene cada ciudadano a dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sino también en cuanto a la acción positiva para impedir toda maniobra abusiva que atenté contra tal libertad.

3. *Las limitaciones a la libertad económica y de contratar*

CFC – SPA 13-1-40, M. 1941, pp. 103-127

No puede el Ejecutivo mediante Decretos desconocer los principios consagrados en la Constitución Nacional.

En las Resoluciones de 12 y 15 de septiembre se establece: que el máximo del alquiler de las viviendas y demás locales para comercio indicados en la Resolución del Ministerio de Fomento de 13 de septiembre es el que regía para el 31 de agosto retropróximo; que para determinar este máximo de alquiler se tendrán en cuenta las declaraciones que ante el Gobernador han debido hacer en su oportunidad los propietarios, de conformidad con los artículos 9 y 25 de la Ordenanza del Distrito Federal, sobre impuestos de casas y otros edificios, de 31 de diciembre de 1936, y que el alquiler que no pueda ser determinado de ese modo será fijado por la Junta a solicitud de parte interesada.

Ahora bien, estas disposiciones, de acuerdo con lo expuesto, podrían aceptarse si se refirieran a contratos, verbales o escritos, celebrados después de las publicaciones de las Resoluciones. Pero esto no es lo establecido en dichas Resoluciones. Con efecto, los precios estipulados para el 31 de agosto serían una base cierta para la fijación del mencionado máximo si con la manera que para ello se establece en las Resoluciones no se violaran manifiestamente al propio tiempo el principio de la irretroactividad de la ley y el de la libertad de contratar, consagrados por la Constitución.

El de la irretroactividad de la ley, impuesto por el artículo 90, no ha sido ni podido ser tocado en los mencionados Decretos porque no constituye una específica garantía ciudadana. Por ello es forzoso prestarle acatamiento absoluto, que así lo merecen las disposiciones fundamentales de la República y, en general, todas las leyes de orden público que por la propia Constitución no

sean garantías ciudadanas de las que puedan ser objeto de suspensión o de destrucción por la ley o por Decreto Presidencial.

Es evidente que las Resoluciones de 12 y 15 de septiembre alcanzan en su imperio a contratos de arrendamiento existentes ya para las fechas en que entraron en vigencia, puesto que las declaraciones sobre pensiones de arrendamiento hechas por los locadores ante la Gobernación del Distrito Federal, así, por negligencia como por cualquier otro motivo, no corresponden sino excepcionalmente al verdadero alquiler que para dicha fecha venían cobrando en virtud de sus contratos, y es obvio, por tanto, que la Junta, al tomar sistemáticamente esas declaraciones contradictorias las más de las veces de los contratos respectivos, por única base para la determinación del máximo del alquiler que debe cobrarse en todo contrato de arrendamiento, aplica sus Resoluciones a los expresados contratos, anteriores a las fechas desde las cuales han de tener efecto, es decir, desde sus promulgaciones por medio de la *Gaceta Oficial*.

Por lo que hace a la libertad de contratar se observa que la expresada forma de fijación del máximo de la pensión de arrendamiento ataca fundamentalmente la validez de los contratos de arrendamiento anteriores a la promulgación de las Resoluciones. Con efecto, si entre los requisitos esenciales para la validez de los contratos está el mutuo consentimiento, es forzoso concluir que los de arrendamiento de viviendas y locales para comercio del Distrito Federal, que se han considerado regidos por las Resoluciones, han quedado fulminados por la actuación de la Junta y sustituida la voluntad de los contratantes por un imperioso querer de la autoridad encargada de la ejecución de los Decretos, autoridad que, por lo demás, carece de facultades para privar a la ciudadanía del derecho de hacer uso de su propiedad de acuerdo con la ley, y del derecho de contratar, quedaría cubierta su característica de garantía individual en el artículo 33 de la Constitución.

De modo, pues, que sólo sería aceptable que la Junta pudiera llegar, en su tarea de darle cumplimiento a la alta previsión de emergencia del Ejecutivo, a establecer para los contratos que nazcan después de las publicaciones de sus Resoluciones, un máximo de alquiler cierto y determinado sobre una base también cierta y determinada, coonestador de injustas aspiraciones, pero que no se preste a odiosas arbitrariedades.

Las Resoluciones de 12 y 15 de septiembre, en las cuales la Junta se atribuye la facultad de fijar un máximo del alquiler en la forma que queda examinada, y la de 16 de octubre, relativa a la prohibición de desocupación de las mencionadas viviendas y locales para comercio sin la previa autorización de la Junta, prohibición que ésta pretende imponer a los jueces mismos encargados de cumplir la ley de arrendamiento contenida en el Código Civil y que está en perfecta vigencia en la República, contienen un motivo más de abuso de poder y de usurpación de autoridad, cual es el de realizar obra legislativa que sólo incumbe, en esta ocasión, al Poder Ejecutivo en observancia de los receptos constitucionales aplicables al caso. La Junta no debe ser más que obediente cumplidora de aquellos Decretos. Estos, por lo demás, no le han conferido ni podido conferirle a la Junta la facultad de legislar, por cuanto es aplicable al Ejecutivo cuando le toca legislar, excepcionalmente el precepto constitucional (artículo 38) que prohíbe al Poder Legislativo tal delegación. Siendo el Poder Ejecutivo quien suspende o restringe las garantías constitucionales, es él mismo quien queda investido con las facultades de legislador de emergencia. La Junta no puede legislar. Su misión debía limitarse a sugerir al Ejecutivo para que dicte o sancione las medidas de emergencia necesarias para cumplir los propósitos de los Decretos. Por otra parte, la materia de arrendamiento de inmuebles pertenece exclusivamente al Código Civil y la Junta, al ponerse en el empeño de legislar sobre dicha materia en esas cuatro Resoluciones, viola, además, el ordinal 4, artículo 15. Es de advertir, además, que este precepto constitucional se dirige exclusivamente al Poder Legislativo para atribuirle o reservarle su competencia relativamente a la legislación que regirá en toda la República en materia civil, mercantil, penal y de procedimiento.

Respecto a la Resolución de 25 de noviembre las reformas y correcciones que hace a las de 12 y 15 de septiembre y de 16 de octubre no se dirigen ni pueden dirigirse a evitar las violaciones constitucionales que han sido puntualizadas, y, por consiguiente, tanto con las disposiciones ratificadas por ella como por las introducidas nuevamente, la Junta también con esta resolución incurre en flagrantes extralimitaciones y trasgresiones legales y constitucionales.

Considera finalmente este Tribunal: que la Junta Ejecutiva del Distrito Federal es una autoridad accidental emanada del Poder Ejecutivo Federal para funcionar en el Distrito Federal que se ha atribuido poderes y funciones que no le han sido dados por los Decretos del Ejecutivo Federal; que la definición de atribuciones y facultades señala los límites de los Poderes Públicos; que todo lo que extralimite dicha definición constituye una usurpación de atribuciones, y que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

Y, por tanto, declara sin lugar el mencionado punto previo relativo a la omisión del juramento de los individuos de la Junta Ejecutiva del Distrito Federal, y con lugar las demandas de nulidad de las Resoluciones de 12 y 15 de septiembre, 16 de octubre y 25 de noviembre en virtud de los artículos 41 y 42 y 123, ordinal 11 de la Constitución Nacional y numeral 7, artículo 13 de la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación.

CFC – CP 15-12-52, G.F. N° 12, 1952, p. 42

Dentro de la potestad de intervención del Estado en materia de regulación de alquileres, está la facultad de fijar cada 5 años nuevo canon en base a la regulación, independiente de la voluntad de las partes”.

..En materia de arrendamiento de inmuebles para vivienda no obstante tratarse de un contrato bilateral, la fijación del canon de las pensiones no queda a la libre voluntad de las partes contratantes, sino que, en virtud de disposiciones legales de excepción, tal canon es fijado, en su límite máximo por un organismo regulador, que para ello procede según la libre apreciación que hace de hechos y circunstancias determinadas. En una nueva relación, la fijación del canon - aumentándolo o disminuyéndolo- es potestativa del dicho organismo y no es cuestión de la voluntad de las partes contratantes.

No puede, de consiguiente, en el caso concreto, y ante la circunstancia de haberse cumplido los cinco años que establece la ley para efectuar nueva regulación, decirse que el nuevo canon afecta los requisitos esenciales del contrato de arrendamiento celebrado, haciendo de esto un punto básico para sustentar la tesis de una usurpación de atribuciones, violatoria de normas constitucionales. Al contrario, los funcionarios que dictaron tal providencia lo hicieron dentro de sus atribuciones legales, en el orden previsto para el ejercicio de la función reguladora de alquileres.

CFC – SF 23-2-53, G.F. N° 13, 1953, p. 79

La libertad de contratar, en materia de arrendamiento de inmuebles, ha sido restringida solamente en cuanto a los motivos de rescisión unilateral”.

..Es de principio, más aún, garantía constitucional, la libertad de contratar; su limitación es pues excepcional, de estricta interpretación y aplicación.

En materia de arrendamiento de inmuebles esa libertad ha sido restringida solamente en cuanto al precio de arrendamiento y en cuanto a los motivos de rescisión unilateral, o desalojo, limitados a los casos previstos en la ley.

El canon máximo de alquiler lo señala la Comisión Nacional de Abastecimiento, y para demandar la desocupación de inmuebles debe obtenerse antes autorización del nombrado organismo, que puede concederla o negarla en los términos y por los motivos previstos en la Ley cuya aplicación tiene encomendada.

CF 23-3-54, G.F. N° 3, 1954, p. 197

Las decisiones relacionadas con la regulación de alquileres son del orden público.

Ahora bien; por lo mismo que, como lo proclama el abogado adjunto a la Procuraduría de la Nación, las decisiones relacionadas con la regulación de alquileres son de incuestionable “orden público”, ya que tienen por mira el bienestar general y no los intereses o conveniencias particulares de determinada persona, es obvio que los propietarios y los inquilinos tienen restringida su voluntad por imperativos insuperables cuando se trata de la estipulación concerniente al tipo de alquiler que han de cobrar los unos y pagar los otros. Y siendo así, como innegablemente lo es, la misión de la autoridad administrativa encargada de la regulación de alquileres no es precisamente la de aprobar las convenciones privadas de aquellos sino la de imponer su determinación con absoluta prescindencia del querer de las partes. Si así no fuera, no sólo desaparecería el carácter de orden público que tiene la materia, sino que se frustrarían lamentablemente los altos propósitos perseguidos por la Administración en favor de la economía general; y los organismos creados con tal finalidad no tendrían razón de ser, pues su función estaría limitada a cohonestar las estipulaciones de los interesados.

TSJ-SC (2641) 1-10-2003, Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz, Caso: Impugnación de varios artículos de la Ordenanza sobre Prestación de Servicios de Estacionamiento, Guarda y Custodia de Vehículos Automotores del Municipio Turístico el Morro Licenciado Diego Bautista Urbaneja, RDP N° 93-94/ 95-96, 2003, pp. 333-334.

Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Así, en el ordenamiento jurídico venezolano la regulación del precio de los bienes y servicios de primera necesidad es competencia del Poder Nacional, aún respecto de aquellas actividades sometidas a la ordenación del Municipio, de conformidad con el régimen general que establece la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario.

La libertad económica es manifestación específica de la libertad general del ciudadano, la cual se proyecta sobre su vertiente económica. De allí que, fuera de las limitaciones expresas que estén establecidas en la Ley, los particulares podrán libremente entrar, permanecer y salir del mercado de su preferencia, lo cual supone, también, el derecho a la explotación, según su autonomía privada, de la actividad que han emprendido. Ahora bien, en relación con la expresa que contiene el artículo 112 de la Constitución, los Poderes Públicos están habilitados para la regulación – mediante Ley- del ejercicio de la libertad económica, con la finalidad del logro de algunos de los objetivos de “interés social” que menciona el propio artículo. De esa manera, el reconocimiento de la libertad económica debe conciliarse con otras normas fundamentales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución venezolana reconoce un sistema de economía social de mercado. Así lo ha precisado esta Sala Constitucional en anteriores oportunidades:

“...A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el empresario mayor). Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, expresamente, la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución.

Lo dicho en el párrafo que antecede encuentra su fundamento en la norma contenida en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...” (sentencia de 6-2-01, caso: *Pedro Antonio Pérez Alzurut*).

Los Poderes Públicos pueden regular el ejercicio de la libertad económica para la atención de cualquiera de las causas de interés social que nombra la Constitución, entre las cuales se en-

cuentra la protección del consumidor y el usuario. En efecto, en concordancia con el sistema de economía social que asumió el Texto Fundamental, el constituyente admitió que la libertad económica podía ser limitada para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que reconoce el artículo 117 de la Constitución, según el cual:

“...Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos...”.

Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 constitucional, con relación a la disposición “*de bienes y servicios de calidad*”. Frente a tal eventualidad, la regulación de precios –junto a otras medidas económicas– encuentra plena justificación dentro del marco de la Constitución económica.

Ahora bien, observa esta Sala que, en criterio de los recurrentes, la sola regulación del precio de los servicios de estacionamiento guarda y custodia de vehículos automotores constituye, *per se*, una violación a la libertad económica, argumento que debe desestimarse, por cuanto, en el marco de una economía social de mercado, la regulación de precios es una técnica de limitación que encuentra suficiente basamento jurídico. Evidentemente, en la implantación de esa regulación, los Poderes Públicos deben respetar las exigencias que derivan del artículo 112 constitucional, por lo que dicha regulación sólo podrá acordarse en los términos que expresamente establezca el legislador nacional, porque tal materia es de la reserva legal.

Además de esa exigencia formal, la Constitución de 1999 impone otros requisitos que deben respetarse. De esa manera, la regulación de precios no puede violar el contenido esencial de la libertad económica, lo que implicaría su desnaturalización en tanto derecho fundamental. Como estableció ya esta Sala Constitucional:

“...el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas.

No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica entrañe una violación al orden constitucional o amerite la tutela reforzada prodigada por el amparo constitucional...” (Sentencia de 6-4-01, caso *Manuel Quevedo Fernández*).

Se desnaturalizaría la libertad económica, por ejemplo, si la regulación de precios se efectuara por debajo de los costos de producción. Como entiende la doctrina española, el Estado no puede, siquiera mediante Ley, fijar el precio de un producto final “...*al margen y por debajo de los costos reales y totales que son necesarios para su producción. Hacerlo de otro modo supondría imponer a un sector determinado una carga singular en relación con los demás...*” (Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 121).

Resulta entonces concluyente que, a diferencia de lo que argumentó la parte recurrente, la regulación de precios de servicios no representa, *per se*, una violación a la libertad económica. Tal violación sólo se consumará si esa regulación no es establecida en la Ley, o resulta contraria

al contenido esencial de la libertad económica, sin perjuicio, por supuesto, de las salvaguardas adicionales que la Administración deberá respetar cuando implante la regulación de precios que acordó el Legislador, para el respeto de los derechos de los particulares que se viesen afectados por esa medida de limitación.

En este sentido, estima esta Sala, que el argumento de violación de la libertad económica no puede prosperar en los términos en que se formuló. No obstante, además de ese motivo de impugnación, el recurrente alegó que el Municipio Turístico El Morro “Licenciado Bautista Urbaneja” carece de competencia para la regulación del precio del servicio de estacionamiento, guarda y custodia de vehículos automotores. En relación con tal argumento se observa:

Según aclarara ya esta Sala en anteriores oportunidades (s.SC de 14-2-02, caso Comercializadora Agropecuaria El Cafeto C.A.; de 5-6-02, caso *Orinoco Mining Company*; y de 9-7-03 caso *Empresa de Construcciones Benvenuto Barsanti C.A.*), las Ordenanzas que dictan los Concejos Municipales en ejecución directa e inmediata de la Constitución tienen *rango de Ley* y, como tal, son susceptibles de limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, con inclusión por supuesto, de la libertad económica. El aspecto que debe determinarse en este caso, sin embargo, es si la regulación del precio de ese servicio puede considerarse una competencia propia de los Municipios, conforme con la Constitución de 1999 o si, por el contrario, es competencia exclusiva del Poder Nacional.

CSJ-CP 26-02-85, Magistrado Ponente: José S. Núñez Aristimuño, RDP N° 22, 1985, p. 150.

Las leyes pueden sustraer de la esfera particular determinadas actividades económicas.

El dedicarse a la actividad lucrativa que cada uno prefiera, según el propio artículo 86 de la Constitución, está limitado por lo que al efecto dispongan las leyes por razones de interés social. Y la misma Ley de Minas, en su artículo 11 está autorizando al Ejecutivo Nacional, para reservar, mediante Decreto, la exploración y explotación de las substancias a que se refiere el artículo 2 *ejusdem* y las cuales, de no mediar esa reserva, podrían ser objeto de denuncias por parte de particulares.

No existe entonces ninguna inconstitucionalidad en un decreto que apoyado en una ley vigente, la cual le confiere esa facultad, substraer determinada actividad de la libre iniciativa particular. Así se declara.

De otra parte, el artículo 97, al disponer que “la ley establecerá lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado” está estableciendo una norma programática, pero por sí misma con fuerza de vigencia, que de ninguna manera puede inhibir, hasta tanto las disposiciones legislativas atinentes sean promulgadas, la posibilidad del Estado de administrar, promover o dirigir industrias que considere conveniente reservarse. La falta actual de esta ley no es óbice entonces para que, procediendo de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Minas, el Ejecutivo Nacional haya creído oportuno reservarse la explotación de los minerales que, en un principio, el artículo 2 de dicha Ley, podían ser objeto de denuncia. Así se declara.

CPCA 26-05-88, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonso, RDP N° 35, 1988, pp. 86-87.

Así conforme al artículo 96 de la Constitución Nacional, cuya infracción se denuncia, todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, pero tal libertad la misma norma la limita a las restricciones previstas en la misma Constitución o a las que se establezcan en las leyes.

Así la actividad objeto del recurrente, requiere de la obtención de permisos y patentes que posibiliten el ejercicio de tal actividad. Tales permisos y patentes debe obtenerse conforme a la Ley y su no obtención limita el ejercicio de tal actividad lucrativa, motivo por el cual, la limitación legal dicha no es motivo de denuncia de los presuntos derechos conculcados por esta vía. Y así se declara.

CSJ-SPA (492) 14-08-90, Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor, RDP N° 44, 1990, p. 112.

La libertad económica no es absoluta, sino relativa, en el sentido de que está a las limitaciones que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

CSJ-SPA (520) 22-10-92, Presidente Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, Caso: ASFAPETROL vs. PDVSA, RDP N° 52, 1992, pp. 102, 103.

Ahora bien, en cuanto al artículo 95 (de la Constitución), ya en anteriores oportunidades ha precisado la Sala el alcance de dicha norma, afirmando que constituye una declaración de principios de carácter general y por tal motivo, su violación no puede denunciarse en forma aislada. Debe, por tanto, examinarse su alegada infracción, en concordancia con la también denunciada del artículo 96.

Al respecto se observa que, la mencionada disposición consagra el derecho que asiste a todo ciudadano o persona jurídica, de dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más, limitaciones que las previstas en la misma Constitución y en la ley.

Las limitaciones a los referidos derechos económicos se establecen, conforme al texto constitucional, por razones de seguridad, de sanidad o interés social y deben estar expresamente previstas, ya sea en la Constitución o en alguna otra ley.

Por tanto, los derechos económicos, si bien reconocidos como fundamentales por el texto constitucional, no están en cambio establecidos en una forma absoluta e ilimitada en su contenido o en la posibilidad de su disfrute.

Así lo estableció en anterior oportunidad esta Alto Tribunal al señalar que las disposiciones contempladas en el artículo 96 *ejusdem*, consagran derechos, libertades y medidas de fomento "...pero sujetos a las limitaciones y restricciones que establezca la ley; en consecuencia, no se trata de derechos o libertades ciudadanas ilimitadas en su contenido o en su posibilidad de disfrute. En este sentido es la propia Constitución, o la norma legal la que establecerá el ámbito de ejercicio lícito de los mismos, fijando las restricciones o limitaciones en beneficio del interés colectivo..." (SPA 24-4-86 - GF 132. Vol. I. p. 66).

Pues bien, entre las áreas y actividades económicas que por razones de interés social y mediante leyes especiales, ha limitado y regulado el Estado Venezolano se encuentra el caso, precisamente, de la industria y el comercio de los hidrocarburos y sus derivados, así como la explotación del mercado interno y externo de esos productos.

En efecto, el artículo 1 de la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivado de Hidrocarburos, establece:

Artículo 1. Se reserva el Estado como servicio de interés público y por razones de conveniencia nacional la explotación del mercado interno de los siguientes productos derivados de hidrocarburos: combustibles, gases de petróleo licuado (GPL), aceites, lubricantes, grasas, solventes, ligas para sistemas de frenos, fluidos para sistemas hidráulicas, petrolatos, parafinas y asfaltos. El servicio de interés público reservado al Estado por la presente ley comprende las actividades de importación, de transportación, suministro, almacenamiento, distribución y expendios de los mencionados productos en el territorio nacional.

Dice asimismo el artículo 4 *ejusdem*:

Se declaran como artículos de primera necesidad los productos señalados en el artículo 1 de esta ley. En consecuencia, el Ejecutivo Nacional regulará y fijará los precios de esos productos, al por mayor y al detal, así como también los fletes para su transporte, mediante resolución del Ministerio de Minas e Hidrocarburos.

De la transcripción de las mencionadas disposiciones, debe concluirse que el Estado venezolano se ha reservado la industria y el mercado interno de los hidrocarburos y sus derivados, sometiendo en consecuencia esa actividad económica a las regulaciones especiales que por virtud de los mencionados textos legales se dicten, constituyendo así una *limitación legalmente consagrada por razones de interés público y de conveniencia nacional*, a la libertad económica a que se refieren los artículos 95 y 96 de la Constitución.

Se entiende entonces, que aquellas personas naturales o jurídicas que deseen desarrollar una actividad lucrativa relacionada con el área especial económica petrolera están necesariamente sometidas a las restricciones que en ese particular sector de la economía establezca la ley.

CSJ-SPA (157) 26-03-93, Magistrado Ponente: Luis H. Farías Mata, Caso: RCTV vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), RDP N° 53-54, 1993, pp. 159-160.

En relación con la supuesta violación del derecho contenido en el artículo 96 de la Constitución, los apoderados de la C.A. Radio Caracas Televisión manifiestan que *“la actividad económica de nuestra representada consiste precisamente en la transmisión de programas audiovisuales como el que se pretende prohibir, de forma inconstitucional e ilegal, a través de la orden contenida en el acto administrativo impugnado, ya que la conducta que se pretende imponer a nuestra representada impide el libre desarrollo de sus actividades lícitas en contravención clara de sus derechos constitucionales”*.

El texto constitucional cuyo contenido también es denunciado, reza:

“Artículo 96. Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

La ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios y, en general, las maniobras abusivas encaminadas obstruir o restringir la libertad económica”.

Para entrar a analizar la señalada denuncia, debe la Corte precisar inicialmente que el “establecimiento y explotación de todo el sistema de telecomunicaciones (...) corresponde en exclusiva al Estado”, tal como lo consagra el artículo 1° de la Ley de Telecomunicaciones; por lo que la actividad que desempeñan las plantas de televisión privadas son el resultado de un contrato de naturaleza concesoria, tal como lo precisado esta propia Sala Político-Administrativa en oportunidades anteriores (véanse decisiones del 22-11-90 y 1-8-91), casos: *“Radio Caracas Televisión”* y *“La Escuelita”*, respectivamente). Es evidente por tanto que en estas actividades derivadas de las concesiones de telecomunicaciones, el Estado sigue ejerciendo el control y fiscalización de las mismas, quedando obligado el concesionario no sólo por las cláusulas contractuales, sino, y muy especialmente, a observar las limitaciones que unilateralmente el órgano público reglamentariamente con la más estricta sujeción a la ley, y en última instancia, a la Constitución, se entiende, para poder garantizar de esta manera el Estado, el buen ejercicio del servicio concedido.

No puede presumirse, entonces, que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones lesione el derecho consagrado en el artículo 96 de la Constitución, por el solo hecho de ejercer el control de las telecomunicaciones, pues constituyen éstas una actividad a la que libremente pueda dedicarse en Venezuela cualquier persona y sin limitación alguna. Así se declara.

Pero, lo que es más importante para el caso de autos –observa la Sala–, el acto impugnado no guarda relación con el supuesto derecho infringido, ya que mediante aquél no se está prohibiendo la actividad de la C.A. Radio Caracas Televisión como estación televisora, sino que se le está sancionando por –esto, a juicio del órgano encargado de su control conforme a la Ley Orgánica de la Administración Central– haber transgredido determinadas disposiciones legales y sublegales de las que rigen tal actividad. Así se declara igualmente.

CPCA 13-07-93, Magistrado Ponente: Alexis Pinto D'Ascoli, Caso: Entidad Educativa Parasistema Virgen del Carmen vs. República (Ministerio de Educación), RDP N° 55-56, 1993, pp. 177-178.

Respecto al artículo 96, consagradorio de la libertad económica, esta Corte observa que conforme a ella todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia; pero no es menos cierto que el mismo texto constitucional dispone que tal libertad estará sujeta a las limitaciones previstas en ese mismo texto, así como a las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social, por lo que la consagración de alguna limitación a dicha actividad no puede ser considerada como una violación a la libertad económica.

CSJ-SPA 21-06-95, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo, Caso: Consorcio Aeropuertos del Zulia, C.A. vs. Conaerozulía, C.A., PT, N° 6, junio 1995, pp. 65-66.

En efecto, en casos similares al presente, esta Sala ha concluido en que la denuncia de violación del indicado derecho consagrado en el artículo 96 de la Constitución, resulta infundada cuando la actividad comercial que pretenda desarrollar el particular sea un servicio público que, como tal, está reservado en principio a los órganos estatales y que, en consecuencia, ha sido abstraída de la actuación comercial de los particulares.

De esta manera, reiterando la Sala los criterios que sostuvo en las decisiones de fechas 26 y 28 de abril de 1993, casos: *Radio Rochela* y *Cheverísimo* se desestima por infundada la supuesta violación del derecho a la libertad económica, y así se declara.

CPCA 10-07-95, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, RDP N° 63-64, 1995, pp. 183-184.

Por lo que respecta a la pretendida violación del derecho a la libertad económica, el *a quo* consideró: “al imponerles a los productores y comerciantes la obligación de dejar una reserva del 10% de los productos a que se contrae el Decreto, y la cual deben vender a un precio irrisorio, evidentemente que les limita dicho derecho”.

Considera necesario esta Corte profundizar en el análisis de la referida violación. En efecto, el texto del artículo 96 de la Constitución dispone:

“Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

“La Ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios y, en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica.”

El encabezamiento de la norma transcrita consagra la llamada libertad de industria y comercio o libertad económica. Libertad que, como bien lo indicó el *a quo* –a juicio de esta Corte-, se ve limitada por el Decreto 032-94.

En efecto, del artículo primero del mencionado Decreto se desprende la clara y evidente voluntad unilateral del Alcalde del Municipio San Fernando del Estado Apure de restringir la referida libertad, al establecer la obligación de todas las personas naturales o jurídicas, dedicadas al comercio de bienes y productos indicados en el mismo, a dejar una reserva no menor al 10% de lo producido en el Municipio.

Es incuestionable la violación a la libertad de comercio, pues, si bien ésta no está consagrada en términos absolutos, es mediante ley como la misma puede ser objeto de limitaciones; en tal sentido, en sentencia de fecha 14 de agosto de 1990, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, señaló lo siguiente:

“La libertad económica no es absoluta, sino relativa, en el sentido de que esta sujeta a limitaciones que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social”.

Visto lo anterior, resulta clara la limitación del derecho analizado en contravención a la garantía de la reserva legal, pues el Alcalde accionado no puede mediante Decreto restringir tal derecho. Así se declara.

Establecida, como ha sido, la violación del derecho consagrado en el artículo 96 de la Constitución, considera innecesario esta Corte pronunciarse sobre los demás derechos pretendidamente violados, invocados por los accionantes.

CPCA 31-10-95, Magistrada Ponente: Lourdes Wills Rivera, RDP N° 63-64, 1995, pp. 184-185.

El ejercicio del derecho a la libertad económica no es absoluto, por cuanto el mismo se encuentra limitado por la ley.

En lo atinente a la denuncia que hace el accionante de la violación del derecho al libre ejercicio de la actividad lucrativa de su preferencia, consagrado en el artículo 96 de la Constitución y que expresa: “Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad u otras de interés social *Omissis*”, alega el accionante que se le ha conculcado el derecho a la libertad económica, cuando funcionarios suscritos a la Alcaldía del Municipio Sucre del Estado, por instrucciones del ciudadano Enrique Mendoza, Alcalde del mencionado Municipio, con apostamiento policial, se apersonaron el día 26 de abril de 1995 en el lugar donde se construyó la estructura metálica destinada a colocar una valla publicitaria, y efectuaron un operativo que consistió en cortar por su base la estructura antes señalada.

Aún cuando la accionada no admite de manera expresa la ejecución del operativo, en su escrito de informe no fueron controvertidos los hechos denunciados por la presunta agraviada ni su autoría y, en consecuencia, deben darse por ciertos.

Ahora bien, el ejercicio del derecho a la libertad económica, de acuerdo al criterio reiterado y pacífico de la doctrina y jurisprudencia nacionales, no es absoluto, por cuanto el mismo se encuentra limitado por la ley. De manera tal, que del texto transcrito del artículo de la Constitución se deriva un derecho preceptivo a dedicarse a la actividad económica que elija, pero cuyo ejercicio debe adecuarse a las condiciones y restricciones que imponga la ley.

Sentado lo anterior, es claro que de tal limitación no escapa la actividad económica controvertida en el caso de autos, limitación que es regulada a través de los órganos municipales mediante el otorgamiento de permisos y exigencia de impuestos en razón de la actividad económica que realicen. Estas actividades –como se dijo antes– tienen que ser previamente autorizadas por el órgano municipal, mediante el otorgamiento del “Permiso para Instalación de Avisos”, acto administrativo dotado de una presunción de legalidad por ser dictado por el órgano competente en ejercicio de sus funciones, lo cual legitima la actividad económica de que se trata.

Observa esta Corte que, en el caso bajo examen, la empresa PUBLICIDAD LA VISTA ESPECTACULAR, C.A., debidamente registrada en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda bajo el N° 65, tiene como objeto la explotación de la industria publicitaria en todas sus formas, actividad catalogada de lícito comercio en el ordenamiento jurídico. Igualmente se observa, que tal actividad fue autorizada por la División General de Rentas Municipales, Dirección de Espectáculos Públicos, Propaganda Comercial de la Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda, mediante permiso de fecha 25 de enero de 1995, solicitud N° 001-95 suscrito por Raúl Bermúdez y Ana Margarita Terán Osorio, Director General y Jefe de División respectivamente, donde se le concede permiso para la colocación de una valla de metal al final de la Avenida Río de Janeiro vía El Llanito, frente al Barrio brisas de Petare e igualmente se dejó constancia del pago de los impuestos cancelados por este concepto según planilla de liquidación N° 396533 de fecha 21 de enero de 1995.

Demostrado como está en autos que la empresa accionante ejercía su derecho de libertad de industria y comercio, y que habiendo cumplido con los requisitos legales establecidos en la Ordenanza sobre Publicidad Comercial y previa cancelación de los impuestos municipales respectivos le fue concedido el permiso para colocar una valla de metal en el sitio antes señalado, resulta evidente para esta Corte que la actuación de los funcionarios de la Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda, que por mandato del Alcalde, procedieron a derribar la estructura metálica destinada a ubicar la valla publicitaria permitada por la autoridad municipal, vulneró directamente el derecho constitucional de la empresa, PUBLICIDAD LA VISTA ESPECTACULAR, C.A., a ejercer la actividad lucrativa de su preferencia y así se declara.

TSJ-SC (1798) 19-7-2005, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda, RDP N° 103, 2005, pp. 167-168.

Las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad. En tal sentido, señala la Sala Constitucional que las normas que regulan el horario dentro del cual se permite el ejercicio de las actividades económicas en el Municipio Chacao constituye una contrariedad objetiva a lo estatuido por el artículo 112 de la Constitución, al desconocer la naturaleza principista de las libertades y la estructura normativa de las garantías constitucionales.

... Como resultado de ello, debe la Sala, en primer término, evaluar la denuncia de inconstitucionalidad, por violación del derecho a la libertad económica y del principio de reserva legal nacional, mediante la realización del contraste necesario entre las normas constitucionales que se señalan como violadas (artículos 112 y 156, cardinal 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y las disposiciones normativas locales que se impugnan (artículos 9, 17, 84 cardinal 4 y 105 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao).

Ahora bien, se observa que el artículo 112 de la Constitución condensa el enunciado del derecho a la libertad económica, aunque no agota en su texto la regulación constitucional sobre el mismo. En todo caso, la formulación como principio, se expresa mediante la modalidad usual del establecimiento de la libertad en forma general, dirigida o reconocida en favor de todas las personas, pasando de inmediato a advertir la existencia de limitaciones, esto es, de fronteras o bordes que pueden delimitar las manifestaciones regulares o normales de las facultades derivadas de esa libertad. Tales restricciones se confinan, por imperativo del Texto Fundamental, a las previstas en el mismo, y las que establezcan las leyes, en atención, y con fundamento exclusivo, en determinadas razones de interés general, con lo cual se ensambla efectivamente el dispositivo de la garantía jurídica que comentamos.

De este modo -estima la Sala- se confirma una vez más, como la ha venido sosteniendo en otras oportunidades, que la libertad económica, al igual que sucede con otros derechos constitucionales, no es un concepto absoluto e irrestricto, ya que, además de los límites definidos directamente en la propia Constitución, pueden fijarse limitaciones expresas, mediante ley, fuera de las cuales, quedan facultados los ciudadanos para actuar libremente, es decir, para ejercitar abiertamente los espacios de libertad no sometidos a alguna restricción. Con ello se afianza y se comprueba el único sentido lógico que puede darse al esquema constitucional, consistente en la existencia de un espectro básico y fundamental constitutivo de la libertad, postulado como principio, frente al cual pueden aparecer restricciones o limitaciones que operan como excepciones expresas a la regla general, y que sólo pueden ser establecidas mediante ley, es decir, excluyendo en forma absoluta la posibilidad de formular tales limitaciones por medio de actos concretos o disposiciones sublegales.

En este sentido, el artículo 9 de la Ordenanza impugnada dispone, como regla básica, que:

“La Licencia de Actividades económicas **autoriza a ejercer las actividades en ella señaladas, bajo las condiciones que indique la Administración Tributaria entre las seis de la mañana (6 a.m.) y las doce de la noche (12 a.m.), salvo excepciones legales**” (Destacado de la Sala)

Por otra parte, el artículo 84, cardinal 4 del mismo instrumento normativo dispone:

“A los efectos de la presente Ordenanza son obligaciones administrativas:

(...)

4. Solicitar y obtener la Licencia de Extensión de Horario

(...)”

Advierte la Sala que, de acuerdo al postulado axiomático establecido en el artículo 4 del Código Civil, la estructura gramatical de la norma bajo análisis, atendiendo *al sentido que aparece evidente del significado lógico de la palabras según la conexión de ellas entre sí*, conduce indudablemente a entender que **el sentido de la disposición** no es otro que el establecer una limitación general al ejercicio de las actividades económicas, al reducir de manera indiscriminada el alcance temporal de la Licencia de Actividades Económicas al horario expresamente señalado (6 a.m. a 12 a.m.), con lo cual se está negando, también de manera general, y como principio, el ejercicio de tales actividades fuera del horario indicado, como lo sostiene la accionante.

En efecto, partiendo de la existencia de una autorización como requisito necesario para el ejercicio de las actividades económicas en jurisdicción del Municipio Chacao, tal como lo postula el artículo 3 de la Ordenanza, es evidente, de una interpretación concordada, que el único sentido y razón de ser que puede atribuirse al artículo 9 es, precisamente, el de fijar de manera general y abstracta, una limitación, un tope, al alcance que puede tener esa autorización y, en consecuencia, un límite, igualmente general y abstracto, al ejercicio de las actividades económicas, determinado en este caso, por el horario dentro del cual se permiten.

Aunado a ello, debe señalarse que, conforme a las pautas fijadas por el referido artículo 4 del Código Civil, debe también considerarse *la intención del legislador*, lo cual deriva de la estructura del dispositivo normativo en cuanto a su coherencia interna y su vinculación con otros elementos normativos que confluyen en la conformación del régimen específico que diseña la norma bajo examen.

En este sentido, aprecia la Sala que es especialmente significativa la frase final del aludido artículo 9, cuando completa el enunciado señalando “**salvo excepciones legales**”, lo que no permite tener otra lectura más que la que conduzca a entender que lo que se dispuso antes tiene el carácter de regla general. Ciertamente, esta intención sólo puede derivarse del empleo del vocablo **excepción**, que indica aquello que se aparta de la regla o condición general.

Pero aprecia esta Sala que, adicionalmente y en este mismo sentido, el artículo 105 de la Ordenanza, cuya impugnación también se plantea en la presente causa, se encabeza indicando que: “...**Quién ejerza actividades económicas fuera del horario establecido en el artículo 9, o si teniendo Licencia de Extensión de Horario las ejerciere fuera de las horas autorizadas en aquella...**”, de lo cual se deduce que el espíritu de la Ordenanza no es otro que el de fijar, como régimen general, la limitación al ejercicio de las actividades económicas dentro de un horario determinado (12 a.m. a 6 a.m.), lo cual reafirma el texto normativo local, cuando califica al ejercicio de esas actividades fuera del horario general permitido por la norma, como un supuesto de infracción, sujeto a una sanción de carácter administrativo.

Debe además apuntar la Sala que lo que parece justificar la existencia de la norma cuestionada es el simple “*expendio de alimentos o bebidas alcohólicas o no alcohólicas, discoteca, bar, diversión y esparcimiento, agencia de festejos o salas de banquetes*”, y demás actividades de apuestas lícitas o similares después de las 12 a.m. y no la alteración misma del orden público. Desde luego, la Sala reconoce que las referidas actividades pueden contribuir en mayor medida que otras a la alteración del orden público; sin embargo, por una parte, ello no necesariamente es

así, y, por la otra, pudiera ser que otras actividades no enumeradas en la norma -en el supuesto de que la ordenanza las permitiera, pues tal como está redactada no lo hace- lo alterasen y aun así no requiriesen ni la autorización ni pago alguno por tal concepto. De manera que, pareciera que lo que justificaría la existencia de la disposición jurídica impugnada no es la realización de las aludidas actividades en específico sino la realización de cualquiera que sea capaz de alterar el orden público.

Igualmente, advierte la Sala que el pago por la Licencia de Extensión de Horario, a que se refieren las normas impugnadas no puede ser calificado como un impuesto, toda vez que no se trata de una contribución general, que realice el administrado en virtud del principio de distribución de las cargas públicas. No puede ser conceptualizado como una tasa porque no se está pagando una contraprestación por un servicio directo, específico y determinado que le esté prestando la Administración Municipal. No puede ser distinguido como una contribución especial, ya que el obligado no está recibiendo un beneficio o mejora adicional a su situación previa o coadyuvando en el mantenimiento o gestión de un órgano regulador especial. Por tanto, es una carga impositiva que no se encuentra tipificada, y que pretende con una licencia diferente aplicar no una alícuota distinta por tipo de actividad sino una doble imposición.

Además, visto que resulta un hecho notorio que gran parte de los comercios del Municipio Chacao son locales que funcionan dentro del horario nocturno o se dedican al negocio de restaurant, bar o salas de fiestas, para lo cual habían sido previa y particularmente autorizados, la Ordenanza cuyas normas se cuestionan creó un “tributo” adicional a la patente de industria y comercio, para no incrementar la alícuota de ésta y presumiblemente evitar o disfrazar el carácter confiscatorio de dicho tributo, tantas veces proscrito por esta Sala. En conclusión, la Licencia de Extensión de Horario resulta un complemento o incremento adicional a la patente de industria y comercio, que por su magnitud genera efectos confiscatorios.

Téngase presente, en este sentido, que se les aplica esta nueva carga impositiva a contribuyentes que se habían asentado en el Municipio con antelación, lo que modifica notablemente en perjuicio de éstos las condiciones iniciales con las cuales establecieron sus negocios, generando un gravoso incremento de manera retroactiva a la actividad en referencia, violando a su vez el valor fundamental de seguridad jurídica, que gobierna nuestro estado social de derecho, de justicia y de democracia participativa y la confianza legítima.

No cabe duda entonces, para la Sala, que los artículos mencionados disponen una limitación general al ejercicio de la actividad económica, que se expresa como la regla, es decir, como la condición general, o como principio frente al cual se coloca, en condición de inferioridad o minoría, esto es, como lo que se aparta de la regla o condición general regulada, un supuesto ambiguo e impreciso: “*salvo las excepciones legales*”, que, por lo demás, resulta una regulación irrealizable en la práctica pues, precisamente, por virtud del postulado constitucional, las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad.

Ello así, considera la Sala que el enunciado jurídico que se examina, de redacción sin duda complicada desde el punto de vista técnico, atenta contra el principio *pro libertatis*, y quizá sin que el legislador local lo hubiese deseado, termina restringiendo la realización de actividades económicas distintas de las que luego pretende autorizar a través de la Licencia de Extensión de Horario, aun cuando el mismo Municipio reconozca que las demás sí pueden hacerlo, no obstante que, en puridad de la redacción de la norma, se desprende lo contrario a dicho alegato.

Estima esta Sala que tal circunstancia constituye una contrariedad objetiva a lo estatuido por el artículo 112 de la Constitución, pues al desconocer la naturaleza principista de las libertades y la estructura normativa de las garantías constitucionales, fijando como regla una limitación general a su ejercicio, las normas locales impugnadas configuran un desconocimiento de la libertad económica constitucionalmente garantizada y, con ello, la violación de la norma fundamental alegada. Así se declara.

TSJ-SPA (0619), 13-5-2009, Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero, Caso: Corporación Betapetrol, S.A. vs. Ministerio de Energía y Petróleo. 231-234, RDP N° 118, 2009, pp. 231-234.

No toda medida que incida en la libertad de empresa es, per se, contraria al derecho a la libertad económica, salvo que persiga -por un mero voluntarismo- obstaculizar el ejercicio de tal derecho o dé lugar a rémoras que no guarden relación alguna con el fin constitucionalmente perseguido.

4.-Alega también la recurrente la violación del derecho a la libertad económica, indicando en relación a este alegato que la “...imposición de esa medida sancionatoria por vía de la **decisión revocatoria de la licencia** obtenida contenida en la Resolución N° 476 confirmada mediante la Resolución N° 220, ambas del Ministerio de Energía y Petróleo, **impide a Corporación Betapetrol, S.A., ejercer las actividades de refinación de hidrocarburos y comercialización de los productos derivados**, para lo cual había obtenido las autorizaciones de ley y cumplido con las exigencias que le correspondía observar, **lesionándose flagrantemente su derecho a dedicarse a la actividad lucrativa propia de su giro comercial, sin que exista un justificación legítima para ello**, lo cual vicia semejante decisión de nulidad absoluta, a tenor de lo previsto en el ordinal 1° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en concordancia con los artículos 25 y 49, ordinal 6° de la Constitución...”. (Negrillas del escrito).

En casos similares al de autos se ha referido la Sala respecto al contenido y alcance del derecho a la libertad económica, estableciendo lo siguiente:

“...Sostienen los apoderados actores que la Resolución N° 453 viola, igualmente, el derecho a la libertad económica de Imosa Tuboacero Fabricación, C.A., por cuanto implica el “cierre” de su negocio “en lo que se refiere a su intervención en el mercado petrolero venezolano, fuente primordial de sus ingresos”, y prohíbe la fabricación de tubos con costura longitudinal para la industria petrolera nacional.

Asimismo, indica que su mandante es una empresa de capital venezolano, con empleados venezolanos y que fabrica su producto en Venezuela desde 1960, a lo que agrega que el pago de la materia prima que importa de Brasil se efectúa a través del Convenio de Pago Recíproco de ALADI, por lo que dicha retribución, señala, no genera salida de divisas del país.

Al respecto, se impone señalar que el derecho a la libertad económica previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una manifestación específica de la libertad general de los ciudadanos, proyectada en su ámbito o aspecto económico, y consiste en la posibilidad legítima de emprender y mantener en libertad la actividad empresarial, esto es, de entrar, permanecer y retirarse del mercado de su preferencia.

El indicado precepto consagra en los siguientes términos el derecho en referencia:

“Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”

Conforme se aprecia de la citada disposición, el Texto Constitucional no sólo consagra el derecho de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su predilección, sino que garantiza que ese derecho podrá ser restringido únicamente por otras disposiciones

de la misma Constitución o de la Ley; de manera que el derecho económico in commento no se encuentra establecido en forma absoluta e ilimitada en su contenido o en la posibilidad de su disfrute, sino que, por el contrario, está expresamente condicionado por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente o interés social, en los términos que se establezcan en la propia Constitución o en las leyes.

a, por cuanto la Constitución de nuestro país reconoce el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, la existencia de un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en la que el Estado funge como simple programador de aquélla, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como una suerte de “empresario superior”).

En armonía con lo anterior, debe destacarse que no toda medida que incida en la libertad de empresa es, per se, contraria al derecho en referencia, salvo que persiga -por un mero voluntarismo- obstaculizar el ejercicio de tal derecho o dé lugar a rémoras que no guarden relación alguna con el fin constitucionalmente perseguido...”. (negritas de esta decisión) (Sent. SPA N° 00286 de fecha 5 de marzo de 2008, caso: IMOSA TUBOACERO FABRICACIÓN, C.A. Vs. MINISTRO DE LA PRODUCCIÓN Y EL COMERCIO)

Conforme a lo alegado por la parte accionante en su libelo, en el presente caso, con la Resolución impugnada se le está vulnerando el citado derecho a la libertad económica pues en su opinión, al haber dado cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Resolución N° 332 (Licencia) y de acuerdo a lo estipulado en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, dicha decisión del Ministerio de Energía y Petróleo de revocar la Licencia otorgada no persigue un fin público.

En primer término, en relación a este alegato cabe destacar lo expuesto por la Procuraduría General de la República en su escrito de conclusiones a los Informes orales, en el cual refiere que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 9 del citado Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, en concordancia con lo establecido en el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “...que establece la reserva del Estado de las actividades petroleras por razones estratégicas y de conveniencia nacional, mal puede la parte recurrente alegar el menoscabo en el ejercicio de su derecho a la libertad económica, cuando el Estado ya se ha reservado la actividad en cuestión, es decir, sólo la Licencia u autorización ‘permiten’ en cierta medida la intervención de particulares...”.

Adicionalmente, la Sala debe aclarar que en virtud del sistema de economía mixto imperante en Venezuela, en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se establece que el Estado conjuntamente con la iniciativa privada, “...promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía...”. No obstante, el ejercicio de dichas actividades se encuentran bajo la rectoría del Estado.

Ahora bien, hechas las precedentes consideraciones en torno al contenido esencial del derecho a la libertad económica y de conformidad con las disposiciones constitucionales antes aludidas, observa la Sala lo siguiente:

La Resolución N° 476 de fecha 27 de diciembre de 2005 emanada del Ministro de Energía y Petróleo, cuyo contenido es confirmado mediante Resolución N° 220 del 18 de julio de 2006 (acto impugnado), dictada por la misma autoridad, incide, ciertamente, en el ejercicio de lo que a decir de la accionante constituye la principal actividad económica de la empresa recurrente, toda vez que por aplicación de dicho acto se le impide dedicarse a la actividad lucrativa propia de su giro comercial.

Sin embargo, en criterio de este Máximo Tribunal, contrariamente a lo alegado por la empresa accionante, la mencionada revocatoria de la Licencia en cuestión, además de estar sustenta-

da en los términos expuestos, en la tantas veces referida Resolución N° 332 y con base a lo preceptuado en los citados artículos 4, 9, 15, 17 y 19 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, tiene una vinculación con el interés general, específicamente en el ámbito socio-económico que el Estado está llamado a promover y satisfacer y por consecuencia justifica su intervención en materias tan sensibles como las siguientes:

-Lo relativo al régimen de gravámenes de los activos, lo concerniente a las limitaciones al comercio exterior derivadas del desarrollo endógeno como política del Estado venezolano, con la finalidad de fortalecer el mercado interno y las industrias nacionales, de lo cual deriva por ejemplo, la improcedencia de la solicitud de Corporación Betapetrol, S.A., del pago en divisa extranjera (dólares) por los productos que tenga que comercializar en el mercado interno, en razón del principio constitucional de la unidad monetaria.

-Lo referente al Régimen Fiscal y la competencia atribuida en dicha materia al Ministerio de Energía y Minas para fiscalizar las operaciones que causen impuestos, por lo que conforme a las observaciones planteadas por la Consultoría Jurídica contenida en el mencionado Oficio N° DITH/139 del 7 de octubre de 2003, no se podía autorizar la cesión parcial de la licencia, a empresas afiliadas a la licenciataria (Betapetrol), para separar las actividades que realizan, con el único fin de evitar, impedir o disminuir el impacto del hecho imponible, reduciendo de esta forma la carga fiscal o tributo a pagar.

En definitiva, considera la Sala que todas las observaciones de carácter técnico y jurídico efectuadas por el Ministerio de Energía y Petróleo dirigidas a la empresa Corporación Betapetrol, S.A, a través de la Consultoría Jurídica y la Dirección de Industrialización y Tecnología de Hidrocarburos, para que reformulara el estudio de prefactibilidad técnico económico presentado en fecha 29 de mayo de 2003, y cuya inobservancia e incumplimiento determinó la decisión de revocar la Licencia por no ser factible el proyecto, constituyen limitaciones de orden público y estricto interés nacional y por tanto, restricciones legítimas, cónsonas con la finalidad de la normativa que sirvió de base a la Resolución objeto de impugnación y con los lineamientos que establece la Constitución respecto al contenido esencial de tal derecho.

Conforme a lo anterior, se desestima la alegada violación del derecho constitucional a la libertad económica. Así se declara.

TSJ-SPA (1553) 4-11-2009, Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa, Caso: Raiza Elizabeth Isturiz de Belfort y otros. CNB 102.3 Caraqueña Radioemisora C.A.) vs. Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, RDP N°. 120, 2009, p. 120.

El derecho a la libertad económica encuentra una limitación de orden constitucional y las leyes en razón del interés general, exigiendo en particular, el otorgamiento de una habilitación administrativa para el desarrollo de cualquier actividad económica cuando el ejercicio del mismo se refiera a materia de telecomunicaciones.

Finalmente, con relación a la denuncia de violación al derecho de libertad económica, advierte la Sala que el artículo 112 de nuestra Carta Magna consagra el aludido derecho en los términos siguientes:

“Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

A su vez, dispone el artículo 113 *eiusdem* en su único aparte que “*Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público*”.

En concordancia con el aparte citado, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone, como se puso en evidencia al analizar la denuncia relativa a la libertad de expresión, que la prestación de servicios de telecomunicaciones es una actividad de interés general, para cuyo ejercicio se requiere la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria; en razón de lo anterior, sin pretender la Sala extenderse al análisis de aspectos legales ajenos a la naturaleza del amparo constitucional, observa que el derecho a la libertad económica no es un derecho absoluto, sino que su ejercicio se encuentra sometido a las limitaciones que prevean la propia Constitución y las leyes en razón del interés general, exigiendo en particular, como se ha puesto de relieve en la presente decisión, el otorgamiento de una habilitación administrativa para el desarrollo de cualquier actividad económica en materia de telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, visto que, en esta etapa del juicio, no existe constancia en autos de que la sociedad mercantil accionante sea titular de la habilitación administrativa necesaria para la explotación del servicio de radiodifusión a través de la frecuencia 102.3 Mhz en la ciudad de Caracas, Distrito Capital, la Sala considera que el acto impugnado no puede considerarse violatorio de sus derechos a la libertad económica. Así se decide.

TSJ-SPA (1790) 9-12-2009, Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero, Caso: Máxima Junín F.M., C.A., Circuito Nacional Belfort, C.N.B., C.A. y otros vs. Ministerio del Poder Popular para las obras públicas y vivienda. RDP N° 120, 2009, p 121

...De las normas citadas se colige que el derecho a la libertad económica, encuentra una limitación de orden constitucional en la disposición contenida en el mencionado artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando el ejercicio del mismo suponga la explotación de un recurso natural propiedad del Estado, en cuyo caso se requerirá de una concesión que debe ser otorgada siempre por tiempo determinado (Véase *Revista de Derecho Público* N° 110 Sentencia de esta Sala N° 0763 del 23-5-2007, p. 156 y ss).

Asimismo, con respecto al derecho a la libertad económica la Sala ha reiterado en su jurisprudencia, que, si bien todos tienen derecho a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, tal derecho no es absoluto, encontrando sus limitaciones en este caso particular, en la Constitución y en las leyes que rigen la materia debatida. En tal sentido resulta menester para la prestación de los servicios de telecomunicaciones el otorgamiento de una habilitación administrativa o concesión, previo el cumplimiento de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico.

En virtud de lo anterior, estima la Sala que la extinción de una concesión o la cesación de un permiso -otorgados conforme a los títulos administrativos existentes bajo la vigencia de la Ley de Telecomunicaciones de 1.940- en modo alguno pueden ser entendidas como una violación del derecho a la libertad económica toda vez que los permisos y concesiones comportan un privilegio de carácter exclusivo y excluyente, del cual únicamente durante su vigencia el titular puede obtener un beneficio económico por el uso y explotación del bien público que con motivo de esos títulos se le haya asignado; motivo por el cual debe desecharse en esta fase cautelar la violación del derecho a la libertad económica alegada. Así se declara.

TSJ-SPA (0071) 27-1-2010, Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz, Caso: Cámara Venezolana de la Industria de Alimentos (CAVIDEA) vs. Ministerios del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, para la Alimentación y para la Defensa, RDP N° 121, 2010, pp. 146-148.

El requerimiento a los interesados en la distribución de alimentos de obtener las “Guías de Movilización y la de Seguimiento y Control de Productos Alimenticios Ter-

minados Destinados a la Comercialización de Consumo Humano y Consumo Animal con Incidencia en el Consumo Humano en el Territorio Nacional”, en modo alguno transgrede el derecho a la libertad económica de las empresas productoras y distribuidoras de alimentos, toda vez que el mismo no puede entenderse como un impedimento para que estas empresas ejerzan la actividad económica de su preferencia, pues las referidas guías constituyen un instrumento para garantizar a la colectividad una equilibrada distribución de los alimentos.

.....Por otra parte, denuncia la representación judicial de la recurrente, la violación del derecho a la libertad económica de su representada, pues los artículos 10 y 12 de la Resolución Conjunta N° DM/N° 191/2008, DM/N° 0080 y DM/N°, de fecha 24 de diciembre de 2008, al establecer las “*Guías de Movilización y de Seguimiento y Control de Productos Alimenticios Terminados Destinados a la Comercialización, Consumo Humano y Consumo Animal con Incidencia en el Consumo Humano en el Territorio Nacional*”, le impide operar en el mercado con la suficiente libertad para planificar y ejecutar la propia actividad conforme a las reglas de mercado e igualmente celebrar y cumplir los contratos que cada operador estime necesarios para el mejor ejercicio de su actividad.

Con relación a este derecho, se observa que el artículo 112 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo que sigue:

“Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”. (Subrayado de este fallo).

Respecto a la norma antes transcrita, esta Sala en varias Sentencias:

*“La norma supra transcrita consagra amplias facultades conferidas por el Constituyente a todos los habitantes de la República, para dedicarse a las actividades económicas de su preferencia. No obstante, el citado precepto admite, no sólo la posibilidad del Estado de plantear directrices en la materia, sino también de limitar el alcance de dicha libertad **en beneficio del interés general.***

En este mismo sentido, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 117 de fecha 6 de febrero de 2001 (caso: Pedro Antonio Pérez Alzurru contra la Ley de Privatización), sostuvo lo siguiente:

‘Al efecto, esta Sala se ve forzada a reiterar lo expuesto en el fallo interlocutorio de fecha 15 de diciembre de 1998, recaído en el presente juicio, mediante el cual se declaró la improcedencia de la medida cautelar innominada solicitada por la parte actora en su escrito libelar. En tal sentido resulta oportuno transcribir el extracto pertinente del aludido fallo:

‘Las Constituciones modernas de los distintos países, si bien establecen de manera general la forma de actuación de los Poderes Públicos y de los individuos en la actividad económica, dicha consagración se hace en términos principistas; de esta forma, la Constitución Económica, entendida como el conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada –salvo el caso de las constituciones socialistas de modelo soviético– a garantizar la existencia de un determinado orden económico, sino que actúan como garantes de una economía social de mercado, inspira-

das en principios básicos de justicia social y con una 'base neutral' que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual sólo se pretende que observe los límites constitucionales. (Resaltado de esta Sala)'

(...omissis...)

*Tal como se aludiera supra, la Constitución Económica se constituye de un conjunto de normas con carácter de directrices generales o principios esenciales que garantizan una economía **social** de mercado, que se inspiran en el fin de la justicia social, pero tales normas constitucionales poseen una indiscutible naturaleza '**neutral**', lo cual implica la posibilidad del legislador de desarrollar esas directrices generales o principios básicos constitucionales atendiendo a las necesidades reales de la Nación y respetando los límites que la propia Constitución impone.*

A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el 'empresario mayor').

Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, expresamente, la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución.'

(...omissis...)

*Ahora bien, tal como se señaló supra, el derecho constitucional a la libertad económica no reviste carácter absoluto, sino que por el contrario **el legislador** puede, por razones de "desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social", establecer directrices que regulen el ejercicio de dicho derecho constitucional". (Destacado del texto).*

En efecto, tal como lo señaló esta Sala en la sentencia parcialmente transcrita, el derecho a la libertad económica permite a todos los ciudadanos dedicarse libremente a la actividad de su preferencia; sin embargo, este derecho se encuentra limitado por la Constitución y las leyes por razones de interés social; de allí que el Estado pueda imponer directrices para regular su ejercicio.

En este contexto, observa la Sala que el Ejecutivo Nacional a los fines de evitar prácticas desleales de ciertos sectores, dedicados a la producción y distribución de alimentos en el país que afectaron su disponibilidad por la población venezolana, reguló la movilización de alimentos y estableció un mecanismo de control y seguimiento de dichos productos alimenticios.

De allí que las autoridades administrativas se vieron en la necesidad de requerir a los interesados en la distribución de alimentos la obtención de las "*Guías de Movilización y la de Seguimiento y Control de Productos Alimenticios Terminados Destinados a la Comercialización de Consumo Humano y Consumo Animal con Incidencia en el Consumo Humano en el Territorio Nacional*".

Por tal razón, estima la Sala que dicho requerimiento en modo alguno transgrede el derecho a la libertad económica de las empresas productoras y distribuidoras de alimentos, toda vez que el mismo no puede entenderse como un impedimento para que estas empresas ejerzan la actividad económica de su preferencia, pues las referidas guías constituyen un instrumento para garantizar a la colectividad una equilibrada distribución de los alimentos.

En este orden de ideas, resulta menester destacar que en materia de alimentos priva el interés general de la comunidad sobre el particular de quienes desarrollan dicha actividad (artículo 305 Constitucional), pues tratándose de una necesidad básica y primaria de la población que comporta la garantía de derechos humanos fundamentales, las autoridades deben actuar de manera celeré y eficiente para garantizar el debido abastecimiento de alimentos a la población.

Aunado a lo anterior, debe reiterarse que las empresas relacionadas con el sector alimentario pueden continuar con las actividades propias de su razón social toda vez que el hecho de que se vean en la obligación de obtener de las autoridades administrativas competentes las referidas Guías obedece a una regulación legítima conforme a lo antes expuesto. En consecuencia, se desestima la denuncia de violación del derecho a la libertad económica, y así se declara.

TSJ-SPA (245) 12-3-2013, Magistrada Ponente: Mónica Misticchio Tortorella, Caso: Industria Azucarera Santa Elena, C.A. vs. Ministro del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, RDP N° 133, 2013, pp. 128-131.

El derecho a la libertad económica no es un derecho irrestricto, sino que está sujeto a los naturales límites que exige el respeto a otros intereses colectivos que el Estado está obligado a proteger, como son la iniciativa privada, la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, y en fin todos aquellos tendentes a impulsar el desarrollo integral del país.

Corresponde a esta Sala Político-Administrativa emitir su pronunciamiento con relación a la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos formulada por la representación judicial de la sociedad mercantil San Lázaro, S.A., accionista unitaria de la sociedad de comercio **INDUSTRIA AZUCARERA SANTA ELENA, C.A.**

Al respecto, es necesario indicar que la medida de suspensión de efectos actualmente no está prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ni en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin embargo, tal circunstancia no implica que no pueda ser acordada siendo como lo es una de las medidas preventivas típicas del contencioso administrativo.

De tal manera, el análisis que de ella se haga debe atender a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En orden a lo anterior, ha sido criterio de este Alto Tribunal que la suspensión de efectos de los actos administrativos constituye la medida cautelar típica del contencioso administrativo mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo - consecuencia de la presunción de legalidad y legitimidad-, se busca evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto, que podría constituir un menoscabo a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

En tal sentido, el juez debe velar porque su decisión se fundamente no sólo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación y acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción para el Juez de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente, lo cual debe evitar el operador de justicia.

Por tal motivo, la medida preventiva de suspensión de efectos sólo procede cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, su necesidad a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación; o bien para evitar que el fallo quede ilusorio y, adicionalmente, se presuma que la pretensión procesal principal resultará favorable. Significa, entonces, que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar como lo son: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, y la presunción grave de violación del derecho que se reclama. A esto hay que agregar la adecuada ponderación que haga el Juez de los *“intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego”*, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De modo que, el correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada requiere, además, de la verificación del *periculum in mora* y la determinación del *fumus boni iuri*; pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia de la medida en el caso concreto, la presunción grave de buen derecho es el fundamento mismo de la protección cautelar dado que, en

definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados; sea que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso. Consecuentemente, el referido principio se encuentra en las exigencias del artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para acordar la suspensión de efectos. (Vid. *sentencia SPA, 9 de diciembre de 2010*); el cual dispone:

“Requisitos de procedibilidad

Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante”.

Conforme a lo señalado en la norma transcrita, la medida que se acuerde debe tener como finalidad *“resguardar la apariencia de buen derecho”* y *“garantizar las resultas del juicio”*, por lo que el juez deberá extraer de las probanzas aportadas a los autos los elementos que permitan establecer una presunción favorable o un juicio de verosimilitud de los términos de la pretensión procesal; y, adicionalmente, deberán examinarse las circunstancias que, en el caso concreto, hagan necesaria la medida para evitar perjuicios irreparables, de difícil reparación, o la ilusoriedad del fallo.

Con base en las anteriores precisiones, pasa la Sala a verificar si en este caso concreto se encuentran acreditadas en autos pruebas suficientes que permitan determinar la existencia de los requisitos exigidos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), en virtud de la pretensión cautelar interpuesta por la parte recurrente.

En primer lugar, se observa que el apoderado judicial de la parte accionante alegó que el nombramiento de la Junta Administradora Ad-Hoc es violatorio de su derecho a la defensa y al debido proceso, pues el acto no fue motivado suficientemente y es ilegal, pues fue dictado por una autoridad incompetente; incurriendo además la Administración en el vicio de falso supuesto de hecho.

A su vez denunció que se vulneraron los derechos a la libertad económica y propiedad privada de su representada al impedirle el uso goce y disfrute de sus bienes, así como la posibilidad de ejercer su actividad económica.

Ahora bien, se advierte que la parte actora para fundamentar el requisito del *fumus boni iuris* entre otros alegatos reprodujo las denuncias de inconstitucionalidad formulados para solicitar la declaratoria con lugar de la acción de amparo cautelar incoada conjuntamente con el recurso de nulidad, en ese sentido, cabe destacar que la Sala por decisión N° 1.344 de fecha 13 de noviembre de 2012 declaró improcedente la referida acción de amparo por no configurarse el referido requisito, desechándose en el fallo las denuncias de violación a los derechos a la propiedad, a la libertad económica y a la defensa.

En ese sentido, resalta esta Sala con relación a la denuncia de violación al derecho a la libertad económica, que conforme lo previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Constituyente confirió a todos los habitantes de la República, las más amplias facultades para dedicarse a las actividades económicas de su preferencia. No obstante, la referida norma prevé, no sólo la posibilidad del Estado de plantear directrices en la materia, sino también el **poder de limitar el alcance de dicha libertad en beneficio del interés general.**

Atendiendo a dicha disposición recalca la Sala que el acto impugnado fue dictado en atención a que el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela a través del Decreto N° 7.472 de fecha 8 de junio de 2010, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.441 de la misma fecha, acordó la adquisición forzosa de los bienes muebles, inmuebles y demás bienhechurías presuntamente propiedad de la sociedad mercantil Industria Azucarera Santa Elena, C.A., toda vez que la adquisición forzosa de la empresa era indispensable para la “*Consolidación del Eje Productor y Agroindustrial de la Caña de Azúcar en los Municipios Páez y Araure del Estado Portuguesa*”.

En tal sentido, se reitera que, como se desprende de la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Alimentaria publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.889 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008, para la construcción del Estado social de justicia y bienestar que enuncia el artículo 2° del Texto Fundamental es indispensable garantizar a los ciudadanos y ciudadanas venezolanos el acceso a los alimentos de calidad, en cantidad suficiente con preferencia de aquellos producidos en el país.

Por tanto, visto que el derecho a la libertad económica no es un derecho irrestricto sino está sujeto a los naturales límites que exige el respeto a otros intereses colectivos que el Estado está obligado a proteger, como son la iniciativa privada, la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, y en fin todos aquellos tendentes a impulsar el desarrollo integral del país; y dado que el Ministro (E) del Poder Popular para la Agricultura y Tierras fue encomendado por el Jefe de Estado para dar ejecución al Decreto N° 7.472, antes descrito, considera la Sala, sin que ello implique un pronunciamiento de fondo, que el nombramiento de una Junta Administradora Ad-Hoc dentro de dicho contexto, se presume no revela la vulneración del derecho a la libertad económica de la Industria Azucarera Santa Elena, C.A., tratándose por el contrario de una medida relacionada con el resguardo de la soberanía y seguridad agroalimentaria de los venezolanos. Así se decide.

TSJ-SPA (952) 16-7-2012, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Cámara de Aseguradores de Venezuela y Mapfre La Seguridad, C.A. de Seguros. (Artículo 44 de la Ordenanza de Impuesto sobre Vehículos del Municipio Barinas del Estado Barinas), RDP N° 135, 2013, pp. 99-109.

La Sala declara la nulidad parcial del artículo 44 la Ordenanza de Impuesto sobre Vehículos del Municipio Barinas del Estado Barinas, en virtud que se establece una condición previa al ejercicio de la contratación del seguro de vehículo entre la aseguradora y el contratante del contrato de seguro mediante el requerimiento del certificado de solvencia, lo cual constituye una limitación indebida a la libertad de empresa.

...La parte accionante alega que el artículo 44 de la Ordenanza de Impuesto sobre Vehículos del Municipio Barinas del Estado Barinas, viola su derecho constitucional a la propiedad, a la libertad económica, reserva legal, a la prohibición de confiscación y al principio a la seguridad jurídica, por cuanto la norma impugnada establece la imposición de una sanción por el hecho de un tercero con anterioridad a la contratación de una persona que no es dependiente y generan una confiscación velada con la sanción impuesta, aunado al hecho de que la exigencia de la certificación de solvencia como condición previa a la contratación de seguros implica un requerimiento adicional a la actividad reguladora, la cual es ajena a la actividad comercial y asimismo, alegan que la sanción contemplada no guarda una proporcionalidad y racionalidad con la actividad ejercida por la compañía aseguradora.

Finalmente, exponen que el Concejo Municipal del Municipio Barinas al establecer un requerimiento adicional a la actividad de seguros y un incumplimiento por su exigencia con la retribución económica del importe del impuesto que debía ser enterado por el sujeto pasivo de la obligación tributaria incurrió en el vicio de usurpación de funciones ya que “(...) *no puede legislar en materias reservadas al Poder Público Nacional; usurpando funciones que no le corresponden. No puede desconocer los derechos constitucionales de nuestras mandantes a la propiedad, y a la libertad económica, ni mucho menos menoscabar las garantías de no confiscación, y a*

la propiedad. No puede pretender que un tercero asuma la responsabilidad que claramente corresponde a otro, limitando a un mismo tiempo su derecho a dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia”.

Determinados los fundamentos de impugnación, debe esta Sala citar el contenido del artículo 44 de Ordenanza de Impuesto sobre Vehículos del Municipio Barinas del Estado Barinas, el cual dispone:

“Artículo 44. Las Notarías y Registros quedan obligados a exigir a todos los enajenantes de los vehículos objeto del Impuesto regulado en la presente Ordenanza, residenciados o domiciliados en el Municipio Barinas, la CERTIFICACIÓN DE SOLVENCIA por concepto de Impuestos sobre Vehículos.

Igualmente las empresas o Compañías Aseguradoras deberán exigir la CERTIFICACIÓN DE SOLVENCIA antes indicada a todo propietario de vehículos residenciado o domiciliado en el Municipio Barinas que solicitare el Contrato de Seguro respectivo.

PARÁGRAFO ÚNICO: Los Notarios, Registradores y Representantes Legales de las Empresas Aseguradoras, serán responsables por los perjuicios que puedan causar al Tesoro Municipal derivados del incumplimiento del presente artículo. El daño ocasionado será resarcido por el Funcionario o el representante legal de la empresa aseguradora, con el valor del Impuesto que dejare de ingresar al Tesoro Municipal”.

El artículo en cuestión contempla una obligación legal de requerir la certificación de solvencia del impuesto sobre vehículos a los Notarios, Registradores y compañías aseguradoras, como condición previa a la certificación de una enajenación del vehículo respectivo o a la celebración de un contrato de seguro sobre el vehículo, consagrando finalmente en el parágrafo único, una sanción pecuniaria por el incumplimiento del requerimiento, en atención a los daños que se causen al Tesoro Municipal, siendo el *quantum* de la sanción el valor del impuesto que dejare de ingresar, cuyo importe se encuentra establecido en el artículo 21 de la referida Ordenanza.

Ante ello, es de destacar que el impuesto sobre vehículos se encontraba previsto en el cardinal 3 del artículo 31 de la Constitución de 1961 y actualmente está consagrado en el cardinal 2 del artículo 179 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como un ingreso de los Municipios. Dicho impuesto se concibe por el uso de las vías públicas dentro del Municipio, pudiendo variar la base imponible del mismo por el peso del vehículo, su uso o cilindrada, siendo los sujetos pasivos de la obligación tributaria el titular o propietario del vehículo residente o domiciliado en el municipio.

Al efecto, el artículo 179 del Texto Constitucional, establece:

“Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

- 1. Los procedentes de su patrimonio, incluso el producto de sus ejidos y bienes.*
- 2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.*
- 3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.*
- 4. Los derivados del situado constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales;*

5. *El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que les sean atribuidas;*

6. *Los demás que determine la ley”.*

Esta regulación constitucional fue desarrollada por el legislador en los artículos 193, 194, 195 y 196 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010, la cual no es innovadora en este aspecto, ya que se encontraba establecido dicho régimen en los artículos 195 al 198 de la Ley derogada -2005-. Así, expone la regulación vigente, lo siguiente:

“Artículo 193. El impuesto sobre vehículos grava la propiedad de vehículos de tracción mecánica, cualesquiera sean su clase o categoría y sean propiedad de una persona natural residente o una persona jurídica domiciliada en el Municipio respectivo.

Artículo 194. A los fines de este impuesto, se entiende por:

1. *Sujeto residente: quien, siendo persona natural propietario o asimilado, tenga en el Municipio respectivo su vivienda principal. Se presumirá que este domicilio será el declarado para la inscripción en el Registro Automotor Permanente.*

2. *Sujeto domiciliado: quien, siendo persona jurídica propietaria o asimilada, ubique en el Municipio de que se trate un establecimiento permanente al cual destine el uso del referido vehículo.*

Se consideran domiciliadas en el Municipio, las concesiones de rutas otorgadas por el Municipio respectivo para la prestación del servicio del transporte dentro del Municipio.

Artículo 195. A los fines del gravamen previsto en esta Ley, podrán ser considerados contribuyentes asimilados a los propietarios, las siguientes personas:

1. *En los casos de ventas con reserva de dominio, el comprador, aun cuando la titularidad del dominio subsista en el vendedor.*

2. *En los casos de opciones de compra, quien tenga la opción de comprar.*

3. *En los casos de arrendamientos financieros, el arrendatario.*

Artículo 196. Los jueces y juezas, notarios y registradores o registradoras cuyas oficinas se encuentren ubicadas en la jurisdicción del Municipio correspondiente, colaborarán con la Administración Tributaria Municipal para el control del cobro del tributo previsto en esta Ley. A tal fin, cuando deban presenciar el otorgamiento de documento de ventas o arrendamiento financiero de vehículos que sean propiedad de residentes o domiciliados en ese Municipio, deberán exigir comprobante de pago del impuesto previsto en esta Subsección, sin perjuicio de la colaboración que pueda requerirse a oficinas notariales o registrales ubicadas en jurisdicciones distintas.

El daño ocasionado al Municipio debido a la contravención de esta norma será resarcido por el funcionario respectivo con el valor del pago de la tasa vehicular correspondiente”.

En el caso de la Ordenanza impugnada -artículo 44- se aprecia que la norma en cuestión se fundamentó en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, y actualmente es concorde con lo establecido en el artículo 196 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal -2010-, aun cuando, es de destacar que extiende la referida obligación no solo a los Notarios y Registradores, sino a las compañías aseguradoras aplicando igualmente la sanción en atención a los *“los perjuicios que puedan causar al Tesoro Municipal derivados del incumplimiento del presente artículo”*, siendo el valor de la misma *“(…) con el valor del Impuesto que dejare de ingresar al Tesoro Municipal”*.

Antes de entrar en el cuestionamiento constitucional de la norma en atención a la proporcionalidad y racionalidad de la sanción económica que luego será reflexionado, debe esta Sala atender, en primer lugar, al alegato formulado sobre el vicio de usurpación de funciones por parte

del Concejo Municipal del Municipio Barinas, al invadir las competencias del Poder Público Nacional, al establecer una serie de restricciones y sanciones a una actividad intensamente regulada como es la actividad de seguros y reaseguros.

Establecido ello, es de advertir que si bien el artículo 180 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que la potestad tributaria municipal es diferente y autónoma de las potestades reguladoras del Estado, dicha norma debe entenderse en cuanto a la acción establecida en ésta, es decir, a la actividad económica generadora del tributo -la base imponible de la actividad gravada-, lo cual ha permitido la interpretación de la procedencia del impuesto sobre actividades económicas en los Municipios y su correspondencia o subsistencia con la regulación de actividades reservadas exclusivamente al Poder Público Nacional.

Sin embargo, resulta relevante aclarar que la potestad fiscal del impuesto sobre vehículos, es diferente al establecimiento de condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora dentro de un determinado Municipio, lo cual es sustancial y materialmente diferente al gravamen de los ingresos, por cuanto éstos -ingresos- son posteriores o consustanciales al beneficio económico por el desarrollo de una actividad comercial mientras que el ejercicio previo de la celebración del contrato de seguro mediante condicionamientos o requisitos, atiende por su parte, al control previo que ejercita en el Estado en función de la importancia económica, política y/o social que tiene una actividad condicionada a través del cumplimiento de ciertos requisitos y procedimiento para conceder un título habilitante que permita el ejercicio de la misma (vgr. Instituciones Financieras, Telecomunicaciones, Aseguradoras).

Con respecto a ello, debe esta Sala resaltar que las normas sobre control de la actividad aseguradora, están intensamente reguladas en el ordenamiento jurídico venezolano en función de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de la Actividad Aseguradora, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.990 Extraordinaria del 29 de julio de 2010, el cual establece que *“El objeto de la presente Ley es establecer el marco normativo para el control, vigilancia, supervisión, autorización, regulación y funcionamiento de la actividad aseguradora, a fin de garantizar los procesos de transformación socioeconómico que promueve el Estado, en tutela del interés general, representado por los derechos y garantías de los tomadores, asegurados y beneficiarios de los contratos de seguros, de reaseguros, los contratantes de los servicios de medicina prepagada y de los asociados de las cooperativas que realicen actividad aseguradora de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional”*.

En congruencia con lo expuesto, es que la intervención, control y vigilancia de la actividad aseguradora no se puede limitar sólo a un control *ex post* de la actividad sino a un control previo, intermedio y ejecutivo de las empresas aseguradoras, mediante el establecimiento de requisitos al ejercicio de la actividad, a la ejecución de la misma y por último, a una actividad sancionatoria ante el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas, por lo que existe una fuerte intervención del Estado en el ejercicio de la mismas mediante un control previo y posterior de la actividad, así como una actividad fiscalizadora en el ejercicio de la misma.

La regulación de la actividad aseguradora se encuentra encaminada al resguardo de la solvencia de la institución, como a la estabilidad del sistema socio económico y a la protección de los asegurados por vía de consecuencia, en atención a ello, es que existe un control prudencial de las normas de ingreso, contratación y ejecución en el ejercicio de sus actividades, control que comprende desde el acceso y ejercicio de la profesión, cumplimiento del estatuto asegurador, y/o intervención aplicable en casos de crisis económicas; regulaciones las cuales se articulan en dos vertientes; con normas de Derecho Público y privado atinentes a la regulación mercantil del contrato de seguros.

En este sentido, interesa citar lo expuesto por Jesús Bermejo Vera, que asimila la intervención del sector asegurador por su incidencia en el ámbito económico a las entidades de crédito, cuando expone:

“La actividad de las entidades aseguradoras incide, sin discusión, en el sistema financiero y en la economía en general del país. No sólo por el volumen de recursos que manejan, sino porque puede considerarse que, en cierta medida, su actuación se asimila a la de las

entidades de crédito, aunque sea adoptando una perspectiva inversa, ya que la relación que les une con el público se concreta igualmente en la percepción de fondos (destinados, en su caso, a cubrir los resultados dañinos de riesgos o eventualidades que se han querido asegurar). Se ha señalado, en este sentido, la inversión del ciclo productivo con respecto al habitual, puesto que una parte –el asegurador– se compromete a realizar eventualmente, la contraprestación correspondiente a la que desde el principio lleva a cabo el asegurado al pagar las cuotas del seguro.

En función de estas características se justifica el interés interventor del poder público en la actividad aseguradora, intentando garantizar la protección de los asegurados frente a las consecuencias negativas del incumplimiento de las entidades aseguradoras.

Ha sido puesto de manifiesto el paralelismo existente entre el sector seguros y el sistema financiero, por estar involucrada en ambos la buena fé del público al entrar en contacto con las respectivas entidades confiando en su correcto desenvolvimiento desde el punto de vista de la solvencia, lo que determina igualmente la semejanza estructural de la ordenación del sistema financiero y de las entidades aseguradoras, aunque desde el punto de vista del contenido de esa ordenación la tendencia ha sido divergente, puesto que ha tenido carácter liberalizador en el primero y de acentuación de la intervención pública en las segundas” (vid. José Bermejo Vera, Derecho Administrativo -Parte Especial-, Edit. Civitas, 1999, p. 1014).

La regulación económica de la actividad, implica no solo el ingreso a la actividad aseguradora, sino la vigilancia en la solvencia económica como un mecanismo de protección al consumidor -usuario del seguro-, ya que tal actividad se soporta en la contribución de los sujetos sometidos a un riesgo económico –principio de mutualidad-, razón por la cual el legislador establece una serie de regulaciones intensivas en función de la protección del sistema socioeconómico, en franca garantía a lo establecido en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra: “*El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta*”.

Con fundamento en la importancia para la actividad económica que genera el sector de seguros y su incidencia en la regulación normativa pública, es que el Constituyente reservó su ordenación como una competencia exclusiva del Poder Legislativo Nacional, al establecer en el artículo 156.32, la reserva legal de dicha actividad, de la forma siguiente:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

...omissis...

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional” (Subrayado de esta Sala).

En tal sentido, se aprecia que la imposición de una obligación a las compañías aseguradoras sobre la exigencia del certificado de solvencia del impuesto sobre vehículos a terceros contratantes, limita la libertad económica en cuanto al acceso a la contratación con los particulares, de manera disímil a la regulación que recae en el Poder Nacional, al establecer condiciones a la actividad aseguradora diferentes a las consagradas por el legislador nacional, por lo que, en el presente caso, no se grava la actividad comercial –percepción económica- dentro del Municipio sino que se limita la actividad –contratación- imponiendo condiciones a su ejercicio y sanciones por el incumplimiento de las mismas, llegando al límite de crearse sanciones económicas equiparables al ingreso dejado de percibir por un tercero ajeno a la relación sancionatoria, ya que el sujeto pasivo de la obligación tributaria es un tercero distinto a la compañía aseguradora, con la cual no existe una relación de dependencia sino una relación derivada de un acto de comercio.

En este orden de ideas, debe destacarse que el derecho a la libertad de empresa se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 112 del Texto Constitucional, el cual no sólo implica el ingreso a la actividad económica de su preferencia, conforme con las limitaciones establecidas en la ley, sino el desarrollo de las mismas, así como a su salida del mercado, en este sentido interesa citar lo establecido en el referido artículo, cuando dispone:

“Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

Así, es de destacar que el derecho a la libertad de empresa no solo funge como un derecho constitucional sino como un principio constitucional, y su limitación debe derivarse de un análisis de la ponderación de los principios involucrados y el grado de afectación, por lo que, no toda limitación puede ser restrictiva o violatoria de éste sino cuando se desnaturalice o afecte su esencia mediante la imposición de condiciones no establecidas previamente por el Legislador Nacional o cuando incida en el contenido neural del derecho, haciendo desproporcionado el control y la limitación con el desarrollo de la actividad en condiciones de una normalidad técnica y económica que deslegitimen o hagan imposible su ejercicio comercial, en función del derecho de igualdad económica o el derecho de propiedad.

Respecto al ámbito del derecho a la libertad de empresa y las limitaciones a su ejercicio, cabe referir decisión de esta Sala N° 1422/2005, en la cual se dispuso: *“Respecto a la libertad de empresa, la Sala comparte la posición sostenida por parte de la doctrina (vid. Ariño, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Tercera Edición, 2004. Pp. 259 y ss.) referente a que, si bien existe una notoria dificultad para analizar dentro de la perspectiva constitucional los diversos elementos esenciales relacionados con cada sector económico en particular, la consagración del principio de igualdad y el basamento general del derecho a la libertad, son los pilares esenciales de los cuales debe partir todo desarrollo vinculado con el ejercicio de actividades económicas. En tal sentido, debe entenderse que las mismas operan hacia todos los factores económicos de un sector que posean idénticas peculiaridades y disfruten de una misma libertad dentro de la clase a la cual pertenecen, considerando para ello, las perspectivas mínimas esenciales de los elementos vinculados al ingreso, desarrollo y posibilidad de abandono del derecho a la actividad empresarial, los cuales deben considerarse en el siguiente orden: en cuanto al acceso, el reducto infranqueable debe ser mínimo, en el sentido de no prohibir de manera absoluta y no imponer el ingreso de forma forzosa, sólo debe matizarse a través de requerimientos pautados para permitir la habilitación al sector; respecto al abandono de la actividad, dicho reducto también debe ser mínimo, no debe imponerse la obligación de continuar, salvo que deban cumplirse determinadas obligaciones que exijan en razón de la actividad, el cumplimiento de un proceso necesario antes de permitir el cesamiento; mientras que, en cuanto al ejercicio, quien ejerza la actividad ha de gozar de un mínimo, pero suficiente reducto infranqueable de autonomía que le permita el ejercicio de la actividad de empresa”.*

En el caso concreto, en primer lugar, se aprecia que la imposición por parte del Municipio de una condición previa al ejercicio de la contratación del seguro de vehículo entre la aseguradora y el contratante del contrato de seguro mediante el requerimiento del certificado de solvencia, constituye una limitación indebida a la libertad de empresa, que no se encuentra establecida en la Ley de la Actividad Aseguradora, ya que no grava las rentas -propia competencia en materia de ingresos municipales (Artículo 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) sino que por el contrato limita el desenvolvimiento normal en materia de contratación de seguros, competencia que recae en el Poder Legislativo Nacional y en la inspección del control de las condiciones de contratación por parte de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.

En segundo lugar, debe destacarse que la competencia municipal para gravar la actividad comercial o en el presente caso, el impuesto sobre vehículos tiene una doble incidencia, respecto al último de los ingresos el mismo se encuentra establecido y se exige en función del sujeto titular del vehículo, quien es el sujeto pasivo del tributo referido y no la compañía aseguradora, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ordenanza de Impuesto sobre Vehículos, el cual dispone:

“Son sujetos pasivos en calidad de contribuyentes, las personas naturales domiciliadas y personas jurídicas domiciliadas en el Municipio Barinas, que ejerzan por si o a través de terceros, la titularidad de la propiedad de algunos de los vehículos indicados en esta Ordenanza.

De igual forma se consideran sujetos pasivos los contribuyentes asimilados a propietarios”.

En tal razón, la competencia municipal se encuentra limitada al cobro de impuesto sobre vehículos, por tanto la compañía aseguradora por la sola celebración de un contrato de seguros no es el sujeto pasivo de la obligación tributaria -salvo los vehículos de su propiedad-, por lo que mal podía el legislador municipal establecer una sanción por el incumplimiento de una exigencia -certificado de solvencia del impuesto- que no le corresponde al Municipio por ser una actividad intensamente regulada con exclusividad por el Poder Legislativo Nacional y que su exigencia no se deriva de la normativa establecida en la Ley de la Actividad Aseguradora ni previamente de las disposiciones de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros -ley derogada-, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.865 Extraordinario del 8 de marzo de 1995.

En este último aspecto, interesa citar la sentencia de esta Sala N° 1299/2001, en la cual en un caso similar al de autos se analizó la inconstitucionalidad de la Ordenanza sobre Patente de Vehículos del Municipio Iribarren del Estado Lara, conforme con las competencias municipales y se dispuso que:

“Así, en materia específica de contratación de seguros rigen las disposiciones de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.865 Extraordinario del 8 de marzo de 1995, que mantiene su vigencia de acuerdo con la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo artículo 1° expresa que su objeto es establecer los principios y mecanismos mediante los cuales el Estado regula las actividades aseguradora, reaseguradora y conexas realizadas en el país, en beneficio de los contratantes, asegurados y beneficiarios de los seguros mercantiles y de la estabilidad del sistema asegurador, y además indica que la intervención del Ejecutivo Nacional en esas actividades se realizará por órgano de la Superintendencia de Seguros, servicio autónomo de carácter técnico, sin personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Hacienda.

Dentro de este contexto puede afirmarse que los Municipios no pueden establecer condiciones que incidan en la contratación en materia de seguros, ni aún bajo el pretexto de garantizar la recaudación de los ingresos que de acuerdo con la Constitución les corresponde, como es el caso de los impuestos sobre vehículos, previstos en el numeral 2 del artículo 179, puesto que, de acuerdo con lo señalado, la materia de seguros no forma parte del ámbito de sus competencias constitucionales y cualquier regulación en este sentido

constituye una limitación no permitida a la libertad de empresa de las compañías aseguradoras que se encuentran sometidas a un régimen especial definido por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Seguros.

Por consiguiente, concluye la Sala que la aplicación del artículo 54 de la Ordenanza sobre Patente de Vehículos del Municipio Iribarren del Estado Lara a las empresas accionantes, constituye efectivamente una extralimitación de atribuciones que cercena el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara”.

Así se aprecia claramente que la conclusión no varía en el tiempo de análisis de la normativa impugnada, por cuanto la regulación de la materia de seguros -Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros -derogada- y actualmente Ley de Actividad Aseguradora- se funda en la facultad constitucional consagrada en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reserva legalmente al Poder Legislativo Nacional la regulación por el impacto de la actividad aseguradora en la económica nacional y en el interés general subyacente en su ejercicio y control, por lo que, toda regulación que restrinja el ejercicio de la misma, no así las percepciones fiscales diferentes a las del Poder Nacional y propias del principio de autonomía municipal, deben ser sancionadas con su nulidad por incurrir en el vicio de usurpación de funciones.

Diferente conclusión, debería acometerse en caso de que la actuación se limitara a un gravamen por la actividad aseguradora en el Municipio, caso en el cual no se restringe la libertad de empresa por el ejercicio de la actividad y su desarrollo sino por las percepciones económicas generadas en el Municipio, en tal sentido, cabría aplicar el criterio reiterado en esta materia que ha mantenido esta Sala Constitucional, en cuanto a que la reserva legal de una determinada actividad no implica que el Poder Público Nacional tenga unas potestades ilimitadas desde el punto de vista fiscal, ya que debe respetar las competencias atribuidas a los Estados y a los Municipios, así como los principios constitucionales que rigen la materia. En este sentido, esta Sala mediante sentencia N° 2322/2006, dispuso que:

“Sin embargo, tal atribución de competencias al Poder Nacional, de forma excepcional podría ser transferida, y es así como el artículo 157 constitucional, faculta a la Asamblea Nacional para que atribuya a los Municipios o a los Estados –por mayoría de sus integrantes-, determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización.

Así, el Poder Nacional, -ex artículo 156 numeral 12-, tiene atribuida la creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco.

Igualmente, la norma en comentario consagra un régimen residual que atribuye al Poder Nacional la competencia necesaria en materia tributaria, para la creación, organización, administración y control de los impuestos, tasas, rentas y contribuciones no atribuidas a los Estados y Municipios por el Texto Constitucional y la ley, de lo que se desprende que dichos entes políticos territoriales (Estados y Municipios), no pueden establecer impuestos que no estén contemplados a su favor en la Constitución o en la ley.

Es decir que aparte de las competencias en materia tributaria contempladas expresamente en el mencionado numeral 12 del artículo 156 de la Carta Magna, el Poder Nacional tiene en sus manos amplias facultades para crear tributos en todas aquellas materias que por su índole o naturaleza le correspondan.

Tal correspondencia debe ser definida en cada caso, teniendo en cuenta las orientaciones que se desprenden del Preámbulo de la Constitución, de las facultades que ésta le otorga al Poder Nacional, de la Exposición de Motivos y de la importancia económica o estratégica de la materia gravada para los intereses de la República.

Ello no quiere significar que el Poder Público Nacional tenga unas potestades ilimitadas desde el punto de vista fiscal, ya que debe respetar las competencias atribuidas a los Estados y a los Municipios, así como los principios constitucionales que rigen la materia.

En efecto, al crear el tributo que por su naturaleza le corresponde debe tener en cuenta los principios generales de la imposición consagrados constitucionalmente en los artículos 316 y 317 de la Carta Magna, relativos a los principios de progresividad y de legalidad tributaria, respectivamente; por lo que no puede el Poder Nacional establecer un gravamen de carácter confiscatorio, o violatorio del principio de capacidad contributiva o pagadero en servicios personales, por ejemplo”.

En el mismo contexto, cabe citar sentencias de esta Sala Nros. 2408/2007 y 750/2012, en las cuales se pronunció sobre el régimen de subsistencias del tributo nacional a la producción en materia de alcohol y especies alcohólicas correspondiéndole en consecuencia a la Ley de Alcohol y Especies Alcohólicas, y a los gravámenes municipales, en atención a la compatibilidad de ambos tributos por gravar actividades distintas. Así se expuso en el primero de los fallos que:

“De esta forma, mal puede acusarse la incompatibilidad en nuestro sistema tributario de la aplicación de ambos impuestos de naturaleza tan disímil, pues uno y otro regulan distintos hechos imposables que –además– inciden en distintos sujetos. De este modo, la reserva exclusiva que declara la Ley de Impuesto al Alcohol y Especies Alcohólicas a favor de la República debe ser entendida como la imposibilidad de que otros entes político-territoriales establezcan tributos de igual entidad, pero en modo alguno excluye que éstos ejerzan las potestades tributarias que la propia Constitución acordó como fuente de sus ingresos.

Mal puede referirse que el Legislador Nacional quiso excluir de manera inequívoca el ejercicio de tales potestades por parte de los Municipios, cuando expresamente señala en el artículo 208 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal que «[e]ste impuesto [a las actividades económicas] es distinto a los tributos que corresponden al Poder Nacional o Estatal sobre la producción y el consumo específico de un bien, o el ejercicio de una actividad en particular y se causará con independencia de éstos. En estos casos, al establecer las alícuotas de su impuesto sobre actividades económicas, los Municipios deberán ponderar la incidencia del tributo nacional o estatal en la actividad económica que se trate».

Por su parte, el artículo 215 del mismo texto orgánico, prevé que «[e]n el caso de actividades económicas sometidas al pago de regalías o gravadas con impuestos a consumos selectivos o sobre actividades económicas específicas, debidos a otro nivel político-territorial, los Municipios deberán reconocer lo pagado por tales conceptos como una deducción de la base imponible del impuesto sobre actividades económicas, en proporción a los ingresos brutos atribuibles a la jurisdicción municipal respectiva».

Así las cosas, se infiere el reconocimiento por parte del Legislador de la plena compatibilidad entre el gravamen específico al consumo previsto en la Ley de Impuesto al Alcohol y Especies Alcohólicas y el impuesto a las actividades económicas que corresponde a los Municipios, no obstante que -en atención al potencial impacto de este último- haya establecido como cláusulas de armonización tributaria la exclusión de su base imponible de lo pagado a la República por concepto de este tributo específico, así como la autorización para que -vía Ley de Presupuesto- sean fijados topes en las alícuotas municipales”.

En congruencia con lo expuesto, se aprecia que en el presente caso, como se ha reiterado el artículo 44 de la Ordenanza impugnada, impone no sólo una limitación a la actividad aseguradora que no forma parte del ámbito de sus competencias constitucionales y, cualquier regulación en este sentido constituye una limitación no permitida a la libertad de empresa de las compañías aseguradoras que se encuentran sometidas a un régimen especial definido por la Ley de la Actividad Aseguradora y sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Seguros, sino que a su vez, impone una sanción que supera los límites de la proporcionalidad de la misma, visto que no se produce como consecuencia de la actividad del sujeto pasivo de la obligación tributaria sino de un

tercero ajeno a la misma, por lo que el presunto ilícito administrativo ni siquiera se deriva del gravamen de la actividad económica producido en el respectivo Municipio sino por el ejercicio consustancial de su actividad comercial, coto vedado de restricción por carecer de competencia en virtud de la reserva legal establecida en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

En consecuencia, esta Sala debe declarar la nulidad parcial del artículo 44 de la Ordenanza de Impuesto sobre Vehículos del Municipio Barinas del Estado Barinas, publicada en la *Gaceta Municipal* del referido Municipio N° Extraordinario 88-06, del 22 de noviembre de 2006, por cuanto cercena el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, anulándose lo referente a la regulación de la actividad aseguradora y debiendo leerse el artículo en cuestión de la siguiente manera:

“Artículo 44. Las Notarías y Registros quedan obligados a exigir a todos los enajenantes de los vehículos objeto del Impuesto regulado en la presente Ordenanza, domiciliados en el Municipio Barinas, la CERTIFICACIÓN DE SOLVENCIA por concepto de Impuestos sobre Vehículos.

PARÁGRAFO ÚNICO: Los Notarios, y Registradores, serán responsables por los perjuicios que puedan causar al Tesoro Municipal derivados del incumplimiento del presente artículo. El daño ocasionado será resarcido por el Funcionario, con el valor del Impuesto que dejare de ingresar al Tesoro Municipal”.

Finalmente, en relación con los efectos de la decisión en el tiempo, esta Sala determina que esta sentencia tendrá efectos *ex nunc*. Así se decide.

TSJ-SPA (1392) 4-12-2013, Magistrada Ponente: Mónica Misticchio Tortorella, Caso: Nestlé Venezuela, S.A. vs. Indepabis, RDP N° 136, 2013, pp. 163-166.

La protección de la seguridad alimentaria ciertamente priva sobre el derecho a la libertad económica de los particulares que ejercen actividades relacionadas con el ramo de alimentación, desde la producción o importación, hasta la distribución.

..... Finalmente, sostuvo la representación judicial de la recurrente que el fallo apelado incurrió en falso supuesto de derecho por errónea interpretación sobre los requisitos para que se configure el boicot, alegando a tal efecto que el *a quo* pretendió asimilar esta figura a la de abandono legal, atribuyéndole a esta última la intención dolosa de generar escasez de un producto de interés social sometido a control de precio, cuando en realidad dejar mercancía en estado de abandono no constituye una infracción al ordenamiento jurídico.

El abandono legal es una declaratoria producto de una situación fáctica ocasionada por la negligencia de los importadores en el retiro de mercancía de la Aduana en el tiempo legalmente previsto para ello, que produce el efecto jurídico de que aquella pase a disposición del Fisco Nacional; luego el boicot, supone acciones que impidan de manera directa o indirecta, la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos a control de precios.

Como puede apreciarse, el boicot supone una conducta dolosa, dirigida a impedir el normal desenvolvimiento de la cadena de producción y comercialización de los productos sometidos a control de precios; por el contrario, el abandono legal es la consecuencia jurídica impuesta a los importadores negligentes, que obra en detrimento de su patrimonio, toda vez que su mercancía queda a disposición del Fisco Nacional.

Ahora bien, dispuso el *a quo* en la sentencia impugnada, lo siguiente:

“(…) la conducta asumida por Nestlé es subsumible dentro de la figura de boicot, toda vez que no mostró la diligencia necesaria en el cumplimiento de su deber como proveedor de artículos de primera necesidad y garante de la seguridad alimentaria, toda vez que no consta en los autos elementos de los cuales se pueda verificar dicho interés y más aún al

no haber justificado por qué razón seguía la mercancía en la aduana, las cuales constituyen bienes de primera necesidad, entre ellas, fórmulas lácteas para niños, y al existir para ese momento un mercado regulado (...)”. (sic).

Entiende la Sala, que ciertamente el abandono legal es una figura prevista en la Ley Orgánica de Aduanas, que, en principio, no conlleva intención dolosa o ánimo de dañar; no obstante, al tratarse de alimentos perecederos de primera necesidad sometidos a control de precios, que por esenciales e indispensables para la población atienden el derecho a la vida, a la alimentación y a la seguridad del Estado, la falta de diligencia del proveedor deviene en lesiva de las citadas garantías fundamentales protegidas constitucionalmente.

Entonces, más allá de esta clasificación, es oportuno reiterar que en casos como el presente, la actividad sancionatoria del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), hoy asumida por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios (INDEPABIS), persigue el resguardo de la seguridad alimentaria, previsto como fin de nuestro Estado democrático y social de Derecho y de Justicia en el artículo 305 de nuestra Carta Magna, para que la población satisfaga sus necesidades alimenticias, en la cantidad y calidad suficiente, de manera oportuna y consecuente, a objeto que las venezolanas y los venezolanos puedan ejercer su derecho a la vida en condiciones tales que le permitan lograr a plenitud su desarrollo humano. En tal sentido, la citada previsión constitucional faculta a la Administración para aplicar los correctivos pertinentes en aras de garantizar el cumplimiento de la misión que en esta materia le fue asignada.

Así, la Sala Constitucional de este Alto Tribunal desarrolló el carácter dual de la “seguridad agroalimentaria” previsto en el citado dispositivo constitucional, disponiendo a tal efecto lo siguiente:

“(...) La entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela concibió una reforma del marco institucional del Estado, que traza una redefinición estructural del arquetipo para el desarrollo de la nación y, particularmente de las competencias del Estado -los órganos del Poder Público-, la legislación vigente y la sociedad, en orden a armonizarlo con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados.

Como nuevo paradigma en la sociedad venezolana, el ordenamiento supremo ha levantado el derecho a la seguridad agroalimentaria, establecido en el artículo 305 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

‘Artículo 305. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola (...)’.

La definición dada por el Constituyente es conteste con las consideraciones formuladas por la doctrina respecto a la seguridad agroalimentaria, en tanto la voz agroalimentaria “(...) es un neologismo que califica simultáneamente el punto de partida (la agricultura) y la finalidad (alimentación) de una sucesión compleja de etapas y actividades variadas que se desarrollan en el seno de las sociedades con la finalidad de lograr el abastecimiento de productos que se destinan, directa o indirectamente, a la alimentación humana” -Cfr. MOLINA, LUISA ELENA. Revisión de Algunas Tendencias del Pensamiento Agroalimentario (1945-1994). Véase en Revista Agroalimentaria N° 1. Septiembre 1995.

www.saber.ula.ve/ciaal/agroalimentaria/ (Consultada el 1/10/07)-.

Como derecho esencial al desarrollo sustentable de la Nación, la seguridad agroalimentaria debe materializarse, como una garantía de los (i) consumidores respecto al ‘acceso oportuno y permanente a éstos [alimentos] por parte del público consumidor’ y de los (ii) productores -incluyendo por tales, incluso a los comerciantes- a “la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional’, lo cual se materializa en la posibilidad de acceder a los medios para el desarrollo de la producción y comercialización de los correspondientes productos agrícolas.

Ese carácter dual del derecho a la seguridad agroalimentaria se debe a que el desarrollo de la actividad agrícola no depende exclusivamente de la actividad directa en el campo, sino que igualmente está determinado por la actividad agroindustrial, comercial y la conducta de los consumidores. Razón por la cual, se ha desarrollado en la legislación venezolana el concepto de cadena agroproductiva o el ámbito de la relación entre productores agropecuarios, agroindustriales y el agrocomercio, en el cual se incluyen a los agentes y factores económicos que participan directamente en la producción, traslado, transformación y distribución mayorista de un mismo producto agropecuario -Cfr. Artículo 5.c de la Ley de Mercadeo Agrícola, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.389 del 21 de febrero de 2002-.

En ese orden de ideas, una tutela judicial efectiva del derecho a la seguridad agroalimentaria no debe limitarse al restablecimiento de la situación jurídica infringida de alguno de los factores de la cadena agroproductiva de un determinado rubro, sino asumir como fin último del ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, el garantizar la sustentabilidad de la respectiva actividad agroproductiva a los fines de proteger los derechos de las futuras generaciones y, de esta forma consolidar la soberanía e independencia de la Nación -Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 692/2005-.

*Esta visión sistémica de la seguridad agroalimentaria, permite afirmar que **cualquier actividad u omisión que de forma directa o indirecta, total o parcial perturbe una determinada cadena agroproductiva, constituye una cuestión de orden público e interés nacional que debe ser tutelada por los órganos jurisdiccionales, independientemente que la amenaza o lesión provenga de personas naturales o jurídicas de naturaleza pública o privada, en la medida que la misma, sea una amenaza o se verifique como un efectivo deterioro de las condiciones de mantenimiento y desarrollo sustentable de la producción agropecuaria interna.**(...)*.(Negrillas de la Sala). (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 1444/2008).

Por su parte, esta Sala Político-Administrativa ha puesto en relieve las prerrogativas del Estado para garantizar la protección de la referida garantía constitucional, en los términos siguientes:

“(...) es necesario traer a colación el contenido del artículo 305 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone lo siguiente:

‘Artículo 305. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, y en consecuencia garantizará la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental al desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola.

El Estado protegerá los asentamientos y comunidades de pescadores o pescadoras artesanales, así como sus caladeros de pesca en aguas continentales y los próximos a la línea costera definidos en la ley.'

(...omissis...)

De acuerdo al artículo antes transcrito, el Estado debe garantizar la seguridad alimentaria de la población y, en tal sentido, está facultado para tomar las medidas necesarias para alcanzar niveles óptimos de abastecimiento en todo el territorio nacional (...)".(Negrillas de la Sala). (Vid. Sentencia de la Sala Político-Administrativa N° 00140, de fecha 03 de febrero de 2009).

Insiste la Sala entonces, a la luz del criterio contenido en el fallo parcialmente transcrito, que es deber del Estado adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la "...disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor...". En este sentido, los entes fiscalizados no sólo están en el deber de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los productores de alimentos y servicios, sino que adicionalmente están dotados del poder coercitivo para revisar –aun de oficio– y sancionar las actividades omisivas o contrarias a las establecidas para salvaguardar un bien jurídico de la seguridad alimentaria, consagrada en el artículo 305 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Vid. Sentencia N° 015666, publicada el 23 de noviembre de 2011, caso: *Moliendas Papelón, S.A.*).

Sobre la base de lo expuesto, es fácil concluir que la protección de la seguridad alimentaria ciertamente priva sobre el derecho a la libertad económica de los particulares que ejercen actividades relacionadas con el ramo de alimentación, desde la producción o importación, hasta la distribución.

Luego, demostrado que la parte actora mantuvo una conducta indiferente frente a la seguridad alimentaria de la población venezolana, evidenciada en el retraso injustificado de la distribución y comercialización de los productos lácteos a que aluden las presentes actuaciones, resulta obvia la improcedencia del pretendido falso supuesto de derecho. Así se declara.

TSJ-SPA (945) 18-6-2014, Magistrado Ponente: Emiro García Rosas, Caso: Raiza Istúriz y otros vs. Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, RDP N° 138, 2014, pp. 63-67.

Derecho de toda persona a dedicarse a las actividades económicas de su preferencia; no obstante, este derecho podrá ser restringido por la propia Constitución o las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente o interés social. Es decir, el mencionado derecho económico no se encuentra establecido en forma absoluta e ilimitada.

La libertad económica está prevista en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los siguientes términos:

Artículo 112.- *“Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.* (Resaltado de la Sala).

Al respecto esta Sala ha establecido lo siguiente:

“(...) ‘se impone señalar que el derecho a la libertad económica previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una manifestación específica de la libertad general de los ciudadanos, proyectada en su ámbito o aspecto económico, y consiste en la posibilidad legítima de emprender y mantener en libertad la actividad empresarial, esto es, de entrar, permanecer y retirarse del mercado de su preferencia.

El indicado precepto consagra en los siguientes términos el derecho en referencia: (...)

Conforme se aprecia de la citada disposición, el Texto Constitucional no sólo consagra el derecho de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su predilección, sino que garantiza que ese derecho podrá ser restringido únicamente por otras disposiciones de la misma Constitución o de la Ley; de manera que el derecho económico in commento no se encuentra establecido en forma absoluta e ilimitada en su contenido o en la posibilidad de su disfrute, sino que, por el contrario, está expresamente condicionado por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente o interés social, en los términos que se establezcan en la propia Constitución o en las leyes.

Lo que interesa destacar con esto es que los órganos del Poder Público están habilitados, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, para regular el ejercicio de la libertad económica, con el fin primordial y último de alcanzar determinados propósitos de ‘interés social’. De esa manera, y así lo ha expresado este Máximo Tribunal en reiteradas oportunidades, el reconocimiento del derecho en referencia debe concertarse con otras normas elementales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución de nuestro país reconoce el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, la existencia de un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en la que el Estado funge como simple programador de aquélla, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como una suerte de “empresario superior”).

*En armonía con lo anterior, debe destacarse que **no toda medida que incida en la libertad de empresa es, per se, contraria al derecho en referencia, salvo que persiga -por un mero voluntarismo- obstaculizar el ejercicio de tal derecho o dé lugar a rémoras que no guarden relación alguna con el fin constitucionalmente perseguido...*** (negritas de esta decisión) (Sent. SPA N° 00286 de fecha 5 de marzo de 2008, caso: IMOSA TUBOACERO FABRICACIÓN, C.A. Vs. MINISTRO DE LA PRODUCCIÓN Y EL COMERCIO (...)) (Sentencia N° 0633 del 12 de mayo de 2011).

Como puede observarse, el artículo 112 de la Constitución de 1999 consagra el derecho de toda persona a dedicarse a las actividades económicas de su preferencia; no obstante, este derecho podrá ser restringido por la propia Constitución o las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente o interés social. Es decir, el mencionado derecho económico no se encuentra establecido en forma absoluta e ilimitada.

En el presente caso los accionantes alegaron que la actividad económica de sus representados es la realización de acciones relacionadas con el uso y explotación de una porción del espectro radioeléctrico mediante la actividad de radiodifusión sonora a través de la empresa CNB 100.1 Valenciana Radioemisora, C.A. a los fines de la transmisión al público de una determinada programación previamente estructurada, así como la compra, venta y contratación de toda clase de publicidad y propaganda.

Afirman que el acto recurrido al implicar el cese del negocio de sus representados limita su derecho a dedicarse a la actividad económica de su preferencia que en este caso era la operación de una estación de radio, lo cual genera para estos graves daños en su patrimonio. Aseguran que sus mandantes percibían ingresos por la publicidad y propaganda que realizaba la emisora, y al estar fuera del aire no podrán seguir haciéndolo, perderán sus espacios publicitarios, sus clientes, a los conductores de programas y periodistas, quedando además imposibilitados de captar clientes nuevos.

Al respecto la Sala observa que la Constitución de 1999 prevé lo siguiente:

Artículo 113.- “(...) **Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.**” (Resaltado de la Sala).

La norma transcrita establece la necesidad de obtener una concesión para explotar los recursos naturales o prestar servicios de naturaleza pública.

En el caso que se examina, como ha sido explicado antes, el asunto debatido se relaciona con el uso del espectro radioeléctrico toda vez que se recurre contra el acto que declaró la extinción por decaimiento y la cesación de los efectos del título administrativo definitivo contenido en el oficio N° 7003 del 08 de julio de 1994 emanado de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) otorgado al ciudadano Nelson Enrique BELFORT YIBIRÍN que autorizó el inicio regular de las transmisiones para explotar y operar la frecuencia 100.1 Mhz., canal 61, clase “B”, en la ciudad de Valencia, Estado Carabobo, ello debido al fallecimiento del mencionado ciudadano, y la improcedencia de la transformación del referido título solicitada por los actores.

Respecto a las concesiones para el uso del espectro radioeléctrico los artículos 5, 7, 73 y 76 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.970 del 12 de junio de 2000 aplicable *ratione temporis*) disponen:

Artículo 5.- “El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general, **para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (...)**”.

Artículo 7.- “El espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la República Bolivariana de Venezuela, para cuyo uso y explotación deberá contarse con la respectiva concesión, de conformidad con la ley.”

Artículo 73.- “La concesión de uso del espectro radioeléctrico es un acto administrativo unilateral mediante el cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), otorga o renueva, por tiempo limitado, a una persona natural o jurídica la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley. Sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, las relaciones derivadas de una concesión se regularán en el respectivo contrato de concesión.

Los derechos sobre el uso y explotación del espectro radioeléctrico derivados de una concesión no podrán cederse o enajenarse, sin embargo, el concesionario podrá solicitar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones su sustitución en la titularidad de la concesión por la persona que indique al efecto, siempre que ésta cumpla con las condiciones y principios establecidos en esta Ley.”

Artículo 76.- Para realizar actividades de telecomunicaciones que impliquen el uso del espectro radioeléctrico los operadores deberán obtener previamente la concesión de uso correspondiente, otorgada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a través del procedimiento de oferta pública o por adjudicación directa, en la forma y condiciones reguladas por esta ley y su reglamento.” (Resaltado de la Sala).

De las normas transcritas se deriva que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones aplicable *ratione temporis* dispone que el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la República y que la prestación de servicios de telecomunicaciones es una actividad de interés general

para cuyo ejercicio se requiere habilitación administrativa y concesión de ser necesaria. Se establecía además que esos derechos de uso y explotación una vez otorgados, no eran susceptibles de ser enajenados o cedidos.

Actualmente, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.015 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2010, reimpressa en *Gaceta Oficial* N° 39.610 del 07 de febrero de 2011) declara como servicio de interés público el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de una habilitación administrativa, concesión o permiso (artículo 5 *eiusdem*). Asimismo, se establece expresamente que los derechos sobre el uso y explotación del espectro radioeléctrico derivados de una concesión tienen carácter personalísimo y que, en consecuencia, no podrán cederse, enajenarse, ni se adquieren o transmiten por sucesión, por efecto de los contratos, por la fusión de compañías o por prescripción. Igualmente se establece que el titular podrá solicitar la sustitución de esa titularidad sin que tal requerimiento implique un derecho subjetivo a su obtención.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en los fallos que se citan a continuación (ambos reiterados en sentencia N° 01634 de fecha 11 de noviembre de 2009):

“(...) De las anteriores disposiciones resulta claro que la operación de estaciones de radiodifusión sonora por los particulares se encontraba supeditada a la obtención previa de un permiso, de manera que el derecho a explotar una frecuencia no podía (ni puede) devenir sino de un acto expreso, denominado título administrativo de concesión por la legislación vigente entonces (habilitación administrativa en los términos de la LOT), emanado de la autoridad competente, que para el caso es la Comisión Nacional de Telecomunicaciones; título éste que no fue obtenido por la sociedad mercantil La Guaiquerí 96.7 F.M., C.A., tal y como es reconocido por sus apoderados.

Ello así, mal puede la recurrente desprender el derecho a operar y explotar una estación de radiodifusión sonora, de circunstancias distintas de las previstas expresamente en la ley, esto es, del hecho de haber cancelado impuestos a CONATEL o de considerarse en capacidad de operar la aludida frecuencia, pues en definitiva este último es un elemento cuyo análisis corresponde efectuar al organismo competente a los fines de decidir, justamente, sobre el otorgamiento o no del título previa solicitud del particular interesado. (...) (Sentencia N° 01398 de fecha 23 de septiembre de 2003). (Subrayado de la sentencia).

“(...) de acuerdo a la regulación actual, la explotación de una porción del espectro radioeléctrico exige la obtención de una ‘concesión de uso y explotación de espectro radioeléctrico’ y de una ‘habilitación administrativa’, todo ello de conformidad con las normas contenidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, de manera que el derecho a explotar determinada frecuencia sólo puede, bajo la normativa anterior y la actual, devenir de un acto expreso de la Administración competente. (...)” (Sentencia N° 00397 del 02 de abril de 2008) (Resaltado de la Sala).

Aplicando los fallos parcialmente transcritos al caso que se examina se observa, que para poder operar una emisora de radiodifusión y en consecuencia usar el espectro radioeléctrico, los actores debían estar previamente habilitados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Observa este Alto Tribunal que el derecho de los recurrentes a ejercer la actividad económica de su preferencia (en este caso la radiodifusión) se encuentra limitado por las normas constitucionales y legales citadas que establecen la necesidad de una habilitación administrativa previa para poder hacer uso del espectro radioeléctrico.

No consta en autos que los accionantes sean titulares de algún título administrativo que les permita operar o seguir operando la frecuencia 100.1 MHz., canal 61, clase “B” en la ciudad de Valencia, Estado Carabobo, dado que la concesión para operar la frecuencia 100.1 MHz. canal 61, clase “B” en la ciudad de Valencia, Estado Carabobo, fue otorgada en el año 1994 al causante de los recurrentes y no a estos.

Los actores, por una parte, solicitaron que les fuese otorgada la citada concesión en virtud del derecho de preferencia que consideran les asiste, y por la otra, pidieron la transformación del título administrativo otorgado a su causante a los efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Ante estos planteamientos la Administración, mediante actos administrativos separados, primero, informó a los accionantes que debían solicitar una nueva concesión y consignar los recaudos que en el acto administrativo se detallan (oficio N° 1161 del 02 de abril de 2001, acto que no fue impugnado), y segundo, declaró el decaimiento de la concesión por muerte de su titular y la improcedencia de la transformación del título solicitada por los actores [Resolución N° 148 del 31 de julio de 2009 (acto recurrido)].

Estima la Sala que lo establecido en el acto impugnado no impide que los actores sigan realizando otras actividades lucrativas y obteniendo una retribución económica por su ejercicio.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sala concluye que no existió la violación al derecho a la libertad económica de los accionantes. Así se decide.

Por otra parte, los actores arguyeron que el acto impugnado representa la pérdida del empleo para todas las personas que trabajaban en la emisora de radio CNB 100.1 Valenciana Radioemisora, C.A.. Como prueba de sus asertos consignaron una lista de los trabajadores de la citada radioemisora, mencionando sus nombres, números de cédula de identidad, cargos ocupados y sueldo mensual de cada uno (folio 240 de la primera pieza del expediente).

Al respecto se observa que no consta en autos que los trabajadores de la referida lista hubiesen otorgado poder a los recurrentes para representar sus derechos e intereses, por lo que mal podrían estos denunciar la violación al derecho al trabajo de aquellos, motivo por el que debe ser desestimada dicha denuncia. Así se determina.

TSJ-SC (1158) 18-8-2014, Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado, Caso: Rómulo Plata vs. (Dante Rafael Rivas Quijada) Ministro del Poder Popular para el Comercio y Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos, RDP N° 139, 2014, pp. 105-108.

La Sala Constitucional confirma la doctrina jurisprudencial, sobre el ejercicio de los derechos económicos.

...En aplicación de los razonamientos precedentes, observa esta Sala que tiene cabida la vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* bajo el número 40.340 de fecha 23 de enero de 2014, el cual en función del contenido de sus normas, detenta de manera clara (en cuanto a su ámbito, finalidad y objeto regulatorio), el desarrollo armónico, justo, equitativo, productivo y soberano de la economía nacional, a través de la determinación de precios justos de bienes y servicios, precisamente para lograr la armonización de los derechos económicos contemplados en los artículos 112 y 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad a la que atiende la noción de Estado Social, en salvaguarda de los ingresos de todas las ciudadanas y ciudadanos, y de manera particular, con el acceso de las personas a los bienes y servicios en condiciones justas, para la satisfacción de sus necesidades en forma digna, evitándose por contrapartida, la verificación de distorsiones económicas proscritas por el ordenamiento constitucional en el ejercicio de una actividad económica, y encontrándose en dicho Decreto Ley, la aplicación de los correctivos necesarios, a través de los distintos sistemas de control, supervisión y fiscalización allí establecidos, así como por el régimen sancionatorio y punitivo que en ese texto normativo está previsto.

Así, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos contiene disposiciones, normativas y nominaciones principistas en el ámbito del control de los costos y precios justos, devenidos de los principios y derechos sociales y económicos y garantías que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en razón de lo cual el texto legal *in commento* resulta trascendental para lograr el cabal cumplimiento de los fines y cometidos del Estado.

De igual manera, no puede pasar inadvertido para esta Sala, que el ámbito y finalidad a la que atiende el contenido del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos, se encuentra en consonancia y materializa el desarrollo de los postulados de acción estatal establecidos en el Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019, publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.118 extraordinario, de fecha 04 de diciembre de 2013, en cuyo gran objetivo histórico N° 2, específicamente en su aparte 2.1.2 plantea como línea de dirección del Estado en el ámbito económico, “2.1.2. *Desarrollar un sistema de fijación de precios justos para los bienes y servicios, combatiendo las prácticas de ataque a la moneda, acaparamiento, especulación, usura y otros falsos mecanismos de fijación de precios, mediante el fortalecimiento de las leyes e instituciones responsables y la participación protagónica del Poder Popular, para el desarrollo de un nuevo modelo productivo diversificado, sustentado en la cultura del trabajo*”.

En atención a todo ello, como ha expuesto esta Sala Constitucional en su doctrina jurisprudencial, el ejercicio de los derechos económicos resulta necesariamente susceptible de detentar limitaciones establecidas sobre la base del desarrollo de los postulados constitucionales, según ha sido indicado en sentencia N° 2254 /2001, Caso: “*Inversiones Camirra S.A.*”, en la que se expuso:

“Sobre este particular, esta Sala debe destacar que el principio de la libertad económica no debe ser entendida como un derecho que esté consagrado en términos absolutos, sino que el mismo puede ser susceptible de ciertas limitaciones, las cuales pueden venir dadas por ley o por manifestaciones provenientes de la administración, las cuales, previa atención al principio de legalidad, pueden regular, limitar y controlar las actividades económicas que desempeñen los particulares.

A diferencia de la consagración correlativa del texto fundamental de 1961, la previsión antes transcrita contiene una mayor precisión tanto en lo referido a las limitaciones de índole legal al ejercicio de las actividades económicas como a la definición del rol del Estado promotor. Es así como puede inferirse de la relación seguida en la norma, que la restricción a la actividad económica, además de estar contemplada en una Ley, es necesario que obedezca a razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

Al respecto, resulta necesario traer a colación el fallo dictado por el Tribunal Constitucional Español, respecto a la inexistencia de los derechos absolutos, específicamente, en lo que se refiere a la libertad de empresa:

“(…) En el derecho constitucional contemporáneo no existen derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Y en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 CE, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social. La libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva o institucional, como elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas estatales y autonómicas que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos. La libertad de empresa no ampara un derecho incondicionado a la instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones.” (Sentencia 227/93, de 9 de julio).

La libertad económica no debe ser interpretada como un derecho absoluto e ilimitado. En efecto, las actividades económicas de los particulares deben ser reglamentadas en la medida en que las mismas puedan alterar al orden público e incidan sobre la vida y desenvolvimiento que desempeñe el resto de la colectividad, por lo que en la mayoría de los casos, debe necesariamente condicionarse su ejercicio al control y expedición de autorizaciones por parte de la Administración, imponiéndose un régimen estrecho sobre ciertas

actividades de empresa, siendo en razón de ello permisible, la intervención económica de las entidades públicas.” (Sentencia de Sala Constitucional del 13 de noviembre de 2001, Exp. 001602, Caso: Pedro Alid Zoppi y Otros)

Asimismo, esta Sala Constitucional, en Sentencia [Véase en *Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 de 2003 en p. 333 y ss.]

“La libertad económica es manifestación específica de la libertad general del ciudadano, la cual se proyecta sobre su vertiente económica. De allí que, fuera de las limitaciones expresas que estén establecidas en la Ley, los particulares podrán libremente entrar, permanecer y salir del mercado de su preferencia, lo cual supone, también, el derecho a la explotación, según su autonomía privada, de la actividad que han emprendido. Ahora bien, en relación con la expresa que contiene el artículo 112 de la Constitución, los Poderes Públicos están habilitados para la regulación –mediante Ley– del ejercicio de la libertad económica, con la finalidad del logro de algunos de los objetivos de “interés social” que menciona el propio artículo. De esa manera, el reconocimiento de la libertad económica debe conciliarse con otras normas fundamentales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución venezolana reconoce un sistema de economía social de mercado. Así lo ha precisado esta Sala Constitucional en anteriores oportunidades:

‘...A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el empresario mayor).

Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, expresamente, la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución.

Lo dicho en el párrafo que antecede encuentra su fundamento en la norma contenida en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...’ (sentencia de 6-2-01, caso: Pedro Antonio Pérez Alzurut).

Los Poderes Públicos pueden regular el ejercicio de la libertad económica para la atención de cualquiera de las causas de interés social que nombra la Constitución, entre las cuales se encuentra la protección del consumidor y el usuario. En efecto, en concordancia con el sistema de economía social que asumió el Texto Fundamental, el constituyente admitió que la libertad económica podía ser limitada para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que reconoce el artículo 117 de la Constitución, según el cual:

‘...Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos...’.

Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 constitucional, con relación a la disposición “de bienes

y servicios de calidad". Frente a tal eventualidad, la regulación de precios –junto a otras medidas económicas– encuentra plena justificación dentro del marco de la Constitución económica." (Subrayado de esta Sala)

4. Reserva Legal

CSJ-SPA (284) 13-07-93, Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez, Caso: Rubén Antonio Istúriz vs. República (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social), RDP N° 55-56, 1993, pp. 176-177.

La libertad económica es plenamente susceptible de ser limitada, por la propia Constitución o por la Ley con fundamento en razones de seguridad, de sanidad y, en general, de interés social. De tal modo, todo acto que obstaculice e impida el ejercicio de la libertad económica debe tener sustento en normas de rango legal.

La única disposición constitucional efectivamente denunciada como violada mediante la acción autónoma de amparo objeto del presente asunto, es el artículo 96 de la Constitución. Ahora bien, el accionante en su escrito no hace referencia alguna a la forma como los hechos narrados en el libelo vulneran la libertad económica garantizada constitucionalmente. A pesar de ello esta Sala debe afirmar que, con vista en la norma constitucional antes señalada, la libertad económica es plenamente susceptible de ser limitada obviamente por la propia Constitución o por la ley con fundamento en razones de seguridad, de sanidad y, en general, de interés social. De tal modo, todo acto que obstaculice o impida el ejercicio de la libertad económica debe tener sustento en normas de rango legal.

La clausura de un local de comercio obviamente es una limitación a la libertad económica. En el caso de autos dicha traba a la libertad deriva de la expresión por parte del Estado del ejercicio de una de las modalidades principales de la actividad administrativa, como lo es la de policía, y en este caso concreto de policía sanitaria. El fundamento constitucional de las actuaciones de policía administrativa se encuentra en el artículo 43 de la Constitución, el cual permite imponer limitaciones a la libertad derivadas del orden público y social, obviamente bajo cobertura legal. En el supuesto de la policía sanitaria, su fundamento constitucional se encuentra tanto en la disposición contenida en el artículo 76 de nuestra Carta Magna, como en el mismo artículo 96 denunciado como violado, el cual permite el establecimiento expreso de límites legales a la libertad económica con base en razones de sanidad.

De tal modo y bajo cobertura legal, la actuación de la Administración en ejercicio de actividades de policía sanitaria tiene respaldo constitucional en la posibilidad de imponer limitaciones a la libertad por razones de seguridad o prevención sanitarias, aspecto este que sin duda alguna afecta el orden público y social.

En el caso de autos no ha sido cuestionada la cobertura legal de acto reputado como violatorio de la libertad económica, al punto que no ha sido siquiera impugnada su legalidad mediante el ejercicio del correspondiente recurso de nulidad por ilegalidad, el cual ha podido acumularse a la presente acción de amparo. En consecuencia, resulta sin lugar a dudas evidente que es la mera existencia del acto impugnado lo que el accionante reputa en su escrito como violatorio de su libertad económica. Este argumento fue correctamente desechado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y así lo asume esta Sala.

Adicionalmente, puede observarse que el fundamento del acto denunciado es el artículo 12 del Reglamento General de Alimentos, el cual fue dictado a su vez con base a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Sanidad Nacional. Aquella norma regularmente exige –como medio típico de policía administrativa– un permiso o autorización de la autoridad sanitaria local para los establecimientos, como los del accionante, de venta de alimentos, puedan funcionar. Por ello, lo que presuntamente motivó el cierre, denunciado como lesivo en el presente caso fue la no obtención del permiso o autorización correspondiente para funcionar. En consecuencia, y dado que la

pertinencia y legalidad de esta norma reglamentaria no ha sido cuestionada en cuanto a su fundamento en la Ley de Sanidad Nacional, luce clara la existencia al menos formal de respaldo de rango legal en la actuación cuestionada por el accionante de cierre de local comercial en cuestión, lo que determina la improcedencia de la acción de amparo incoada. Así se declara.

CPCA 14-09-95, Magistrada Ponente: Belén Ramírez Landaeta, Caso: Ramón Emilio Palomo vs. Alcaldía del Municipio Maturín del Estado Monagas, RDP N° 63-64, 1995, pp. 181-182.

La transcrita norma (art. 96 Constitución 1961) reconoce a toda persona, natural o jurídica, el derecho referido, con la advertencia de que dicho derecho se encuentra sometido a ciertas limitaciones; las cuales –además de las ya previstas en la propia Constitución– únicamente podrán ser establecidas mediante ley. De ello se deduce que, si cualquier autoridad pretende imponer a una persona jurídica, alguna limitación a su libertad económica que no esté establecida en el Texto Fundamental o en una ley, se configuraría una lesión constitucional al derecho que consagra la norma antes transcrita...

Siendo ello así, no debió la Dirección de Hacienda de la Alcaldía de Maturín revocar la patente otorgada sin iniciar procedimiento alguno y asiste la razón al accionante cuando señala que la Dirección en referencia actuó en forma arbitraria al resolver “sin iniciar el procedimiento administrativo” (*sic*) el cierre del establecimiento.

En efecto, en anteriores oportunidades esta Corte ha dicho: “cuando la Administración ante una solicitud del administrado realiza conductas dirigidas a desconocer lo aprobado en un acto precedente, sin tramitar un procedimiento a esos efectos, y posteriormente, dicta un acto revocatorio de tal decisión precedentemente creadora de derechos subjetivos, pone al administrado en una situación de indefensión” (Sentencia del 15 de febrero de 1994, Expediente 93-14836).

En conclusión, habiéndose detectado que el agraviante impuso una limitación al derecho libremente la actividad económica sin fundamento legal alguno, esta Corte ha de declarar con lugar la presente solicitud de amparo y por ello es innecesario entrar a conocer de las restantes denuncias formuladas, así se decide.

5. *El régimen de las profesiones liberales*

Artículo 105 C. La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación.

C. 1961, art. 82, Disposición Transitoria Décimoquinta

CFC – SF 18-2-44, M. 1945, p. 176

El ejercicio de la medicina por personas no profesionales en casos de urgencia y sin objeto de remuneración no es posible.

Como quiera que en estas mismas aseveraciones, en la parte confesional que exhiben, es en lo que se funda principalmente la resolución confirmatoria de la multa, para calificar que tales hechos y circunstancias constituyen el delito previsto por el artículo 13 de la Ley de Ejercicio de la Medicina, en su número 1° y sancionado por su artículo 18, y negar que se trata del caso de urgencia y desinterés que como excepción contempla en su número primero el parágrafo único del citado artículo 13, que dice: “Se exceptúan: 1° La Práctica ocasional o urgente y desinteresada de aquellos actos encaminados a proteger la vida de una persona mientras llegare un profesional autorizado”; la Corte encuentra que aun atribuyendo a esas indicaciones aspectos de ejercicio de la medicina, si bien solamente lo serían como reglas curativas de carácter elemental y doméstico,

éstas precisan una ubicación dentro de las condiciones que determina la excepción expresada, pues al repetirse la visita de Gorne, ello como efecto del nuevo llamado que se le hacía en cuanto perduraba la urgencia de atender a la paciente, mientras podía hacerlo en mejores condiciones algún profesional cuyos servicios a domicilio en horas avanzadas de la noche son proverbialmente, en nuestro medio, algo muy difícil no ya para personas de escasos medios económicos sino incluso para quienes paguen con largueza la prestación de aquéllos; y al no constar que el servicio así prestado fuera objeto de remuneración, ha de presumírsele desinteresado, no dando ocasión a la acción penal que se dedujo; ya que no se demostró tampoco la continuidad en cuanto a un ejercicio público que pudiera imputarse a Gorne, como medio del cual percibiese recursos económicos en la forma ilícita que castiga la propia Ley, lo que habría sido una intrusión para garantía de los intereses de éstos sino -lo que es de mayor entidad- para preservar de peligros a quienes deliberada o ingenuamente confían en la supuesta utilidad de valerse de personas que en el claudestaje profesional usurpan esa actividad científica y social.

CFC – SPA 28-11-44, M. 1945, pp. 144-146

Las limitaciones que la Ley del Ejercicio de la Odontología establece a la libertad de trabajo y de pensamiento (en materia de propaganda) no son inconstitucionales ya que son en resguardo del interés público y de las buenas costumbres.

En cuanto a estas primeras denuncias relativas a los artículos 1º y 2º, la Corte observa:

No existe la colisión denunciada entre esos artículos y el primero de la Ley de Ejercicio de la Medicina. Cuando el artículo 1º denunciado dice que las intervenciones que constituyen ejercicio de la Odontología “actos propios de la profesión” “no pueden ser encomendados por el profesional a ninguna otra persona que no esté autorizada legalmente para ejercer la Odontología, se ha referido a una *autorización legal*, sea cual fuere la ley autorizante; por lo tanto, no le quita valor, sino lo reconoce implícitamente a la autorización que da al médico y doctores en medicina el artículo 1º de la Ley de Ejercicio de esta ciencia

En cuanto a que hubiera debido limitarse la labor de los odontólogos “al tratamiento, diagnóstico de las enfermedades y accidentes del aparato dentario” porque el tratamiento general de la boca y de las regiones adyacentes no está exceptuado de las funciones que el artículo 1º de la Ley de Ejercicio de la Medicina atribuye a los médicos, no hay tampoco colisión en este punto, pues no son disposiciones excluyentes sino concurrentes; el artículo 1º de la Ley de Ejercicio de la Medicina autoriza a los médicos y doctores en medicina para el tratamiento en general de la boca como de todo el organismo; antes no hacían los odontólogos estudios especiales que los capacitasen para ciertos tratamientos exclusivos de la profesión médica; si ahora, por nuevos estudios según la Ley, los odontólogos se capacitan para esos tratamientos conexados con los órganos dentarios, ha hecho bien la Ley en autorizarlos también para esto, no con exclusión, sino de consuno con los médicos. Y no es una autorización arbitraria, puesto que científicamente sería difícil, si no imposible, en presencia de una enfermedad que requiere tratamiento dental una localización tan definida que no afecte regiones adyacentes y que, por lo tanto, éstas sean tratadas por dos especialistas, dividiendo el trabajo entre odontólogos y médicos. Por último, si en esta autorización a los odontólogos, no excluyente, según ya se dijo, de los oficios del médico, hubiese algún error de técnica, sería cuando más un defecto de la ley en cuanto a la técnica médica y odontológica, pero en manera alguna un defecto de técnica legislativa en sus relaciones con la constitucionalidad de aquélla, que es la única que podría tener en cuenta esta Corte para decidir sobre la nulidad demandada. El caso sería de revisión de la Ley por el Poder Legislativo.

Por lo demás, no se concibe que si los artículos 1º y 2º de la Ley de Ejercicio de la Odontología excluyese a los médicos de los tratamientos de la boca, aún dentarios, según la interpretación que le dan los solicitantes, hubiera sido precisamente un médico, el Ministro de Sanidad y Asistencia Social, quien recomendase ante el Congreso las excelencias del proyecto de Ley.

Pasando ahora a la denuncia de otros artículos, afirman los postulantes que el artículo 7º viola las garantías 8º y 9º del artículo 32 de la Constitución relativos a la libertad del trabajo y de

las industrias, al subordinar el oficio, así llamado en este artículo 7º, de Mecánico Dental, a los profesionales de Odontología”; que “la nulidad de dicho artículo 7º acarrea por las mismas razones la de los artículos 8º y 9º que le siguen y además ocurre la del 9º, porque viola otra garantía constitucional, a saber: la 6º del ya citado artículo 32 de la Constitución que consagra la libertad del pensamiento, violación que resulta de prohibírseles a los Mecánicos Dentales avisarse en su oficio, sino en determinados órganos de publicidad”.

La Corte observa: los ordinales 8º y 9º citados consagran efectivamente la libertad del trabajo y de las industrias; pero precisamente el último trae una limitación al primero, o sea al alcance del artículo 8º, al decir que esa libertad tendrá “las limitaciones que impongan el interés público y las buenas costumbres”. Ahora bien, fácilmente se comprende que es de gran interés público que los trabajadores de construcción o reparación de aparatos protésicos o de mecánica dental confiados por el odontólogo a los mecánicos dentales no constituyen una profesión independiente de libre ejercicio a espaldas del odontólogo, sino como sensatamente, lo establece el artículo 7º denunciado, una actividad subordinada directa y exclusivamente a los profesionales de Odontología legalmente autorizada; y en general es siempre el interés público quien exige en muchas y diversas leyes subordinar la actividad de un profesional a la mayor técnica o pericia de otro profesional de más categoría científica.

Ese mismo interés público que justifica la limitación del artículo 7º es el que ha presidido a muchas otras disposiciones de otras leyes, sin que a nadie se le haya ocurrido hasta ahora calificarlas de violatorias de la libertad del trabajo y de las industrias. Ejemplos: el Código de Procedimiento Civil (Art. 801) obliga a los Jueces no abogados, a oír el dictamen de un asesor abogado para dictar su resolución en los asuntos no contenciosos y el artículo... de la Ley de Abogados y Procuradores, también limita el oficio de estos últimos al impedirles obrar por sí solos, sino asistido por abogados, en las demandas, escritos de pruebas, etc.

En cuanto a la violación de la garantía 6º (libertad del pensamiento por medio de la prensa) en el artículo 9º, porque se les prohíbe a los mecánicos dentales anunciarse en su oficio, sino en determinados órganos de publicidad, basta observar que la libertad de publicar por la prensa el pensamiento no incluye necesariamente, en la intención del Constituyente la libertad de escoger cualquier órgano de publicidad (ejemplo: la *Gaceta Oficial*) y sobre todo, el precepto constitucional seguramente no quiso abarcar el hecho de ofrecerse al público o anunciarse profesionalmente para alguna actividad; es lógico que sólo se refiera a la divulgación de las ideas. La propaganda mercantil, generalmente exagerada o insincera, y por ende merecedora de fiscalización de normas de seguridad para el público, no debe considerarse incluida entre las manifestaciones de la opinión que se quisieron proteger constitucionalmente bajo la denominación de libertad del pensamiento.

6. *Libertad económica y servicios públicos*

TSJ-SC (266) 16-3-2005, Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz, Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal, RDP N° 101, 2005, pp. 156-157.

La prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario puede realizarse en ejecución del derecho constitucional de libertad económica, cuyo ejercicio quedará restringido según lo que disponga la Ley, y en particular, la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario, especialmente para que el Municipio asegure la eficaz prestación de ese servicio, en cumplimiento de los mandatos positivos que derivan de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho.

3.2 En relación con el argumento de violación de la libertad económica o libertad de empresa, se observa que, en anteriores oportunidades, esta Sala ha señalado que tal derecho permite a todos los particulares desarrollar libremente su iniciativa económica, a través del acceso a la

actividad de su preferencia, la explotación de la empresa que hubieren iniciado y el cese en el ejercicio de tal actividad, todo ello, sin perjuicio de las restricciones que impone la Constitución y la Ley.

Así lo señaló esta Sala en sentencia N° 462 de 6 de abril de 2001 (caso *Manuel Quevedo F.*), en la que se estableció lo siguiente:

“...respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas.

No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica entrañe una violación al orden constitucional o amerite la tutela reforzada prodigada por el amparo constitucional”.

Estima esta Sala que, ciertamente, la libertad económica se encuentra sujeta a diversas restricciones, en lo que respecta a la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, conforme a lo que dispone la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal; aún cuando esas Leyes, e incluso, y de manera indirecta, la propia Constitución en su artículo 156, cardinal 29, califican a esa actividad como servicio público, ello en modo alguno implica la negación absoluta del derecho de libertad económica.

Ya esta Sala aclaró, por un lado, que no toda actividad que se catalogue como servicio público se encuentra reservada al Estado (sentencia N° 2436 de 29 de agosto de 2003, caso *Arnaldo González S.*) y, por otro lado, que la configuración estricta o tradicional del servicio público debe limitarse a aquellas actividades que por Ley Orgánica han sido reservadas al Estado (sentencia N° 825 de 6 de mayo de 2004). Además de ello, ya esta Sala Constitucional señaló que la ordenación jurídica de los llamados servicios públicos domiciliarios puede ser efectuada por los Municipios en promoción de la libre competencia, la cual es uno de los valores del ordenamiento socioeconómico, según el artículo 299 constitucional (sentencia N° 1563 de 13 de diciembre de 2000, caso *Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas*).

En consecuencia, estima la Sala que la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario puede realizarse en ejecución del derecho constitucional de libertad económica, cuyo ejercicio quedará restringido según lo que disponga la Ley, y en particular, la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal, especialmente para que el Municipio asegure la eficaz prestación de ese servicio, en cumplimiento de los mandatos positivos que derivan de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho.

7. *Derecho a la calidad de bienes y servicios*

CSCA 12-8-2008, Juez Ponente: Emilio Ramos González, Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS). RDP N° 115, 2008, pp. 505-527.

El artículo 117 Constitucional cumple el papel de cláusula general que tienen por objeto prevenir que el contenido de los contratos de adhesión no contravengan los principios de justicia, orden público y buena fe, con exclusión de las situaciones abusivas.

Efectuada la lectura del expediente y analizados los alegatos formulados por la parte recurrente y por la representación del entonces Instituto para la Defensa y Educación al Consumidor y el Usuario (INDECU) (actualmente Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios), así como la opinión presentada por la representación del Ministerio Público, corresponde a la Corte pronunciarse sobre el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, contra la Resolución S/N emanada del Consejo Directivo del otrora Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y Usuario (INDECU), de fecha 19 de octubre de 2004, a través de la cual declaró sin lugar el recurso jerárquico interpuesto y, en consecuencia, ratificó la sanción de multa acordada en fecha 30 de septiembre de 2003 contra el recurrente, por el monto equivalente a Trescientos (300) días de salario mínimo urbano.

Tal sanción obedeció a la denuncia interpuesta por la ciudadana Elisabel Pérez Regos contra la sociedad mercantil recurrente, por el supuesto pago indebido a la cuenta corriente, de la cual es titular, por un monto de Novecientos Mil Bolívares (Bs. 900.000,00), afirmando la denunciante que la firma del cheque era “distinta con la de ella ya que la firma del cheque [era] tipo caligrafía palmer y no redonda y derecha como la de ella”.

Visto lo anterior, esta Corte realiza las siguientes consideraciones:

Derecho del consumo y tutela del consumidor.

Como bien ha advertido el autor español Rivero Alemán, después de las privaciones padecidas por la sociedad occidental con motivo de la Segunda Guerra Mundial, en los últimos treinta y cinco años se ha apoderado de los ciudadanos la fiebre por la adquisición de bienes y servicios en el marco de lo que ha dado en calificarse como sociedad de consumo; creándose la necesidad de proceder a una cierta publicación del Derecho para de algún modo, proteger los legítimos intereses de la gran masa de ciudadanos convertidos en consumidores y usuarios. (*Vid.* RIVERO ALEMÁN, Santiago: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 27).

No obstante, continúa el citado autor, la posibilidad de que el consumidor resulte seducido -a pesar de las cautelas legales- es en extremo comprensible si se tiene en cuenta que se trata de un sujeto aislado, no organizado, al que se le causan de ordinario daños y perjuicios de cuantías individuales no muy relevantes; situación en la que opta por declinar de sus reclamaciones ante las molestias, dilaciones y costes que ello le supone; sin que pueda desconocerse que la importancia y repercusión de las medidas que se adopten para su tutela están condicionadas por el poder de los grupos empresariales a la par que éste es contrarrestado por el avance de las ideas sociales. (*Ob. cit.* p. 29).

Por otro lado, las nuevas situaciones provocadas por la tecnología van conformando los usos sociales actuales que requieren de nuevo tratamiento, pues el poder impresionante irradiado por la irrupción de la televisión en los hogares ha terminado por domesticar a las familias, unido a la irrefrenable propensión al consumo cuyo control ejercen los grandes almacenes y, respecto del crédito, las entidades financieras, con el resultado de debilitar la posición del consumidor. La facilidad operativa en las adquisiciones y el pago diferido que permite el uso de medios electrónicos -en particular, la tarjeta de crédito- sumen al ciudadano en el consumismo sugerido de manera más o menos abierta o subliminal; y, de este modo, puede afirmarse que a nuevas situaciones se hacen necesarios nuevos remedios y nuevas soluciones normativas. (*Ob. cit.* p. 29).

En este mismo sentido, el maestro español Alejandro Nieto va más allá, al sostener que: “Los individuos han sido adiestrados para comprar y usar lo que se les indica y en las condiciones que se les impone. No adquieren lo que verdaderamente necesitan sino lo que la publicidad -directa o indirecta, perceptible o imperceptible- les dice que necesitan; son consumidores y usuarios compulsivos y, lo más grave del caso, es que no saben que lo son y que, si lo saben, no se resisten y aun les gusta.

Hacemos, por descontado y como siempre, lo que otros nos dicen; pero ahora ha habido un salto cualitativo que va de la persuasión y la influencia a la coerción, cuyo objetivo, ya logrado, es provocar una incapacidad cultural para tomar decisiones racionales. (NIETO, Alejandro, *Balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 288).

Así las cosas, se puede afirmar que la protección al consumidor viene determinada por la existencia de situaciones nuevas que necesitan una defensa contra la agresividad desplegada por los empresarios en el mercado y una especial protección no alcanzable con las normas generales que regulan el tráfico económico.

Estas situaciones están influidas por la lucha determinada por la penetración de las ideas sociales en el ámbito del derecho y el creciente poder de los empresarios, quienes se encuentran en situación de ventaja contractual por la ingente masa de bienes y servicios existentes para satisfacer las necesidades y por la utilización de la publicidad, que más que informar pretende influir en el consumidor. Son múltiples, pues, las razones que aconsejan el amparo del consumidor en su indefensión: desde equilibrar el mayor poder de los empresarios hasta alcanzar más altos grados de derechos individuales, pasando por consideraciones éticas, políticas y de otra naturaleza.

Como opina E. Polo, la defensa y protección jurídica del consumidor concierne, por su amplitud, a casi todos los sectores del ordenamiento jurídico, en tanto que no sólo afecta a la esfera jurídico-privada, sino a la pública: penal, administrativa, procesal y, especialmente, constitucional. Esta generalización conlleva el que se pueda calificar de público al interés de los consumidores como colectividad y, por esta razón, tal interés no es el que los sitúa en una posición jurídica concreta (comprador, arrendatario, asegurado) en la regulación patrimonial clásica, sino que se trata de un interés, además de privado, de la comunidad ciudadana y, por ello, digno de protección por parte del Estado. (Citado por RIVERO ALEMÁN, *Ob. cit.* p. 33).

Una de las razones por las que el llamado Derecho del Consumo no encaja en los cuadros del derecho común (privado) se debe al carácter colectivo de los conflictos cuya problemática no se resuelve con la aplicación analógica de las instituciones jurídico-privadas, que no neutralizan la indefensión real si se enfoca la protección desde las reglas individuales del Derecho Privado sin crear mecanismos de tutela colectiva. La dialéctica producción-consumo trasciende de lo individual para afectar a la política económica, salud pública, disciplina del mercado y otros aspectos que requieren la tutela del interés colectivo para evitar que éste resulte perjudicado por las prácticas comerciales. Este interés digno de protección es el que se identifica como difuso, que no consiste en la suma de intereses individuales sino en aquel que es compartido por una universalidad inorganizada de sujetos. (*Ob. cit.* p. 34).

El Derecho del Consumidor ha sido definido por la doctrina como la disciplina jurídica de la “vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo”. Surge de la revolución industrial, pues los consumidores han existido siempre, sólo que el Derecho no ha tenido con anterioridad una percepción clara de su marco, aunque sí ha contado con mecanismos de tutela desde la época clásica, con soluciones liberales no acordes con las necesidades por haber sido pensadas para el individuo como titular de derechos subjetivos y no para la colectividad. (*Ob. cit.* p. 52).

Trubeck, por ejemplo, niega que el Derecho del Consumidor sea simplemente una nueva lectura de normas existentes y pertenecientes a otros ramos, con lo que propugna su autonomía sin que ello signifique aislamiento o exclusivismo, destacando, eso sí, la supraindividualidad de su contenido, en defensa de grupos que no están debidamente representados por otros estamentos sociales. (Citado por RIVERO ALEMÁN, *Ob. cit.* p. 52).

Esta exigencia que impone que la protección de los consumidores y los usuarios sea estudiada a través de un derecho especial se encuentra en el postulado fundamental que parte de considerar que entre éstos y los proveedores de bienes y servicios no existe igualdad real. Así, en condiciones ordinarias el tráfico mercantil se procura a través de contratos basados en el principio de la libre e igual autonomía de la voluntad de las partes. Se entiende, sin embargo, que existe un fallo de mercado que impide que tal igualdad contractual pueda presentarse fácilmente, representada en la desigual posición en la que se encuentran los consumidores y los usuarios frente al empresario. Esa desigualdad hace inaplicable el régimen general de garantías que, a favor de esa

categoría de sujetos, contiene ya el ordenamiento jurídico privado: instituciones como la nulidad del contrato por error o la garantía de saneamiento y evicción han sido establecidas, precisamente, a favor de los consumidores y usuarios. Sólo que el fallo del mercado constatado hace insuficiente ese régimen ordinario, siendo preciso acudir a un régimen exorbitante de Derecho común.

Tal es, si se quiere, la justificación económica del régimen jurídico administrativo de defensa de los consumidores y usuarios. Un régimen que pivota sobre el reconocimiento de potestades de ordenación y limitación a la Administración, la cual pasa a regular la actividad comercial de los proveedores. Auténtica “invasión” del Derecho administrativo en áreas propias del Derecho Mercantil.

La consideración de esta situación de desvalimiento del consumidor ha desembocado en el reconocimiento de un principio favorable a su protección, generador de diversas particularidades en el concreto sector contractual en que intervienen los consumidores; de ahí que se haya extendido la fórmula de Derecho de consumo y que algunos autores detectan aquí la aparición de un nuevo sector del Derecho de obligaciones y contratos.

De esta forma, la necesidad de proteger al consumidor proviene de la constatación elemental de que la abrumadora mayoría de las personas, si no la totalidad, se encuentra en la imposibilidad de adquirir y obtener la prestación de los servicios en razonables condiciones de seguridad, precios, calidad, duración y demás características esenciales. De manera que las razones que explican estos hechos son evidentes, pues, tal como se destacó con anterioridad, debido a la ampliación de los mercados, a los avances de la técnica, a la importancia que cobra la organización empresarial, particularmente en las grandes empresas, a la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación social que permiten la realización de eficaces campañas publicitarias, el hecho es que en la actualidad y como regla general el consumidor individual no tiene apenas ninguna posibilidad de defender sus legítimos intereses.

Ello así, resulta normal que el consumidor no esté en condiciones de juzgar por sí mismo sobre la bondad de los productos o precios, no tiene la posibilidad de influir en el mercado, ni en cuanto a precio ni en cuanto a calidad; se ve sometido, por tanto, a una extraordinaria presión por medio de la publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica, y es tal la desproporción entre los medios de que dispone el consumidor normal y los que poseen las empresas cuyos productos o servicios adquiere, que apenas tiene ninguna posibilidad efectiva de hacer respetar sus derechos.

Bajo estas perspectivas, se advierte que, actualmente, todo es derecho del consumidor: el derecho a la salud y a la seguridad; el derecho a defenderse de la publicidad engañosa y falaz; el derecho a exigir las cantidades y calidades pactadas; el derecho a la información sobre los productos, los servicios y sus características, sobre el contenido del contrato y sobre sus medios de protección y defensa; el derecho a la libertad de elección y a la igualdad en la contratación; el derecho a intervenir en la fijación del contenido del contrato; el derecho de no someterse a las cláusulas abusivas; el derecho a reclamar judicialmente por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos; el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; el derecho a asociarse para la protección de sus intereses; el derecho, en fin, como usuarios, a una eficaz prestación de los servicios públicos e incluso la protección del medio ambiente (*Vid. MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil, UCAB, Caracas 2006. p. 181*).

De esta manera, queda claro que la protección al consumidor y al usuario es materia de especial relevancia en la sociedad contemporánea, siendo elevada dicha protección a rango constitucional, como se verá de seguidas:

La tutela al consumidor y al usuario en nuestro Derecho.

La Constitución de 1999 incorporó varias disposiciones que establecen el marco fundamental de los derechos de los consumidores, siguiendo la tendencia de otros países que no sólo han dictado regulaciones legales y reglamentarias sobre la protección de los consumidores, sino que le han dado rango constitucional. En este sentido, el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, centra la protección de los consumidores en sus derechos a disponer de bienes y servicios de calidad, información adecuada y no engañosa, a la libertad de elección y a un trato digno y equitativo. Adicionalmente, exige que se establezcan los mecanismos para garantizar esos derechos y el resarcimiento de los daños ocasionados.

De esta forma, el sentimiento social de protección de los consumidores y usuarios se tradujo en la sensibilización del Constituyente venezolano, al incorporar su tutela al rango de derechos de rango constitucionales. En efecto, la importancia conferida a este tema hizo que nuestra Constitución elevara, se reitera, la tutela del consumidor al rango constitucional. Así, el artículo 117 de la Constitución establece que:

“Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar estos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

Como se observa, el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otorga a toda persona el derecho a disponer de servicios de calidad y de recibir de éstos un trato equitativo y digno, norma que al no diferenciar se aplica a toda clase de servicios, incluidos los bancarios. En otro sentido, impone igualmente la Constitución, la obligación en cabeza del legislador de establecer los mecanismos necesarios que garantizarán esos derechos, así como la defensa del público consumidor y el resarcimiento de los daños ocasionados; pero la ausencia de una ley no impide a aquél lesionado en su situación jurídica en que se encontraba con relación a un servicio, defenderla, o pedir que se le restablezca, si no recibe de éste un trato equitativo y digno, o un servicio, que debido a las prácticas abusivas, se hace nugatorio o deja de ser de calidad.

De esta forma, se consagra entonces en el ordenamiento constitucional un derecho a la protección del consumidor y del usuario cuyo desarrollo implica, de acuerdo con las directrices que se desprende del artículo 117 Constitucional, a) asegurar que los bienes y servicios producidos u ofrecidos por los agentes económicos sean puestos a disposición de los consumidores y usuarios con información adecuada y no engañosa sobre su contenido y características; b) garantizar efectivamente la libertad de elección y que se permita a consumidores y usuarios conocer acerca de los precios, la calidad, las ofertas y, en general, la diversidad de bienes y servicios que tienen a sus disposición en el mercado; y, c) prevenir asimetrías de información relevante acerca de las características y condiciones bajo las cuales adquieren bienes y servicios y asegurar que exista una equivalencia entre lo que pagan y lo que reciben; en definitiva, un trato equitativo y digno.

Es significativo que se hayan incluido como principios fundamentales el derecho a disponer de bienes y servicios y el derecho a la libertad de elección. Para el constituyente venezolano, una de las formas de proteger a los consumidores, es proveerles de alternativas de elección. Los oferentes en competencia buscan captar las preferencias de los consumidores, quienes pueden optar entre las distintas ofertas que presentan los proveedores.

Así las cosas, se observa entonces que el propio Texto Constitucional induce a la existencia de un régimen jurídico de Derecho Público que ordene y limite las relaciones privadas entre proveedores y los consumidores o usuarios. Desprendiéndose de su artículo 117 el reconocimiento del derecho de los consumidores y usuarios de “disponer de bienes y servicios de calidad”, lo que entronca con la garantía de la libre competencia, preceptuada en el artículo 113, siendo la ley -según dispone la norma constitucional- la que precise el régimen de protección del “público consumidor”, el “resarcimiento de los daños ocasionados” y las “sanciones correspondientes por la violación de esos derechos”.

Ahora bien, en criterio de esta Corte, aunque en la Constitución no se hubiesen consagrado expresamente los derechos a que se refiere el artículo 117, especificados con anterioridad, la obligación de tutelar los intereses legítimos de los consumidores y usuarios se podría deducir de los postulados del “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”.

Así, observamos que, a partir del artículo 2 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia Número 85, de fecha 24 de enero de 2002, ha expresado lo siguiente:

“(…) sobre el concepto de Estado Social de Derecho, la Sala considera que él persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación. (...) el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas (...). El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos (...)” (Negrillas de esta Corte). (Caso *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal Vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras*).

A la luz de la doctrina expuesta, considera esta Corte que, en nuestro ordenamiento jurídico, la tutela de los intereses legítimos de consumidores y usuarios resulta un auténtico principio general del derecho de rango constitucional, derivado del propio concepto de Estado Social y Democrático y Derecho que propugna la Constitución, la cual -de acuerdo a su valor normativo- sujeta a todas las personas y a los órganos que ejercen el poder público (artículo 7). Como afirma la doctrina más calificada, los principios generales del derecho “expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico; son aquellos sobre los cuales se constituyen como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad” (García de Enterría). Según Federico De Castro y Bravo, son “las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación”. Asimismo, la doctrina del Tribunal Supremo Español, en el orden contencioso-administrativo, ha expresado que los principios generales del Derecho resultan la “atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas” (STS de 30 de abril de 1988).

Puede concluirse, a partir de aquí, que los principios generales del Derecho son principios, en primer lugar, por su carácter básico. Generales, en cuanto trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos. Y del Derecho, puesto que no se trata de meros criterios morales. En definitiva, considera esta Corte que a los principios generales del Derecho, incluido el de tutela de los intereses legítimos de los consumidores y usuarios, se le pueden reconocer –entre otras- las siguientes funciones básicas:

a) Servir como fuente supletoria de la ley o la costumbre. En efecto, a los principios generales del Derecho se les reconoce, en primer lugar, una función integradora de las lagunas existentes.

b) Servir como elementos de interpretación e informadores de las normas jurídicas. Los principios generales del Derecho no sólo están para suplir posibles vacíos normativos. Por encima de ello, estos principios cumplen una función informadora de todo el ordenamiento jurídico, y en este dato reside su auténtico valor, lo que obliga a interpretar las normas de acuerdo con ellos. Los principios generales del Derecho, incluidos o no en el derecho positivo, tienen valor normativo o aplicativo, y no meramente programático, e informan en su totalidad al ordenamiento jurídico, el cual debe ser interpretado de acuerdo con los mismos.

c) Servir como directivas a los órganos encargados de elaborar las normas. Una tercera función básica que se le reconoce a los principios es la fundamentadora o directiva, que condiciona la elaboración de las normas jurídicas.

d) Servir como regla de “justiciabilidad”, con fundamento en la cual se puede recurrir de cualquier norma o acto jurídico que desconozca el valor insertado en dicho principio. Los principios generales del Derecho operan como garantía de los derechos constitucionales, lo que signifi-

ca que su desconocimiento por los poderes públicos puede suponer un menoscabo de tales derechos; y, en consecuencia, pueden ser objeto de control, cuando tal lesión constitucional se produzca. (CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 43).

Fundamento legal.

Antes de entrar en vigencia la Constitución de 1999, se encontraba en vigencia la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 17 de mayo de 1995 (aplicable *rationae temporis* al caso que nos ocupa), la cual establecía en su artículo que dicho instrumento tendría por objeto: “la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación así como establecer los ilícitos administrativos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones”.

Por su parte, el artículo 2 del mencionado cuerpo normativo consideraba consumidores y usuarios “a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes y servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen”. Siendo que las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización, no tendrían el carácter de consumidores y usuarios.

En tanto que el artículo 3 *eiusdem* consideraba proveedores a “las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización de bienes, prestación de servicios a consumidores o usuarios por los que cobren precios o tarifas”.

Asimismo, el artículo 6 de dicha Ley consagraba los derechos de los consumidores y usuarios entre los cuales se encontraban, el derecho a la “información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, composición, calidad y precios, que les permita elegir conforme a sus deseos y necesidades; el derecho a la “la promoción y protección de sus intereses económicos, en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado”; el derecho a “la educación e instrucción sobre la adquisición sobre la adquisición y utilización de bienes y servicios”; así como el derecho a obtener compensaciones “efectivas o de la reparación de los daños y perjuicios”.

La inclusión de los servicios bancarios dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Ley, se deduce de la obligación que expresamente imponía el artículo 7 de dicho texto legal, al consagrar que “Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como la banca y otros entes financieros, las empresas de seguro y reaseguros, las empresas emisoras de tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como las empresas que presten servicio de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico, aseo urbano, servicio de agua, estaciones de servicio de gasolina y derivados de hidrocarburos y los demás servicios de interés colectivo, están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlo en forma continua, regular y eficiente”.

Realizadas las anteriores precisiones sobre la protección del consumidor y del usuario que se desprende de las propias exigencias del Texto Constitucional, debe esta Corte de seguidas atender a las pretensiones planteadas en el caso de autos por la parte recurrente, para lo cual observa lo siguiente:

PRIMERO: En primer lugar, constata esta Corte que el acto producto del procedimiento administrativo sancionatorio seguido en contra de la recurrente, dictado en fecha 30 de septiembre de 2003, por el Presidente del entonces Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (Hoy Instituto para la Defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios), concluyó que, en el caso concreto, existió una “(...) transgresión a lo dispuesto en el Artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, por parte de la sociedad mercantil Banco Exterior, al incumplir con los términos y condiciones inherentes a la naturaleza del

servicio prestado, siendo necesario señalar que por tratarse de un servicio de interés colectivo, están obligados a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente, así como cumplir todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían adoptando y ejecutando medidas de seguridad suficientemente efectivas”. (Negritas de esta Corte).

Frente a esta declaración, producto de la cual fue impuesta a la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal la multa impugnada, como fundamento del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto, la mencionada entidad financiera alegó que el entonces Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario, supuestamente habría omitido una serie de pruebas tales como “(...) el CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE suscrito por la denunciante ELISABEL PÉREZ REGOS y el BANCO EXTERIOR, C.A. BANCO UNIVERSAL, identificado con el Número: 007-001168-1 (...)”, de cuyas cláusulas y condiciones puede advertirse no sólo la obligación de la aludida sociedad mercantil de contrastar los cheques y otros instrumentos antes de proceder a su pago, sino también, la responsabilidad del cuentahabiente en el resguardo, cuidado y manejo de las chequeras (Mayúsculas y negritas del original).

En tal sentido, la entidad bancaria recurrente, pretende justificar la exoneración de su responsabilidad en el contenido de las cláusulas firmadas al momento en que se dio inicio a la relación entre ambas partes, concretamente a partir de la fecha en que se abrió la correspondiente cuenta corriente a nombre de la ciudadana Elisabel Pérez Regos. De esta forma, en su escrito de pruebas la mencionada sociedad mercantil promovió el Contrato de Cuenta Corriente suscrito en fecha 18 de julio de 2000 conjuntamente con la denunciante, resaltando lo establecido en las cláusulas segunda y octava de dicho contrato, la cual es del tenor siguiente:

“SEGUNDA: El ‘TITULAR’ declara, bajo su única y exclusiva responsabilidad, que sólo están autorizados para la movilización de ‘LA CUENTA’, la persona o personas cuyas firmas aparezcan vigentes en la(s) Tarjeta(s) de ‘REGISTRO DE FIRMAS’, que reposan en los archivos del ‘BANCO’ como firmas vigentes. Dichas firmas conservarán vigencia y validez en tanto el ‘TITULAR’ no notifique al ‘BANCO’, por escrito, la anulación o sustitución de las firmas, dentro del cual no tendrá responsabilidad alguna derivada de tal situación.

El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las ya referidas Tarjetas de ‘REGISTRO DE FIRMAS’.

OCTAVA: Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos. Para obtener talonarios o libretas de cheques, el ‘TITULAR’ deberá presentar al ‘BANCO’ solicitud escrita, suscrita con la firma debidamente autorizada conforme a las antes mencionadas Tarjetas de ‘REGISTRO DE FIRMA’, y si el talonario o libreta de cheques correspondiente no hubiere de ser recibido personalmente por quien suscribe la respectiva solicitud, ésta deberá estar firmada también, por la persona que sea designada para recibir el respectivo talonario o libreta de cheques, el ‘BANCO’ se reserva el derecho de entregar el correspondiente talonario o libreta de cheques, dentro de un plazo no menor de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la fecha de recibo de la respectiva solicitud. El ‘BANCO’ no será responsable por la entrega del talonario (s) de cheques cuando la(s) firma(s) que aparezca(n) en la respectiva solicitud sea(n), a simple vista, razonablemente parecida(s) a la(s) firma(s) autorizadas estampada(s) en el ‘REGISTRO DE FIRMAS’.

Queda expresamente entendido que el ‘TITULAR’ declara someterse a las ‘Condiciones de entrega de chequera(s), impresas al dorso de la ‘Solicitud de Chequeras’ que figuran en cada uno de los talonarios de cheques, los cuales se consideran (*sic*) parte integrante del presente Contrato” (Negritas y Mayúsculas del original). (Subrayado de esta Corte).

Así las cosas, en primer lugar, debe esta Corte observar que las Instituciones Bancarias, entendidas como prestadoras de un servicio, deben adecuar su actividad a la tutela especial, la cual se manifiesta en dos vertientes, a saber:

1. Tutela Indirecta: la cual proviene del equilibrio de intereses entre la actividad de las mismas empresas y/o prestadores de un servicio, lo cual va orientado a asegurar que la libre competencia, no asuma vertientes oligopólicas o desleales, tales mecanismos se circunscriben a: i) garantizar relaciones de libre competencia; ii) velar por un correcto comportamiento en la dinámica de la competencia; iii) establecer controles de estabilidad y transparencia, llamados a su vez a garantizar la estabilidad jurídica. (Vid. BARBER, Eduardo Antonio, *Contratación Bancaria*. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2002. p. 43 y ss.).

2. Tutela Directa: dicha protección proviene del equilibrio de intereses que debe existir entre las empresas bancarias y los usuarios. Es allí, precisamente, donde radica el régimen especial de protección hacia los consumidores y usuarios, los cuales no pueden ser tratados en igualdad de condiciones con respecto a las instituciones bancarias, pues estas últimas, a diferencia de los usuarios, cuentan con medios especiales para manejar los montos en ellos depositados, de los cuales carece el usuario. A su vez, se observa igualmente que la actividad desplegada por dichas entidades, representa indistintamente para éstas un lucro, entendiéndose por tal “(...) la ganancia, provecho, utilidad o beneficio que se obtiene de alguna cosa (...)” (Vid. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, 2002, p. 241), el cual queda reflejado en las “comisiones” que éstas obtienen por la apertura de cuentas y demás transacciones que se realizan a través de las entidades bancarias, en razón de ello, mal pueden las sociedades mercantiles bancarias pretender obtener un lucro o beneficio absoluto, obviando cualquier tipo o género de responsabilidad que la guarda y custodia del dinero, como activo líquido, genera.

A su vez este control directo se manifiesta sobre el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, condicionándolo o limitándolo, en el sentido que no pueda este principio de autonomía de la voluntad servir como instrumento para desmejorar las condiciones de trato equitativo y digno que deben recibir los usuarios de un servicio, en la forma establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, tal como destacó en su oportunidad el autor DE CASTRO Y BRAVO, considerado el autor español más relevante del siglo XX, en cuanto al área del derecho se refiere, puede hablarse de una crisis del contrato y de una mayor crisis de la autonomía de la voluntad, las cuales se han convertido en un lugar común, frase que no puede ser lamentada cuando se trata de justificar por medio de ella la implementación de medidas que limitan el ámbito de la autonomía, para conservar el principio sustantivo de este principio. Así, debe recordarse que el carácter “sagrado” que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas iguales; mientras sirva para el “libre desenvolvimiento de la personalidad”. No obstante, ello, puede calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado con el propósito de aumentar la posición de la parte que se encuentra en posición de primacía, por lo que, para evitarlo, se ponen límites a la autonomía de la voluntad, en salvaguarda de los derechos de la persona sobre la cual puede recaer la desigualdad (Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. Cuadernos Civitas, Segunda Edición, Madrid 1987, p. 82).

Contratos de Adhesión.

Precisado lo anterior, advierte este Órgano Jurisdiccional que del examen del Contrato de Cuenta Corriente suscrito en fecha 18 de julio de 2000 entre la denunciante y la recurrente, se observa que dicho contrato reúne las características de los denominados “contratos de adhesión”, en los cuales queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes, pues las cláusulas son previamente determinadas por uno sólo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero (Vid. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Número 962, de fecha 1° de julio de 2003, caso *Soluciones Técnicas Integrales, C.A.*), en contraposición a lo que sucede en los contratos típicos u ordinarios, donde las partes pueden convenir, discutir y acordar el contenido mismo del contrato, así como de las obligaciones contraídas, existiendo la posibilidad para ellas de hacer reserva de ciertas cláusulas.

Así, el artículo 18 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.897 Extraordinario, de fecha 17 de mayo de 1995, establecía expresamente que por contrato de adhesión podría entenderse “aquél cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”, especificando que, en tales casos, “la inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión”. El contrato suscrito en cuestión es un auténtico contrato de adhesión en los términos legales. En este sentido, resulta oportuno destacar que en la actualidad la contratación en masa constituye una de las características más significativas de la sociedad, erigiéndose en instrumento inseparable de la actividad empresarial. Así, su empleo ha surgido por exigencias de la economía, cuando a la producción a gran escala sigue la negociación uniforme y repetitiva, extendiendo el crédito y el consumo a sectores de la población con menos recursos económicos. En esta conformación del mercado confluyen intereses generales y particulares, colectivos y de los contratantes.

En esta etapa, las empresas recurren a los llamados contratos de adhesión, de escueto diseño y rápida conclusión, que permiten una cierta uniformidad y economía, de tiempo y coste. Así, tal como se precisó con anterioridad, la particularidad de este tipo de actuaciones se encuentra en que la contratación en serie, característica de la actividad comercial, obliga a la redacción de contratos-tipo con un contenido generalmente uniforme, predispuesto y rígido. En estos casos, el consumidor si quiere adquirir el bien o recibir el servicio no tiene otra posibilidad, en dichos contratos de adhesión, que adherirse al contrato redactado por el proveedor, el cual con frecuencia se aprovecha de su condición de parte fuerte en la relación para introducir cláusulas abusivas.

De este modo, se entiende que este tipo de contratación ha surgido en el marco de la economía de mercado, con el propósito de simplificar la contratación, ahorrar tiempo en la negociación y unificar el sentido interpretativo de las estipulaciones, sirviendo a la rápida circulación de bienes. Se crea así una categoría de contratos tipos caracterizados por el hecho de que su contenido queda determinado por una de las partes o bien por un tercero ajeno al contrato al que los contratantes *se someten* (Vid. RIVERO ALEMÁN, Santiago. *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 132).

Su empleo en los contratos bancarios viene influido, además, por condicionamiento de tipo económico y de organización empresarial, cuales son: i) la reducción y conocimiento anticipado de costes en la contratación, que permite automatizar el proceso de negociación y formalización una vez puestos de acuerdo en la retribución, plazo y cuotas de amortización; ii) la facilidad de la división de tareas y uniformización de los contratos negociados por las distintas agencias o sucursales; iii) la mejor coordinación en el seno de la propia empresa bancaria, reduciendo o eliminando la necesidad masiva de contactos entre los departamentos comerciales y los jurídicos.

En general, se utilizan cláusulas predispuestas por los empresarios, las cuales habrán de someterse a los principios de buena fe, equidad y justo equilibrio de prestaciones, con ausencia de fraude de ley y de abuso de derecho. Además, en materia de consumo se produce la ampliación del concepto de orden público en detrimento de la autonomía y libertad de pactos.

Otra expresión que suele utilizarse para aludir al mismo fenómeno contractual es la de condiciones generales de contratación. En realidad, un contrato de adhesión es básicamente un contrato celebrado sobre la base de unas condiciones generales prerredactadas. Quizá existe una diferencia de matiz, y es que mientras con éstas se subraya el aspecto de su predisposición por una de las partes, la expresión contrato de adhesión parece centrarse más en la otra parte, es decir, aquella a la que se le impone su contenido. No obstante esto, podría sostener entonces que los contratos de adhesión no son más que contratos que contienen condiciones generales, de manera que, no hay diferencia relevante entre condiciones generales de contratación y contratos de adhesión.

En este sentido, entonces puede considerarse como condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (en caso de contrato de consumo, necesariamente el profesional), con independencia de

la autoría material de la misma (puede ser las Condiciones de una Asociación Empresarial), de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, y aunque alguno de sus elementos hayan sido negociado. Por tanto, han de reunir tres características, a saber: predisposición, uniformidad (lo que es igual a generalidad) y rigidez (o imposición).

Dentro de este contexto se puede afirmar con carácter general que la contratación bancaria se materializa mediante los contratos en serie, concluidos mediante la adhesión por parte del cliente a las condiciones contractuales predispuestas por el banco. Éste, mediante condiciones generales rígidas y uniformes, trata de racionalizar al máximo sus relaciones con las clientelas. Esta técnica contractual, tal como se ha advertido con anterioridad, puede implicar graves formas de restricción de la libertad de la clientela en general y a los usuarios de los servicios bancarios, en particular.

En este sentido, se destaca que, DE CASTRO, invocando a GARRIGUES en su obra *Contratos Bancarios*, señalando que: una definición, que no se puede tachar de parcial, se describen las condiciones generales de los contratos bancarios como: “un marco dibujado a gusto del Banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad”. (*Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas, Madrid: 1985, p. 13).

La utilización de condiciones generales por los bancos en sus relaciones con la clientela conlleva el riesgo de que se le imponga a la parte débil cláusulas inicuas o vejatorias, sin que exista la efectiva posibilidad por parte de ésta de eludir su aplicación, quedando en situación de desequilibrio frente a la parte predisponente.

De manera que, si bien se ha sostenido que las condiciones generales cumplen la función de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico, regulando de forma prolija y detallada las recíprocas prestaciones de las partes, eliminando, con ello, las incertidumbres y dudas, así como las posibles controversias que pudiera suscitar la aplicación y ejecución de los contratos, reduciendo el número de litigios y los costes a ellos asociados; no por ello debe soslayarse un hecho que sí parece evidente, como lo muestra la realidad actual, pues, sucede que en dichos contratos, debe estar presente los legítimos derechos e intereses del usuario o cliente de la institución bancaria, que representan un elemento de protección tan dignos, si no más, que los del propio banco, ya que éste último, mediante la inserción de cláusulas particularmente ventajosas –exclusión de responsabilidad, pacto de liquidez, repercusión en los gastos, etc.-, pretenderá conseguir la mayor seguridad en sus relaciones contractuales y defensa de sus intereses económicos, quedando por ello disminuidos los intereses de los usuarios que desean la prestación del servicio, verificándose con ello una auténtica desigualdad en la contratación. (*Vid.* MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio. “Cláusulas de vencimiento anticipado y cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los contratos bancarios concluidos mediante condiciones generales” en *Protección de los particulares frente a las malas prácticas bancarias*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Estudios de Derecho Judicial 55, Madrid: 2005, p. 153).

De esta forma, frente a las ventajas que pueden señalarse del empleo de los contratos de adhesión, pueden anteponerse concretas desventajas que el uso de tales contratos comportarían para los consumidores y los usuarios que se ven impelidos, en tanto pretendan adquirir un producto o beneficiarse de un servicio determinado, a la suscripción de tales contratos, pues los mismos pueden presentarse como vehículo que da lugar a excesos y a prácticas abusivas, vejatorias o injustas, que podrían llegar a vulnerar los derechos e intereses de los consumidores.

Así, la utilización de este tipo de contratos de adhesión ha conllevado incluso a considerar, entre los aspectos desfavorables, la posible desaparición de la libertad contractual devenida de la redacción unilateral del contrato por una de las partes, unido a ciertas desventajas en la formación de voluntad debido a su ambigüedad, formato de letra apenas visible o porque no se entrega copia al adherente.

Toda esta realidad, ha conllevado al extremo de sensibilizar al legislador en la elaboración de reglas para el control de los contratos de adhesión, a través de medios legislativos, administrativos, de autocontrol y judiciales; extendiendo los supuestos de control fundados en el orden público, la moral y la costumbre de la época.

Es por esto que, frente a tales realidades, debe considerarse reforzada la especial tutela que deben brindarse a los consumidores o usuarios que contratan la adquisición de bienes o servicios formalizados por medio de cláusulas generales de contratación, a los fines de proteger sus derechos, en el entendido que, dichas condiciones generales podrían resultar contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o constituir un abuso de derecho, debiendo advertirse igualmente que por medios de ellas, como elemento más frecuente y más fácil de diagnosticar, se pretenderá contener, oculta o abiertamente, la renuncia de ciertas leyes.

En este sentido, las estipulaciones que pretendan alcanzar tal propósito, debe entenderse como auténticas cláusulas abusivas, concepto que se utiliza para justificar el control sustancial del contrato cuando existen cláusulas predisuestas que han sido impuestas al consumidor y su contenido favorece especialmente al predisponente.

En atención a ello, debe tenerse en consideración que el parámetro que define el desequilibrio entre las partes no es la desigualdad económica, sino que hay que orientarlo hacia la superioridad funcional que ostenta el predisponente, de manera que es la inexistencia de negociación individual, unida a un funcionamiento defectuoso del mercado, lo que permite al predisponente disfrutar de unos términos más favorables en sus relaciones con el adherente, por lo que, las exoneraciones de responsabilidad, o las condiciones que pretendan ser impuestas a los consumidores en detrimentos de sus derechos, deben consideradas, entonces, como verdaderas cláusulas abusivas.

Cláusulas abusivas:

Así, esta Corte comparte la definición de “cláusulas abusivas” expuesta por el autor Rive-ro Alemán, en cual las define como “(...) las previamente redactadas que no han sido objeto de negociación por separado, sino impuestas al consumidor que no ha podido influir en su contenido y al que le causan un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones; o bien implica una ejecución del contrato significativamente diferente de lo que de éste pudiera legítimamente esperarse (...)” (Vid. RIVERO ALEMÁN, Santiago *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 274). (Resaltado de esta Corte).

De esta forma, ocurrirá algunas veces que, de una simple lectura de las condiciones generales insertas en los formularios bancarios, se percibirá la idea de que las entidades de crédito tratan de exonerar o limitar lo más posible su responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que les incumbe.

En este orden de ideas, en su oportunidad destacó el Profesor DE CASTRO Y BRAVO, que “[la] historia no se repite, sí los artificios (...) un grupo social poderoso [es este caso, los prestadores de un servicio] emplean la forma de contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislativo, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio [destacando que] las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos; cuando el resultado a que se llegue choque gravemente con los principios de justicia conmutativa o con la buena fe (resolviendo según aconseje la justicia y la equidad al caso concreto); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal, y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones que le correspondan (...) la agravación de las responsabilidad impuesta al cliente y la exoneración de responsabilidad concedida al empresario, no pueden resultar por la especialidad del contrato concertado y hacen que, normalmente se les pueda calificar como renuncia de leyes y, en consecuencia, como cláusulas nulas” (Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Cuadernos Civitas, Madrid: 1987, p. 78). (Destacados de esta Corte).

En este sentido, advierte esta Corte que el artículo 21 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario expresaba que “no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: 1. Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades por correo, a domicilio o por muestrario; 2. Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación; 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor; 4. Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; 5. Estén redactados en términos tan vagos o imprecisos; o no impresos en caracteres legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión”. (Negrillas de esta Corte).

Ello así, deduce esta Corte entonces que la justicia, el orden público y la buena fe han de considerarse como conceptos delimitadores de las buenas o malas prácticas en materia de contratación de consumidores y usuarios. En este sentido, se observa que la Constitución incorporó la obligación de “trato equitativo y digno” al consumidor y usuario como elemento de ponderación de intereses entre estos y sus proveedores (artículo 117).

Por su parte, el Código Civil, aplicable a título supletorio a esta materia, por remisión expresa del artículo 88 de la vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en su artículo 1160 dispone que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”. Así, la justicia, la equidad, el orden público y la buena fe, entre otros, constituyen sin duda conceptos jurídicos indeterminados que el operador jurídico deberá utilizar, en todo momento, como elementos de ponderación de intereses entre consumidores y usuarios y proveedores, considerando las circunstancias particulares del caso, y atendiendo a la realidad social vigente.

En síntesis, en atención a las disposiciones legales vigentes, las cuales desarrollan el enunciado constitucional que pretende erigir auténticas normas de derecho público que actúen en función de la protección de los consumidores y de los usuarios, puede este Órgano Jurisdiccional señalar que el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cumple el papel de cláusula general que tienen por objeto prevenir que el contenido de los contratos de adhesión no contravengan los principios de justicia, orden público y buena fe, con exclusión de las situaciones abusivas.

Esta disposición, a juicio de esta Corte, viene a concretar la obligación de trato equitativo y digno que impone la Constitución, lo cual, a modo de consecuencia inmediata, lleva necesariamente también al justo equilibrio de las prestaciones, por cuanto si no existe equilibrio existe abuso o desproporción, que operaría como causa de nulidad de la cláusula o estipulación en cuestión.

En efecto, en criterio de esta Corte, el trato equitativo y digno y el debido respeto a los principios de justicia, orden público y buena fe se contraviene en estos contratos cuando no existe un debido equilibrio de prestaciones o cuando el proveedor ejerza sus derechos de manera abusiva, en detrimento de los intereses económicos y sociales de consumidores y usuarios. Este principio está llamado a prestar importantes servicios en el contexto de la parte débil en determinados contratos y en desarrollo del principio de protección de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, destacado lo anterior, en el caso de autos, tal como fue destacado con anterioridad, el apoderado judicial de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, aduce que se verificaron sistemáticas omisiones y vicios por el ente recurrido durante el procedimiento administrativo, destacando la falta de pronunciamiento sobre las pruebas documentales promovidas, en especial sobre las obligaciones establecidas en el denominado contrato de cuenta corriente suscrito entre la ciudadana Elizabeth Pérez Regos y la mencionada sociedad mercantil.

Ello así, del mencionado Contrato de Cuenta Corriente se desprende, particularmente de la cláusula segunda que “El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma o firmas que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las Tarjetas del CENTRO DE FIRMAS”.

Por su parte, observa igualmente este Órgano Jurisdiccional que se desprende de la cláusula octava del aludido Contrato de Cuenta Corriente, lo siguiente “Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos” (Resaltado de esta Corte).

De lo anterior, se aprecia entonces unas cláusulas impuestas al usuario, a través de un contrato de adhesión de la cual se ha valido la entidad financiera prestadora del servicio a los fines de exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad que podría devenirle como consecuencia de la guarda y custodia del dinero depositado en la cuenta corriente cuya titular es la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, en el entendido que el banco quedaría libre de responsabilidad en caso de presentarse ante sus taquillas un cheque con la aparente firma del librador, lo cual conllevaría a considerar que, tratándose de una aparente omisión en el resguardo de dicho instrumento por parte del titular de la cuenta corriente, no podría recaer sobre la entidad financiera obligación alguna de verificar las características de los elementos empleados para complementar el mismo y ser diligente en el resguardo del dinero del titular de la cuenta.

Siendo esto así, debe esta Corte destacar los elementos que pueden constituir una efectiva protección de los intereses económicos y sociales del consumidor y usuario frente a las cláusulas contenidas en un contrato de adhesión.

En este sentido, se destaca que de la legislación se pueden establecer tres momentos diferentes en la tarea de hacer efectivo el control concreto del clausulado de un contrato de adhesión: el control de incorporación, el de interpretación y el de contenido. En el proceso de análisis de las cláusulas o estipulaciones se sigue la siguiente secuencia: el control de inclusión en primer lugar, para proceder luego a la interpretación conforme a los criterios o requisitos de la hermenéutica y, por último, con arreglo a ellos, efectuar el control del contenido de la cláusula.

El operador jurídico que se encuentre en presencia de cláusulas generales que afecten a un consumidor, ha de plantearse la secuencia apuntada para determinar si las mismas han superado el control de inclusión y pueden ser integradas formando parte del contrato en sentido jurídico, en tarea previa a la interpretación; pues únicamente habrán de ser interpretados los pactos que se consideren parte del acto negocial, sin ser suficiente que el consumidor haya expresado su consentimiento para que pueda estimarse la validez de aquellas cláusulas que no reúnan ciertos y determinados requisitos en su redacción y plasmación.

La inclusión considera los requisitos que han de cumplir las condiciones generales para ser integradas en el contrato y, una vez superado éste, el control de contenido es el que concierne a la existencia de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones exigibles, con rechazo de las cláusulas abusivas.

Control de incorporación.

Como se señaló anteriormente, el artículo 117 de la Constitución reconoce a todas las personas la “libertad de elección”, así como el derecho a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen. Por su parte, el artículo 6, numeral 2, de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995 establecía que son derechos de los consumidores y de los usuarios “La información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, composición, calidad y precios, que les permita elegir conforme a sus deseos y necesidades”.

Los requisitos de incorporación tienen por objeto garantizar que el cliente consienta legítimamente. Su función primordial es hacerle saber de la existencia de condiciones aplicables al contrato y permitirle disponer de ellas durante la vida del mismo para que adapte su conducta (función de publicidad).

El dato que primero debe advertirse en los contratos de adhesión se refiere al consentimiento, pues se afirma que: “se consiente sobre lo conocido y entendido”. Muchas veces, por su complejidad, algunas cláusulas de los contratos de adhesión no pueden ser entendidas por los clientes. Faltaría, por tanto, en esos casos, un requisito esencial para que puedan formar parte del contenido del contrato (artículo 1141, ordinal 1° del Código Civil). En estos supuestos, se estaría ante una cuestión de hecho: averiguar si hubo o no tal consentimiento.

Al respecto, por una parte, se puede decir que no cabe suponer conocido por un comprador cualquiera, lo que requiere el estudio de un especialista. De otra parte, se alega que quien no se entera de las condiciones generales es culpable por negligente y que debe, por tanto, pechar con las consecuencias de su falta de diligencia. Dificultades que no se salvan con la cláusula por la que el cliente se declara enterado de todas y conforme con todas las disposiciones de las cláusulas generales, porque ella plantea a su vez la pregunta de si fue debidamente entendida y querida. (Vid. De Castro. *Ob. cit.* p. 60).

Se ha señalado también que la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el consumidor, que ha de aceptar las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por monopolio de hecho o de derecho, o bien porque todas las empresas del ramo las imponen. Este defecto, a pesar de su importancia, se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley.

De allí que, para que unas cláusulas queden incorporadas al contrato válidamente han de estar redactadas con un mínimo de comprensibilidad y legibilidad. Estas reglas se aplican literalmente a los contratos que habitualmente se documentan por escrito y analógicamente a los contratos que habitualmente se celebran en forma oral, de manera que pueda afirmarse que el predisponente ha dado a conocer de forma suficiente la existencia y contenido de las condiciones generales.

Así, el artículo 19 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, establecía que “Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor”; en tanto que el artículo 20 *eiusdem* expresamente establecía que “Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en caracteres destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión”.

De esta forma, cualquier cláusula que no cumpliera con estos requisitos no puede entenderse válidamente incorporada al contrato de adhesión y, por lo tanto, ha de considerarse nula de pleno derecho. De acuerdo con la doctrina, tampoco quedarían incorporadas al contrato las denominadas cláusulas sorprendentes, es decir, aquellas que sean tan insólitas que al adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Son tales aquellas cláusulas cuyo contenido contradice las expectativas que razonablemente se hubiera podido hacer el adherente atendiendo al tipo de contrato celebrado.

En conclusión, la conculcación de la buena fe contractual puede dar lugar a vicios contractuales del consentimiento, en tanto que es capaz de producir error excusable, como expresión del engaño producido a través de la publicidad, de una redacción contractual poco clara y ambigua o, incluso, por un sistema de venta agresivo dentro o fuera del establecimiento. En suma, estas transgresiones se sitúan más allá de la frontera que el ordenamiento jurídico ha de establecer en beneficio del común de sus ciudadanos y, en nuestro caso, del consumidor o usuario.

Control de interpretación

Superado el control de inclusión previo, sigue la interpretación de las cláusulas generales que conforman el contrato de adhesión, lo que comporta el análisis de las mismas a partir de ciertas reglas o criterios. Así, en el ámbito de la interpretación de los contratos de adhesión, tiene especial importancia la regla contra proferentem por ser aplicable a todos los supuestos en los que la oscuridad o duda sea imputable de manera exclusiva a uno de los contratantes.

En efecto, frente al proveedor que redacta o impone las cláusulas se utiliza la antigua regla “contra *proferentem*” y, así, en la duda sobre el significado de dichas condiciones, la interpretación se hará de modo que no favorezca al proveedor, por ser la parte que ocasionó la oscuridad.

Además, es aplicable la llamada regla de la prevalencia del acuerdo individual sobre el general en caso de contradicción entre ambos. La regla se modificaría, sin embargo, en el caso de que el adherente sea un consumidor porque, en tal caso, el conflicto se resuelve aplicando la condición más favorable para el débil jurídico, con independencia de que sea la condición general o el acuerdo individual. Asimismo, en caso de contradicción entre dos cláusulas, la cuestión no debe resolverse a favor de aquella que sea más conforme con el tipo y la causa del contrato celebrado, sino se aplicará la regla contra *proferentem*, por ser la parte que ocasionó la contradicción.

Control de contenido

Las cláusulas que hayan quedado válidamente incorporadas al contrato sólo son válidas si no se consideran como cláusulas abusivas, por ejemplo, aquellas que hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor, tal como lo establecía el artículo 21, numeral 3 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

En consideración de este Órgano Jurisdiccional, mayor alcance puede tener el control de contenido que se ejerza a través de la invocación de esta cláusula, como límite irrebalsable de la legalidad de las estipulaciones de un contrato de adhesión. Podría llegarse con ella incluso a la eliminación de cláusulas que concedan ventajas injustificadas al proveedor. Esto último nos lleva irremisiblemente a la cuestión fundamental: cuándo una cláusula se considera abusiva.

Para determinar si una cláusula de un contrato de adhesión resulta conforme con esta garantía, el operador jurídico ha de analizar cada caso en concreto y, en especial, las siguientes circunstancias: en primer lugar, cuál sería la regulación aplicable al contrato en caso de no existir la cláusula, es decir, la que resultaría de la aplicación del derecho dispositivo, de los usos o de una valoración equilibrada de los intereses de ambos contratantes. En segundo lugar, comparar dicha regulación con la que resulta de la aplicación de la cláusula. Si existe una discrepancia entre ambas y tal discrepancia no está justificada por circunstancias generales (relativas al tipo de contrato celebrado) o particulares (relativas al contrato concreto), habrá de concluirse que la cláusula es abusiva y, por tanto, nula. Por tanto, buena fe significa conformidad de la cláusula con el reparto de riesgos recogido en el Derecho positivo o, a falta de éste, con el que resulta de una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes.

Ahora bien, en este punto es menester revisar, como se dijo anteriormente, el tema de la existencia de límites inmanentes de la autonomía de la voluntad, pues resulta obvio que la mayoría de las veces las condiciones impuestas por el proveedor en un contrato de adhesión son incorporadas a éste con el consentimiento legítimo del usuario o consumidor; condiciones o cláusulas que incluyen frecuentemente la renuncia de ciertas leyes o derechos de éstos. En este sentido, considera esta Corte relevante traer a colación lo que la doctrina más calificada ha dicho al respecto:

Los Códigos mercantil y civil han mantenido la secular tradición que viene afirmando la importancia central del principio de la autonomía de la voluntad. Se reconoce a los participantes el poder de iniciativa para reglar a su conveniencia los propios asuntos y se pone a su disposición la fuerza coactiva del Estado para hacer cumplir lo por ellos establecido. Reflejo en la esfera del Derecho privado de las ideas de libertad e igualdad, los contratos que merecen la protección legal “han de ser libres y en ellos ha de imperar la justicia” y, a tal efecto, se excluyen “todos los privilegios o monopolios a favor de gremios, corporaciones o personas”; amplísima libertad para contratar, siempre “dentro de los principios eternos del Derecho y de la moral”. El principio de la libertad de contratación se defiende, desde el siglo XVIII, como derecho del hombre a desarrollar su personalidad y también como instrumento destructor de desigualdades, de los privilegios que trataban, hasta anquilosarle, el antiguo régimen. (*Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico, 77).

En este sentido, resulta oportuno destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español no parece mostrarse remisa en atribuirse el poder de vigilar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales y, en su caso, en declarar su ineficacia. Las ha fundado, según se nos dice, en la consideración de que, respecto de los efectos del contrato, “en la determinación de estos efectos, podrá el juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes y que, en los contratos de adhesión el juez tiene un poder excepcional de interpretación” e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación. Así hay una serie de sentencias que han declarado la ineficacia de las cláusulas exonerando a los Bancos de responsabilidad por pagar cheques indebidamente y por entregar, del mismo modo, lo recibido en depósito. (*Vid. DE CASTRO Y BRAVO. Ob cit. p. 85 y ss.*)

De lo dicho ha de deducirse que la invalidez de una cláusula puede darse lo mismo en el caso de estar contenida en un contrato ordinario que en el de encontrarse en un contrato de adhesión. La especialidad de los contratos de adhesión reside, en otra parte, en la peligrosidad intrínseca de este modo de proceder; pues, redactadas por una empresa o grupo de empresarios, es presumible se considere en ellas sólo el interés de éstos; prefabricadas, sin atender a ningún contrato concreto, quedan separadas, independizadas del contrato al que se les añade. Por todo ello, la agravación de responsabilidad impuesta al cliente y la exoneración de responsabilidades concedida al empresario, no pueden resultar justificadas por la especialidad del contrato concertado y hacen que, normalmente, se les pueda calificar como renuncia de leyes y, en su consecuencia, como cláusulas nulas.

Consecuencias de la ilicitud de las cláusulas abusivas

Finalmente, será necesario tratar, aunque sea brevemente, la cuestión de si la nulidad de una cláusula arrastra consigo la nulidad de todo el contrato de que forma parte (*vitiatur et vitiat*) o si, por el contrario, el contrato sigue siendo eficaz, aunque haya de serlo con la modificación de estimar como no puesta la cláusula (*pro scripta non habetur*) y como válido todo lo demás contenido (*vitiatur sed non vitiat*).

De no ser posible la integración por la aportación objetiva del juez que mantenga la duda de la existencia de la voluntad de la parte adherente en la continuidad del contrato, procederá la declaración de ineficacia total por iniquidad, supuesto éste no siempre conveniente para el consumidor que, al pretender la nulidad de una cláusula, se encuentre con la invalidez de todo el contrato y perjudicado, más que beneficiado, por su acción.

Siendo ello así, el ámbito material de la nulidad viene determinado por el concepto de cláusula en sentido material. No cabe la nulidad parcial de una cláusula. De esta forma, el recurso a la buena fe significa valoración equilibrada (es decir, conforme con la valoración que realiza el legislador) de los intereses de las partes. Así, la nulidad total del contrato es absolutamente excepcional.

Se trata de un supuesto de rescisión para los casos en los que no pueda exigirse al pre-disponente continuar vinculado al contrato tal como ha quedado tras la amputación de las cláusulas nulas y la integración de conformidad con el Derecho dispositivo.

De esta forma, la nulidad de la cláusula contractual como elemento que produzca o traiga aparejada la nulidad del contrato de adhesión en su totalidad, como se dijo, debe ser considerada como una situación excepcional, como elemento para proteger los demás derechos del consumidor reconocidos en la convención a la cual se ha adherido, de manera que la sola nulidad de una cláusula debe considerarse limitada en sus efectos, de forma que tal circunstancia no afecte al contrato en general.

Ahora bien, en el caso de autos, del mencionado Contrato de Cuenta Corriente se desprende, particularmente de la cláusula segunda que “El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma o firmas que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las Tarjetas del CENTRO DE FIRMAS”. Por su parte, observa igualmente

este Órgano Jurisdiccional que se desprende de la cláusula octava del aludido Contrato de Cuenta Corriente, lo siguiente “Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos” (Resaltado de esta Corte).

En este sentido, se advierte que la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, en fecha 3 de abril de 2002, presentó ante la Dirección de Inspección y Fiscalización, Recepción de Denuncias del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario denuncia en contra de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, afirmando que dicha institución financiera habría realizado “un pago indebido a la cuenta corriente por un monto de 900.000 en el cual (...) la firma del cheque en donde se canceló tal monto son distintas con la de ella ya que la firma del cheque es tipo caligrafía palmer y no redonda y derecha como la de ella (...)”.

Ello así, se aprecia que para la fecha en que se verificó la aludida denuncia, y aun los hechos que dieron motivo a la misma, se encontraba vigente, como se ha dicho anteriormente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.897 Extraordinario, de fecha 17 de mayo de 1995, siendo por tanto el mencionado cuerpo normativo la ley aplicable al caso de autos.

Respecto a este punto, en primer lugar, se aprecia que el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, establecía expresamente que “Todo proveedor de bienes o servicios estará en la obligación de respetar los términos, plazos, fechas, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario para la entrega del bien o la prestación del servicio. Si el proveedor incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, el consumidor o usuario tendrá el derecho de desistir de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor obligado a reembolsarle el pago recibido”.

Por otra parte, se observa igualmente que el artículo 21 *eiusdem* expresamente establecía que “No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: (...omissis...) 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor (...)”.

Ahora bien, a los fines de resolver la presente controversia, considera esta Corte que debe de partirse de una idea inicial, y es que un correcto cumplimiento de las condiciones inherentes al servicio bancario supone que –como lo señalara el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) en el acto impugnado- los bancos deban de cumplir todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían los usuarios, adoptando y ejecutando medidas de seguridad suficientemente efectivas.

De esta forma, la institución financiera debe actuar con suma diligencia en las cantidades de dinero que le han sido colocadas bajo su guarda. Así lo ha acogido la doctrina de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia Número 134, de fecha 31 de enero de 2007, caso *Banco de Venezuela, S. A., Banco Universal*), al señalar que las entidades financieras deben de garantizar de manera efectiva la vigilancia del dinero y bienes que los clientes colocan bajo su custodia, implementando mecanismos de seguridad y control a prueba de errores.

En efecto, soluciones como la que ofrece el banco equivalen a trasladar exclusivamente al usuario la responsabilidad por una deficiencia esencialmente atribuible al banco, quien no puede a través de una cláusula contractual prerredactada relajar su obligación de custodia del dinero implementando mecanismos de seguridad y control a prueba de errores; estableciendo así en contra del usuario un reparto desequilibrado de los riesgos que ofrece la contratación del servicio y en las obligaciones. En criterio de esta Corte, dado que la obligación de custodia del dinero corresponde al banco en los términos expuestos, la responsabilidad en casos como el presente corresponderá en principio a la entidad financiera, a menos que se pueda demostrar que el fraude no se pudo haber cometido sino debido a una conducta dolosa o negligente imputable al usuario, en cuyo caso es el banco quien tiene la carga probatoria de demostrar la responsabilidad del cliente.

De esta forma, debe quedar claro que corresponde al banco en todo momento actuar diligentemente comprobando de manera minuciosa, bajo los elementos de seguridad necesarios para ello, los elementos que componen el título cambiario presentado antes sus taquillas, diligencias que debe extremarse en los cheques de elevada cuantía, incluso consultando al cliente cuando le surja alguna duda acerca de su autenticidad.

Así, se advierte que, por ejemplo, ante la presentación de un cheque cuya firma del librador pueda haber sido falsificada o alterado alguno de los elementos de dicho instrumento sin que, ante tales circunstancias, pueda considerarse como elemento de exoneración, la simple responsabilidad del titular de la cuenta en el resguardo y protección de los talonarios o cheques, pues ello no representa una circunstancia que facilite o conlleve a que la institución financiera pueda desprenderse de ejercer sus medidas para resguardar el dinero depositado.

De manera que, como se aprecia, corresponde a la institución financiera emplear de manera sistemática, efectivos y oportunos mecanismos de seguridad, con la finalidad de proteger al cliente que deposita en ella no sólo su dinero sino también su confianza, los cuales deben extremarse en casos de que se presenten en la taquilla cheques por elevadas cantidades de dinero.

Así las cosas, se aprecia que las mencionadas cláusulas contractuales han pretendido exonerar de responsabilidad a la entidad financiera recurrente, en cuanto a su obligación de resguardar el dinero depositado en la cuenta corriente de la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, pues, por una parte, no han existidos parámetros objetivos a los fines de determinar el criterio bajo el cual pudo considerarse razonablemente similar o coincidente en sus rasgos generales la firma colocada en el cheque presentado ante la taquilla correspondiente, respecto de la tarjeta que se encuentra en el denominado Centro de Firmas en el que aparece la firma autorizada por la cuentadante.

Por otra parte, y en estrecha relación con lo anterior, se observa que las cláusula contractual octava incluida en el Contrato de Cuenta Corriente, pretende igualmente hacer reposar en la sola persona del titular de la cuenta corriente el resguardo y custodia de los talonarios o libretas de cheques, disposición en la cual se ha fundamentado la mencionada institución financiera a los fines de quedar exenta de responsabilidad por el pago del cheque por la cantidad de Novecientos Mil Bolívars (Bs. 900.000,00), siendo que tal circunstancias de modo alguno le exoneraba de cumplir con su obligación de constatar la identidad entre la firma colocada en el aludido título cambiario y la perteneciente a la titular de la cuenta corriente.

De manera que, en atención a las consideraciones antes realizadas, las cláusulas contractuales antes especificadas constituyen disposiciones sobre las cuales la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., Banco Universal, ha pretendido exonerarse de su responsabilidad en el pago de un cheque librado en contra de la cuenta corriente de la denunciante y frente al cual ha debido la mencionada institución financiera extremar en sus diligencias a los fines de cumplir con sus obligaciones previamente adquiridas en el resguardo del dinero depositado en dicha cuenta corriente.

En este sentido, no se puede considerar que la sola presentación en taquilla de un cheque que en apariencia guarde similitud con los datos del titular de la cuenta, en especial con la firma autorizada e incluida en los registros de la institución financiera, constituyan elementos que por sí solos representen una actitud negligente del librador en la protección y custodia de los talonarios del cheque, por lo que, alegando la plena aplicación de la cláusula octava antes referida, mal podría el banco exonerarse de responsabilidad y quedar exento de su obligación de colocar especial diligencia al momento de abonar el documento bancario en la cuenta de su titular. Por el contrario, debe considerarse que siempre está presente la actuación de la institución financiera, y de sus dependientes, de comprobar los requisitos intrínsecos del cheque, así como la identificación del librador y del tenedor que los presenta al cobro.

De esta forma, al banco le incumbe la obligación de examinar atentamente si el cheque está correctamente emitido y si cumple todos y cada uno de los requisitos que lo conforman, en especial, estas actuaciones deben ser extremadas si la suma que se ordena pagar presenta especiales signos que harían presumir su alteración o falsificación.

En este sentido, podría afirmarse que la sola alegación de la cláusula contractual antes especificada, que como se recordará impone al titular la cuenta la única responsabilidad de custodiar los títulos cambiarios, ante circunstancias concretas como la analizada en el caso de autos, impondría al usuario un deber de diligencia muy riguroso, máxime si como contrapartida a su incumplimiento se pretenda el banco exonerar de su responsabilidad de cumplir con las diligencias antes especificadas, alegando entonces que el instrumento cambiario no fue correctamente custodiado y que, por ello, no existe responsabilidad de su parte.

Ello así, no se podría imputar al usuario del servicio el posible daño que se pueda producir en los supuestos en que se verifique el pago de un cheque, si previamente la institución financiera no emprende su obligación a los fines de constatar la veracidad del mismo, pues no se puede considerar que el simple hecho de haber sido presentado en taquilla represente una prueba de la actuación negligente del librador en la custodia del mismo, si no se acompaña de otros elementos objetivos que corroboren dicha actuación.

De esta manera, debe tenerse en consideración que, de manera similar a como sucede en el contrato de depósito oneroso, regulado en el artículo 1.250 y siguientes del Código Civil venezolano vigente, el banco actúa como consecuencia de haber recibido una cantidad de dinero determinada bajo la obligación de guardarla y restituirla al titular de la cuenta corriente, por lo que debe actuar con la debida diligencia en guarda y protección del dinero que ha sido otorgado para guardarlo.

Por lo tanto, en atención al contenido de las cláusulas contractuales antes señaladas, no podría entenderse que existe una exención de responsabilidad del banco por considerarse que el titular de la cuenta corriente no ha cumplido con su obligación de resguardar efectivamente las chequeras que han sido otorgadas, pues si ésta pretendiera ser la argumentación de la institución financiera para librarse de responsabilidad, en tales casos se colocaría de su lado la carga de prueba, debiendo por ello demostrar que, en efecto, el cliente ha sido negligente en la custodia de los títulos cambiarios.

Ante tales circunstancias, se observa entonces que, en el caso de autos, la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., Banco Universal invocando las cláusulas segunda y octava del contrato general de cuenta corriente pretende exonerarse de su responsabilidad, por lo que, ante tal circunstancia, se recuerda que el antes citado artículo 21 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, establecía expresamente que “No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: (...omissions...) 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor (...)”.

Como se puede apreciar, las cláusulas contractuales analizadas se presentan, en consideración de esta Corte, como cláusulas abusivas por cuanto las mismas, siendo previamente redactadas y que, asimismo, no han sido objeto de negociación por separado, pretendió serle impuesta a la usuaria del servicio sin que haya podido incluir en su contenido, causándole un desequilibrio importante en sus derechos e intereses. Siendo ello así, bajo la especial consideración de cláusulas abusiva debe ser tratada de acuerdo a las disposiciones contenidas en las reglas legales vigentes para el momento en que se verificaron los hechos.

De allí que, como antes señalamos, a tenor del artículo 21 de la Ley de 1995 se consideraba sin efecto cualquier cláusula o estipulación incluida en un contrato de adhesión que hiciera responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor. En materia de contratos bancarios, podríamos señalar que sería nula cualquier cláusula que trasladara la responsabilidad al usuario por deficiencias del banco en el cumplimiento de implementar mecanismos de seguridad y control a prueba de errores a fin de garantizar de manera efectiva la vigilancia del dinero que los clientes colocan bajo su custodia. Así, en criterio de esta Corte, en casos como el que aquí nos ocupa, donde fue denunciada la sustracción de una suma de dinero de la cuenta corriente de la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, la entidad financiera no podría eludir su responsabilidad basándose en que la firma del cheque presentado a taquilla era “razonablemente parecida” a la firma del titular de la cuenta.

Siendo ello así, respecto a la responsabilidad del banco por haber pagado un cheque presuntamente falsificado, debe observarse por una parte que la actividad bancaria entraña riesgos naturales que deben ser asumidos por quien la ejerce profesionalmente, esto es, quien, de manera reiterada, publica y masiva, se beneficia con los resultados de la misma. Si el banco tiene como negocio manejar los dineros ajenos, si como consecuencia de los depósitos constituidos surge un crédito a favor del titular de la cuenta y si, finalmente, la obligación primaria de la institución crediticia es reembolsar a ese titular los dineros en la forma en que lo indique y a favor de quien él establezca, es evidente que el riesgo derivado de una eventual suplantación de un cheque, etc.; no puede perjudicar a ese titular, sino que debe ser asumirse por el banco, por ser este quien puede asumir las medidas necesarias para resguardar el dinero del depositante.

Por otra parte, se podría establecer una calificación subjetiva enderezada a precisar en qué condiciones pudo el banco apreciar una probable falsificación o adulteración de un cheque presentado ante la taquilla y en qué medida el titular de la cuenta contribuyó por su culpa a la existencia de falsificación. En otras palabras, la conducta de las partes frente a las circunstancias de hecho en que se produce el pago o sus antecedentes es determinante para evaluar la eventual responsabilidad.

Bajo este parámetro, entonces, por aplicación de principios generales de responsabilidad, el establecimiento de culpa a cargo de una de las partes puede llevar a responsabilidad integral de la misma o la eventual presencia de culpas compartidas puede traducirse en una repartición de la responsabilidad que, a su turno, conduce a una repartición proporcional de los perjuicios pecuniarios sufridos.

En todo caso el principio general, aún dentro de esta teoría, sigue siendo que el banco es responsable por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado. Por consiguiente, corresponde al banco probar que hubo dolo o culpa del titular de la cuenta corriente en el resguardo de los cheques y que, como consecuencia de ello, se habría verificado el cobro del cheque. (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Biblioteca Felaban, Tercera Edición, Bogotá: 1985. p. 195).

Visto de otra manera: ante la reclamación del cliente debe el banco asumir la responsabilidad que derive del riesgo profesional y de la negligencia propia y de sus dependientes, por lo que basta presentar el cheque con base en cuyo pago procedió el banco a cargarlo a la cuenta de su cliente, ante lo cual éste deberá denunciar oportunamente la existencia de una falsificación o adulteración, siendo responsable la institución financiera en los casos en que, por ejemplo tal pago se haya verificado por complicidad interna de sus dependientes, en atención a las disposiciones generales contenidas en el artículo 1.191 del Código Civil venezolano vigente, relativas a la responsabilidad de los dueños, principales y directores por los daños causados por sus sirvientes y dependientes.

No obstante lo anterior, para eximirse de responsabilidad, el banco debe estar en condiciones de probar la culpa o el dolo del titular, tomando en consideración que en tales casos el banco asumirá la carga de la prueba, a los fines de demostrar que ha existido por parte del titular de la cuenta corriente una posible negligencia en el resguardo de los cheques o chequeras, así como una posible actitud dolosa de su parte, casos en los cuales no podría obligarse a la institución financiera de que se trate a asumir la obligación de reparar los daños ocasionados.

De esta forma, la conclusión a la cual puede arribarse es que no resulta procedente la denuncia esgrimida por la recurrente al señalar que la Administración no valoró ni tomó en cuenta las pruebas aportadas por ella en la fase del procedimiento administrativo, pues: las cláusulas segunda y octava del contrato de cuenta corriente, sobre la cual se erige la defensa de la recurrente para excusar su responsabilidad en el retiro de fondos a través de los cheques sustraídos a la ciudadana Elisabel Pérez Regos, no podría producir efectos válidos por ser una cláusula abusiva y exonerativa de responsabilidad hacia la entidad bancaria; y, por otra parte, ii) no se desprende de autos que la parte recurrente haya demostrado que existió falta de diligencia o dolo por parte de la denunciante, ciudadana Elisabel Pérez Regos, respecto del resguardo del cheque que fue presentado ante la taquilla del Banco Exterior, S.A., Banco Universal, por lo que no podría excusarse en tales cláusulas para, como se dijo, librarse de su responsabilidad de actuar diligentemente en la

obligación de examinar atentamente si el cheque se encontraba correctamente emitido, en especial la comparación de la firma colocada en el mismo y con la previamente autorizada y que reposaba en sus registros.

En consecuencia, de lo anterior, esta Corte no encuentra que haya existido violación alguna al deber de valoración de la prueba establecida en el artículo 146 de Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, pues como se señaló en el párrafo anterior, tales pruebas en modo alguno afectaban la validez del acto recurrido. Así se declara.

TSJ-SC (1158) 18-8-2014, Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado, Caso: Rómulo Plata vs. (Dante Rafael Rivas Quijada) Ministro del Poder Popular para el Comercio y Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos, RDP N° 139, 2014, pp. 199-00.

En términos similares, esta Sala ha tenido la oportunidad de hacer referencia al contenido del artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su concepción de derecho fundamental, indicando al respecto mediante sentencia N° 1049/2009, lo siguiente:

“Es decir, el ejercicio de una labor concretizadora o delimitadora del derecho fundamental del artículo 112 de la Constitución debe atender a los elementos normativos que puedan atribuírsele a la redacción del artículo 112 o a los elementos normativos que puedan reconocerse en la redacción de los derechos fundamentales relacionados con aquél (esto en la medida en que sus supuestos de hecho se refieran a las mismas relaciones de vida que aquél contemple, o que se relacionen con los intereses que entren en conflicto con los bienes que aquél pretende asegurar o garantizar). Ejemplo de un derecho fundamental relacionado con el de libertad económica o de libre empresa es el contenido en el artículo 117 de la Constitución, relativo al derecho a disponer de bienes y servicios de calidad.

Y aún en el caso que se conciba la existencia de un contenido prima facie de los derechos fundamentales, es decir, un contenido que surja de la sola interpretación del precepto que lo contenga y que no se formule a la luz de ningún conflicto o situación concreta, la doctrina que sostiene tal hipótesis termina reconociendo un contenido definitivo del derecho fundamental como resultado de una labor creadora de los poderes públicos, especialmente relacionada por la potestad legislativa (que ejerce el parlamento) y con la potestad de garantía de la Constitución (que despliega el tribunal constitucional), para lo cual se deberán tomar en cuenta la situación que se desea ordenar, los resultados perseguidos, los derechos aplicables y los elementos de hecho relevantes.”

Es precisamente en este contexto, que esta Sala reconoce que el **Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, en lo que respecta a su ámbito de aplicación, finalidad, objetivos y postulados principistas, se adecúa y desarrolla los axiomas constitucionales en los que respecta al contenido de los derechos económicos, en armonía con la fuerza normativa del modelo de Estado social constitucionalmente estatuido, así como con los valores y principios también constitucionalmente establecidos, lo cual de hecho fue incluso previamente avanzado por esta Sala**, mediante decisión de fecha 23 de enero de 2014, Exp. 2014-0052, en la que se declaró de conformidad con el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 2 de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, y con el artículo 25, numeral 14, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la **CONSTITUCIONALIDAD DEL CARÁCTER ORGÁNICO DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS**, que fue luego publicado en *Gaceta Oficial* N° 40.340 de esa misma fecha 23 de enero de 2014, como resultado del análisis del contenido de dicho Decreto y su correspondencia con los postulados constitucionales.

Ahora bien, en lo que atañe a las particularidades relacionadas con las denuncias formuladas por la parte accionante, se tiene que la misma delata la supuesta infracción de los derechos constitucionales contenidos en los artículos 117 y 112 de la Constitución de la República Boliva-

riana de Venezuela, por considerar que “*el Ministro del Poder Popular para el Comercio y Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos ha ejercido una serie de actuaciones contra personas jurídicas y personas naturales, así como ha adoptado una serie de medidas, que en lo económico y, más importante, en lo social, afecta los derechos que tenemos los ahora accionantes como todos los habitantes de la República, como usuarios y consumidores de bienes y servicios*”.

Al respecto, observa esta Sala que la parte accionante solicitó a este órgano jurisdiccional que a través del presente pronunciamiento “*declare CON LUGAR la presente demanda de amparo constitucional y, en consecuencia, se le ordene al ciudadano Dante Rafael Rivas Quijada, Ministro del Poder Popular para el Comercio y Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos, que se abstengan (sic) de realizar cualquier actuación o conducta en ejecución del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, por cuanto ello viola, en nuestra condición de consumidores y usuarios, los derechos y garantías constitucionales consagrados en el artículo 112 y 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”

De lo anterior se evidencia que, se interpuso una vía procesal como lo es una acción de amparo contra los indicados funcionarios (Ministro del Poder Popular para el Comercio y Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Económicos), pretendiendo en el fondo, que tal mecanismo subvierta y desnaturalice su carácter restablecedor respecto a los supuestos agraviantes, en tanto y cuanto lo que el quejoso pretende es que se ordene la inaplicación de un instrumento que ostenta naturaleza legal, como lo es el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, por considerar que el mismo supuestamente vulnera los derechos y garantías constitucionales consagradas en los artículos 112 y 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. No obstante lo anterior, sobre la base de las consideraciones expuestas y vistas las delaciones genéricas señaladas por el quejoso de autos, en criterio de esta Sala, las supuestas actuaciones de los pretendidos agraviantes en aplicación de la Ley Orgánica de Precios Justos, no implican vulneración de los derechos constitucionales alegados, y la referida ley, tal como se expresó *ut supra*, responde al desarrollo legal del Estado Social y demás valores, principios, garantías y normas en general que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

III. LA GARANTÍA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 113 C. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

CPCA (3682) 19-12-2002, Magistrado Ponente: Perkins Rocha Contreras, Caso: Varios vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), RDP N° 89-90/ 91-92, 2002, pp. 235 y ss.

El artículo 5 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, según el cual "...se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia", es una norma residual, por cuanto entrarán en sus supuestos toda práctica o acuerdo tendiente a falsear la libre competencia, pero no encuadrable dentro de la amplia gama de prohibiciones particulares que establece la propia Ley en referencia. En virtud de ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se aparta expresamente del criterio según el cual la verificación de una conducta prohibida por el artículo 5 in comento, requiere la verificación simultánea de conductas que infrinjan algunos de los artículos sucesivos contentivos de prohibiciones específicas (artículos 6 al 17), es decir que la prohibición general no depende de la ocurrencia de la prohibición particular.

Los instrumentos jurídicos a través de los cuales se establece y regula el régimen de la libre competencia en el mercado, se insertan dentro del denominado Derecho Económico, es decir, la rama jurídica cuya finalidad –entre otras- es la de regir las restricciones y controles impuestos al desarrollo de las actividades axiológicamente comprendidas dentro del ciclo económico nacional. A través de tales normas se concreta la intervención del Estado en lo relativo a la libertad de entrar y salir del mercado de cualquier sujeto económico, sin que persona alguna que esté dentro de él, pueda en forma individual o grupal imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

Si bien es cierto que la intervención y control en materia de los mercados comerciales e industriales privados por parte del Estado surgió originalmente bajo la concepción de la necesaria reacción frente a situaciones que pudieran afectar la libre economía, no es menos cierto que esa intervención estatal constituye una finalidad propia de la estructura del Estado moderno. Es por ello, que estas medidas de intervención estatal, más que soluciones de carácter temporal, son un instrumento de política económica.

La intervención del Estado en la economía y, concretamente, en la defensa del libre mercado, se justifica porque, en estos casos, lo que básicamente está en juego es la defensa de los superiores intereses de la colectividad.

El Estado moderno está llamado a intervenir en la economía con el firme propósito de lograr el equilibrio en las relaciones económicas y para ello cuenta con un medio jurídico preciso: la policía económica.

En efecto, el conjunto de normas que regulan el desarrollo de actividades económicas por parte de los particulares constituyen una clara manifestación de esa específica función del Estado.

Entre las características propias de las normas que regulan la materia económica, específicamente la materia relativa a los mercados y su defensa cabe destacar su extrema mutabilidad. Ciertamente, la razón fundamental que justifica la agilidad y variación de la normativa económica es la naturaleza misma de los hechos económicos que constituyen su objeto, de ahí su corta vigencia en el tiempo y su utilidad coyuntural. En este sentido, los instrumentos jurídicos de los que se sirve el Estado para intervenir en la materia económica deben ser, sobre todo, idóneos para adaptarse al ritmo impuesto por las variaciones económicas.

La normativa que regule el campo económico debe contar entonces con los mecanismos necesarios para responder de manera inmediata y eficiente ante las variaciones coyunturales que se producen en esta materia. Así, el régimen jurídico de la economía debe ser, esencialmente, modificable, adaptable a las circunstancias que en un momento dado se presenten.

La defensa de la competencia constituye actualmente, una forma de acción fundamental de la Administración en el mercado. Mediante ésta el Estado controla, supervisa y dirige los comportamientos de las empresas en el mercado, para mantener un régimen de competencias adecuado.

Pero no sólo en Venezuela, se le ha dado especial importancia al régimen de defensa de la competencia, ya que, si analizamos el derecho comparado, observaremos que en la Comunidad Económica Europea, y en los Estados Unidos de Norteamérica también existen regímenes especí-

ficos y cónsonos con la necesidad de tutelar el buen funcionamiento de los mercados. Así, el artículo 2º del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea dispone: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”. En este orden de ideas para el logro de los anteriores objetivos, dispone como necesario el artículo 3.f *eiusdem* “(...) el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común”.

Igualmente, el caso Norteamericano, es realmente ejemplificante. En este país surgen los orígenes del derecho antitrust o de defensa de la competencia, con la Ley Sherman de 1890 y las leyes Clayton y de la Comisión Federal de Competencia –FTC- de 1914, aunque no debe olvidarse que ya innumerables Estados de la Federación contaban antes de la entrada en vigor de la Ley Sherman, con legislaciones muy completas contentivas de prohibiciones antitrust, o prácticas anticompetitivas.

Por su parte, el régimen español también cuenta con una desarrollada legislación de defensa de la competencia, e incluso el Tribunal Constitucional Español, ha indicado que la defensa de la competencia es una forma de intervención del Estado en la regulación del mercado, constituyéndose como una función pública de ineludible cumplimiento. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 1º de julio de 1986, Nº 88, dispuso:

“El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta –art. 38 inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que puede resultar necesaria es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo de la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”.

En otro orden de ideas, en Venezuela, actualmente el régimen jurídico de defensa de la competencia, parte del artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone: ...

Pero no sólo la Constitución reconoce la necesidad del Estado de tutelar el buen funcionamiento de los mercados, ya que en el siguiente escalafón del ordenamiento jurídico encargado de tutelar la libre competencia, se encuentra la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, que establece un completo sistema orgánico y funcional para cumplir con el deber del Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos económicos de los particulares (propiedad privada, libertad de empresa y libertad de competencia), entendidos como derechos subjetivos no absolutos que han de desarrollarse dentro de una economía de mercado y que, en virtud de los postulados centrales del Estado Social de Derecho, deberán perseguir no sólo los intereses individuales, sino también el interés general.

Esta Ley de Procompetencia, establece un conjunto de prohibiciones de ciertas conductas que despliegan las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades.

Las prácticas prohibidas dentro de la ley, ya sea bajo las prohibiciones particulares o las que residualmente se pudiesen presentar bajo la prohibición general, pueden asumir varios caracteres. Así, dependiendo del número de elementos subjetivos incorporados, las prácticas podrán ser unilaterales o multilaterales; serán horizontales o verticales, dependiendo de si el concurso de voluntades se produce entre sujetos dentro de un mismo nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización, es decir, entre agentes económicos competidores (horizontales), o si se

produce dentro de niveles diferentes del ciclo económico, es decir, entre productores y distribuidores, por mencionar sólo un ejemplo (verticales). Ahora bien, al organizar la tipología de estas prohibiciones, la Ley establece una cláusula de prohibición general, según la cual "...se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia" (artículo 5).

Las prohibiciones formuladas en este sentido buscan abarcar todas las formas posibles en las cuales se pudiese manifestar la conducta anticompetitiva. Es una norma residual, por cuanto entrarán en sus supuestos toda práctica o acuerdo tendiente a falsear la libre competencia, pero no encuadrable dentro de la amplia gama de prohibiciones particulares que establece la propia Ley en referencia. Así mismo, es conveniente señalar, que, debido al carácter indeterminado de la prohibición general, resulta imprescindible que el órgano administrativo demuestre los efectos anticompetitivos de la actividad encuadrada dentro del supuesto de la prohibición general.

Los antecedentes de la norma contentiva de la prohibición general (artículo 5), pueden ubicarse en el artículo 85.1 del Tratado que estableció la Comunidad Económica Europea, comúnmente conocido como el Tratado de Roma de 1957, y en la Ley Española de Defensa de la Competencia de 1989 (artículo 1.1), siendo que la operatividad de la misma radica, insistimos, en el carácter residual que comporta, en el sentido de que se aplica a las prácticas no contempladas en alguna prohibición particular. En esta oportunidad y para casos futuros, ésta Corte se aparta expresamente del criterio según el cual la verificación de una conducta prohibida por el artículo 5 *in comento*, requiere la verificación simultánea de conductas que infrinjan algunos de los artículos sucesivos contentivos de prohibiciones específicas (artículos 6 al 17), es decir que la prohibición general no depende de la ocurrencia de la prohibición particular.

En efecto, tal criterio –que expresamente se abandona- no es cónsono con el sistema de economía social de mercado previsto en el ordenamiento constitucional venezolano, en el cual la libertad económica y la competencia deben existir, pero dentro de los límites previstos en el sistema jurídico, con el objeto de prevenir la colisión destructiva de los derechos y posibilitar su ejercicio a la colectividad en igualdad de condiciones. Así, limitar el campo de acción de Pro-competencia, con interpretaciones alejadas del espíritu, propósito y razón de la norma, atenta contra los intereses colectivos envueltos en el libre desarrollo del ciclo económico de la Nación.

Por supuesto que la residualidad del artículo 5, no debe entenderse como un supuesto indefinido, cuyo concepto se establece después de un procedimiento probatorio ulterior, ya que ello supondría interpretar que dicho dispositivo consagra una norma sancionatoria en blanco, lo cual atenta contra el Principio de Tipicidad de las Penas consagrado en la Carta Magna, así como contra los elementos configuradores del Estado Social, de Derecho y Justicia que define la Constitución. Nadie puede ser sancionado por una norma en blanco, por ello la aplicación de sanciones por el acaecimiento de las conductas prohibidas en el artículo 5, debe pasar por la indicación expresa, específica y clara de los elementos que permiten considerar que la conducta se encuadra en los supuestos del artículo 5. Una vez indicados expresamente los elementos antes mencionados, debe la Administración comprobar fehacientemente el acaecimiento de tales elementos, su encuadración en los supuestos del artículo 5, así como los efectos negativos en el mercado de las conductas a sancionar. En todo este procedimiento, tendrá la carga de la prueba la Administración, por incidir mediante un acto ablatorio, en el derecho constitucional a la presunción de inocencia de los particulares.

Es así como la posibilidad del órgano administrativo encargado de la defensa de la competencia, de supervisar, fiscalizar y sancionar las prácticas o acuerdos que afecten las condiciones efectivas de competencia, no puede limitarse de forma alguna, ya que ello sería contrario a los principios constitucionales de protección de las características idóneas de la competencia. En efecto, el concepto de libre competencia no depende de la completa libertad de entrada y salida del mercado, sino de la aptitud de los agentes económicos que actúan en el mercado (como oferentes o demandantes), de fijar libremente las condiciones de los intercambios comerciales que se realicen. Por lo tanto, es indudable la mutabilidad de estos elementos definidores del mercado, por lo que se hace indispensable la posibilidad del órgano fiscalizador de contar con parámetros estocásticos de supervisión del sector, y esa es la finalidad que cumple el artículo 5 de la Ley para

Promover y Proteger la Libre Competencia. En tal virtud, concluye esta Corte que el artículo contentivo de las prohibiciones generales es plenamente aplicable de manera independiente, siempre y cuando se cumplan con los parámetros especificados anteriormente (indicación expresa de los supuestos generadores de la sanción, encuadración en los supuestos de la norma, demostración fehaciente de los dos anteriores elementos, y comprobación de los efectos negativos en el mercado, todo dentro de un procedimiento donde se garanticen los derechos fundamentales de los indiciados).

En otro sentido, las llamadas prohibiciones particulares, están consagradas en los artículos 6 al 17 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, y constituyen prohibiciones que son consideradas ilegales *per se*, es decir en sí mismas, de modo tal que no es necesario verificar que tuvieron un efecto negativo en el mercado para su sanción.

Entre los dispositivos específicos de conductas que la Ley califica como prohibiciones particulares, encontramos la obstaculización de entrada al mercado de terceros –artículo 6-, la incitación a terceros a la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia –artículo 7- la manipulación de los factores de producción –artículo 8-, los acuerdos entre miembros de entes colectivos –artículo 9-, los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas a través de las cuales se restrinja, falsee o limite la libre competencia –artículo 10-, las fusiones o concentraciones económicas –artículo 11- la fijación de precios de reventa a terceros –artículo 12- y el abuso de la posición de dominio –artículo 13-, así como la prohibición de competencia desleal -artículo 17-.

Es fundamental aclarar que una cosa es la no necesidad de comprobar los efectos restrictivos del mercado, y otra muy distinta es no comprobar los supuestos generadores de la sanción.

En efecto, derivado del derecho a la presunción de inocencia, la Administración, en el ejercicio de la potestad sancionatoria, no podrá prejuzgar o determinar anticipadamente la culpabilidad del sujeto investigado. Igualmente, en virtud de la presunción de inocencia, la Administración tendrá la carga de la prueba respecto de la culpabilidad del investigado. Se transgrediría ese derecho cuando la Administración omita tramitar el procedimiento correspondiente y concluya en forma directa en la culpabilidad del indiciado sin permitirle a éste el ejercicio de su derecho a la defensa, es decir la posibilidad de desvirtuar los hechos que se le imputan, y cuando el particular tiene por primera vez la oportunidad de intervenir en el procedimiento, en la oportunidad de impugnar un acto ya firme que creó una situación desfavorable para el administrado.

En consecuencia, deben garantizarse los derechos constitucionales de los indiciados, de igual forma, en los procedimientos dirigidos a comprobar la existencia o no, de las prohibiciones particulares. Lo que excluye la Ley, es la comprobación de los efectos anticompetitivos, por cuanto los mismos ya vienen predeterminados en la Ley; es decir, la propia Ley acude al principio de la llamada “Sanción Objetiva”, según el cual, el elemento “daño” como presupuesto fundamental de la aplicación de una sanción, recae sobre la sociedad por el simple hecho de que la conducta se haya desplegado. Por lo tanto, deberá Procompetencia comprobar el acaecimiento de la conducta, la subsunción en la norma, así como la necesidad de sancionar tal conducta en base a las reglas de la Razón (artículo 7 del Reglamento N° 1 de la Ley), más no los efectos anticompetitivos o restrictivos de la conducta en el mercado.

Con respecto a las prohibiciones particulares, el Reglamento N° 1 de la Ley, establece específicamente que las conductas y prácticas descritas en las prohibiciones particulares, deben ser examinadas en base a la Regla de la Razón, para determinar si constituyen violaciones a la Ley. Esta regla lo que implica es que una conducta restrictiva o anticompetitiva pudiese ser exceptuada debido a la capacidad en contraprestación que pudiese otorgar al consumidor tanto a corto como a largo plazo.

Por lo tanto, para que una práctica o conducta pueda encuadrarse en las prohibiciones particulares, es necesaria la ocurrencia de tres extremos, íntimamente vinculados a la Regla de la Razón:

1- Que exista la posibilidad actual o potencial de las partes de causar daños al mercado relevante, independientemente de los resultados reales de la práctica.

2- Que la conducta pueda efectivamente excluir a competidores del mercado o reducir sus expectativas legítimas en el mercado, y,

3- La falta de justificación económica de la conducta o práctica respectiva.

Los anteriores elementos se justifican directamente por la razonabilidad en la imposición de las sanciones que consagra el Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, en virtud la cual, si bien es cierto que los efectos anticompetitivos de las prohibiciones particulares no deben ser demostrados, también es cierto que al menos el órgano administrativo deberá examinar la posibilidad de no sancionar ciertas prácticas o acuerdos que no tengan efectos negativos potenciales en el mercado, sino más bien efectos positivos para los consumidores, situación en la cual dicha práctica deberá ser beneficiada con una excepción particular. Ello deriva del mínimo de proporcionalidad y adecuación a la finalidad de la norma, que debe existir en la actuación administrativa, ya que si el ordenamiento jurídico propende a la defensa de las condiciones más óptimas del mercado, sería contrario a la lógica, sancionar una conducta que favorezca dichas condiciones en vez de empeorarlas.

Por lo tanto, si bien no es necesaria la comprobación de los efectos antimercado de ciertas conductas, si es indispensable el análisis de las mismas de acuerdo a las reglas de la razón, con el propósito de determinar si constituyen un bien actual o un mal potencial al mercado. Igualmente será necesaria la tramitación de un procedimiento garantístico de los derechos constitucionales de los indiciados, así como la comprobación por parte de la Administración, del efectivo acaecimiento de los hechos generadores de la sanción.

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA GARANTÍA DE LA EXPROPIACIÓN

Artículo 115 C. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

C. 1961, arts. 99, 101

1. *Ámbito*

CFC – SPA 13-1-40, M. 1941, pp. 103-127

No puede el Ejecutivo mediante Decretos desconocer los principios consagrados en la Constitución Nacional.

Ahora, pues, en el Derecho Político venezolano la propiedad es inviolable y está sujeta únicamente a las contribuciones legales, no pudiendo ser declarada la expropiación sino sólo por causa de utilidad pública o social, mediante juicio contradictorio e indemnización previa, de conformidad con la ley, y los propietarios estarán obligados a observar las disposiciones sobre higiene pública, conservación de bosques y aguas y otras semejantes que establezcan las leyes en beneficio de la comunidad. Autoriza también la Constitución, por razón de interés general, el establecer, mediante leyes adecuadas, restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza o por su condición, o por su situación en el territorio, y autoriza, igualmente, la Constitución, el favorecimiento de la con-

servación y difusión de la mediana y de la pequeña propiedad rural, y la expropiación, mediante los trámites legales y previa indemnización, de tierras no explotadas de dominio privado para dividir las o para enajenarlas en las condiciones que fije la ley.

Contiene la Constitución seguidamente, la prohibición de la confiscación de bienes, salvo que sea acordada en guerra internacional contra nacionales del país con quien se está en guerra por represalia de la que hubiese sido declarada en dicho país, contra ciudadanos venezolanos, y salvo también que la confiscación tenga por fin el reintegro al Erario de las cantidades extraídas de él por los ciudadanos que hayan ejercido los cargos de Presidente de la República, de Ministros del Despacho Ejecutivo y de Gobernador del Distrito Federal y de los Territorios Federales, en la forma y condiciones determinadas en la Constitución. Esta extiende la medida a los ex-Presidentes y a los ex-Secretarios Generales de Estados por medio de las respectivas Constituciones locales.

Según esto, bien se ve que constitucionalmente es el criterio individualista el que priva en nuestro Derecho, la expropiación mediante indemnización es la regla, y la expropiación no indemnizada, que es la confiscación, está prohibida.

En lo referente al Derecho Privado la propiedad “es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley” (artículo 532, Código Civil). Es la ley, pues, la que, según esta definición, puede abrir mayor cauce en nuestro Derecho Civil al concepto de propiedad, considerándola como una función social. Si no hay ley que lo haga, la aplicación del derecho común es impretermitible.

Por estas razones, aplicables a las restricciones de emergencia, es por lo que no puede la Junta Ejecutiva del Distrito Federal realizar la intervención del Ejecutivo en cuanto hace referencia a viviendas y locales de comercio, declaradas como han sido ambas cosas artículos de primera necesidad, sino mediante medidas administrativas relativas, por ejemplo, a la multiplicidad de construcción de tales habitaciones y locales a objeto de lograr su poco costo y a otras medidas que, sin suprimir, ni temporalmente siquiera, el derecho de propiedad, sirvan, no obstante, para encauzar eficientemente el pensamiento legislativo del Ejecutivo Federal, llevándolo a la práctica deseada sin extralimitaciones contraproducentes de todo punto al interés de la República. Y esto se comprende más si se advierte que el problema de la vivienda es complejo, como casi todos los problemas sociales, y por tanto, no puede juzgarse unilateralmente y sí considerándose siempre supeditado, a otros problemas y medidas cuya previa o conjunta solución y realización son tributaria de la del inquilinato barato, que ha de proteger, principalmente, las clases obreras y media. Pero todo esto con sujeción a los principios del derecho, que no han de sufrir menoscabo por la intervención de emergencia, y huyendo, consecuentemente, de la arbitrariedad que pretenda establecer un derecho nuevo anómalo en sustitución de tales principios.

Lo más que podría hacer la Junta Ejecutiva del Distrito Federal, dentro del molde legislativo de los Decretos del ciudadano Presidente, y ello juzgándose que no hay verdadera expropiación de un alquiler que todavía no existe, sería fijar a las viviendas y locales para comercio (artículos de primera necesidad) un máximo del alquiler a fin de contrarrestar posibles pretensiones desmedidas de propietarios intransigentes, pudiendo valorizar el expresado máximo el alquiler, por ejemplo, conformándose a una justa equivalencia del interés (circunstancialmente módico) del capital representado por el inmueble, cuidándose en todo caso la Junta de respetar los contratos, verbales o escritos, existentes para el 9 de setiembre, fecha del primero de los susodichos Decretos y de su promulgación.

Este Decreto confiere a las Juntas Ejecutivas las siguientes atribuciones: “a) investigar y determinar por sí o por medio de comisiones que aquellas mismas nombraren los costos y el monto de la existencia de cada uno de los artículos enumerados anteriormente en el territorio del respectivo Distrito; b) fijar y publicar cada quince días los precios máximos por mayor y el detal de aquellos de los artículos indicados con los cuales se comercia en el correspondiente Distrito; c) sugerir al Ejecutivo Federal las medidas necesarias para asegurar el abastecimiento e impedir el acaparamiento de los artículos de primera necesidad en el correspondiente Distrito, y otras que juzgue adecuadas para corregir cualquier perturbación en la producción, distribución y precios de los alimentos necesarios para la vida y el bienestar de la población”.

Adviértase fácilmente que de estas atribuciones sólo es pertinente al caso concreto la contenida en la letra a), por referirse este caso a los artículos de primera necesidad, viviendas y locales para comercio, y no a artículos de primera necesidad de naturaleza comercial, que son exclusivamente los aludidos en las letras b) y c). Empero, el Decreto Complementario de 3 de octubre expresa esta disposición: “Artículo 1° La restricción de las garantías ciudadanas expresadas en los numerales 2°, 89, y 9° del artículo 32 de la Constitución Nacional, determinada en el artículo 1° del Decreto que se complementa, se entenderá, además, en cuanto la restricción fuere necesaria para fijar, mantener y hacer efectivos los precios y valores máximos de las ventas y demás operaciones que puedan efectuarse sobre los artículos de primera necesidad ya determinados o que en lo futuro se determinaren por medio de Resoluciones del Ministerio de Fomento”. Y si incluso este Decreto fuera interpretativo de aquél, no es dable, sin embargo, aceptar ninguna interpretación respecto a viviendas y locales para comercio, declarados artículos de primera necesidad, que no sea en el sentido ya explicado, según el cual ha de quedar a salvo la inviolabilidad de la propiedad en sus atributos esenciales, con la única limitación de la expropiación por causa de utilidad pública o social, mediante la indemnización correspondiente y salvo además, la fijación de un máximo justo y equitativo de alquiler para futuros contratos de arrendamiento. Porque al alcanzar contratos anteriores las Resoluciones de la Junta conducen a una expropiación sin indemnización o sea a la confiscación, desde luego que toda disminución impuesta al alquiler convenido anteriormente importa fatalmente una disminución en la propiedad misma productora de dicha renta.

En los términos que preceden quedan precisadas las facultades que de los Decretos de emergencia se desprenden para la Junta Ejecutiva del Distrito Federal.

2. *Limitaciones y la garantía de la reserva Legal*

CSJ 26-07-88, Magistrado Ponente: Humberto Briceño León, PT, N° 49, Julio 1988, pp. 16-18.

Se viola el derecho constitucional a la propiedad, así como el desarrollo legislativo que al mismo se le ha dado, con el acto de otorgar una segunda prórroga para la desocupación del inmueble.

El artículo 99 de la Constitución Nacional, prescribe la garantía al derecho de propiedad, y al declarar las posibilidades de su restricción, en virtud de su función social, reservó el ejercicio de potestades normativa la posibilidad de establecer a dicho derecho contribuciones, obligaciones o restricciones. Dicho límite implica que es sólo a través de actos normativos como puede restringirse el derecho de propiedad. Consecuentemente fue el constituyente al así establecerlo con el principio de legalidad que recogió nuestra Carta Magna en el artículo 117, el cual además de establecer la fuente de competencia prescribió el límite y la sujeción de las potestades públicas; en el anotado principio, por consecuencia le está impedido al Estado, así como a cualquiera de sus entes, exceder las competencias o facultades que a través de los distintos cuerpos normativos le han sido acordados.

El artículo 2° del Decreto Legislativo Sobre Desalojo de Viviendas, al autorizar la prórroga para el desalojo, determina que la misma no podrá exceder de tres meses. Efectivamente consta –Folio cinco– del expediente que el 10 de diciembre de 1987 la Dirección de Inquilinato concedió prórroga de tres meses para la desocupación del inmueble al solicitante de la misma, y posteriormente esa misma Dirección el 27 de abril de 1988 (Folio 18) concedió nueva prórroga de tres meses al interesado, con lo cual ciertamente se transgredió el artículo 2° *ejusdem*.

Estima esta Corte, coincidente con el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, que los recursos o acciones prescritos por la legislación venezolana que podrían estar destinados en el caso *subjudice* a la defensa de aquella parte del derecho de propiedad que no está sometido a restricción, contribución u obligación, adolecen de la brevedad y por ello idoneidad suficiente para la defensa de la violación que la aparte de ese derecho de propiedad se ha producido en este caso. El derecho constitucional a la propiedad, así como el desarrollo legislativo que al mismo se le ha

dado, en el caso *subjudice* se violentó con el acto de la segunda prórroga otorgada para la desocupación del inmueble en cuestión, y al no existir recurso suficientemente eficaz y breve, distinto a éste, o con el cual se pudiera restituirse la situación subjetiva lesionada, es que resulta procedente la acción de amparo.

CSJ-CP 19-10-89, Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, RDP N° 38,1989, p. 150.

Efectivamente, la norma del artículo 99 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad privada, garantía que debe entenderse, entre otros aspectos, en el sentido de que tal derecho no se extingue en cabeza de su titular sino por razones voluntarias a éste, que tengan su causa en cualquier negocio jurídico traslativo de propiedad, o por las causas ajenas al querer del propietario previstas en la propia Constitución o en leyes especiales, tales como la expropiación, el decomiso, la confiscación, etc. Igualmente, por atribuirle una función social al derecho de propiedad, la misma disposición constitucional establece la posibilidad de someterla a contribuciones, restricciones y obligaciones con fines de utilidad pública o de interés general, siempre y cuando éstas sean establecidas en un instrumento legal con categoría de ley.

En consecuencia, la norma del artículo 99 en salvaguarda de la garantía de propiedad privada, consagra el principio de reserva legal mediante el cual, solo por ley podrán establecerse las cargas al derecho de propiedad, independientemente de que las mismas sean en beneficio de intereses colectivos.

CPCA 30-07-92, Caso: Agustín Alonso vs. República (Ministerio de Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables), RDP N° 51, 1992, pp. 232 y ss.

Sólo puede entenderse violada la garantía al derecho de propiedad (art. 99 Constitución) –derecho que se encuentra sometido a las restricciones, contribuciones y obligaciones que, en virtud de su función social, puede establecer únicamente la Ley con fines de utilidad pública o social– si la actuación de la administración constituye una limitación o restricción carente de respaldo legal.

El solicitante del amparo, ciudadano Agustín Alonso González, ocurre ante esta Corte a fin de obtener la protección de su derecho de propiedad sobre varios lotes de terreno ubicados en el Distrito Mariño del Edo. Aragua. Considera el actor violado su derecho de propiedad por el acto administrativo emanado del Director Regional N° 4, Aragua, del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables de fecha 27 de agosto de 1991. En dicho acto se expresa que se declara sin lugar el recurso de reconsideración intentado en contra de la providencia administrativa número 0246 de fecha 18 de julio de 1991 y, por tanto, se ratifica la decisión de no conocer el fondo de la solicitud hecha por el actor ante ese órgano ministerial. Tal solicitud de fecha 22 de mayo de 1991 fue dirigida por el actor al Director del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables de la Zona de Aragua –corre inserta en el expediente– y se circunscribe a las siguientes consideraciones:

“Yo, Agustín Alonso González, venezolano, titular de la cédula de identidad N° 261.900, me dirijo a usted en la oportunidad de solicitar del Despacho a su cargo, *me sea expedido el uso que corresponde a unos terrenos de mi propiedad* ubicados en la carretera Turmero-Maracay, frente al Samán de Güere, inmuebles estos que se identifican suficientemente en las copias de los documentos de registro que se adjuntan a la presente solicitud” (Subrayado de esta Corte).

A su vez, en la solicitud de amparo los apoderados actores expresan que su representado, con fundamento en sus títulos de propiedad, solicitó, conforme a la comunicación antes transcrita, la “conformidad de uso de los inmuebles de su propiedad, en atención a la normativa vigente sobre la materia”. Finalmente, en el petitorio de la acción de amparo requieren de esta Corte que “ordene al ciudadano Director de la Región N° 4 del Ministerio del Ambiente y de los Recursos

Naturales Renovables que expida la *certificación de conformidad de uso sobre los terrenos propiedad de nuestro representado*, anteriormente identificados, de acuerdo al Plan Rector del Área Metropolitana de Maracay y demás normas de zonificación y regulación de uso del suelo e instrumentos conexos” (Subrayados de esta Corte).

De las consideraciones expuestas se desprende con claridad que el actor, tanto en sede administrativa como ante esta Corte, no ha hecho referencia concreta a la normativa legal limitativa del derecho de propiedad cuyo cumplimiento ha sido obviado por la Administración al dictar el acto que presuntamente lesiona su derecho. Ello es de vital importancia en el presente caso, ya que sólo podría entenderse violada la garantía al derecho de propiedad contenida en el artículo 99 de la Constitución –derecho que se encuentra sometido a las restricciones, contribuciones y obligaciones que en virtud de su función social, puede establecer únicamente la ley con fines de utilidad pública o social– si la actuación de la Administración constituye una limitación o restricción carente de respaldo legal. De ello se deriva que, para que sea procedente otorgar la protección del amparo, es menester que efectivamente exista una limitación, vale decir, que la actuación de la Administración sea restrictiva del derecho de propiedad y, además, que tal actuación carezca de sustento en una norma que efectivamente la consagre como tal limitación.

En el caso de autos, la referencia genérica hecha por el actor en su libelo acerca de que, en base a la normativa vigente, solicitó la conformidad de uso del inmueble, obliga a esta Corte a estimar que la petición hecha ante la Administración lo fue en todo caso para obtener la autorización a la cual se refiere el artículo 53 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio. Ello, ya que no existe otra norma nacional de rango legal que limite la ocupación del territorio por la cual un particular deba someter a la consideración de la autoridad nacional, en concreto, al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, la conformidad de la ejecución de la actividad que desee emprender a fin de que sea autorizada, si es que resulta conforme con los respectivos Planes de Ordenación del Territorio. Textualmente, el artículo 53 antes mencionado señala en su encabezamiento:

“La ejecución de actividades por particulares y entidades privadas que impliquen ocupación del territorio, deberá ser autorizada previamente por las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, conforme a lo previsto en el Capítulo II del Título IV, a los efectos de su conformidad con dichos planes, dentro de sus respectivas competencias”.

El mecanismo previsto en la norma transcrita viene dado por la clásica técnica autorizatoria: la actividad de uso y ocupación del territorio –obviamente por sus propietarios– se encuentra en, principio, constitucionalmente permitida. Ahora bien con base en la habilitación contenida en la misma norma constitucional, el legislador ha puesto una barrera a la ejecución de tal actividad, lo que implica una restricción al derecho de propiedad. Tal barrera deriva de la necesidad de que la actividad concreta de ocupación del territorio a ser desplegada deba ser autorizada por la Administración a los efectos de determinar si se conforma o no a los Planes de Ordenación territorial. Sin la autorización antes dicha, no puede emprenderse actividad alguna de ocupación territorial.

Ahora bien, de la misma mecánica autorizatoria prevista en la norma mencionada se concluye claramente que el propietario que desee emprender una actividad que implique ocupación de sus terrenos, debe señalar a la Administración su proyecto, vale decir, debe indicar en concreto que actividad pretende ejecutar, a fin de que la autoridad le precise si la misma es o no conforme con el plan respectivo. No se trata de una simple petición de información en abstracto, ya que la información en sí deriva en todo caso de los planes mismos de Ordenación del Territorio que, conforme al artículo 38 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, son instrumentos públicos al acceso de todos, y que, de acuerdo al artículo 7 *ejusdem*, entran en vigencia al ser publicados en la *Gaceta Oficial*.

En el caso de autos, frente a una petición abstracta de conformidad de uso, abstracción que deriva de la antes transcrita comunicación de fecha 22 de mayo de 1991 suscrita por el actor en la que no señaló proyecto o actividad alguna, la Administración efectuó una serie de consideraciones relativas a la titularidad del derecho de propiedad y finalmente decidió abstenerse de conocer

el fondo de la petición hasta tanto la jurisdicción ordinaria discierna sobre la doble titularidad que estima existe sobre los terrenos objeto de la petición. Con independencia de la pertinencia o no de tales argumentos, y de su apego o no a la ley, corresponde a esta Corte en el presente juicio de amparo pronunciarse únicamente sobre si ha habido violación al derecho de propiedad y a su garantía consagrada en el artículo 99 de la Constitución, única violación constitucional alegada, y sobre si procede ordenar el otorgamiento de la conformidad de uso.

A tales efectos, esta Corte con base en las observaciones hechas anteriormente sobre el mecanismo autorizador en cuestión, debe señalar que del contenido del expediente administrativo y, en concreto, de la solicitud hecha por el presunto agraviado ante el Ministerio e, inclusive, de los hechos narrados en el libelo, se desprende que a los fines de obtener la autorización indicada en el artículo 53 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio el actor no ha elevado al conocimiento de la autoridad administrativa la consideración concreta del proyecto o de la actividad que pretende desarrollar en los terrenos que alega son de su propiedad, sino que simplemente ha pedido en abstracto se le indique el uso aplicable. Visto así, resulta claro que el mecanismo previsto en el artículo 53 bajo análisis no ha podido ser activado, ya que la petición formulada en sede administrativa lo fue inadecuadamente. Al tratarse de una simple petición de información sobre el uso aplicable, no puede entonces considerarse que su omisión sea limitativa del derecho de propiedad del actor, ya que en modo alguno la obtención de tal información –por lo demás, contenida en Planes de acceso público y de obligatoria publicación en la Gaceta Oficial– hubiera levantado la barrera legal autorizatoria creada, con plena habilitación constitucional, por el artículo 53 antes señalado. En efecto, el caso hubiera sido distinto si efectivamente se hubiere pedido la conformidad de una actividad o proyecto específico.

De acuerdo con lo expuesto, no puede considerarse procedente, con base en la violación constitucional alegada, ordenar a la autoridad administrativa que emita conformidad alguna, ya que a su consideración no ha sido sometido ningún proyecto o actividad de ocupación territorial concreta, sino únicamente una información abstracta respecto del uso que podría serle dado a los terrenos objeto de la petición.

Las consideraciones antes expuestas, en consecuencia, obligan a esta Corte a declarar sin lugar la acción de amparo intentada. Así se declara.

TSJ-SC (1744), 9-8-2007, Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López, Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la Gaceta Oficial del Estado Lara Extraordinario N° 106 del 30 de abril de 1976, RDP N° 111, 2007, pp. 204 ss.

El Código Civil no funge como la fuente única para el régimen de las limitaciones legales a la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad privada, sino que, por el contrario, abre la posibilidad de que tengan aplicación leyes y ordenanzas de policía (categoría en la cual se incluye el Código de Policía del Estado Lara).

En segundo lugar, la parte actora denuncia la inconstitucionalidad de los artículos 72 y 158 del Código de Policía del Estado Lara, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 72°- Las autoridades de Policía velarán porque las poblaciones se mantengan en completo estado de aseo y limpieza. Los dueños de solares tienen la obligación de cortar y reparar el talud del terreno que ocupen de manera que la tierra que pueda desprenderse de ellos no caiga sobre las calles u otras construcciones. Los Prefectos ordenarán cuando lo crean necesarios (*sic*), la limpieza de los edificios y casas y sus respectivos solares.

Artículo 158°- Todo propietario de acequia cuyo trazo atraviere por fundo ajeno, camino público, curso de agua, o poblado, está en la obligación de construir a sus expensas, los puentes o cañerías que sean necesarios al libre tránsito, deberá construir además las obras necesarias para el drenaje de las aguas una vez utilizada, en forma de que no causen perjuicio a los fundos vecinos y mantenerla limpia.

Los puentes que se construyan sobre las acequias que atraviesan las vías públicas, deberán tener cuando menos el mismo ancho de la vía y la resistencia que exija las necesidades del tránsito. Quienes notificados de las obligaciones que le impone este Artículo no construyeren en el lapso señalado por el organismo competente las obras indicadas, serán penados con multa de quinientos a mil bolívares o arresto proporcional. La persistencia en la negativa acarreará pena de arresto hasta por treinta días”.

Respecto a estas normas, debe esta Sala precisar que las mismas constituyen, esencialmente, limitaciones legales a la propiedad predial, que tienen por objeto la utilidad privada, es decir, preceptos que tienen por objeto garantizar la armonía en las relaciones de convivencia del propietario de un inmueble con sus respectivos vecinos, siendo que tales normas no articulan las bases de ningún procedimiento, ni administrativo ni judicial, es decir, son de naturaleza netamente sustantiva, razón por la cual se concluye, que no tiene ningún sentido analizar la validez de las mismas bajo la óptica del principio de legalidad de las formas procesales, lo cual no obsta a que la constitucionalidad del artículo 158 pueda ser cuestionada por otras razones (tal como se ha hecho *supra*), ya que aquél prevé penas privativas de libertad. Aunado a lo anterior, debe afirmarse que una de las principales fuentes de esa facultad de los Estados para dictar normas de esta naturaleza, puede ubicarse en el texto del artículo 646 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 646.- Las limitaciones legales de la propiedad predial por utilidad privada, se rigen por las disposiciones de la presente Sección y por las leyes y ordenanzas sobre policía”.

De la anterior redacción legal, se desprende que el Código Civil no funge como la fuente única para el régimen de las limitaciones legales a la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad privada, sino que, por el contrario, abre la posibilidad de que tengan aplicación leyes y ordenanzas de policía (categoría en la cual se incluye el Código de Policía del Estado Lara).

En tercer lugar, respecto a los artículos 11 en sus ordinales 11 y 14; 51, 53, 60, 63, 68, 92, 96, 97, 167, 173, 183, 201, 202, 203 (en lo que se refiere al deber de la policía de velar por el respeto del derecho a la inviolabilidad del hogar de las personas), esta Sala considera que si bien constituyen normas de adjudicación –menos el artículo 63-, no es menos cierto que su contenido está en armonía con el principio de legalidad de las formas procesales. El fundamento de esta afirmación descansa en que, tal como se indicó anteriormente, los Estados poseen la potestad de articular procedimientos administrativos a través de las leyes que dicten sus órganos legislativos, máxime cuando se trata de la base normativa para el ejercicio de una potestad de ordenación o de limitación. Siendo así, se considera que tales artículos tampoco contradicen los artículos 156.32 187.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así también se declara.

3. *Limitaciones a la propiedad con motivo de la ordenación urbanística*

TSJ-SPA (1584) 5-11-2009, Magistrada Ponente: Hadel Mostafá Paolini, Caso: Asociación de Vecinos Asoparque Los Caobos vs. Concejo Municipal del Municipio Libertador del entonces Distrito Federal (ahora, Distrito Capital), RDP N° 120, 2009, pp 129-130.

El “uso” es la variable urbana que determina la forma como ha de utilizarse el suelo urbano, a los efectos de un adecuado desarrollo de los centros poblados.

Pasa esta Sala a pronunciarse respecto al mérito de la causa y a tal efecto observa que en el presente juicio se cuestiona la legalidad del Acuerdo contenido en el punto 04 del Acta de la Sesión Ordinaria celebrada el día 24 de diciembre de 1996, emanado del entonces Concejo Municipal del Municipio Libertador del Distrito Federal (ahora, Concejo Municipal del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital), mediante el cual se aprobó la asignación de variables urbanas fundamentales para una parcela ubicada entre el Boulevard ‘Santa Rosa’ y la conexión de la Avenida Libertador con el Paseo Colón, Sector Quebrada Honda, Parroquia El Recreo, Muni-

cipio Libertador del Distrito Federal, Código Catastral N° 05-13-07-05, N° Cívico 7-A, requerido por los ciudadanos Carlos Avellaneda y Salvador Grane, en representación de la Cámara Venezolana de la Construcción, a los fines de la construcción de un terminal de pasajeros.

Al respecto esta Sala procede a revisar los argumentos expuestos por el apoderado judicial de la parte actora, quien sostuvo que el acto impugnado transgrede: (i) los Decretos Nos. 1.052 del 8 de febrero de 1968 y 995 del 4 de julio de 1990, que acordaron la expropiación por causa de utilidad pública y social para la construcción del Centro Cultural y Profesional en Los Caobos; (ii) el artículo 69 de la vigente Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, (iii) el artículo 34 del vigente Decreto N° 1.257 del 13 de marzo de 1996; (iv) el artículo 35 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal; (v) los artículos 20 de la entonces vigente Ley Orgánica del Ambiente y 87 numeral 7 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística; (vi) lo establecido en los artículos 72, 73, 75, 86 y 99 de la extinta Constitución de la República de Venezuela; y (vii) el artículo 125 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Pasa este Órgano Jurisdiccional a analizar las denuncias formuladas en el orden señalado.

1.- La representación judicial de la recurrente afirmó que el acto impugnado transgredió el Decreto N° 1.052 del 8 de febrero de 1968, reformado parcialmente a través del Decreto N° 995 del 4 de julio de 1990, que acordó la expropiación por causa de utilidad pública e interés social para la construcción del Centro Cultural y Profesional Los Caobos, de una parcela ubicada entre el Boulevard ‘Santa Rosa’ y la conexión de la Avenida Libertador con el Paseo Colón, Sector Quebrada Honda, Parroquia El Recreo, Municipio Libertador del Distrito Federal, Código Catastral N° 05-13-07-05, N° Cívico 7-A.

Ahora bien, en el acto administrativo impugnado el Concejo Municipal le asignó al inmueble antes identificado las variables urbanas fundamentales dentro de las cuales se encuentra el uso para la construcción de un “*Terminal de Pasajeros*”.

Dentro de este contexto, resulta oportuno señalar que la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 33.868 el 16 de diciembre de 1987 (hoy vigente), establece en su artículo 87 que a los efectos de esa Ley se considerarán variables urbanas fundamentales en el caso de las edificaciones, los siguientes aspectos:

- “1.- *El uso previsto en la zonificación.*
- 2.- *El retiro de frente y acceso según lo previsto en el plan para las vías que colindan con el terreno.*
- 3.- *La densidad bruta de población prevista en la zonificación.*
- 4.- *El porcentaje de ubicación y el porcentaje de construcción previstos en la zonificación.*
- 5.- *Los retiros laterales y de fondo previstos en la zonificación.*
- 6.- *La altura prevista en la zonificación.*
- 7.- *Las restricciones por seguridad o por protección ambiental.*
- 8.- *Cualesquiera otras variables que los planes respectivos impongan a un determinado lote de terreno”.*

El “uso” ha sido entendido como la variable urbana más importante, por estar referido al modo en que puede utilizarse una determinada parcela, lo cual debe ser entendido no sólo respecto a la actividad (residencial, comercial, industrial, etc.), sino que además comprende el número de familias que pueden residir allí (en el caso residencial el número de viviendas) y la forma como estas viviendas deben agruparse, lo cual conforma la tipología de la vivienda (características de desarrollo de la vivienda). De modo, que el “uso” es la variable urbana que determina la forma como ha de utilizarse el suelo urbano, a los efectos de un adecuado desarrollo de los centros poblados.

4. *Limitaciones a la propiedad con motivo de la ordenación del territorio (Parques Nacionales)*

Artículo 128 C. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento.

CSJ-CP 24-05-88, Magistrado Ponente: Carlos Trejo Padilla, RDP N° 35, 1988, pp. 171 y ss.

En relación con la solicitud de nulidad del ordinal 1° del artículo 15, en conexión con el Parágrafo Segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, la Corte observa:

Conforme al artículo 117 de la Carta Fundamental, “La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio”; de tal forma, en la norma constitucional transcrita, se enuncia el conocido principio de la legalidad en sentido *lato*, del cual se deduce que todos los Poderes Públicos del Estado deben adecuar su actuación a las disposiciones constitucionales y legales que definan sus atribuciones.

Dicen los recurrentes en su escrito:

“Resulta entonces inconstitucional –además de revelar un planteamiento ya evidentemente superado en las concepciones socio-políticas modernas– pretender que por la aplicación del Art. 17 parágrafo segundo de la citada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, pudiera lograrse la modificación y aún desafectación de un Parque Nacional (Ordinal 1° del artículo 15 *ejusdem*) mediante un simple acto del Poder Ejecutivo. Estas medidas pertenecen a la reserva legal, por expreso mandato de la Convención Internacional de 1940 que en su oportunidad suscribiera y ratificara Venezuela. (...) Al pertenecer a la reserva legal la posibilidad de modificar la estructura de los Parques Nacionales, sería nulo el Decreto que pretendiera arrogarse dicha función, y por ende, resulta inconstitucional la disposición legal que pretenda declinar en el Poder Ejecutivo una atribución que sólo puede, constitucionalmente, pertenecer al Congreso de la República”.

De la transcripción hecha precedentemente, cabe observar, sin esfuerzo alguno, que la exposición y alegatos aducidos en abono a la presunta inconstitucionalidad de las normas recurridas, contienen en sí mismos las razones que los enervan.

En efecto, al legislar el Congreso de la República sobre tal materia, no hizo otra cosa que ejercer una atribución que le confiere directamente la Constitución, pues evidentemente la misma le compete, ya que la “Ordenación del Territorio”, por *su índole o naturaleza y tal lo expresan los recurrentes*, es materia de la competencia del Poder Nacional y, consiguientemente, la disposición contenida en el ordinal 1° del artículo 15, objeto del presente recurso de nulidad, no viola los ordinales 24 y 25 de la Constitución de la República; luego, la inclusión de los “Parques Nacionales” dentro de las “áreas bajo régimen de administración especial” a que se refiere la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, no es violatoria, como ha quedado sentado precedentemente, de ninguna disposición de orden constitucional.

Así se declara.

En cuanto a la nulidad de la disposición contenida en el parágrafo segundo del artículo 17 de la citada Ley Orgánica, se observa que “la desafectación parcial o total de las áreas (la cual) se podrá realizar cumpliéndose los mismos trámites y requisitos establecidos en este artículo” (artículo 17), es materia atribuida *por el propio legislador* (vale decir, como reza la Convención: “*por acción de la autoridad legislativa competente*”) al Presidente de la República, quien mediante Decreto dictado en Consejo de Ministros y previo conocimiento de la Comisión Nacional

de Ordenación del Territorio que se crea en la misma Ley, podrá desafectar total o parcialmente las “áreas bajo régimen de administración especial”; dejándose al Ejecutivo Nacional la apreciación de los motivos y la oportunidad de la conveniencia de tal desafectación.

En este aspecto, considera la Corte perfectamente válida y legítima la habilitación legislativa al Ejecutivo Nacional para tal desafectación, cuando así lo requiera el interés público, sin que ella viole en modo alguno, los dispositivos contenidos en los ordinales 24 y 25 del artículo 136 de la Constitución, pues también hubiera podido el Legislador Nacional haber delegado tal materia al Reglamento de la Ley, y ¿quién, sino el Ejecutivo Nacional, es el que tiene la facultad reglamentaria de las leyes a tenor de lo dispuesto en el ordinal 10° del artículo 190 de la Carta Fundamental?

Sin embargo, se debe advertir que tal atribución o delegación tiene sus límites y puede dar origen a acciones destinadas a anular los actos realizados (en este caso los Decretos del Ejecutivo), cuando colidan con la norma atributiva de competencia, sea porque violen los términos de la disposición que la consagra, sea por exceso o desviación de poder.

Por tales razones, considera la Corte que no incurre en violación de la Constitución el citado párrafo segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, pues bien pudo el Legislador Nacional (con un acto propio), como ha quedado dicho, habilitar al Ejecutivo Nacional para que desarrollara y complementara materias que son de su competencia. Así se declara.

CPCA 2-10-91, Magistrado Ponente: Jesús Caballero Ortiz, RDP N° 48, 1991, pp. 175 y ss.

La Corte analiza las disposiciones limitativas de la propiedad en materia declaratoria de áreas bajo régimen de administración especial (declaratoria de Parques Nacionales).

El derecho que se invoca como conculcado, y que dio lugar a la medida de amparo acordado por el *a quo*, es el de propiedad, el cual resultaría lesionado por el acto contra el cual se accionó en amparo.

La violación del derecho de propiedad denunciada se fundamenta en el hecho de que –según el accionante– la autoridad administrativa no podría limitar la explotación de las aguas que se encuentran en un terreno de su propiedad declarado como parque nacional. La sentencia apelada acoge este alegato al sostener que las limitaciones al uso y goce de la propiedad impuestos por el interés colectivo deben estar establecidas en un instrumento legal.

Al respecto, estima esta Corte pertinente, en primer término, analizar las disposiciones limitativas de la propiedad en materia de declaratoria de áreas bajo régimen de administración especial, concretamente, en lo atinente a la declaratoria de Parques Nacionales.

El artículo 15 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio califica a los Parques Nacionales como áreas bajo régimen de administración especial; dichas áreas deben establecerse mediante decreto del Presidente de la República en Consejo de Ministros. En el caso de autos, la propiedad de la accionante –el terreno y las aguas cuya propiedad igualmente se invoca– se encuentra enmarcada dentro del área declarada Parque Nacional Santos Luzardo mediante decreto N° 2.018 del 24 de febrero de 1988.

La figura del parque nacional está regulada en la Ley Forestal de Suelos y Aguas cuyo artículo 12 limita su uso al disponer:

“Los Parques Nacionales solamente se utilizarán para solaz y educación del público, para turismo o investigaciones científicas, en las condiciones que determinen los respectivos Decretos o las Resoluciones del Ministerio de Agricultura y Cría.

Las riquezas naturales existentes en los Parques Nacionales no podrán ser sometidas a intervenciones que perjudique las funciones de los Parques, explotadas con fines comerciales.”

Además, en el párrafo único de la norma citada, expresamente se señala:

“Dentro de los Parques Nacionales está prohibida la caza, la matanza o captura de especímenes de la fauna y la destrucción o recolección de ejemplares de la flora, excepto cuando tales actividades se realicen por las autoridades del Parque o por orden o bajo la vigilancia de las mismas, o para investigaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Agricultura y Cría”.

El párrafo transcrito tiene especial relevancia por ser el acto supuestamente lesivo una licencia de caza con fines comerciales otorgada de acuerdo a las normas contenidas en la Resolución N° 138 del 6 de diciembre de 1989, habida cuenta de que en dicho acto se excluyó la propiedad del accionante afectada por la declaratoria del Parque Nacional Santos Luzardo.

Ahora bien, la Ley de Protección a la Fauna Silvestre, en su artículo 73, consagra igual prohibición respecto de la caza en parques nacionales y define la caza como la búsqueda, persecución, acoso, aprehensión o muerte de animales de la fauna silvestre, así como la recolección de los productos derivados de aquella (artículo 8).

Sobre la prohibición contenida en las normas citadas, la sentencia apelada ha considerado que ella debe entenderse referida únicamente a los parques nacionales que comprenden áreas de terreno que no pertenezcan a particulares y que aun en tales supuestos la autoridad del parque, por vía de excepción, podría autorizar la caza. No comparte esta Alzada el criterio expuesto, toda vez que tal distinción no dimana del texto expreso de las normas citadas, sino que es la interpretación la que pretende establecerla, contrariándose de esta forma los principios que rigen la labor que debe desarrollar aquel a quien corresponde aplicarlas.

Además, el hecho de que el legislador dé por sentado que los parques nacionales pueden estar conformados por terrenos de propiedad privada, sin que ello apareje la aplicación de un régimen jurídico distinto, deriva de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas, el cual establece lo siguiente:

“El Ejecutivo Nacional determinará para cada Parque Nacional, las zonas de propiedad privada que habrán de sujetarse al régimen de expropiación por causa de utilidad pública. En tal caso el pago del precio podrán hacerse por acuerdo entre las partes, y si éste no se llevar a efecto regirá lo que al respecto pauté la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, salvo en cuanto al pago de precio, que podrá efectuarse en un término de hasta 15 años.

Parágrafo Unico. Las limitaciones que la creación de Parques Nacionales en terrenos de propiedad privada imponga al ejercicio de los derechos de ésta, no causarán ninguna indemnización, a menos que en esos terrenos se realicen labores agrícolas o pecuarias, en cuyos casos se procederá a la expropiación correspondientes”.

Trata la norma de fijar el contenido del derecho de propiedad al establecer, en forma expresa, que las limitaciones impuestas a los parques nacionales resultan igualmente aplicables cuando éstos se encuentran conformados en todo o en parte por terrenos de propiedad privada, disponiéndose que sólo cuando tales restricciones afectan la realización de labores agrícolas o pecuarias, deberá procederse a la expropiación.

La norma conforma la aplicación, a los propietarios de terrenos afectados por la declaratoria de parque nacional, de las limitaciones que impone el régimen jurídico de éstos entre las cuales se encuentra la prevista en el artículo 12 de ese mismo texto legal y 73 de la Ley de Protección a la Fauna Silvestre, estos esto, la prohibición de caza, legal y 73 de la Ley de Protección a la Fauna Silvestre, esto es, la prohibición de caza, por lo que alguna lesión causare con lo, su origen estaría en estas disposiciones legales y no en la actividad de quien acuerda o no el permiso.

Además, la sentencia apelada sostiene que la ausencia de la normativa especial que se prevé en el artículo 17 de la Ley orgánica de Ordenación del Territorio impide la aplicación de restricciones en las actividades a desarrollarse en el Parque Nacional Santos Luzardo.

Al respecto se observa que el artículo 17 mencionado establece que en el Decreto de declaratoria del parque nacional se ordenará la elaboración del Plan respectivo, en el cual se preve-

rán los lineamientos, directrices y políticas para la administración de la correspondiente área, así como la orientación para la asignación de usos y actividades permitidas. Igualmente dispone que los usos previstos en estos planes serán objeto de un reglamento especial.

Ahora bien, dicho reglamento de uso, que en el caso del Parque Nacional Santos Luzardo la autoridad administrativa reconoció no haber sido dictado a la fecha en que se planteó la acción de amparo, sólo puede “desarrollar las previsiones de los planes en cuanto a usos y actividades permitidas”. Pero, en ningún caso, podría supeditarse al Reglamento la permisión de actividades prohibidas por la ley o la prohibición de las permitidas. En tal razón, siendo la caza una actividad incompatible con el Parque Nacional, la ausencia del Reglamento de uso resulta un argumento errado para concluir en la vulneración del derecho de propiedad por parte del acto de la Administración que ejecuta tal prohibición, y así se declara.

CSJ-SPA (10) 27-01-94, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo, Caso: Parque Nacional Los Médanos de Coro, RDP N° 57-58, 1994, pp. 198 y ss.

Ahora bien, establecido que el acto de creación de un Parque Nacional sobre fondos de propiedad privada, no tiene carácter transmisivo o expropiatorio, sino limitativo de los atributos de la propiedad, cabe precisar aún, si en nuestro sistema constitucional sólo la pérdida de la propiedad en favor de la Administración, determina un derecho a la indemnización, o si también, con fundamento en el régimen de responsabilidad del Estado, contemplado en la Constitución, éste debe indemnizar las lesiones que hubieren causado su actividad aun legítima.

A este respecto se observa:

Contemporáneamente los textos constitucionales y legales no circunscriben la indemnización únicamente a la pérdida de la propiedad por expropiación, o por los hechos ilícitos de la Administración, sino que la extienden a cualquier lesión a derechos o intereses legítimos, por ejemplo, las privaciones singulares de los atributos esenciales de la propiedad, a pesar de que provengan de sus actos lícitos. En este sentido, si se sigue el lineamiento clásico, sólo habría indemnización por expropiación, cuando se diera un efecto ablativo, vale decir, cuando se extinga el dominio como consecuencia del ejercicio, vale decir, cuando se extinga el dominio como consecuencia del ejercicio de una potestad expropiatoria o si existen daños por la anormalidad o defectos de los servicios públicos. Sin embargo, el derecho a la indemnización nace también, cuando se afecten en forma ostensible los atributos fundamentales de la propiedad, que signifique una lesión actual y cuantificable para el titular del dominio. Así, en la expropiación la garantía de la indemnización tiene su causa en el “despojo patrimonial”, por lo que tal indemnización es una carga tal que condiciona la procedencia misma de la expropiación (artículo 101 de la Constitución, y 3° de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social). Por el contrario, la responsabilidad por la lesión causada por la actuación administrativa descansa sobre el hecho de que, dada la posición del administrado, éste recibe una lesión no procurada. Este régimen de responsabilidad de Estado por sus actos lícitos aparece en la legislación venezolana en el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, que establece:

“Los usos regulados y permitidos en los planes de ordenación del territorio, se consideran limitaciones legales a la propiedad y, en consecuencia, no originan, por sí solos, derecho a indemnizar. Esta sólo podrá ser reclamada por los propietarios en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente.

En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización, se seguirán los criterios establecidos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.”

Conforme a esta posición, que se abre paso en la mejor doctrina, la mejor doctrina, la limitación que incida en las actividades privadas realizadas por el propietario, como ejercicio de los derechos de uso y disfrute de la propiedad, resultaría indemnizable, aunque no exista expropiación o pérdida de la misma.

Por otro lado, observa la Sala, que los fundamentos constitucionales del régimen de responsabilidad antes señalado, se encuentran en los artículos 206 y 46 de la Constitución, que contempla el deber de indemnizar por parte de la Administración, derivados de su responsabilidad en general, o por la actuación de sus funcionarios competentes, de donde se desprende su obligación de indemnizar los daños causados a los particulares, aun por sus actos lícitos, como serían los emanados de dichos funcionarios.

Además, la garantía del derecho de propiedad, contemplada en el artículo 99 del Texto Fundamental, significa también el derecho a reclamar una indemnización de la Administración, cuando por las actividades de ésta, lesione a los propietarios, no sólo por su “despojo” o “desposesión”, sino incluso en sus atributos esenciales. Esta consideración ha llevado a esta Sala, por ejemplo, a reconocer como una indemnización el pago de las pérdidas experimentadas por los propietarios, así como por sus ganancias dejadas de percibir, aun cuando no se trate de una expropiación, sino de la constitución de una servidumbre administrativa, por significar una lesión al derecho de uso exclusivo del lote afectado (*Vid.* Sentencia de fecha 24-4-91, Caso: *CADAFE vs. Pedro A. Barreto, A. del Chaman Dakduk y la Compañía “El Estrecho, C. A. (ELESCA)”*).

El anterior criterio de la indemnizabilidad de las lesiones al derecho de propiedad, aunque no impliquen una expropiación, ha sido reconocido por la Corte en Pleno, en sentencias de fechas 10-8-77, 16-7-80 y 16-12-81, ratificado en sentencia de fecha 11-2-92, (Caso: “*Ordenanza Especial de Zonificación del Sector El Rosal*”, *Municipio Sucre del Estado Miranda*), en los siguientes términos:

“(…) lo cierto es que las restricciones y obligaciones a las que sea sometida la propiedad urbana no pueden ser de tal naturaleza que impliquen su extinción o una limitación de un grado tal que la vacíe de contenido y, por lo tanto, lesione la esencia misma de ese derecho y lo desnaturalice. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en la misma sentencia del 10-8-1977 expresó lo siguiente:

“...el poder de restringir la propiedad tiene también un límite, más allá del cual las obligaciones de hacer, de no hacer o de dejar de hacer en que consisten las restricciones constitucionales antes citadas, pueden afectar en sus elementos esenciales al derecho de propiedad y constituir para el propietario no una limitación razonable sino un intolerable sacrificio del interés individual al colectivo cuya reparación exige, por mandato del constituyente, una justa indemnización. La garantía constitucional del derecho de propiedad exige que el Estado pague una justa indemnización al propietario, no sólo en caso de expropiación propiamente dicha, o sea, cuando coactivamente se le obligue a ceder su propiedad, sino también cada vez que se le prive de una utilidad, queden gravados sus bienes con una servidumbre o *sufra un daño permanente que derive de la pérdida o disminución de sus derechos*. Así lo disponen expresamente los artículos 101 de la Constitución y 36 y 37 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social”.

“Como se dijo, en el caso que nos ocupa no puede decirse que haya una expropiación, en el sentido propio de la palabra, pero no hay duda de que se plantea una situación que, utilizando los términos empleados en la misma sentencia recién citada, puede ser caracterizada de la siguiente manera: Desde el momento de publicarse la Ordenanza, el Municipio tiene el inocultable propósito de destinar los inmuebles señalados por los actores “...al uso público en un futuro indeterminado, lo que equivale a una expropiación no consumada aunque podría o no consumarse de acuerdo a lo que decida al respecto la autoridad municipal a quien corresponda ejecutar el acto, cuando lo juzgue conveniente, pero que crea una situación de incertidumbre incompatible con la seguridad jurídica de la cual debe gozar el individuo, en relación con la disposición, disfrute y uso de sus bienes y que le impone además la obligación de destinar estos bienes a los usos específicamente señalados en el citado artículo y le impide hacer cualquier nueva construcción, reconstrucción o modificación de edificios *que no sean directamente complementarios de esta actividad*” (...) no hay en nuestro derecho norma alguna que atribuya a las municipalidades el poder destinar a uso público determinado terreno en un sector ya urbanizado de la ciudad, sin antes ha-

berlo adquirido del propietario por alguno de los medios ordinarios que establece al efecto el Código Civil o siguiendo el procedimiento extraordinario regulado en la ley de la materia para lograr su expropiación”.

“Tales conceptos son íntegramente aplicables al caso de autos. Solamente valdría la pena introducir una pequeña modificación en la terminología utilizada y, en lugar de hablar de “expropiación no consumada”, expresión que puede inducir a la confusión de conceptos, parece preferible hablar de “desconocimiento de los atributos mínimos del derecho de propiedad”; pues, a través de la imposición de limitaciones y de restricciones a determinados inmuebles incompatible con el derecho de sus propietarios tal como éstos lo tenían y ejercían, llega un momento en que, realmente, se afecta la esencia misma del derecho de propiedad sobre los mismos o en que éste queda reducido en su contenido más allá del mínimo requerido para que dicho derecho no quede desnaturalizado u desaparezca para dar paso a algo totalmente diferente que, como lo estableció esta Corte en sentencia de 1 de julio de 1980: “entraña un sacrificio para sus propietarios, que excede de los límites de una restricción no indemnizable... y les crea una situación de incertidumbre incompatible con la seguridad jurídica que debe gozar todo individuo en relación con la disposición, uso y disfrute de sus bienes”.

Criterio este que en la sentencia de fecha 11-2-92, de la Corte en Pleno citada, fue reforzado en la siguiente forma:

“En el presente caso la Parcela N° 32, de los recurrentes, es afectada por ese Plano, por lo que sus propietarios sí están impedidos de disfrutar su propiedad individualmente, ya que se les impone la restricción de utilizarla en conjunto, y únicamente para tales servicios, y sólo cuando la Oficina de Planteamiento Urbano hubiere fijado los lineamientos de tales desarrollos. No cabe duda, pues, que más que una limitación al derecho de disfrutar la propiedad, la asignación de tal zonificación, en concreto a la Parcela N° 32, por el indicado Plano, en verdad elimina el derecho de disfrute mismo, que conforme al artículo 545 del Código Civil integra el contenido de tal derecho. En efecto, este derecho consiste en la posibilidad de los propietarios de usar ellos mismos, o a través de terceros, de sus propiedades, y obtener de éstas directamente algún beneficio personal o económico. Pero, cuando, como ocurre en el caso presente, tal posibilidad no existe, en razón de la afectación de la propiedad a los servicios públicos, en virtud de la singularización de dicha afectación por efecto del Plano de Zonificación, porque la única posibilidad de disfrute que tienen los recurrentes es un conjunto con otros propietarios. Por tanto, sin lugar a dudas, que se da una privación singular de un atributo esencial del derecho mismo de la propiedad.

En efecto, cuando los límites del derecho de propiedad van más allá de su esencia o naturaleza, no sólo se desnaturaliza la limitación, sino que se convierte en una extinción del derecho mismo de propiedad. Y si aparte de esto no se aplican mecanismos indemnizatorios y si la Administración competente no se responsabiliza por tal sacrificio, de un atributo esencial del dominio, ciertamente que la garantía del derecho de propiedad, contemplada en el artículo 99 de la Constitución, que impide que los límites legales de este derecho vayan más allá de la privación de sus atributos, se resiente y se altera. Por ello al imponerse, mediante el Plano de Zonificación, el desarrollo conjunto a los recurrentes como propietarios de un inmueble zonificado como de servicios públicos, se les priva de su derecho de disfrute. Igualmente, al someter incluso tal desarrollo a condiciones futuras, no sólo inciertas sino también totalmente discrecionales de la Administración, y si además todo ello se hace sin prever una indemnización, se afecta severamente dicho derecho”.

Ahora bien, la naturaleza jurídica y alcance de la creación de un Parque Nacional, debe resolverse con arreglo a los anteriores principios fundamentales de nuestro ordenamiento. En este predicamento estima la Sala, que, la controversia debe decidirse conforme a tales principios constitucionales, vinculados a la garantía para la propiedad, que implica fundamentales mecanismos indemnizatorios para las lesiones que sufran sus titulares, incluso, por los actos legítimos del Poder Público, como se induce de los artículos 206 y 46 de la Constitución, aunado a la garantía del derecho de propiedad a que se refiere su artículo 99. Por tanto, puede concluirse que constitu-

cionalmente en Venezuela, tiene también consagración el régimen de la responsabilidad del Estado por los daños o lesiones causados por su actuación en general. En este caso, es claro que el simple impacto fáctico y jurídico que implica la declaratoria de Parque Nacional, *per se*, puede no enervar sustancialmente la producción cierta de un fundo afectado, pero hay casos, cuando esta producción preexistente, por ejemplo, o se impide de manera absoluta, que sí constituyen derechos tangibles, cuya exclusión, limitación o prohibición, lleva consigo evidentemente un daño patrimonial evidente, no querido, que debe ser indemnizado, por significar una pérdida de sus derechos de uso o disfrute.

Además, las figuras conservacionistas, entre otras, los Parques Nacionales, no constituyen en el presente figuras aisladas, sino que se inscriben ahora en el régimen jurídico general a que se contraen los artículos 1° y 2° de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, y concretamente, porque sus artículos 5° y 15 consideran a tales Parques como uno de sus instrumentos básicos, bajo la denominación de “áreas bajo régimen de administración especial”, que son precisamente “las áreas del territorio nacional de manejo conforme a leyes especiales”. Régimen este contemplado en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, (artículos 10 al 16). Por esta razón, el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, consagra un principio general indemnizatorio para todas las privaciones que pueden afectar a los propietarios a causa de los instrumentos de ordenación territorial, aplicable también a los Parques Nacionales.

El anterior principio indemnizatorio, como se explicó, es también aplicable, por tanto, a los Parques Nacionales. En efecto, no sólo porque esta figura se encuentra regida por las reglas y principios del régimen ordenatorio territorial, en general, sino porque en razón de lo dispuesto en el artículo 78 *ejusdem*: “Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a las normas de la presente ley”, y dentro de ellas el parágrafo único del artículo 16 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas, y el artículo 35 de la Ley Orgánica del Ambiente, que no contemplan posibilidad alguna de indemnización para los afectados por la creación de un Parque Nacional.

En este orden de ideas, la Sala desestima la argumentación sostenida por la Procuraduría General de la República, en el sentido de que por no tratarse la creación de un Parque Nacional de una expropiación, y por la circunstancia de conocer la actora la existencia de la afectación, carece de interés actual para reclamar los daños derivados de la misma. De aceptarse este criterio se soslayaría toda la sistemática legal y constitucional del derecho de propiedad privada, garantizado por el artículo 99 de la Constitución, de la responsabilidad del Estado contemplado en los artículos 46 y 200 del mismo texto; y del principio indemnizatorio contemplado en el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, y además no se tendría presente la derogatoria de las normas que prohíben la indemnización por las limitaciones derivadas de la creación de un Parque Nacional.

Por otro lado, si bien es cierto que el adquirente de un fundo gravado o limitado, se somete a sus restricciones, también es cierto que tal sometimiento de ninguna manera excluye los derechos derivados de las situaciones jurídicas positivas, que son consustanciales a los derechos adquiridos. En efecto, no está en la esencia de las cargas, limitaciones o gravámenes, que el titular del dominio, o quien lo suceda, renuncie de modo tácito implícito a todos los derechos y expectativas que le acredita la condición de propietario, entre los cuales está la de accionar para pedir la reparación de los daños y perjuicios que soporta la propiedad. Principio este que incluso está consagrado en el artículo 6° de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, que reconoce al adquirente de un bien sometido a expropiación, los derechos que correspondían al anterior propietario. Salvo, claro está, que en el título adquisitivo se haya hecho renuncia o dejación expresa de tales acciones reales o personales. Así se declara.

CSJ-SPA (10) 27-01-94, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo, Caso: Parque Nacional Los Médanos, RDP N° 57-58, 1994, pp. 426-427.

Establecidos los hechos en la forma como quedó expuesta, pasa la Sala al análisis de las cuestiones de Derecho con arreglo a las pretensiones deducidas, a cuyo efecto considera pertinente precisar en primer término, cuál es la protección legal del Parque Nacional, y las consecuencias

de su declaratoria sobre un bien en particular. Y en segundo término al de las defensas esgrimidas por la parte demandada, para lo cual se esbozarán de modo sumario los aspectos más relevantes de dicha figura conservacionista.

La Convención Americana para la Protección de la Flora, Fauna y Belleza Escénicas, integrada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Aprobatoria del 15-7-41 (*Gaceta Oficial* N° 20.643 del 13-11-41), define como “Parque Nacional”, a aquellas regiones establecidas para la protección, conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y de la fauna de importancia nacional, de las que el público puede disfrutar mejor al ser puestas bajo vigilancia oficial. Por su parte, el artículo 10 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas, dice que serán declarados Parques Nacionales “aquellas regiones que, por su belleza escénica natural, o por la flora y fauna de importancia nacional que en ellas se encuentren, así lo ameriten”.

En la Exposición de Motivos de la ley precitada, se señala que la reglamentación adoptada por primera vez en nuestro país prevé las situaciones inherentes a la *actividad* agrícola y al “problema campesino”, que pueden verse alterados por las declaratorias de figuras conservacionistas, como la de los Parques Nacionales, tomando en cuenta el tipo de actividad que se ha desarrollado y puede desarrollarse.

Conforme a las premisas anotadas, recientemente se ha propuesto por nuestra doctrina (entre otros, Venturini, Alí, *vid. Repertorio Forense*, Caracas 1991), la vinculación de la figura de Parque Nacional a la noción de orden público vital o existencial. Se piensa así que el Parque Nacional es un área natural integrada por un ecosistema primigenio, que no ha sido sustancialmente alterado por la ocupación humana u otro factor demeritante, en virtud de lo cual es objeto de protección especialísima para la preservación del ambiente con miras a la satisfacción de necesidades inherentes al mantenimiento de la especie. Por ello su régimen legal está vinculado a un especial y superior tipo de “orden público”, cual es el llamado *orden público vital o existencial*, que comprende en armoniosa síntesis lo económico, lo social, lo biológico y aun lo estético (*Loc. cit.*).

El Parque Nacional, por tanto, es una entidad ecológica con sustantividad específica. Por ello es un “bien en sí”, de naturaleza especial, que el autor nacional Gonzalo Pérez Luciani, en dictamen para el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables, de fecha 11 de abril de 1978, lo define como un *bien de uso controlado*, lo cual determina que la Administración pueda ejercitar respecto de tales bienes derechos y poderes, que a la vez hacen nacer para el propietario del bien, algunas situaciones por lo general desventajosas. Así, el propietario de un fundo comprendido en un Parque Nacional o que se inserte en éste, si bien conserva todos los poderes de disposición de su fundo, y aún de disfrute del mismo, sin embargo, se ve privado de las facultades inherentes al dominio que le impiden cambiar o alterar el bien en su materialidad, al ejercer su derecho de disfrute. De ahí el llamado *ius utendi*, correspondiente al propietario del fundo afectado por un Parque Nacional, no puede ejercerse por éste de manera que comprometa la materialidad física del Parque. En tal sentido, es claro que los usos posibles de los Parques Nacionales, entendidos éstos no sólo en su extensión territorial, sino como el conjunto de todos sus componentes, e incluso de las diversas unidades de tenencia prediales que albergue, están taxativamente previstos por la misma ley y sólo pueden materializarse mediante acto expreso de la Administración. Además, no cabe duda, que la creación de tales Parques priva, de manera singular, a los propietarios de facultades esenciales de su derecho de propiedad, que exceden de la simple obligación de soportar o padecer tales limitaciones generales al dominio. Por eso, por ejemplo, en caso que los terrenos afectados se hubieren con anterioridad destino a actividades agrarias y se requieran para el manejo del parque, la Ley Forestal de Suelos y Aguas prevé su expropiación (artículo 15).

Ahora bien, dentro de la orientación precedente, aún cuando el decreto de creación de un Parque Nacional que afecte fundos privados, no sea exactamente, por sí mismo, un acto ablativo o ablativo, del derecho de dominio, ni transmisivo, es decir, expropiatorio, en sentido estricto, en favor de la Administración, dado que, en cierto modo, la propiedad como relación jurídica específica, no desaparece, sin embargo, podría significar una lesión a su esencia, es decir, en sus atributos fundamentales. En efecto, si la Administración a los efectos del manejo del parque requiere del fundo afectado, puede expropiarlo, pero ello sólo cuando considere que tal expropiación resul-

te determinante para el desarrollo del parque, como se desprende del texto del encabezamiento del artículo 15 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas. Ello explica por que, aun siendo el Parque Nacional un bien de uso controlado, mientras no sea expropiado el particular afectado pueda impedir el acceso al público, de acuerdo a la normativa del derecho privado, pues solo es dable permitir a la comunidad su disfrute mediante la expropiación correspondiente. Sin embargo, las actividades de sus propietarios quedan sujetas a un régimen autorizatorio y de temporalidad, es decir, han quedado alterados, y algunas veces hasta impedidas en su ejercicio, lo cual supone una lesión.

5. *La garantía de la expropiación*

CSJ-SPA (80) 28-02-91, Magistrada Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, Caso. C.A. Vencemos Lara vs. Concejo Municipal del Distrito Iribarren del Estado Lara, RDP N° 45, 1991, p. 176.

La norma constitucional del artículo 99 que se denuncia como violado, consagra el derecho a la propiedad privada, y tal como lo ha sostenido esta Corte en sentencia del 19 de octubre de 1988, en el caso “Inversiones El Ingenio, C.A.” vs. Municipalidad del antiguo Distrito Sucre del Estado Miranda, tal garantía debe entenderse entre otros aspectos, en que el derecho de propiedad no se extingue en cabeza de su titular sino por razones voluntarias a éste, que tengan su causa en cualquier negocio jurídico traslativo de propiedad, o por las causas ajenas al querer del propietario previstas en la propia Constitución o en leyes especiales, tales como la expropiación, el decomiso, la confiscación, etc.

TSJ-SPA (196) 26-2-2013, Magistrado Ponente: Emiro García Rosas, Caso: Inversiones Alvean 2000, S.N.C. vs. Presidente de la Republica (Decreto Expropiatorio N° 8.857 de 27-3-2012), RDP N° 133, 2013, pp. 131-137.

Estando frente a un interés superior el cual debe prevalecer sobre el interés particular, el derecho de propiedad debe ceder.

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la medida cautelar de suspensión de efectos peticionada, para lo cual observa que la parte recurrente solicitó “se acuerde en forma urgente una medida cautelar de suspensión provisional del Decreto N° 8.857, dictado por el Presidente de la República, el cual fue publicado en la Gaceta Oficial N° 39.892, de fecha 27 de marzo de 2012, a fin de evitar que se sigan produciendo los graves daños que se le están generando a [su] mandante y evitar que le produzcan otros de imposible reparación por la sentencia definitiva”. (Resaltado del escrito)

Así, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil accionante, en cuanto al *fumus boni iuris*, fundamentaron que tal requisito nace del derecho de propiedad del cual goza [su] representada sobre el inmueble y agregaron que “*el Ejecutivo Nacional no ha hecho la declaratoria específica de utilidad pública; además fundamenta el Decreto Expropiatorio en un instrumento legal que no solo contempla la expropiación como sanción, cuando no se establece, comprueba y ni siquiera se señala en dicho Decreto Expropiatorio, cuál es la conducta reprimible por parte de [su] mandante; no ha actuado con la intención de llevar a cabo una obra de utilidad pública o social, sino más bien con el objeto de sancionar o acometer una expropiación sin causa justa; la forma de proceder del Ejecutivo Nacional, como ha quedado señalado anteriormente, lesiona derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso, a la propiedad, a la libertad económica y a la presunción de inocencia y; además, h[an] alegado la desviación de poder*” (sic).

En lo que respecta al *periculum in mora* alegaron que “el cumplimiento de este requisito es aún más evidente en el presente caso, toda vez que se ha tomado posesión del inmueble, sin que exista ningún tipo de procedimiento administrativo e infracciones de ley que puedan justificar la toma forzosa de los bienes expropiados.

Se le ha despojado a [su] mandante de la legítima posesión y disposición de un inmueble de su propiedad, sin la consignación del monto derivado de un avalúo preliminar; lo cual puede configurar un daño patrimonial importante, lo que acarrea un daño de difícil reparación por una sentencia definitiva que anule el acto impugnado”.

Añadieron que “*la única actividad comercial de [su] representada es la de arrendadora del inmueble en cuestión, razón por la cual ha perdido toda su fuente de ingresos con el despojo del bien, pues lógicamente con ello se ha suspendido el contrato de arrendamiento que mantiene con la empresa ADMINISTRADORA NETO AVA. Pareciera que poco importa la forma en que los accionistas de [su] mandante obtienen su sustento de vida, pues de la noche a la mañana se les deja sin ingresos económicos*”. (Mayúsculas del escrito)

Que “*De igual forma, la toma arbitraria del bien inmueble propiedad de [su] mandante ha interrumpido las relaciones laborales que existen con los empleados de administración, seguridad y limpieza de [su] mandante; lo que coloca a estas personas en una situación comprometida, al ver perder sus empleos en forma súbita*” y que “*en suma, el enorme perjuicio que se le está generando a [su] representada, con la imposibilidad de disponer de sus bienes, o peor, perder patrimonialmente su inmueble son, sencillamente, de imposible reparación por cualquier sentencia definitiva favorable a sus intereses*”.

Ahora bien, a los fines de emitir el pronunciamiento correspondiente, conviene precisar que el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece los requisitos de procedencia de las medidas cautelares de la forma siguiente:

“Artículo 104. *A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar los resultados del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.*

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante.”(Negrillas agregadas).

De la disposición transcrita se desprenden los amplios poderes cautelares del Juez Contencioso Administrativo (*cf.* en igual sentido, el artículo 4° de la comentada Ley), quien, a petición de parte o de oficio, puede acordar o decretar las medidas cautelares que estime pertinentes durante la prosecución de los juicios, con el objeto de proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos y ciudadanas, a los intereses públicos y, en general, para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas, exigiendo garantías suficientes al solicitante cuando se trate de causas de contenido patrimonial.

De allí que la Sala ha sostenido que la medida cautelar de suspensión de efectos, constituye una excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad, mediante la cual se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse la decisión administrativa que eventualmente resultare anulada, lo cual atentaría a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso (*Vid.* entre otras, sentencias Nros. 752 y 841 del 22 de julio y 11 de agosto de 2010).

Por tanto, dicha medida preventiva procede solo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que resulte presumible que la pretensión procesal principal será favorable, o lo que es lo mismo, la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y, adicionalmente, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), a lo cual hay que agregar, conforme a lo dispuesto en el antes citado artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción

Contencioso Administrativa, la **adecuada ponderación de los “intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”**. (Énfasis añadido)

El primero de los requisitos, el *fumus boni iuris* consiste en un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado, tal como expresamente lo prohíbe el mencionado artículo 104 *eiusdem*.

A tal fin, la decisión del Juez no debe fundamentarse sobre simples alegatos de perjuicio, sino en el análisis que este haga de la argumentación y los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama, dado que, en definitiva, solo a la parte que tiene la razón en juicio pueden causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados.

Así, este primer requisito es exigido como el fundamento mismo de la protección cautelar; mientras que el segundo (*periculum in mora*) es requerido como supuesto de procedencia en el caso concreto.

Precisado lo anterior, se constata que en el caso de autos la parte actora solicitó se acuerde en forma urgente medida cautelar de suspensión provisional del Decreto N° 8.857, dictado por el Presidente de la República, el cual fue publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.892, de fecha 27 de marzo de 2012, “a fin de evitar que se sigan produciendo los graves daños que se le están generando a [su] mandante y evitar que le produzcan otros de imposible reparación por la sentencia definitiva”, para lo cual necesariamente hay que remitirse en primer término al texto del acto administrativo impugnado, contenido en el Decreto N° 8.857 dictado por el Presidente de la República el 27 de marzo de 2012, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.892 de la misma fecha. A saber:

“Decreto N° 8.857 27 de marzo de 2012

HUGO CHÁVEZ FRÍAS

Presidente de la República

*Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo bolivariano, la refundación del Estado venezolano, basado en principios humanistas, sustentado en condiciones morales y éticas que persiguen el progreso de la patria y del colectivo, por mandato del pueblo y en ejercicio de las atribuciones que le confieren los numerales 2, 11 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 115 *eiusdem*, en los artículos 5°, 14 y 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, y el artículo 6° de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en Consejo de Ministros,*

CONSIDERANDO

Que la República Bolivariana de Venezuela se fundament[a] en los principios constitucionales del Estado social de derecho y de justicia, así como de los valores esenciales que amparen la defensa y la construcción de una sociedad justa, dirigida a la promoción de la prosperidad del pueblo y la satisfacción de sus necesidades mediante la ejecución eficiente de l[a]s obras que permitan el desarrollo socio económico de los pequeños comerciantes de la Nación,

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con lo consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés social,

CONSIDERANDO

Que la utilización de los terrenos ubicados en el Municipio Guaicaipuro del Estado Bolivariano de Miranda, resultan prioritarios para el establecimiento de espacios [que] promuevan el desarrollo del poder popular donde concurra el pueblo para actividades propias y necesarias, a ser constituidas por un Centro Socioproductivo de interés social, acorde con las políticas y planes del Gobierno Bolivariano,

CONSIDERANDO

Que en la Avenida La Hoyada, Sector El Llano, ciudad de [L]os Teques, Municipio Bolivariano de Guaicaipuro del estado Bolivariano de Miranda, se encuentra un lote de terreno presuntamente propiedad de la Sociedad Mercantil INVERSIONES ALVEAN 2000, S.N.C.,

CONSIDERANDO

*Que la afectación del referido lote de terreno resulta imprescindible para beneficiar a venezolanos y venezolanas, en la satisfacción del derecho al trabajo, mediante la ejecución de la obra '**CENTRO SOCIOPRODUCTIVO PARA LOS PEQUEÑOS COMERCIANTES DE LA HOYADA**'.*

DECRETA

Artículo 1°. *Se ordena la adquisición forzosa de un (01) lote de terreno y la edificación sobre él construida, con un área aproximada de TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS METROS CUADRADOS CON VEINTICUATRO CENTÍMETROS (3.592,24M²) ubicado en [la] Avenida La hoyada, Sector El Llano, ciudad de [L]os Teques, Municipio Bolivariano de Guaicaipuro del estado Bolivariano de Miranda, para la ejecución de la obra '**CENTRO SOCIOPRODUCTIVO PARA LOS PEQUEÑOS COMERCIANTES DE LA HOYADA**'.*

(...omissis...)

*La adquisición forzosa dictada en el presente Decreto comprende todos los derechos, bienes muebles, inmuebles y bienhechurías, que se encuentren dentro del lote de terreno mencionado en el encabezado del presente artículo, que sean requerido para la ejecución de la obra '**CENTRO SOCIOPRODUCTIVO PARA LOS PEQUEÑOS COMERCIANTES DE LA HOYADA**', de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes, y será destinada al uso y aprovechamiento social para el desarrollo de actividades comerciales de los trabajadores informales que serán beneficiados con un asentamiento digno.*

Artículo 2°. *Los bienes expropiados pasarán libres de gravamen o limitaciones al patrimonio de la República Bolivariana de Venezuela, por órgano de la Vicepresidencia de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.*

Artículo 3°. *La Procuraduría General de la República tramitará el procedimiento de expropiación previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, hasta la efectiva transferencia a la República Bolivariana de Venezuela del derecho de propiedad de los bienes indicados en el artículo 1° del presente Decreto.*

Artículo 4°. *Se califica de urgente realización la ejecución de la obra '**CENTRO SOCIOPRODUCTIVO PARA LOS PEQUEÑOS COMERCIANTES DE LA HOYADA**', con el objeto de la posesión inmediata de los bienes indicados en el artículo 1° del presente Decreto, de acuerdo a las facultades previstas en el artículo 6 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, y previo cumplimiento de la normativa vigente.*

Artículo 5°. *En la ejecución del proceso de adquisición forzosa se ordena mediante el presente Decreto, los órganos y entes responsables, deberán velar por la observancia y respeto de los derechos laborales y de seguridad social de las trabajadoras y trabajadores que laboran en el lote de terreno y la edificación sobre él construida, (...). En todo caso, corresponderá a los respectivos patronos afectados asumir todos los pasivos laborales que mantengan con sus trabajadores.*

Artículo 6°. *Los trabajadores y trabajadoras a que hace referencia el artículo anterior tendrán preferencia para participar en la ejecución de la obra ‘CENTRO SOCIOPRODUCTIVO PARA LOS PEQUEÑOS COMERCIANTES DE LA HOYADA’.*

En efecto, la participación de los trabajadores y las trabajadoras se realizará de forma organizada, conforme a las necesidades de operatividad de dicha obra y mediante manifestación expresa de voluntad ante el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social.

Artículo 7°. *Los órganos y entes encargados de la ejecución del presente Decreto promoverán el desarrollo de asociaciones, cooperativas, empresas de producción social y/o cualquier forma de asociación comunitaria para el trabajo, teniendo como base la iniciativa popular, y asegurando la articulación de los procesos de capacitación y asistencia técnica que fueren necesarios.*

Artículo 8°. *El Vicepresidente Ejecutivo de la República Bolivariana de Venezuela, queda encargado de la ejecución del presente Decreto, en virtud de lo cual se le ordena dictar las Resoluciones y medidas necesarias a objeto de garantizar la ejecución de la obra ‘CENTRO SOCIOPRODUCTIVO PARA LOS PEQUEÑOS COMERCIANTES DE LA HOYADA’.*

Artículo 9°. *El presente Decreto entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*

Dado en Caracas, a los veintisiete días del mes de marzo de dos mil doce. Años 201° de la Independencia, 153 de la Federación y 13° de la Revolución Bolivariana” (sic). (Negritas y mayúsculas del acto citado)

Del texto del acto administrativo objetado se desprende la decisión del Presidente de la República de adquirir forzosamente todos los derechos, bienes muebles, inmuebles y bienhechurías que se encuentren en el lote de terreno descrito y que sean requeridos para la ejecución de la obra “Centro Socioproductivo para los Pequeños Comerciantes de La Hoyada”.

La justificación de tal decisión se fundamenta en que la afectación del referido lote de terreno resulta imprescindible para beneficiar a venezolanas y venezolanos en lo atinente a la satisfacción del derecho al trabajo, mediante la ejecución de la mencionada obra, la cual será destinada al uso y aprovechamiento social para el desarrollo de actividades comerciales de los trabajadores informales a beneficiarse con un asentamiento digno.

En este punto resulta importante traer a colación lo relativo a la ponderación de los intereses públicos generales y colectivos a la cual hace referencia el *supra* citado artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual prevé evaluar los intereses generales que puedan verse afectados, resultando determinante al momento de otorgar o no la cautela solicitada, en virtud que aun cuando procedan los requisitos o extremos legales necesarios (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) para que esta se acuerde, igualmente deben ser ponderados los intereses generales, observando el impacto que pueda generar tal otorgamiento en la esfera de los derechos de terceros ajenos a la controversia, todo ello tomando en consideración el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que se promulga como principio fundamental en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, antes de circunscribir lo anterior al caso *sub examine*, resulta indispensable acotar que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, por lo cual puede ser legalmente limitado, y que aun cuando se encuentre protegido por el Texto Fundamental, ello en modo al-

guno significa su trascendencia por sobre el interés general. A fin de abundar sobre lo anterior, esta Sala estima menester reiterar el criterio contenido en la decisión N° 2.254 dictada en fecha 13 de noviembre de 2001 (ratificada en sentencia N° 01641 del 28 de junio de 2006), en la cual se hizo referencia a jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, donde se trató el tema de la inexistencia de los derechos absolutos del siguiente modo:

“(...) En el derecho constitucional contemporáneo no existen derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Y en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 CE, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social. (...)” (Sentencia 227/ 93, de 9 de julio).”

En el caso de autos se evidencia un derecho particular de índole comercial, como lo sostuvo la empresa recurrente en el libelo, por lo que según el criterio contenido en la decisión parcialmente transcrita *supra*, y sin entrar en mayores consideraciones por encontrarnos aún en fase cautelar, se supone, al menos en esta etapa inicial del juicio, que no debería prevalecer un interés particular, especialmente si persigue fines lucrativos, frente a un interés general que repercute en la esfera de la colectividad.

Ello encuentra su justificación en que cualquier limitación a la propiedad, como bien lo prevé la norma constitucional, debe tener un fin específico que en este caso se encuentra determinado por la materia de que se trata, esto es, la satisfacción del derecho al trabajo desplegado a través de un proyecto destinado a promover el uso y aprovechamiento social para el desarrollo de actividades comerciales de trabajadores informales que serán beneficiados con un asentamiento digno. Por tanto, se presume que estando frente a un interés superior el cual debe prevalecer sobre el interés particular, el derecho de propiedad debe ceder frente a la necesidad de la disposición inmediata de un espacio estratégico que permita mejorar las condiciones de trabajo de los pequeños comerciantes.

Así pues, según se verifica del texto del Decreto recurrido, resulta verosímil considerar, salvo prueba en contrario, que la intención del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela al decretar la adquisición forzosa de los bienes de la sociedad mercantil recurrente, es destinarlos a la utilidad pública que exige la institución de la expropiación, definida en el artículo 2 de la ley que la regula, esto es, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de fecha 1° de julio de 2002, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.475 de esa misma fecha.

En tal virtud, preliminarmente esta Sala, salvo mejor apreciación en la definitiva, considera que los bienes afectados por el Decreto Presidencial cuestionado son idóneos e indispensables para alcanzar el fin de utilidad social perseguido, según fue antes apuntado, esto es, la procura del fin constitucional del Estado de asegurar el derecho al trabajo, y sin que ello implique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido.

Como consecuencia de lo anterior esta Sala estima que, a pesar de la numerosa cantidad de denuncias expuestas por la parte actora -relativas a los vicios de falso supuesto de hecho y de derecho, inconstitucionalidad de la norma aplicada, vulneración del derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, incompetencia, infracción del derecho a la propiedad y a la libertad económica-, aún así no existen alegatos ni elementos probatorios que de manera concreta desvirtúen la utilidad pública envuelta en el desarrollo de actividades comerciales de trabajadores informales, cuya verificación derivó de la necesaria ponderación de los intereses generales que debe hacerse en casos como el de autos, donde de manera específica se observa que por tratarse del desarrollo de una obra dirigida a pequeños comerciantes, se encuentra involucrado el derecho al trabajo de una cantidad importante de estos.

En suma, no se observa que alguno de los argumentos y denuncias esgrimidas por la parte actora haya logrado en esta Sala la presunción de la falta de asidero fáctico y jurídico de la utilidad pública constituida por la satisfacción del derecho al trabajo que se persigue mediante la ejecución de la obra “*Centro Socioprodutivo para los Pequeños Comerciantes de la Hoyada*”.

Expuesto lo anterior, se declara improcedente la medida cautelar interpuesta. Así se declara.

TSJ-SPA (1269) 18-9-2014, Magistrada Ponente: Mónica Misticchio Tortorella, Caso: INDUSTRIAS VENOCO, C.A., vs. Decreto N° 7.712, dictado por el PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (el 10-10-2010, G.O. N° 39.528 del 11-10-2010, mediante el cual se ordenó “la adquisición forzosa de los bienes muebles e inmuebles” propiedad de las identificadas sociedades de comercio “o de cualesquiera otras empresas o personas relacionadas, y que sean necesarios para la ejecución de la obra 'Soberanía en la Elaboración y Suministro de Bases Lubricantes, Lubricantes Terminados, Aceites Dieléctricos, Grasas y Liga para Frenos’”), RDP No 139, 2014, pp. 108-109.

La Sala analiza la diferencia entre expropiación, estatización y nacionalización.

...Los apoderados judiciales de las sociedades de comercio recurrentes expresan que en Venezuela la referida figura no está dirigida a “*la expropiación de sociedades mercantiles*”, sobre las cuales aplican otras figuras como la Nacionalización o la Estatización de empresas.

Al respecto, advierte este Máximo Tribunal que lo anterior no constituye una denuncia concreta sino una simple afirmación.

Sin embargo, es necesario poner de relieve que la expropiación o adquisición forzosa tiene su fundamento en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como se precisó *supra*, norma que dispone que la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la Ley, destacando la utilidad pública y el interés social como causa primordial para la transferencia de la propiedad al Estado, propiedad que recae, exclusivamente, sobre derechos y bienes pertenecientes a los particulares, a tenor de lo previsto en el artículo 1 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, es decir, no incluye *per se* a la persona jurídica.

Por su parte, la nacionalización o estatización, a diferencia de otras figuras como la expropiación o como la adquisición forzosa, está basada en la conveniencia nacional y el carácter estratégico de la actividad desarrollada o a realizar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, figura que sí permite la transferencia de determinada sociedad mercantil o personería jurídica, conjuntamente con sus bienes, al Estado en virtud de la defensa y soberanía de la Nación.

Por último, no pasa inadvertido para esta Sala Político-Administrativa que la representación judicial de la parte recurrente aseveró que, una vez emitido el Decreto de afectación de bienes, éste en sí mismo no produce el traslado del derecho de propiedad, siendo que sólo implica la puesta en marcha de la actividad administrativa para evaluar la viabilidad de la expropiación de los bienes.

Al respecto, aprecia este Máximo Tribunal que –ciertamente– el Decreto de afectación de bienes, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en sí no se traduce en el traslado inmediato del derecho de propiedad, sino que es el inicio de un procedimiento complejo regulado por el aludido instrumento legal y –en todo caso– no constituye el objeto de la controversia sometida a conocimiento de esta Sala, pues lo que se pretende es la declaratoria de nulidad del acto que ordenó la adquisición forzosa de los bienes propiedad o en posesión de las sociedades de comercio recurrentes y de otras empresas o personas relacionadas.

TSJ-SPA (54) 27-1-2016, Magistrado Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, Caso: Francia Margarita Assaad Brito vs. Decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 1° de marzo de 2012 bajo el N° 2012-0369, RDP No 145-146, 2016, pp. 213-217.

La sola existencia de la declaratoria de utilidad pública del inmueble no puede entenderse generadora de la expropiación, pues representa un pronunciamiento que puede ser tem-

poral o definitivo, dependiendo del análisis técnico que se haga de la idoneidad del bien para cumplir los fines generales o sociales a los que se pretende destinar, y de la posterior emisión del Decreto Expropiatorio, sin el cual no puede entenderse concluida la primera fase del procedimiento de expropiación.

La declaratoria de utilidad pública o social no genera una lesión por sí misma. El resarcimiento de los daños materiales generados al derecho de propiedad exige no solo demostrar la titularidad del derecho que se clama vulnerado, sino adicionalmente debe ser comprobado el efecto dañoso que generó el acto lesivo sobre el patrimonio del titular.

..Previo al pronunciamiento de fondo, esta Sala observa que la representación judicial de la parte demandante basó su apelación, en la omisión de dar trámite al “*procedimiento de expropiación*” iniciado por el Municipio Santiago Mariño del Estado Aragua, sobre la parcela propiedad de su representada, –Francia Margarita Assaad Brito–, identificada con el N° 28 del Asentamiento Campesino “*Santa Rita*” o Paraparal, jurisdicción del hoy Municipio Francisco Linares Alcántara, del aludido Estado, la cual generó –a su decir– un daño patrimonial y moral a su mandante, el cual se materializó con la invasión del inmueble.

Asimismo, señaló que la entidad Municipal demandada, no cumplió con el deber de detener la invasión que se estaba suscitando, sino que otorgó a los invasores un reconocimiento expreso al permitirles la inscripción de sus viviendas, sin exigir documentación alguna. Igualmente, construyó obras para la prestación de servicios públicos en el sector, lo que no deja duda respecto a la lesión del derecho de propiedad.

Ello así se observa que la representación judicial de la demandante cuestiona la decisión recurrida, en los siguientes aspectos: *i*) la violación del derecho a la propiedad que le asiste, por no haberse completado la fase inicial del procedimiento de expropiación; *ii*) que tampoco quedó probada la relación de causalidad entre el hecho lesivo y el daño causado, toda vez que la invasión fue anterior al Acuerdo y a la adquisición del derecho.

(...)

De ahí que el análisis a realizar se circunscribirá a verificar la veracidad o no de las conclusiones rebatidas, lo que se hace previo aclarar lo siguiente:

De la naturaleza de la acción intentada.

Hechas esas precisiones, este Alto Tribunal estima procedente aclarar que del contenido de la reforma de la demanda presentada el 24 de septiembre de 2009, se desprende que la acción interpuesta se circunscribe a solicitar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Municipio Francisco Linares Alcántara del Estado Aragua, y por ende el otorgamiento de la indemnización del daño material y daño moral, generado a la ciudadana Francia Margarita Assaad Brito, como consecuencia de la actuación del ente municipal relacionada con la no ejecución de “...*la expropiación de la parte Sur de la parcela N° 28 ...*”, propiedad de la precitada, y que fue invadida –según denuncia– con la anuencia del referido ente.

(...)

De las documentales *supra* transcritas evidencia esta Sala que en el caso concreto el Municipio Santiago Mariño del Estado Aragua, efectivamente inició en fecha 31 de octubre de 1995 el procedimiento expropiatorio, a través de la declaratoria de utilidad pública e interés social de la parcela identificada con el N° 28, del Asentamiento Campesino Santa Rita Paraparal, ubicado en la calle Socorro Padrón, Parroquia Santa Rita, jurisdicción del hoy Municipio Francisco Linares Alcántara del Estado Aragua, propiedad de la ciudadana Francia Margarita Assaad Brito, identificada en autos, cumpliendo con ello la previsión que se contenía en el entonces artículo 10 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (1947), reformada mediante Decreto N° 184, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela

N° 25.642, de fecha 25 de abril de 1958, aplicable *ratione temporis* a la presente causa; procedimiento al cual dio continuidad el Municipio naciente Francisco Linares Alcántara del Estado Aragua, que a la fecha ejerce jurisdicción sobre las áreas afectadas por el Acuerdo.

Asimismo, asevera la hoy apelante, que aún cuando efectivamente el procedimiento expropiatorio fue iniciado, el mismo no ha culminado, así lo manifiesta entre otras, en la comunicación de fecha 19 de marzo de 2010, suscrita por ésta y dirigida al Fiscal 26 del Ministerio Público del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, a través de la que se deja constancia de la entrega de pruebas documentales de la invasión de la que fue objeto el predio de su propiedad, identificado como parcela N° 28 del Asentamiento Campesino Santa Rita; y en la comunicación de fecha 5 de febrero de 2010, suscrita por la ciudadana Francia Margarita Assaad Brito, y dirigida al Prefecto de Santa Rita, de la referida entidad regional, a través de la cual indica que la parcela N° 28 del Asentamiento Santa Rita, es de su propiedad y fue invadida, conformándose allí el Barrio Las Américas, situación que vive desde el año 1992.

De ahí, que la parte recurrente en apelación hubiere ejercido la acción principal de daños y perjuicios que se ventila en la presente causa, con fundamento –según consta en el escrito de reforma de la demanda– en el artículo 8 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública (2002), que establece textualmente lo siguiente: “*Todo propietario a quien se prive del goce de su propiedad, sin llenar las formalidades de esta Ley, podrá ejercer todas las acciones posesorias o petitorias que correspondan, a fin que se le mantenga en el uso, goce y disfrute de su propiedad, debiendo ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el acto ilegal.*” (Resaltado de la Sala).

En este orden de ideas, resulta claro que la pretensión de autos se circunscribió a obtener por parte del Poder Judicial un pronunciamiento que declarara la responsabilidad extracontractual del Municipio Francisco Linares Alcántara del Estado Aragua, generada por la omisión de continuar la sustanciación del procedimiento expropiatorio iniciado, lo que denuncia ha resultado lesivo al derecho a la propiedad que asiste a la actora. En otras palabras, advierte este Máximo Tribunal que la pretensión no es dar continuidad al aludido proceso expropiatorio sino obtener el resarcimiento de los efectos dañosos que la omisión denunciada ha generado sobre la esfera de sus derechos.

Partiendo de ello, se colige, que pretende la apelante se active el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, contenido en el artículo 140 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece la obligación de indemnizar todos aquellos daños causados a los particulares como consecuencia de su funcionamiento normal o anormal.

Así, a fin de precisar si la decisión del *A quo* se encuentra ajustada a derecho, conforme a la doctrina jurisprudencial emanada de este Alto Tribunal, se debe determinar en primer lugar: el daño, constituido por una afectación a los derechos subjetivos de la demandante y de resultar probado éste; deberá precisarse en segundo lugar: que la actuación u omisión sea imputable al demandado; acreditado lo cual deberá analizarse en tercer lugar, la existencia de una relación de causalidad entre tales elementos. Extremos esos que son concurrentes y en atención a los cuales, vistos los cuestionamientos presentados, se desarrollará la presente decisión.

Del daño material reclamado.

1.- *De la afectación a los derechos subjetivos de la ciudadana Francia Margarita Assaad Brito, como consecuencia de la denunciada omisión de dar trámite al procedimiento expropiatorio en que incurrió el Municipio Francisco Linares Alcántara.*

En paráfrasis de los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado, advierte esta Sala que el cuestionamiento traído a su conocimiento se funda en el hecho de que la invasión que se suscitó en la parcela N° 28 propiedad de la ciudadana Francia Margarita Assaad Brito, le privó del ejercicio legítimo de su derecho real, situación esa que afirma, fue auspiciada por el ente Municipal demandado, el cual omitió su deber de ejercer las acciones necesarias en resguardo del bien jurídico tutelado (propiedad), y que por el contrario entregó permisos para la edificación de viviendas y gestionó la instalación de servicios públicos a favor de los invasores en el sitio, sin ejecutar totalmente la expropiación.

Al respecto, la sentencia recurrida expuso que la sola existencia de la declaratoria de utilidad pública del inmueble, no puede entenderse generadora de la expropiación, pues en el caso concreto la parte apelante no logró demostrar que su derecho de propiedad haya sido afectado en virtud del Acuerdo dictado por el entonces Concejo Municipal del Municipio Santiago Mariño del Estado Aragua el 31 de octubre de 1995, toda vez que efectivamente la invasión que denuncia como hecho generador del daño, se produjo en el año 1992, es decir, antes de la adquisición por su parte del referido inmueble, lo que se suscitó en el año 1993, de ahí que concluyó que no consta en autos que exista una relación de causalidad entre el hecho denunciado como lesivo y el daño sufrido.

(...)

De lo expuesto se concluye, –tal como lo señala el *a quo* en su decisión– que no ostentaba la ciudadana Francia Margarita Assaad Brito, el derecho de propiedad sobre la tierra para el día 18 de julio de 1992, oportunidad en la que indicó la parte apelante se verificó la invasión del inmueble; sin embargo, juzga la Sala que aparece suficientemente probado que para entonces sí fungía ésta como poseedora y propietaria de las mejoras y bienhechurías edificadas sobre la parcela en comento, así lo reconoció el Instituto Agrario Nacional (I.A.N.), de forma expresa en sesión de directorio N° 5-74, que aparece reseñada en el documento de adquisición transcrito parcialmente, cuya existencia hace oponible el derecho de propiedad de ésta a terceros, en razón de haber sido debidamente protocolizado.

Ahora bien, advierte la Sala, que la sola declaratoria de utilidad pública o social de la parcela, aunque constituye una limitación al atributo disposición que caracteriza a la propiedad como derecho, no genera una lesión por sí misma, ya que con su emisión, se activa una restricción reconocida constitucionalmente al mencionado derecho; de ahí la obligación del particular de soportarla, previo cumplimiento del trámite legal contenido en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, el cual aparece iniciado en el caso de autos.

En adición a lo expuesto, debe reiterarse, que esa declaratoria administrativa además representa un pronunciamiento que puede ser temporal o definitivo, dependiendo del análisis técnico que se haga de la idoneidad del bien para cumplir los fines generales o sociales a los que se pretende destinar, y de la posterior emisión del Decreto Expropiatorio, el cual compete al Ejecutivo Municipal y constituye el punto final de la primera fase del procedimiento de expropiación, sea este visto a la luz de la hoy derogada Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (1958) o de la ley vigente. (Véase al respecto sentencia relacionada N° 00048 de fecha 15 de enero de 2008, proferida por esta Sala, en el caso: *Alcaldía Distrito Metropolitano de Caracas*).

(...)

Ahora bien, la naturaleza de la acción interpuesta –que pretende el resarcimiento de los daños materiales generados al derecho de propiedad de la ciudadana Francia Margarita Assaad Brito, como consecuencia de la no ejecución del Acuerdo publicado en Gaceta Municipal N° 20/95 del 2 de noviembre de 1995 y de los trámites subsiguientes– exige no solo que ésta demuestre la titularidad del derecho que reclama vulnerado, sino adicionalmente que compruebe suficientemente ante el juzgador, el efecto dañoso que sobre su patrimonio generó el acto lesivo.

En el caso concreto, aprecia esta Sala que la representación judicial de la parte actora, se limitó a señalar que el derecho de propiedad que ejerce la ciudadana Francia Margarita Assaad Brito, ya identificada, sobre la parcela N° 28 del Asentamiento Campesino Santa Rita Paraparal se vio menguado por la invasión de la que fue objeto la misma en el año 1992, y la omisión incurrida por el ente Municipal al no tramitar el procedimiento expropiatorio iniciado y regularizar a los invasores, sin embargo, no demostró en qué consistió esa lesión, a lo que sin dudas estaba obligada, pues así lo ha señalado este Alto Tribunal al afirmar: “(...) *el reclamante de los daños materiales debe probar las lesiones actuales y ciertas sufridas, señalando expresamente cuál fue la disminución de su patrimonio, no pudiendo el Juez presumir tales daños económicos.*” (Ver Sentencia de esta Sala N° 0622 de fecha 21 de mayo de 2008).

Ante ese escenario, se genera una imprecisión que hace discutible que se pueda concluir, como pretende la actora, que el referido acuerdo le haya causado efectos dañosos, máxime cuando aprecia este Alto Tribunal, que el eventual trámite del procedimiento expropiatorio no causaría efectos exclusivos sobre la esfera jurídica de Francia Margarita Assaad Brito, tal como pretende hacerlo ver en su escrito de reforma a la demanda.

6. *La prohibición de la confiscación*

Artículo 116 C. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

C. 1961, art. 102

Artículo 317 C. No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente. Ningún tributo podrá tener efecto confiscatorio.

CF 8-6-54, G.F. N° 4, 1954, pp. 116-124

El impuesto adicional que deben pagar los beneficios de Regalías no constituye una confiscación y por tanto no infringe la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad.

No se comprende cómo puede verse en este punto un ataque a la propiedad, ni menos la idea de desposesión o confiscación.

En lo atinente al porcentaje, quantum o mayor presión fiscal sobre el grupo de contribuyentes integrado por quienes obtienen enriquecimientos derivados de la “industria extractiva” de la minería o de hidrocarburos, inclusive regalías y otras participaciones del mismo origen”, debe decirse sin ambages de una parte, que tal fijación es inherente a la potestad legislativa que en materia tributaria tiene el Estado, y de otra, que ella satisface cumplidamente los postulados de justicia y de interés nacional, orden público y conveniencia general, “necesarias para la conservación y progreso de la nacionalidad, y del Estado, cuyas fuentes vitales han de protegerse por encima de toda consideración o conveniencia de índole particular”.

Además, responde ese impuesto a los principios que informan la legislación financiera de todos los países: la igualdad de la carga o contribución proporcionalmente a la capacidad tributaria del contribuyente.

En el mismo fallo anteriormente aludido se invoca la autoridad de Cooley y se dice:

“La facultad del Congreso Nacional para crear contribuciones no tiene otra limitación que la impuesta por la misma Carta Fundamental que se la ha delegado como un desprendimiento de la soberanía, y para crear las rentas necesarias a la vida de la Nación... La acción de las Cortes de Justicia han de detenerse a menudo ante el poder legal de aquéllas, ya que es un principio admitido que en la duda sobre la validez de un impuesto debe estarse por su legalidad y que la injusticia, los inconvenientes o la falta de política de las leyes del Estado, no constituyen necesariamente una objeción a su validez constitucional”. (*Ibidem* p. 459).

Por lo demás, el impuesto adicional en cuestión recae sobre el ENRIQUECIMIENTO y en modo alguno sobre el CAPITAL ni menos sobre la ESPECIE misma.

Lo primero es palmario, pues así lo han puesto de manifiesto los propios contribuyentes con los elementos traídos a los autos a requerimiento de la Corte. Las cifras son elocuentes, en grado sumo. Según éstas, y como ya se ha visto en el Capítulo respectivo de este fallo, por un costo de ciento sesenta y siete mil bolívares (Bs. 167.000), el titular de la regalía ha recibido más de siete millones de bolívares en el lapso comprendido entre 1943 y 1952, sin contar lo percibido por el mismo concepto en los años anteriores, desde que comenzó la explotación petrolera en las respectivas concesiones...

De la expresada cifra, corresponde a los cinco años gravados con el impuesto adicional, conforme el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (1948 a 1952), la cantidad de cinco millones trescientos veinte y cuatro mil ochocientos cincuenta y ocho bolívares con sesenta y siete céntimos (Bs. 5.324.858,67), y las Planillas de Liquidación respectivas montan, por concepto de ese impuesto, a la suma de dos millones veinte y tres mil cuatrocientos ochenta y tres bolívares con noventa y seis céntimos (Bs. 2.023.483,96) lo que significa que, en el expresado lapso de cinco años, y haciendo caso omiso de los dos millones percibidos por el mismo concepto, sin el gravamen del impuesto adicional, en los años 1943 a 1947, el titular de la regalía, cuyo costo fue de ciento sesenta y siete mil bolívares aproximadamente (Bs. 167.000,00), ha tenido una utilidad neta, que excede de los tres millones de bolívares (Bs. 3.000.000,00), después de haber pagado el impuesto adicional correspondiente a dicho lustro, y de haber recuperado la totalidad del capital invertido.

De lo expuesto se concluye que el impuesto adicional no gravita sobre el capital, ni puede ser calificado de confiscatorio.

Veamos ahora si ese impuesto adicional incide o no sobre la especie misma, es decir, sobre el mismo material extraído del subsuelo, como reiteradamente se ha sostenido en estrados.

No niega, por el contrario, reconoce lealmente el apoderado de los recurrentes, que el impuesto adicional procede con respecto a los concesionarios de hidrocarburos, vale decir, los explotadores del petróleo. Y así es, en efecto, desde luego que se trata de un impuesto general, conforme queda establecido; lo que quiere decir que en tratándose de los concesionarios ese impuesto no grava la empresa ni sus productos. Empero, ese impuesto que a juicio del impugnante no gravita sobre la especie extraída por los concesionarios de petróleo, grava, en cambio, esa misma especie al serle reconocida en ella una participación a los regalistas; y de allí que, según ese criterio, el impuesto en cuestión sea perfectamente legal si se trata de los primeros, siendo, por el contrario, ilegal en el segundo caso. Como fundamento de esa tesis se dice, por añadidura, que el producto no cambia de naturaleza por el hecho de pasar de manos del concesionario a las del regalista; y finalmente, que este último está en el mismo caso del “comprador” de petróleo crudo. Evidentemente, hay inconsecuencia en el razonamiento. Si el impuesto afectara el producto, sería ilegal, sin duda alguna, tanto respecto del concesionario como en lo tocante al regalista. Pero, como no lo es; como ese impuesto no es ilegal, procede respecto del uno y del otro contribuyente.

Tampoco es exacto que el regalista esté en el caso del comprador de petróleo. Su condición se asemeja más bien a la del “vendedor”, aunque la verdad es que la suya es la de un “asociado en participación” sobre las utilidades brutas del concesionario; y que la base para calcular esa participación es la cantidad del petróleo extraído por aquél. Como antes se dijo, los derechos del regalista son exclusivamente contractuales, frente al concesionario. Ante el Estado que contrata con éste, aquél no existe. Y en los contratos, es obvio que la intención real de los contratantes resulta más que de las palabras mismas del instrumento que lo contiene, de la manera como las partes han querido ejecutarlo y lo ejecutan, en efecto. El regalista no recibe petróleo, sino dinero efectivo. Esa y no otra es la intención de las partes; y no la desfigura el hecho de que en ocasiones se reserve él, en el contrato, el derecho de recibir en especie su participación.

En el caso concreto que se ventila, así lo evidencia hasta la saciedad el hecho de que en el documento firmado en Nueva York el día 16 de noviembre de 1933, por el cual la Compañía V.G.O. reconoce a la V.S. Ins. (a.H.M. y Y.M.), el dos por ciento (2 por ciento) y al señor H.O.V.

el medio por ciento (V2 por ciento) de royalty, los prenombrados beneficiarios convienen en que esa regalía se les pague, al uno y al otro, “mediante cheque a su orden dirigido por carta o depositado en T.N.C.B. of New York”. Por lo demás, se explica que ningún regalista pida que se le entregue su parte en especie, pues ello le obligaría a construir y mantener por su exclusiva cuenta los depósitos necesarios y tenerlos listos para la época o épocas de entrega, con todas las cargas y gastos extraordinarios consiguientes al transporte, personal, custodia, mermas, etc., etc.

Y de allí que, recibiendo, como recibe el regalista la parte que le corresponde en dinero efectivo depositado en los Bancos, sin molestias y sin gastos de ninguna clase, no se fuerza la lógica ni se tortura el contenido de la ley cuando se establece que los rendimientos de la regalía pagados en dinero efectivo constituyen una renta neta a los efectos legales consiguientes, tanto más, si, como en el presente caso ha quedado demostrado de manera fehaciente que el capital invertido ha sido recuperado repetidas veces. De esta suerte se evidencia que el impuesto adicional y las disposiciones que lo regulan contenidas en el Capítulo XI (artículos 31 al 35) de la Ley de Impuesto sobre la Renta no violan el principio de la Igualdad ante la Ley ni tampoco la garantía de la Propiedad; y, por tanto, no existe la inconstitucionalidad alegada. Y así se declara.

CSJ-CP 26-02-85, Magistrado Ponente: José S. Nuñez Aristimuño, RDP N° 22, 1995, p. 200.

La confiscación es un procedimiento extraordinario por medio del cual el Estado despoja a un particular de su propiedad, que de acuerdo con la Constitución sólo procede en el supuesto específico del artículo 250 de la Carta Magna, como sanción a los culpables de derogatorias de fuerza. Ahora bien, no puede llamarse “confiscación” todo acto del Poder Público que restrinja el libre ejercicio del derecho de propiedad. Este queda sujeto a las restricciones, contribuciones y obligaciones que establezca la ley (art. 99), y entre las mismas debe ubicarse la posibilidad de disponer de un recurso natural, de parte del Estado.

TSJ-SC (307) 6-3-2001, Magistrado Ponente: Antonio García García RDP N° 85-86/87-88-, 2001, pp. 227 y ss.

De conformidad con el artículo 317 de la Constitución “ningún tributo tendrá efectos confiscatorios”. Tal desideratum se hace extensivo a las sanciones o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener, por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal.

.....Ahora bien, la sanción respecto de la cual los accionantes solicitaron una protección cautelar específica en razón de su carácter confiscatorio, es la contenida en el Parágrafo Único del artículo precedentemente transcrito (*artículo 53 de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo*), que establece una multa que oscila entre el cincuenta por ciento (50 %) y el cien por ciento (100 %) del monto causado por concepto de patente de industria y comercio en el período fiscal, para aquellos contribuyentes que no presentaren las declaraciones referidas a su movimiento económico o que lo hicieren con datos falsos u omisiones.

Sobre este particular, observa esta Sala Constitucional que el *principio de no confiscación* se encuentra consagrado en el ordenamiento constitucional venezolano como una garantía de eficacia del derecho a la propiedad, derecho este, también de configuración constitucional. Así, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se estableció dentro del Capítulo VII “*De los derechos económicos*”, en los artículos 115 y 116 el derecho a la propiedad y la correlativa garantía de no confiscación, en los términos que a continuación se exponen:...

Asimismo, dicho derecho se encuentra igualmente consagrado en normas legales preconstitucionales.

Tal es el caso del Código Civil, que regula el derecho de propiedad en los términos que a continuación se exponen:

“Artículo 545.- *La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley*”.

Por su parte, el artículo 317 constitucional consagra la no confiscación como postulado expreso que todo legislador tributario debe atender, es decir, todo órgano titular de la potestad de legislar en materia tributaria se encuentra en el deber de respetar, en sus actos normativos, ese principio de no confiscación contemplado en la Carta Magna. Resulta casi innecesario advertir que aun cuando el comentado artículo 317 señale que “ningún tributo tendrá efectos confiscatorios”, tal *desiderátum* se hace extensivo a las sanciones o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener, por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal, de lo contrario, se perdería la armonía existente con el resto de la normativa constitucional.

En efecto, la citada norma constitucional dispone textualmente, en su extracto pertinente:

Artículo 317: “No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente. Ningún tributo podrá tener efecto confiscatorio. (Énfasis de la Sala).

Con base a las normas anteriormente expuestas, contempladas en la Máxima Ley nacional, se observa que si bien la propiedad es un derecho sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acorde con ciertos fines, tales como la función social, la utilidad pública y el interés general, tales limitaciones deben ser establecidas con fundamento en un texto legal, siempre y cuando las referidas restricciones no constituyan un menoscabo *absoluto o irracional* del aludido derecho de propiedad. Esto es, que imposibilite de tal forma la capacidad patrimonial de los particulares que termine extinguiéndola.

En el ámbito tributario, la vulneración del derecho de propiedad se pone de manifiesto cuando tal como asienta el tratadista Héctor Villegas, “*el Estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes, al aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insostenibles, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada, e impidiéndole ejercer su actividad*”. (Villegas, Héctor, *Relatoría General de las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* celebradas en Buenos Aires del 4 al 7 de Septiembre de 1989, tema: “Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Reaen sobre el Sujeto Contribuyente”, p. 27).

En tal sentido, esta Sala observa que la vulneración del derecho de propiedad como consecuencia del pago de un tributo confiscatorio, ha sido expresamente proscrito por el Constituyente de 1999, en el ya citado artículo 317 constitucional que establece -se reitera- que “ningún tributo puede tener efecto confiscatorio” y tiene su fundamento directo en la norma consagrada en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone que “*el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o de la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población*”. Siendo esto así, surge evidente la conclusión de que a los Poderes Públicos les está prohibido el establecimiento de tributos o sanciones tributarias -siendo que estas últimas son formas coercitivas de procurar la efectiva recaudación de las contribuciones de los particulares a las cargas públicas- que puedan amenazar con absorber una parte sustancial del derecho a la propiedad del contribuyente, con la negativa consecuencia que tal situación conlleva, al extinguir la fuente generadora del tributo y posterior daño que tal situación ejerce en la ya mermada economía del país.

El efecto confiscatorio es, quizás, uno de los vicios de más difícil delimitación en la dinámica de la actuación tributaria de los Poderes Públicos, entre otras razones, por cuanto existe la posibilidad de que un tributo aisladamente concebido no constituya *per se* un acto confiscatorio; ahora bien, no puede olvidar esta Sala que la capacidad contributiva del contribuyente es una sola y esta capacidad puede verse afectada por una pluralidad de tributos establecidos por los diferentes niveles de gobierno del sistema federal venezolano. La situación anteriormente descrita, hace

que en la mayoría de los casos, para la comprobación de la violación a la garantía de no confiscación se requiera de una importante y necesaria actividad probatoria por parte de los accionantes; sin embargo, en el caso de autos, esta Sala se encuentra frente a una infracción tributaria que deviene de la omisión de un deber formal, a la cual se le establece una sanción (multa) que a discreción de la administración tributaria municipal puede variar entre el cincuenta por ciento (50 %) y el cien por ciento (100 %) del monto total causado por concepto de patente de industria y comercio, siendo que la aplicación máxima de la referida sanción pudiera dar lugar a la duplicación del monto con el cual debe contribuir los particulares a las cargas públicas del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo.

La norma impugnada advierte, asimismo, que esta sanción se dicta sin perjuicio de que se efectúen los reparos correspondientes.

Del razonamiento anteriormente expuesto, estima esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que al ser la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo un acto normativo de carácter general y abstracto que la administración tributaria local debe ejecutar en virtud del principio de legalidad que informa la actuación de la administración, existe una amenaza cierta de que se dicten multas contra los accionantes en virtud del Parágrafo Único del artículo 53 de la ordenanza impugnada, el cual -según puede presumirse en sede cautelar- resultaría conculcatorio del derecho a la propiedad de las empresas accionantes.

Asimismo observa esta Sala, que la aplicación efectiva de la normativa impugnada podría causar a las accionantes daños de difícil reparación por la sentencia definitiva, ya que podría mermar de manera significativa, el patrimonio de dichas accionantes, afectando el normal desarrollo de su actividad lucrativa, tomando en cuenta que la dificultad de obtener el reintegro de cantidades pagadas, posiblemente de manera indebida, representa un perjuicio que difícilmente podrá ser reparado por la sentencia que decida la acción principal. Además, el pago de una sanción tributaria que pudiera resultar exagerado y desproporcionado, supone el hecho de efectuar un desembolso que representa un sacrificio o un esfuerzo económico, que podría significar un desequilibrio patrimonial que justifica la inaplicación de la normativa impugnada.

En consecuencia, se suspenden los efectos del referido párrafo hasta tanto sea decidido el fondo del asunto sometido a la jurisdicción en esta oportunidad. Así se decide.

TSJ-SC (2152) 14-11-2007, Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López, Caso: Impugnación del artículo 192 de la Ley de Telecomunicaciones RDP N° 112, 2007, pp. 529-520.

La prohibición de actividad confiscatoria no es una protección constitucional sobre los bienes específicos de los administrados, sino una garantía del grado de afectación sobre sus derechos reales, por lo que reviste un límite dogmático al quantum de las medidas estatales que inciden en el patrimonio de las personas

Igualmente, el accionante denunció la violación de los artículos 115 y 116 del Texto Fundamental, alegando el presunto carácter confiscatorio de la norma impugnada. Al respecto, el referido artículo 116 de la Constitución vigente dispone un marco conforme al cual, salvo los casos permitidos por el propio Texto constitucional y excepcionalmente, las materias relacionadas a los delitos contra el patrimonio público y el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, no es posible decretar ni ejecutar la *confiscatio*, toda vez que esta medida, ha estado -salvo las excepciones constitucionalmente admitidas- excluida de las instituciones del ordenamiento jurídico venezolano, desde los propios tiempos independentistas, en razón del carácter excesivamente dañoso que presenta en el patrimonio del sujeto a quien le es aplicada.

Tal castigo, sobre la cual Voltaire expresó, que “*en todos los casos, no es otra cosa que una rapiña...*,” es una sanción que de acuerdo a Dromi (*Derecho Administrativo*. 1996. Editorial Ciudad Argentina. p. 620), procede a través de vías penales, civiles, administrativas y fiscales e

implica, un desapoderamiento de parte esencial de los bienes de la persona, que, por tanto, excede un porcentaje razonable de punición, constituyéndose en una sanción desproporcionada que resulta violatoria del derecho de propiedad.

En el mismo sentido, Marienhoff M. (*Tratado de derecho Administrativo*. 1965. Editorial Abeledo Perrot. Tomo IV. p. 499), recoge esta noción según la cual, las confiscaciones pueden derivar de actos expresos de naturaleza civil, administrativa, fiscal o penal y de igual forma, sostiene que se trata del apoderamiento de todos los bienes de una persona, o al menos de la mayoría de estos, por lo que resultará confiscatoria, aquella exigencia de pago cuyo monto absorba todo o gran parte del capital o renta de quien resulte obligado.

Por ello, la prohibición de actividad confiscatoria no es una protección constitucional sobre los bienes específicos de los administrados, sino una garantía del grado de afectación sobre sus derechos reales, por lo que reviste un límite dogmático al *quantum* de las medidas estatales que inciden en el patrimonio de las personas.

De este modo, el Constituyente limitó al legislador en la extensión de las medidas que afectan pecuniariamente a los sujetos de derecho, proporcionándole unos parámetros o un esquema de adecuación entre la actuación del Poder Público y la incidencia en los administrados de acuerdo al cual, no se debe exceder de manera indudable, el grado de restricción necesaria de la libertad, para lograr la preservación de los intereses generales.

Ante la situación planteada, la prohibición de confiscatoriedad se encuentra vinculada al principio de razonabilidad que debe guiar el ajuste entre la actuación del Estado y la afectación a la esfera jurídica de un sujeto de derecho, para lo cual, debe cuidarse que la actividad no alcance formal o sustancialmente la confiscación de los bienes de la persona, lo cual ocurre ante el desapoderamiento total de los bienes o de su equivalente, pues ello provoca en términos de Valdés (*Curso de Derecho Tributario*. 1996. Ediciones De Palma. p. 128), un sacrificio económico excesivo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones impone a los operadores del sector una carga de servicio, pero contrariamente a lo denunciado, dicha carga no afecta *per se* la totalidad de los bienes o una parte sustancial de los operadores. Antes bien, los medios de comunicación, ni sufren el desapoderamiento de sus equipos o infraestructura, ni de los ingresos que su actividad genera, sino que presentan una merma en el desarrollo de su actividad comercial por el espacio que dure el mensaje o alocución, el cual se constata por hecho notorio, que en ningún caso se extiende a copar la mayor parte de las transmisiones de un canal de radio o televisión.

Es evidente entonces, que la disposición impugnada no presenta una desproporción irracional, entre el deber social de los medios en la satisfacción del derecho a la información y los efectos económicos que pueden causar la transmisión gratuita de un mensaje o alocución.

En tal virtud, se desestiman los argumentos anulatorios esgrimidos sobre la base del supuesto carácter confiscatorio y lesivo del derecho de propiedad del artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y así se decide.

TSJ-SPA (201) 13-2-2014, Magistrado Ponente: Emiro García Rosas, Caso: Moliendas Papelón S.A. (MOLIPASA) vs. Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), RDP N°137, 2024, pp. 120-122

La Sala declara en el caso concreto que la medida de comiso de la cual fue impuesta la sociedad mercantil actora no tiene carácter confiscatorio, pues por tratarse de un bien de primera necesidad (azúcar), el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios dispuso de la mercancía objeto del comiso en beneficio de la población, de conformidad con la atribución prevista en el citado artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

Adicionalmente, la representación judicial de la accionante, en su escrito de fundamentación de la apelación, solicitó que, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, esta Sala en el presente caso “...desaplique el artículo 112(3) de la Ley de Indepabis, por contrariar lo dispuesto en los artículos 116 y 49 de la Constitución...”.

Al respecto debe precisarse que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el aparte primero del artículo 334, consagra el control difuso de la constitucionalidad que debe ser aplicado de manera obligatoria por todos los Jueces de la República para asegurar la integridad de la Carta Magna, en el ámbito de sus competencias y conforme a las previsiones constitucionales y legales. De acuerdo con esta disposición se establece para todos los Jueces, el poder-deber de controlar la legalidad de la actuación administrativa y garantizar a todas las personas la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, desaplicando en los casos concretos que deban decidir, las leyes que juzguen inconstitucionales. Por tanto, si bien en nuestro país se puede afirmar que existe una “*jurisdicción constitucional*”, concentrada en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no es menos cierto que por mandato expreso de la propia Constitución de 1999, se encuentra previsto el control difuso de la constitucionalidad de las normas legales como obligación para todos los Jueces de la República (ver, entre otras, sentencias de esta Sala números 1.353 del 5 de noviembre de 2008, 1.231 del 2 de diciembre de 2010 y 00089 del 26 de enero de 2011).

Observa la Sala que la parte accionante solicitó la desaplicación del “*artículo 112(3)*” de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Sin embargo, debe advertirse que el fundamento legal del acto impugnado no fue el numeral 3 –como alegó la recurrente- sino el numeral 2 de ese artículo, tal como se desprende de la propia providencia, así:

“(omissis)

*(...) aun cuando el representante de la empresa (...) ejerció su escrito de oposición y articulación probatoria este Instituto en aras de Garantizar el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso resulta importante señalar que (...) las actuaciones realizadas por los funcionarios adscritos a la Guardia Nacional, y este Instituto contra el establecimiento comercial antes mencionado, en relación [a la] cantidad de seiscientos (600) sacos de cincuenta (50) Kilogramos C/U para un total de treinta mil (30.000) Kilogramos de Azúcar Industrial (...) tienen plena validez por cuanto se trata de un bien de primera necesidad, el cual de acuerdo a sus características constituye un producto perecedero, y atenta contra las personas en el acceso a los bienes y servicios, por lo que esta institución en aras de garantizar el desarrollo productivo del consumo humano **procedió a dictar medida preventiva de comiso conforme al artículo 112 numeral 02 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, respetando los principios de Legalidad (...)**” (sic). (Negrillas de este fallo).*

Por consiguiente, pese al error advertido, el análisis de la pretendida desaplicación se hará sobre la norma conforme a la cual se dictó la providencia recurrida, vale decir, el numeral 2 del artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, cuyo texto prevé:

“Artículo 112. Las medidas preventivas que podrán ser dictadas conforme al artículo anterior son las siguientes:(...)

2. Tomar posesión de los bienes y utilización de los respectivos medios de transporte. En aquellos casos que se trate de bienes de primera necesidad el Instituto podrá poner los mismos a disposición de las personas, a través de los mecanismos que se consideren pertinentes”.

Asimismo, los artículos 116 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevén:

“Artículo 116: No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o ex-

tranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

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

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley...”.

No obstante, como ya quedó establecido en el presente fallo, al menos en esta etapa procesal y sin que esto constituya un pronunciamiento de fondo, no se evidencia vulneración alguna de norma constitucional, máxime cuando la medida (comiso) de la cual fue impuesta la sociedad mercantil actora no tiene carácter confiscatorio, pues por tratarse de un bien de primera necesidad (azúcar), el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios dispuso de la mercancía objeto del comiso en beneficio de la población, de conformidad con la atribución prevista en el citado artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

Aunado a lo anterior, inicialmente la Guardia Nacional Bolivariana ejecutó una retención preventiva y luego de un procedimiento administrativo al que la parte accionante tuvo acceso y participó (tal como se desprende de la propia providencia impugnada), fue dictada la medida de comiso, por lo que al menos en esta etapa procesal, no se aprecia la alegada vulneración del derecho a la defensa y al debido proceso a que se refiere el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por lo tanto, este Máximo Tribunal desestima la solicitud dirigida a desaplicar en el caso concreto el artículo 112.2 de la referida Ley. Así se determina. (Ver sentencias de esta Sala números 01502 y 01566 de fechas 16 y 23 de noviembre del 2011, respectivamente).

En virtud de haberse desestimado los alegatos expuestos por la representación judicial de la sociedad mercantil Moliendas Papelón S.A. (MOLIPASA), debe declararse sin lugar el presente recurso de apelación y confirmarse la sentencia apelada. Así se establece.

SEXTA PARTE
LOS DERECHOS POLÍTICOS

I. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Artículo 62 C. 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.

1. *El principio de participación y sus implicaciones*

TSJ-SC (23) 22-1-2003, Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Caso: Interpretación del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, RDP N° 93-94/95-96, pp. 216 y ss.

Sobre la base de los principios de Estado democrático y social, establecidos en el artículo 2; y de soberanía, prefijado en el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en su preámbulo, el cual “*propugna un conjunto de valores que se supone que han de quedar reflejados en el texto en general, en la realización política, en el ordenamiento jurídico y en la actividad concreta del Estado*” (M.A. Aparicio Pérez, *Introducción al Sistema Político y Constitucional Español*, Barcelona, Editorial Ariel, 7^{ma} Ed. 1994, p. 55), donde se señala como fin supremo “*establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural*”, surge el principio de participación, el cual informa a la estructura y la actuación del Estado y sirve al objetivo de legitimar al poder, así como también “*da un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social*” (Tomás Font I. Llovet, “*Algunas Funciones de la Idea de Participación*”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 45, Enero-Marzo, Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 45 y ss.).

El principio de participación, como se apuntó, es una consecuencia del redimensionamiento del concepto de soberanía y atiende al modelo de Estado Social, superación histórica del Estado Liberal, el cual se fundamenta, a diferencia de este último, en la interpenetración entre el Estado y la sociedad. Como señala García-Pelayo, “*el Estado social, en su genuino sentido, es contradictorio con el régimen autoritario, es decir, con un régimen en el que la participación en los bienes económicos y culturales no va acompañada de la participación de la voluntad política del Estado, ni de la intervención de los afectados en el proceso de distribución o asignación de bienes y servicios, sino que las decisiones de uno y otro tipo se condensan, sin ulterior apelación o control, en unos grupos de personas designadas por una autoridad superior y/o unos mecanismos de cooptación, de modo que el ciudadano, en su cualidad política abstracta, sea en su cualidad social concreta, no posee –al menos hablando en términos típico-ideales– otro papel que el de receptor, pero no el de participante en las decisiones*” (*Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, en *Obras Completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 1621).

Ahora bien, la participación, aparte de ser un principio que informa la estructura y la actividad del Estado, es además un derecho fundamental (cf. sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1996, caso: *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*) consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone que “*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*”, el cual puede ser objeto de tutela judicial en caso de violación o amenaza –provenga del Estado o de particulares- en su ejercicio, de conformidad con el artículo 26 *eiusdem*.

Se trata de un derecho político (aparte del hecho de encontrarse en el Capítulo IV del Título III de la Constitución vigente, el cual se denomina “*De los Derechos Políticos y del Referendo Popular*”), pues considera al individuo en tanto que miembro de una comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas. Se trata, pues, de un derecho del ciudadano “*en el Estado*”, diferente de los derechos de libertad “*frente al Estado*” y de los derechos sociales y prestacionales (cf. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 174).

El principio de participación influye en otros derechos políticos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como los derechos al sufragio (artículo 63), de petición (artículo 51), de acceso a cargos públicos (artículo 62), de asociación política (artículo 67), de manifestación (artículo 68), y a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública (artículo 143), así como también opera en derechos sociales, como el derecho a la salud (cf. Artículo 84); derechos educativos (cf. Artículo 102) y derechos ambientales (cf. Artículo 127, primer aparte).

Si bien, participar en los asuntos públicos no es igual a decidir en los mismos, implica, necesariamente, la apertura de cauces democráticos con el objeto de que la ciudadanía, activa y responsablemente, intervenga y exponga sus diversas opiniones sobre las materias de especial trascendencia. Mecanismos de participación política previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La democracia, como forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por el pueblo, se vale de diversos métodos al objeto de la toma de las decisiones colectivas, los cuales no son exclusivos ni excluyentes, sino concurrentes. En este orden de ideas, el sistema democrático, para la realización del principio de soberanía popular inherente a él, se vale de mecanismos en los cuales los ciudadanos expresan directamente su voluntad, así como de otros, en los que dicha voluntad es expresada a través de representantes. Así, el encabezado del artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que “*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*” (negritas de la Sala), por lo que, se entiende que la participación puede ser entendida en un sentido directo e indirecto.

En tal sentido, como bien advierte Norberto Bobbio, la democracia participativa no se opone a la democracia representativa, por el contrario, aquélla no implica sino el perfeccionamiento o complemento de ésta, propia de las complejas y plurales sociedades contemporáneas asentadas en vasta extensiones de territorio, a través de la creación de distintos y eficaces medios de participación en lo político, en lo económico, en lo social, en lo cultural, etc, de tal manera que la responsabilidad de la conducción de la vida nacional, estatal o local, no sólo sea exclusiva de los representantes o de la Administración, sino también de todos quienes integran la comunidad política afectada por la regulación o decisión (Cfr. *El Futuro de la Democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 49 y ss).

Dentro de dicha concepción de democracia, en la que los mecanismos directos y representativos son necesarios, el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –a título enunciativo- establece algunos medios de participación política, como la elección de

cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos “*cuyas decisiones serán vinculantes*”.

El artículo en cuestión, especialmente en cuanto a los efectos de dichos medios de participación y la última mención citada, ofrece lugar a dudas, por lo que cada uno de ellos deben ser confrontados con los principios rectores establecidos en la Carta Magna, en lo relativo al ejercicio del poder público, a saber, el de legalidad (artículo 137), ineficacia de toda autoridad usurpada (artículo 138), responsabilidad individual (artículo 139) y responsabilidad patrimonial (artículo 140), así como los demás principios que orientan a la Administración Pública, entre otros, su sometimiento al interés público (artículo 141), así como al control jurisdiccional de sus actos, acciones u omisiones a través de los órganos jurisdiccionales competentes en lo contencioso-administrativo (artículo 259).

En tal sentido, queda claro el carácter decisorio de la elección de cargos públicos, requisito de validez para el ejercicio de algunas funciones estatales. Así, aquellos electos mediante el voto popular tienen la condición de representantes de los ciudadanos, titulares de la soberanía (artículo 5 Constitucional), lo que los legitima –en principio- para ejercer las funciones inherentes a dichos cargos de elección popular, *exempli gratia*, la elección de los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional (artículo 186) y el Presidente o Presidenta de la República (artículo 228).

El efecto contrario lo crea el referendo revocatorio –con efectos igualmente decisorios- desarrollado en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual opera sobre dicho tipo de funcionarios y es, a su vez, un examen de legitimidad sobrevenida sometido a ciertos requisitos establecidos en el artículo mencionado, que verificados, harán que se considere revocado el mandato al funcionario escrutado “*y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en (la) Constitución y la Ley*”.

TSJ-SC (919), 16-5-2007, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Friedrich Wilhelm Siegel vs. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela. RDP N° 110, 2007, pp. 137 ss.

Por otra parte, con respecto al derecho constitucional de participación establecido en el artículo 62 de la Constitución de la República, se observa que el mismo reza:

...omissis...

En este sentido, la Sala estima que el hecho que sus propuestas no hayan sido tomadas formalmente en cuenta por los organismos accionados no configura la inconstitucionalidad de los actos u omisiones denunciados, puesto que, dentro de los debidos criterios de administración de oportunidad y conveniencia que rigen la función pública, los organismos tampoco deben ceñir su actividad a las propuestas que reciben, ni siquiera someter tales propuestas a un simple examen.

El balance de los principios que rigen la gestión gubernativa corresponde debidamente a la Administración Pública, y el Supremo Tribunal en Sala Constitucional, a través de la acción de amparo constitucional, controla las actuaciones u omisiones que de manera flagrante transgredan este delicado balance, cuando se incurre en la infracción de normas constitucionales. En el presente caso, no se observa que se haya denegado al accionante la posibilidad de participar en la gestión pública, por lo que, del detallado examen del expediente, puede esta Sala inferir que las apreciaciones del accionante a este particular son incorrectas. Por lo tanto, la presente acción de amparo constitucional resulta evidentemente improcedente, *in limine litis*, y así se decide”. (*Vid.* En igual sentido, sentencia de esta Sala N° 2109/2002).

En este sentido, se aprecia que lo pretendido por el accionante no constituye objeto de violación de derecho constitucional alguno, ya que la escogencia del Poder Ejecutivo de una determinada medida gubernamental, salvo que ésta se haga en franco menoscabo a lo establecido en el ordenamiento jurídico o resulten menoscabados los derechos constitucionales de los ciudadanos por su asunción o ejecución, no puede ser objeto de control por parte de esta Sala como mecanismo para verificar su eficacia y eficiencia.

En el mismo orden de ideas, debe citarse sentencia de esta Sala N° 23/2003, caso: “*Harry Gutiérrez Benavides*”, en la cual se expuso:

“Por ello, esta Sala ha insistido en que no podría, con ocasión de resolver una solicitud de interpretación, y sin desconocer la estructura político-organizativa erigida en la Constitución, so pretexto de velar por su eficacia y eficiencia, incluso en la realización de la Constitución, suplir las potestades de los órganos del Poder Público u ordenar la manera en que éstos se desempeñen en el ejercicio de sus actividades propias, pues, se insiste, a todos ellos cabe actuar según sus competencias y conforme al principio de legalidad, salvo la existencia de omisiones constitucionales.

En consecuencia, esta Sala evitará, salvo gravísimas dudas, pronunciarse sobre acciones a ser ejecutadas, programas a ser encaminados, políticas a ser establecidas o, en fin, sobre la manera de ejercer sus funciones otros órganos; lo político judicial, administrativo, legislativo o electoral, en el sentido de determinar los campos en que se mueve la realidad social donde deben prestarse sus servicios, o el modo más acorde con el bienestar social, sólo corresponde dictarlos a los entes que ejercen las estrictas funciones anotadas, sin que esta Sala ex ante les señale la mejor forma de hacerlo, salvo atribución expresa en ese sentido, pues, si bien la Sala se encuentra en la cúspide de los órganos judiciales que refieren sus funciones a la Constitución, su labor consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, cumplan con sus objetivos y tomen las decisiones pertinentes a la consecución de los mismos, y, una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar en grado, conforme a la competencia que la Constitución le atribuye, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental”. (Negrillas de esta Sala).

2. *Medios de participación*

Artículo 70 C. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

TSJ-SE (10) 25-2-2000, Magistrado Ponente: José Peña Solís, Caso: Apertura a la Participación Ciudadana (APERTURA) y otros vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 81, 2000, pp. 170-171.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 70, consagra el derecho a la participación de las organizaciones políticas en la gestión realizada por los órganos del Poder Electoral en la organización, administración y dirección de los procesos electorales.

Ahora bien, pasa la Sala a examinar el caso de autos en el contexto del marco jurisprudencial antes expuesto, y así observa que el solicitante denuncia como primer derecho infringido el artículo 62 de la Constitución, el cual consagra el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, porque considera que el aludido derecho se materializa mediante la actuación de los partidos políticos en el Consejo Nacional Electoral a través de los mecanismos previstos en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la cual mantiene su vigencia hasta tanto sea derogada. Pues bien, en relación con este alegato del solicitante, cabe destacar que ciertamente el invocado artículo 62 constitucional confiere el derecho a los ciudadanos y ciudadanas a la partici-

pación en la formación ejecución y control de la gestión pública, esto es, la función que le corresponde realizar a los órganos que integran la Administración Pública, tal como aparece definida en el artículo 141 de la Constitución, es decir, como complejo orgánico encargado de realizar la función pública (satisfacción y tutela de los intereses generales), el cual conforme a la tesis doctrinaria dominante, derivada de la diferencia entre Gobierno y Administración, está integrado por los órganos que forman los Poderes Ejecutivos Nacional, Estatal y Municipal, razón por la cual debe concluirse que los atributos en que puede desagregarse el derecho a la participación en los asuntos Públicos a que se contrae el tantas veces citado artículo 62, al estar circunscritos a la Administración Pública en el sentido antes indicado, no pueden ser ejercidos en relación con los órganos que integran el nuevo poder público instituido en la Constitución: EL PODER ELECTORAL.

De allí entonces que la denuncia de lesión constitucional formulada por el accionante, al estar referida al derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos originados en los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, y no a la que eventualmente pueda ejercerse en lo concerniente a la actuación de órganos de la Administración Electoral (Poder Electoral), debe ser desestimada. Así se declara. Sin embargo, esta Sala, en el ámbito de la competencia derivada del artículo 293, numeral 6, de la Constitución y del artículo 247 de la Ley Orgánica del Sufragio, considera conveniente dejar sentado que el texto constitucional sí consagra el derecho a la participación de las organizaciones políticas en la gestión realizada por los órganos del Poder Electoral en la organización, administración y dirección de los procesos electorales. En efecto, en su artículo 70 establece claramente que constituyen medios de participación del pueblo en lo político, entre otros, la elección de cargos públicos, siendo tal vez éste el más importante de los allí enumerados, y como es lógico pensar, las organizaciones políticas juegan un rol protagónico, sin excluir a los ciudadanos que actúen por iniciativa propia, en los procesos que conducen a esa elección, razón por la cual esa participación debe tener expresiones concretas en materia de vigilancia y supervisión por parte de las referidas organizaciones, pues sin duda que dicha participación resulta perfectamente compatible con los principios de transparencia e imparcialidad que por imperio constitucional deben presidir a los referidos procesos electorales.

También es preciso indicar que la aludida participación no colide, en criterio de esta Sala, con el principio de despartidización de los organismos electorales, contemplado en el 294 de la Constitución, el cual evidencia la clara voluntad constituyente de excluir de los órganos del Poder Electoral a los partidos políticos, en el sentido de no permitir una intermediación orgánica con esos órganos que comporte el ejercicio de poderes jurídicos o fácticos por los partidos, tal como aparecía consagrado en el artículo 113 de la Constitución de 1961, que establecía la integración de los órganos electorales, condicionándola exclusivamente a que ninguno ellos tuviera preeminencia en su conformación. De allí pues, que resulte armonizable el principio de despartidización de los organismos electorales, con el principio de participación en los mismos contemplado en el citado artículo 70 constitucional, entendida ésta únicamente como facultad de vigilancia sobre los actos fundamentales del proceso electoral (postulación, admisión de candidatos, cronograma, votaciones, escrutinios, proclamación y cualquier otro que considere como tal el Consejo Nacional Electoral). Por tanto, corresponde al máximo órgano electoral establecer esos actos, y las modalidades de participación de los partidos políticos en cada uno de ellos (asistencia a reuniones del Cuerpo, asistencia a comisiones técnicas, etc, siempre con facultad para formular observaciones que deberán ser recogidas en las actas correspondientes), bien mediante un acto particular o general, pudiendo darles a esas modalidades de participación la denominación que considere más conveniente. En todo caso lo que debe destacar esta Sala es que la armonización de los principios constitucionales antes mencionados en la organización y funcionamiento de los organismos electorales tiene como finalidad esencial garantizar la participación, en los términos antes indicados, de las organizaciones con fines políticos, así como de los otros actores de los procesos electorales, verbigracia los ciudadanos que participen en los mismos por iniciativa propia.

Expuesto lo anterior, esta Sala advierte claramente que el error del solicitante en el presente caso respecto a la denuncia de violación del derecho consagrado, en el artículo 62 constitucional, conduce a la desestimación de la misma, y que la opinión contenida en los párrafos anteriores, además de formar parte de la parte motiva del presente fallo, está orientada por el nuevo concepto de justicia a que se contraen los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

CPCA (960) 14-7-2000, Magistrado Ponente: Carlos Enrique Mouriño Vaquero, Caso: Caja de Ahorros de los funcionarios, empleados y obreros del Consejo de la Judicatura y del Poder Judicial vs. Superintendencia de Cajas de Ahorros, RDP N° 83, 2000, pp. 179 y ss.

El derecho a la participación conlleva a ubicar al ciudadano como centro de la actividad del Estado, donde todo ciudadano puede involucrarse en las actividades de gobierno, en la formulación, ejecución y control de políticas públicas, y en decidir acerca de los asuntos que los afectan como personas que participan dentro de su comunidad o en su ámbito de acción social y profesional.

Tenemos que en nuestra Constitución se sientan las bases para el derecho a la participación, en tal sentido, el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como los artículos 3 de dicha Carta Magna en el que se consagran como “(...) *finés esenciales del estado la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz* (...)”, 6 en el que se consagran que el gobierno de la “(...) *República y las instituciones que la componen es y será siempre democrático, participativo electivo, descentralizado, alternativo responsable, pluralista y de mandatos revocables* (...)” en concordancia y 70 *eiusdem establece los medios de participación en distintos ámbitos, en los términos siguientes: “(...) y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad* (...)”

Tenemos que, en cualquier estado democrático de derecho y justicia, la protección de derechos humanos como los derechos a la participación y a la presunción de inocencia, resulta imperativa para los órganos de la administración de justicia.

En el presente caso, en virtud de la interpretación integral de los artículos 19, 26 y 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagran la protección de los derechos humanos, el amparo constitucional cuando sean vulnerados los mismos y el principio de la tutela judicial efectiva, es vinculante para este órgano judicial otorgar a los justiciables, la debida protección a los derechos constitucionales cuya vulneración ha sido denunciada.

En relación a la amenaza del derecho a la participación, esta Corte observa, que la participación es un elemento que dota de sentido el principio democrático y a su asentamiento constitucional, porque la Constitución lo que pretende establecer un orden social y ese orden es imposible de establecer si la comunidad y los ciudadanos no participan. En tal sentido, la actividad de las personas en cualquier proceso democrático tenemos que entenderla no desde el punto de vista individual, sino desde el punto de vista del servicio social y de la representación de los grupos de su comunidad.

La participación, conlleva a ubicar al ciudadano como centro de la actividad del Estado, donde todo ciudadano puede involucrarse en las actividades de gobierno, en la formulación, ejecución y control de políticas públicas y en decidir acerca de los asuntos que los afectan como ciudadanos o como personas que participan dentro de su comunidad o en su ámbito de acción social y profesional.

La participación ciudadana, se materializa en varias modalidades, que en criterio de Eduardo García de Enterría son tres, a saber: la orgánica, donde el ciudadano forma parte de la Administración; la funcional, donde el ciudadano organizado presta servicios públicos en sustitución de la Administración; la cooperativa, donde el ciudadano coadyuva con la Administración para la prestación de ciertos servicios.

En tal sentido, debe entenderse la participación como un deber del ciudadano dentro de lo que es el planteamiento democrático, porque esencialmente el nacimiento de un derecho de ese tipo depende del ejercicio del deber como tal.

También en el derecho comparado, encontramos muestras interesantes de protección a la participación en la gestión pública, tal es el caso de la Constitución de Argentina que en su artícu-

lo 14 establece que el Seguro Social Obligatorio estará a cargo de entidades administradas por los interesados con participación del Estado, el Texto Fundamental boliviano contempla el deber de cooperar con los órganos del estado y la comunidad en aras de la seguridad social.

En el presente caso, la participación en la Caja de Ahorro es un mecanismo alternativo de ahorro y financiamiento fuera del sistema bancario, en el cual el Consejo de la Judicatura y los funcionarios, empleados y obreros del Poder Judicial como grupo gremial colaboran con fines cooperativos de ahorro.

En el presente caso, se trata de la participación de los justiciables en las elecciones para la Junta de Administración y Vigilancia del órgano del cual son parte, que es una cooperativa de ahorro, en este caso, el interés del colectivo, este en perfecta armonía con el de los justiciables, pues todos los miembros de la Caja tiene derecho a ser representados por quienes cumplan los requisitos para postularse en la elección, y a la autodeterminación de los asuntos gremiales y cooperativos, por sus propios miembros, por lo cual, no deben llevarse a cabo elecciones que excluyan de participar a algunos miembros de la Caja de Ahorros sin justa causa.

El derecho a la participación es inherente al hombre como ser que vive y se desenvuelve en interacción con otros, es decir, como ser que vive en sociedad, el derecho a la participación no depende solamente de su consagración en la Constitución, pues el hombre como tal goza de éste independientemente de su positivización, en Venezuela como quedó dicho “*ut supra*” esta consagrado en nuestra Carta Magna con el objeto de proteger la libre participación ciudadana en la vida política, cultural y social del país, por lo que debe ser entendido, tal y como se ha ido explicando en el presente fallo que el derecho a la participación tiene un espectro muy amplio y que no es sólo un derecho político.

TSJ-SE (86) 19-7-2000, Magistrado Ponente: Antonio J. García García, Caso: Francisco Delgado R. vs. Universidad del Zulia, RDP N° 83, 2000, p. 181.

El derecho a la participación política obedece al derecho de los ciudadanos a participar en la formación, ejecución y control de la gestión pública, la cual es entendida como la función que le corresponde realizar a los órganos que integran la Administración Pública.

Con respecto al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, primer precepto denunciado como violado por los recurrentes, considera esta Sala necesario precisar que el mismo obedece al derecho de los ciudadanos y ciudadanas a participar en la formación, ejecución y control de la gestión pública, la cual es entendida, como la función que le corresponde realizar a los órganos que integran la Administración Pública, tal como aparece definida en el artículo 141 de la Constitución, es decir, como complejo orgánico encargado de realizar la función pública -satisfacción y tutela de los intereses generales-. Tal complejo, conforme a la doctrina dominante, está integrado por los órganos que forman los Poderes Ejecutivos Nacional, Estadal y Municipal, además de los órganos del Poder Electoral, razón por la cual se concluye que los atributos en que puede desagregarse el derecho a la participación en los asuntos públicos se extienden a los órganos que integran el nuevo poder público instituido en la Constitución: Poder Electoral.

En el presente caso, el derecho de los recurrentes estaría limitado a la formación, ejecución y control de la gestión de la Comisión Electoral, como órgano de la Administración Pública, y al examinar los autos que conforman el expediente, se aprecia que los recurrentes no explanaron las razones por las cuales consideraron que pudiera verse amenazado tal derecho. De allí que esta Sala desestima la lesión de violación del derecho a la participación denunciada por los recurrentes. Así se declara.

TSJ-SC (1050) 23-8-2000, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: Ruth Capriles y otros vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 83, 2000, pp. 182 y ss.

Hasta que la ley establezca las formas de participación ciudadana establecidas en la Constitución y los elementos que legitiman tal representación, se permite que organizaciones, asocia-

ciones o grupos de personas de reconocida y extensa trayectoria en sus respectivos campos, o conformadas de acuerdo a las leyes, actúen en las áreas que la Constitución abre a dicha participación; pero ello no se extiende a cualquier grupo que se autoproclame representante de la sociedad civil.

El criterio expuesto por la Sala refleja una sana interpretación del principio de participación ciudadana, que rige en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional de 1999. En efecto, el Preámbulo constitucional expresa que uno de los fines mismos de la Constitución es establecer una sociedad participativa y protagónica, esto es, una sociedad integrada por ciudadanos que en forma activa intervengan en la vida nacional, desde todo punto de vista. La participación y el protagonismo ciudadano son manifestaciones del ejercicio de la soberanía popular, sobre la cual es creada la República, y que se ejercerá en forma directa -según la Constitución y las leyes- o indirecta -mediante el sufragio y por los órganos que ejercen el Poder Público- (artículo 5 de la Constitución). Esta noción se repite en el artículo 62 *eiusdem*, al señalarse que *“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”*. En una forma más específica, el artículo 70 constitucional enumera cuáles son los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, tanto en lo político (*numerus apertus*) como en lo social y económico (*numerus clausus*). En efecto, dicha norma reza:

“Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.”

No se trata de una participación anárquica o arbitraria, sino fundada en las vías legales. Así, con base a la ley, formar, ejecutar y controlar la gestión pública, los ciudadanos tienen el derecho al sufragio (artículo 63 de la vigente Constitución), el control sobre las personas que se postulan a cargos de elección popular (artículo 65 *eiusdem*), a que los representantes del pueblo rindan cuentas de su gestión (artículo 66 *eiusdem*), así como otros muchos derechos que otorga la Constitución a los ciudadanos, pero ninguno de estos derechos son el fundamento de la demanda, que permitiría en los accionantes constituir una situación jurídica en que fundar la acción de amparo.

Invocar en su demanda el artículo 294 de la vigente Constitución, tampoco los legitima en su petición, ya que dicha norma se refiere a los principios que rigen a los órganos del Poder Electoral, entre los que se contempla los de participación ciudadana, que sólo puede ser entendida en la forma que la ley la pauté.

Entre esos principios del citado artículo 294, se encuentra el de transparencia del órgano electoral, el cual está íntimamente ligado a los fundamentos del contencioso electoral, y de los recursos de ese contencioso, a los cuales tampoco para nada se refieren los accionantes.

Es la falta de transparencia en las elecciones la que conlleva a la nulidad de los actos de los organismos electorales (artículo 216 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), y son las vías señaladas en dicha ley las que permiten el control de esos actos electorales. Para nada los accionantes mencionan que estén preparando recurso alguno para impugnar los resultados electorales.

Esta Sala Constitucional ha aceptado, en sentencia de fecha 30 de mayo de 2000 (caso *Defensoría del Pueblo*), que pueden intentarse amparos fundados en la protección de derechos difusos o colectivos, pero de la pretensión de los actores ni siquiera puede colegirse que de esos derechos o intereses se trata, pues del escrito presentado no se deduce que lo que solicitan se debe a

que la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad se está viendo desmejorada, sin que pueda reconocerse en el escrito de amparo un vínculo, así no sea jurídico, entre los accionantes y la sociedad o un segmento de ella, afectado por la omisión que se atribuye al Consejo Nacional Electoral. No expresa el escrito cuál es el interés de la sociedad que pudiera tener en el petitorio de los actores, luciendo más un interés personal de los accionantes, que un interés social. La lesión a los derechos políticos en general puede desmejorar la calidad de la vida, al dejar desprotegida a la sociedad; pero conforme a lo planteado en el escrito, ese no es el caso de autos, y más bien se está ante un interés puntual de personas y que sin tener representación social o colectiva se auto constituyen en veedores, sin traer al expediente prueba alguna de su acreditación como tales. En consecuencia, no se está tampoco ante una acción basada en intereses difusos o colectivos.

Observa esta Sala que en los actores no existe interés ni legitimación para incoar una acción de amparo en la forma que pretenden, por lo que el amparo debe ser declarado inadmisibles, pero también observa que no tratándose de una petición sobre datos propios de los accionantes, el Consejo Nacional Electoral tampoco podía cumplir con la petición que se le hacía fundado en el artículo 28 de la vigente Constitución, ya que estaría fuera de los límites del derecho de acceso, por lo que en base al numeral 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el mismo también debía ser declarado inadmisibles. Distinto es el caso si a un elector, a un candidato o a un grupo de personas individualizables se les niega el acceso a los datos que sobre ella tiene un organismo electoral.

Es deber de esta Sala declarar que carecen de legitimación procesal todas aquellas personas, grupos o entes que fuera del campo de los intereses difusos o colectivos, pretenden representar a la ciudadanía, al pueblo, a la sociedad civil y a otras instituciones semejantes, que no han sido electos por nadie para cumplir tal representación, que se desconoce cuáles son sus intereses, ya que no existe estatuto o ley que las rijan y que no se sabe a cuál comunidad o sociedad representan, si es a la venezolana o a una extranjera cuyas directrices siguen.

Tales grupos con proyección en los medios de comunicación buscan presentarse como interlocutores a nombre del pueblo o la sociedad, sin que exista base legal o popular que los legitime, y por ello no pueden ser aceptados con las representaciones que unilateralmente (sin base legal) se atribuyen.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tomó en cuenta la ciudadanía, otorgándole una serie de derechos cívicos que ya esta Sala ha resaltado en fallos de fecha 30 de mayo de 2000 y 27 de julio de 2000 (casos *Defensoría del Pueblo y Segucorp*), abriéndole las puertas para que colaboren en áreas de la conducción del Estado, y así, por ejemplo, a los diferentes sectores de la sociedad se les invita a integrar el comité de postulaciones judiciales (artículo 270 de la vigente Constitución); a la sociedad civil a postular miembros para el Consejo Nacional Electoral (artículo 296 *eiusdem*); a las asociaciones con fines políticos la posibilidad de postular candidatos en los procesos electorales (artículo 67 *eiusdem*); de esta manera se permite a asociaciones, organizaciones y grupos representar a la sociedad en los espacios que a ese fin abra la Constitución. Pero tales atribuciones sólo pueden hacerse conforme a la ley, ya que resultaría un peligro y un absurdo para la defensa y la seguridad nacional y para la estabilidad democrática o social, que grupos humanos con intereses antinacionales se dediquen a intervenir en las áreas abiertas a la sociedad civil con el fin de sabotear u obstruir la defensa del país, su seguridad interna o los planes económicos del Estado o la economía en general.

Por ello, es criterio de esta Sala y sin prejuzgar sobre los accionantes, a los cuales no está dirigida la advertencia, que mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes pueden representar a la sociedad civil en general o a sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil, de la ciudadanía, etc., a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses; y sin que pueda controlarse a qué intereses responden: económicos, políticos, *supranacionales*, nacionales o internacionales.

Esta Sala ha sostenido que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata, por ello antes que la ley establezca las formas de participación ciudadana establecidas en la Constitución y los elementos que legitiman tal representación, ha permitido que organizaciones, asociaciones o grupos de personas de reconocida y extensa trayectoria en sus respectivos campos, o conformados de acuerdo a las leyes (tales como las asociaciones de vecinos legalmente constituidas), actúen en las áreas que la Constitución abre a la participación ciudadana; pero ello no se extiende a cualquier grupo que se auto-proclame representante de la sociedad civil, y que sin llenar requisito legal alguno, pretenda, sin proporcionar prueba de su legitimidad, más allá del uso de los medios de comunicación para proyectarse públicamente, obrar por ante la Sala Constitucional, sin ni siquiera poder demostrar su legitimación en ese sentido.

La función pública se haría caótica, si cualquier asociación o grupo de personas, arrogándose la representación de la ciudadanía o de la sociedad civil, pretendiere fuese consultada antes de la toma de cualquier decisión; o exigiere de los poderes del Poder Público la entrega de documentos, datos o informaciones sin que la ley los faculte para ello; o quisiera ingresar a dependencias del Estado a indagar sobre lo que allá acontece sin que ninguna disposición legal se lo permita. Tal situación caótica se acentuaría si estos entes mediante el uso de los medios de comunicación tratasen de formar matrices de opinión pública favorables a sus pretensiones cuando ellas carecen de fundamento legal. De allí, que se hace impermitible, para el desarrollo de los derechos de tales organizaciones ciudadanas, que la ley establezca los requisitos y condiciones a cumplir para que puedan ser considerados representantes de la sociedad civil y de la ciudadanía. En algunas áreas como la municipal o la de justicia de paz, la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ley Orgánica de la Justicia de Paz han regulado las asociaciones de vecinos, señalando el perfil que permite tenerlas como tal, pero mientras otras leyes especiales, o una general, no regulen tal situación, queda a juicio de esta Sala, teniendo en cuenta su trayectoria y continuidad en sus objetivos en la materia donde pretenden actuar, calificar la legitimación activa, cuando dichos entes obren a nombre de la sociedad civil, la ciudadanía, o de las organizaciones no gubernamentales, y así se declara.

TSJ-SC (59) 1-6-2023, Magistrado Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta-Caso: Rafael Ygnacio Reymi Machez, Manuel Desiderio Rosales y Agueda Amelia Romero, RDP N° 173-174,2023, pp.311.

Realizadas esas disertaciones teóricas, esta Sala Electoral debe analizar ahora si las normas impugnadas que no permiten a los copropietarios insolventes votar en las Asambleas violan, como aduce la parte accionante, los derechos a la participación y al sufragio.

Al respecto, los artículos 62, 63 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disponen:

“**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”.

“**Artículo 63.** El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

(...)”.

“**Artículo 70.** Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el ca-

bildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”.

Las normas transcritas ponen de manifiesto el principio de participación ciudadana en los asuntos públicos, como manifestación de la democracia participativa y protagónica que estimula la intervención de los individuos en la gestión pública reconociéndoles en ella un papel determinante.

Una de las manifestaciones más importantes del derecho a la participación, lo constituye sin duda alguna el derecho al sufragio -tanto en su faceta activa como en la pasiva-, el cual se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas.

Este concepto de sufragio se fundamenta, en un Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, sobre la base del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone en su numeral primero, que: “...No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona...”.

Igualdad entendida como “...el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros, en paridad de circunstancias. Es decir que, en virtud de este principio, no deben establecerse diferencias entre los que se encuentran en las mismas condiciones, pues la verdadera igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los que no pueden alegar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley, ya que éstas no obedecen a intereses de índole individual sino a la utilidad general...”. (Vid., la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1131 del 24 de septiembre de 2022, caso: *Luis Enrique Vergel Cova*).

Partiendo de las premisas relativas al sufragio y al derecho a la igualdad, conviene destacar que existe una diferencia entre los principios que deben regir el derecho al sufragio para la elección de cargos públicos, y los que rigen la elección o nombramiento de autoridades en el marco del derecho a la libre asociación consagrado en el artículo 52 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

3. *El derecho a referendos*

Artículo 71 C. Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal, o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos e inscritas en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten.

Artículo 72 C. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

Artículo 73 C. Serán sometidos a referendo aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo decidan por lo menos las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral, el proyecto correspondiente será sancionado como ley.

Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Artículo 74 C. Serán sometidas a referendo, para ser abrogadas total o parcialmente, las leyes cuya abrogación fuere solicitada por iniciativa de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral o por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.

También podrán ser sometidos a referendo abrogatorio los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente o Presidenta de la República en uso de la atribución prescrita en el numeral 8 del artículo 236 de esta Constitución, cuando fuere solicitado por un número no menor del cinco por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Para la validez del referendo abrogatorio será indispensable la concurrencia de, por lo menos, el cuarenta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral.

No podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni las de amnistía, ni aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

No podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia.

TSJ-SC (1447) 28-11-2000, Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando, Caso: FEDEPETROL y otros vs. Consejo Nacional Electoral RDP N° 84, pp. 160-161.

La Sala observa además, que el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que “*sus representantes acaparen todo el poder político*” (Duverger, *Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. de E. Aja y otros, p. 82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; todo lo cual supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que

su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aparte que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancias de la Asamblea Nacional.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, exige, por lo demás, a los Estados garantizar el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y “*sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática*” y ello conduce a concluir que el Estado no sólo tiene potestad sino la obligación de garantizar la democracia sindical y los derechos de los trabajadores en el marco del Estado de derecho y de justicia, conforme al ordenamiento constitucional vigente. En el caso del Referendo impugnado no sólo se cumple este deber por medio de la aplicación de la ley, sino a través del procedimiento referendario que invoca el ejercicio del poder soberano para la decisión de la materia consultada en los términos constitucionales arriba indicados. El referendo, pues, como institución democrática, es la reivindicación del poder constituyente dentro del sistema constitucional vigente, para garantizar el proyecto político de la Constitución y para realizar, respecto de la consulta referendaria, el ejercicio de la democracia participativa, la que, por esta vía, deviene democracia gobernante o social, como lo señala Burdeau (*L'Etat*, Paris, Seuil, 1971, pp. 57-61). Los referendos populares exceden, por tanto, la representación y la participación misma y le permiten al pueblo reivindicar su poder de decisión directa en asuntos de interés público, lo que significa la irrupción ocasional de la potestad soberana dentro del régimen legal constitucional de democracia representativa.

TSJ-SC (2073) 4-8-2003, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: Hernann Escarrá Malavé, RDP N° 93-94/ 95-96, 2003 pp. 213 -214.

En vista de que es un derecho de los ciudadanos solicitar referendos populares y que para la fecha no existe una legislación sobre referendos, la cual corresponde dictarla a la Asamblea Nacional a instancia del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional estima, a fin que no se haga nugatorio tal derecho, y para lograr la primacía de las normas constitucionales, que el Consejo Nacional Electoral puede dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perderán vigencia cuando se dicten las normas respectivas por la Asamblea Nacional.

En vista de que es un derecho de los ciudadanos, elegir y ser elegidos, solicitar referendos populares (artículos 71 al 74 de la vigente Constitución), y que para esta fecha no existe una legislación sobre referendos, la cual corresponde dictarla a la Asamblea Nacional a instancia del Consejo Nacional Electoral, tal como lo expresa la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica-politica del Poder Electoral, e igualmente, en vista de que ese derecho constitucional -en cuanto al referendo revocatorio del Presidente y distintas autoridades nacionales, estatales y municipales- puede solicitarse cumplida la mitad del período de aquellos funcionarios de elección popular, a fin que no se haga nugatorio tal derecho, y para lograr la primacía de las normas constitucionales, la Sala estima que el Consejo Nacional Electoral puede dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perderán vigencia cuando se dicten las normas respectivas por la Asamblea Nacional; a objeto de garantizar el carácter normativo de la Constitución.

La aplicación inmediata de la Constitución, con el fin de que ella tenga vigencia inmediata y otorgue la cobertura constitucional, aun antes que se dicten las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales, ha sido doctrina de esta Sala contenida en fallos de 20 de enero de 2000, 30 de junio de 2000 y 22 de agosto de 2001 (casos: *Emery Mata*, *Dilia Parra* y *Asodevipirilara*), criterio que una vez más se reitera, y para lograr la consulta electoral, el Consejo Nacional Electoral provisorio, deberá regular los referendos, la autenticidad de quienes los solicitan, etc., a fin de dar cumplimiento a la Disposición Transitoria Tercera citada, que es del tenor siguiente:

“Tercera: El Consejo Nacional Electoral dentro del primer año siguiente a su instalación elaborará el Proyecto de Ley de Registro del Estado Civil de las Personas, el Proyecto de Ley de los Procesos Electorales y de Referendos, y lo presentará ante la Asamblea Nacional”.

A. Referendos Consultivos

TSJ-SE (170) 22-12-2000, Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi, Caso: Club Social Loyalina, C.A. vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 84, 2000, pp. 168-169.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra una amplia legitimación en la determinación de quiénes tienen iniciativa para convocar referendos consultivos, al punto que no la limita a los titulares de órganos públicos, sino que la amplía hasta los propios electores, siempre y cuando éstos alcancen un número determinado.

Asimismo, expuso la parte recurrente que el Alcalde del Municipio Chacao no estaba autorizado para solicitar la convocatoria del referendo antes mencionado, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, pues conforme a este dispositivo tal atribución le compete al Presidente de la República en Consejo de Ministros.

En ese sentido, esta Sala considera conveniente hacer una serie de consideraciones previas que sirvan de marco conceptual al análisis de la denuncia en cuestión, y en tal sentido observa:

Como ha expresado la Sala en reiterados pronunciamientos, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela plantea un nuevo marco conceptual y teleológico en materia de participación política del ciudadano en los asuntos públicos. Es así que los artículos 5 y 6 de la Carta Fundamental, consagran un nuevo modelo de democracia participativa, evolucionando de la clásica concepción de la democracia representativa, limitada al ejercicio de la soberanía popular únicamente por medio de la elección periódica de representantes. Por el contrario, la novel Carta Magna establece que la soberanía se ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y en las leyes, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. En consonancia con tales principios, el texto constitucional dedica una serie de normas a la consagración y regulación de las pautas fundamentales de novedosos mecanismos en el ordenamiento jurídico venezolano que permiten la participación política del soberano en los asuntos que le conciernen, mecanismos que enumera el artículo 70 de la Constitución, entre los cuales se encuentra el referendo, en sus distintas modalidades: revocatorio, abrogatorio, consultivo y aprobatorio. De igual manera, se prevé la participación soberana en el ejercicio de los mecanismos de enmienda y reforma constitucional, así como en la iniciativa de convocatoria en la Asamblea Nacional Constituyente.

De tal manera que, a la luz de tal regulación, y de los principios constitucionales de participación ciudadana protagónica en los asuntos de interés público, es evidente que la figura del referendo, u otras modalidades de consultas populares, que en el ordenamiento jurídico preconstitucional constituía prácticamente un mecanismo excepcional de participación ciudadana, el cual se encontraba regulado (si se quiere de una manera tímida) en diversas materias (electoral, municipal, urbanística y de ordenación territorial, etc.) ha pasado a ser uno de los más variados que prevé la Carta Magna. Esta consideración resulta ser de importancia fundamental al momento de interpretar el ordenamiento jurídico, puesto que, en virtud del principio de supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) el intérprete jurídico, mucho más el juez, está llamado a aprehender el sentido de las normas preconstitucionales, adaptándolas a los valores, principios y reglas que pauta el nuevo Texto Fundamental, que resulta ser la guía orientadora en toda labor hermenéutica progresiva y ajustada a los nuevos valores de nuestro ordenamiento.

Bajo las anteriores premisas conceptuales y valorativas, observa esta Sala que, en la regulación del referendo consultivo contenido en el texto constitucional, la iniciativa le corresponde a una serie de órganos públicos, tanto ejecutivos como deliberativos, en los correspondientes niveles político-territoriales acordes con la índole de la materia a ser objeto de consulta (de especial trascendencia parroquial, municipal, estatal o nacional). Específicamente en cuanto a las materias concernientes al ámbito municipal, la iniciativa le corresponde al Concejo Municipal por acuerdo de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes, o al titular del ejecutivo municipal, inclusive, a los electores en un número no menor del diez por ciento (10%) del total de inscritos en la circunscripción electoral (artículo 71, único aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

De manera que el propio texto fundamental consagra una amplia legitimación en la determinación de quiénes tienen iniciativa para convocar referendos consultivos, al punto que no la limita a los titulares de órganos públicos, sino que la amplía hasta los propios electores, siempre y cuando éstos alcancen un número determinado. Esta regulación constitucional, como ya se señaló, sin duda que debe servir de pauta orientadora en la labor hermenéutica de los textos anteriores a la Constitución, los cuales, respondiendo al modelo constitucional derogado, partían de premisas conceptuales y axiológicas muy limitadas en la regulación de los referendos.

Por otra parte, la Sala considera necesario resaltar que los derechos políticos consagrados en la Carta Fundamental (regulados en el Capítulo IV del Título III) constituyen Derechos Humanos Fundamentales, y por tanto, en la interpretación de los mecanismos para su ejercicio están obligados, todos los órganos del Poder Público, y mucho más este Supremo Tribunal, a garantizar el principio de progresividad –y sin discriminación alguna– para su cabal goce y ejercicio, a tenor del mandato contenido en el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Bajo el soporte antes planteado, observa la Sala que, ciertamente de la literalidad del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, se evidencia una limitada iniciativa para la convocatoria de referendos al Ejecutivo Nacional, a quien corresponde plantear la respectiva solicitud al Consejo Nacional Electoral para la realización del referendo en la Parroquia respectiva. Sin embargo, este órgano judicial, para ser consecuente con el marco orientador antes esbozado, sobre la base de los principios constitucionales antes expuestos y en una interpretación progresiva del texto constitucional, estima que esa iniciativa para la convocatoria de referendos consultivos reguladas en el mencionado artículo 25, corresponde en el ámbito parroquial (o municipal en el presente caso, dado que el ámbito territorial de la Parroquia Chacao coincide con el del Municipio homónimo), al Alcalde, al Concejo Municipal, a la Junta Parroquial o a un número no menor del diez por ciento (10%) del total de electores inscritos en dicha circunscripción electoral, cuando los materias objeto del Referendo revistan especial importancia en la esfera local y municipal.

Finalmente, conviene mencionar que la República se constituye en estado federal y descentralizado atribuido por la Carta Fundamental, así como el delineamiento de competencias exclusivas y concurrentes para poder perfeccionar ese tipo de Estado, siendo –como se indicó– la convocatoria a referendos consultivos, una competencia concurrente.

En virtud de todas las razones antes expuestas, esta Sala desestima el alegato de violación del artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas. Así se decide.

TSJ-SC (23) 22-1-2003, Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Caso: Interpretación del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela RDP N° 93-94/95-96, 2003, pp. 214-219.

El referendo consultivo es un medio de participación política previsto en el artículo 71 de la Constitución, el cual no tiene carácter vinculante en términos jurídicos, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas, por ser éste un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias.

.....El referendo consultivo es un medio de participación política, previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala:

“Artículo 71. Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten”.

De la interpretación literal del artículo transcrito, se extraen dos requisitos -uno objetivo y otro subjetivo- para la operatividad de dicho medio de participación política, a saber:

1.- Que se trate de materias de especial trascendencia nacional, parroquial, municipal y estatal;

2.- Que haya sido solicitada su realización al Consejo Nacional Electoral, órgano competente para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos con los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución,

2.1.- En caso de tratarse de materias de especial trascendencia nacional, por:

-El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros;

-La Asamblea Nacional, mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes.

- Un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

2.2.- En caso de tratarse de materias de especial trascendencia parroquial, municipal o estatal, por:

-La Junta Parroquial, el Concejo Municipal o el Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes;

- El Alcalde o Alcaldesa, o el Gobernador o Gobernadora de Estado; o, por

- Un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente.

Ahora bien, la constatación de dichos requisitos corresponde, en todo caso, al Consejo Nacional Electoral, quien junto con los ciudadanos y órganos mencionados son los principales operadores de la norma en cuestión, siendo el referido órgano competente además para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos con los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que esta Sala Constitucional no se detendrá en el análisis de los mismos, el cual corresponde al máximo órgano del Poder Electoral (*ver* sentencia de la Sala N° 2.926 del 20 de noviembre de 2002, caso: *José Venancio Alborno Urbano*) y cuyo control jurisdiccional está atribuido a la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 297 *eiusdem* (*cf.* Sentencia N° 2 de la Sala Electoral, del 10 de febrero de 2000, caso: *Cira Urdaneta de Gómez*).

Lo que sí será objeto de análisis por la Sala, son los efectos que el referendo consultivo tiene, dado el caso de consulta a la población sobre una determinada cuestión, estimada como de especial trascendencia nacional.

El referendo consultivo, como se apuntó, es un medio de participación directa, mediante el cual es posible consultar a la población su opinión sobre decisiones políticas de especial trascendencia. Consultar, en lenguaje natural, es examinar, tratar un asunto con una o varias personas; buscar documentación o datos sobre algún asunto o materia; pedir parecer, dictamen o consejo (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, Vigésima Segunda Edición, Madrid, 2001, p. 633-634).

Es un mecanismo de democracia participativa, en tanto que persigue complementar el método de representación implementado para la asunción de dichas decisiones –adoptado por el principio de división del trabajo y sin el cual el ciudadano tendría que dedicarse exclusivamente a la esfera de lo público. Bobbio (*op. cit.*, p. 62), señala que “*el referéndum, (...) única institución (...) que se aplica concreta y efectivamente en la mayor parte de los Estados de democracia avanzada, es un expediente extraordinario para circunstancias excepcionales. Nadie puede imaginar un Estado que pueda ser gobernado mediante el llamado permanente al pueblo; teniendo en cuenta las leyes que son promulgadas en (Italia) cada año, debería preverse un promedio de una llamada al día*”. Con ello, el profesor de la Universidad de Turín recalca la importancia de la representación y la insuficiencia de los mecanismos de democracia directa, para la toma de las decisiones de trascendencia.

El referendo consultivo es facultativo, en tanto que su iniciativa depende de la voluntad de ciertas autoridades competentes, así como de la iniciativa popular (*cf.* Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 183), y en cuanto su eficacia jurídica, no tiene carácter vinculante (*ibid.*), ya que consiste, únicamente, en una consulta a la población sobre su parecer en determinadas materias consideradas de especial trascendencia.

En España, dicho medio de participación se encuentra consagrado en el artículo 92 de su Constitución y regulado en la Ley Orgánica 2/1980, del 18 de enero y tiene por fin “*servir de cobertura a la mayoría de gobierno en las decisiones socialmente comprometidas*” (A. Oliet Pala, “El Principio Formal de Identidad en el Ordenamiento Constitucional Español”, en *RDP* N°24, 1987, p. 111-112), lo cual implica una búsqueda de legitimidad en la toma de las decisiones asumidas, en ejercicio de la legalidad democrática, por los órganos competentes, a quienes, finalmente corresponderá, por mandato constitucional, tomar las decisiones a las que haya lugar.

Sobre su efecto, señala Josep Castellá Andreu (*Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001, p. 99), que no es vinculante, puesto que el ejercicio de la función pública se basa en la realización de los postulados fijados en la Constitución y la Ley, máximas expresiones de la soberanía nacional, por las personas elegidas a tal fin conforme al ordenamiento jurídico, a quienes, en procura del interés general, les corresponde asumir las decisiones políticas trascendentales.

Ahora bien, en el contexto del Estado democrático y social (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), la legitimidad de quienes ejercen la función pública no es sólo *ab initio*, o formal, sino también el resultado de una continua interacción entre el Estado y la sociedad (*cf.* García Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, op. cit.*, p. 1593-1654) con la consecuente materialización de los postulados de la Constitución. Así, quienes ejercen la función pública, dada la transparencia y publicidad en su ejercicio (artículo 141 *eiusdem*), son escrutados día a día por los ciudadanos, quienes evalúan de manera permanente la *performance* de aquellos que la ejercen.

Ahora bien, el referendo consultivo es un mecanismo inspirado en el principio de participación, que otorga mayor legitimidad a las decisiones de especial trascendencia -las cuales competen a determinados órganos del Estado- y permite la realización -*a posteriori*- de una prueba de legitimidad a dichas decisiones asumidas por la élite política, de mandato revocable en nuestro ordenamiento constitucional, sea conforme a lo establecido en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o mediante su no reelección y, en ese sentido, el referendo consultivo legitima –directamente- la asunción de determinadas decisiones y, consecuentemente, a quienes ejercen las funciones de dirección política.

En consecuencia, con fundamento en los razonamientos precedentes, esta Sala considera que el resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no tiene carácter vinculante en términos jurídicos, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas, por ser éste un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias.

TSJ- SC (919) 16-5-2007, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Friedrich Wilhelm Siegel vs. Presidente de la República Bolivariana de Venezuela. RDP N° 110, 2007, pp. 138 y ss.

Asimismo, el accionante solicita a esta Sala que se ordene al Presidente de la República que proponga un referendo sobre “(...) la continuación del proyecto ‘Socialismo del Siglo XXI’, propuesto por el actual Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, o, si prefiere la implementación del innovador proyecto del ‘Estado de Naciones Latinoamericanas de Participación Social con Responsabilidad Compartida’”.

En este sentido, se aprecia que en sentencia N° 1372/2006, esta Sala se pronunció sobre la potestad discrecional que posee el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela respecto a la posibilidad de ordenar la convocatoria de referendo, al efecto se dispuso lo siguiente:

“Al no estar el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela en la obligación constitucional de someter a referéndum consultivo las materias de especial trascendencia nacional, ya que es potestativo no sólo del Presidente de la República en Consejo de Ministros, sino de la Asamblea Nacional, de conformidad con el propio texto del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

‘(...) Artículo 71. Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten (...)’ (Resaltado de la Sala).

De una simple lectura del artículo parcialmente transcrito, se evidencia que no sólo es opcional del Presidente de la República en Consejo de Ministros convocar a un referendo consultivo, sino que los particulares pueden mediante la solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral, convocar un referendo consultivo a tal fin”.

En atención a lo expuesto, se observa que el Tribunal Supremo de Justicia, sólo podría ordenar la realización de un referendo en el supuesto de que resulte vulnerado por el Consejo Nacional Electoral la solicitud realizada por un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Ahora bien, la constatación de dichos requisitos corresponde, en todo caso, al Consejo Nacional Electoral, el cual junto con los ciudadanos y órganos mencionados son los principales operadores de la norma en cuestión, siendo el referido órgano competente además para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos a los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que esta Sala

Constitucional no se detendrá en el análisis de los mismos, el cual corresponde al Máximo Órgano del Poder Electoral (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 2.926 del 20 de noviembre de 2002, caso: *José Venancio Albornoz Urbano*) y cuyo control jurisdiccional está atribuido a este Tribunal Supremo de Justicia.

En consecuencia, esta Sala considera que la presente acción carece de los presupuestos de procedencia del amparo, motivo por el cual, por razones de economía y celeridad procesal, dado que sería inoficioso el trámite del presente amparo por ser evidente que no prosperará la pretensión en la definitiva, resulta forzoso para esta Sala declarar improcedente *in limine litis* la acción de amparo interpuesta. Así se decide.

Voto Concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz concurre con la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

La sentencia de la que se discrepa declaró la improcedencia *in limine* de la pretensión de autos para lo cual incurrió, a juicio de quien discrepa, en una contradicción.

En efecto, a pesar de que se admitió la demanda por cuanto no entra dentro de ninguno de los supuestos legales de inadmisibilidad y porque “cumple con todos los requisitos contenidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.” Sin embargo, para la decisión de fondo, razonó así:

“No obstante lo anterior, se advierte que constituye una carga procesal para el accionante indicar de una manera específica el hecho o hechos objetos de agravio constitucional y no limitarse a denunciar unos supuestos genéricos que hacen imposible la labor del juez constitucional, así pues, debe el quejoso en la medida de lo posible fundamentar su pretensión mediante una relación detallada de los hechos promoviendo los medios probatorios que sean disponibles que conlleven al juez a proceder a un examen y verificación de los argumentos de hecho con los de derecho.

Ello así, se aprecia que en el presente caso el accionante se limita a denunciar la violación del derecho de autor sin aclarar en específico cuáles han sido los presuntos métodos, ideas y proyectos del macroproyecto ELPAS, que fueron supuestamente objeto de copia y por ende de violación por parte del referido funcionario.

(...) llama poderosamente la atención que el accionante argumente la presunta violación de una manera imprecisa...”

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales reza:

“Artículo 18.- En la solicitud de amparo se deberá expresar:

- 1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido;
- 2) Residencia, lugar y domicilio, tanto del agraviado como del agraviante;
- 3) Suficiente señalamiento e identificación del agraviante, si fuere posible, e indicación de la circunstancia de localización;
- 4) Señalamiento del derecho o de las garantías constitucionales violados o amenazados de violación;
- 5) Descripción narrativa del hecho, acto, omisión y demás circunstancias que motiven la solicitud de amparo;
- 6) Y, cualquiera explicación complementaria relacionada con la situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional.

En caso de instancia verbal, se exigirán, en lo posible, los mismos requisitos.” (Subrayado añadido).

De la simple lectura de la norma, en contraste con los razonamientos de la decisión mayoritaria, se concluye que la Sala ha debido, según sus mismos argumentos, ejercer, forzosamente, el mecanismo del despacho saneador a que tenía derecho el demandante, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyos extremos, sin embargo, se habían declarado satisfechos, tal como se reseñó.

Ahora bien, en criterio del salvante, la demanda de autos es suficientemente precisa en cuanto a lo que se pretende, de modo que, efectivamente, no es inadmisibile.

Sin embargo, el motivo fundante de la improcedencia es que, si se observa el petitorio, es claro que éste no puede ser satisfecho, porque no se puede obligar al Presidente a que ejerza su potestad de convocatoria a referéndum, tal como, acertadamente, se razonó en el fallo que antecede. Así desde la perspectiva del petitorio, se comprende con claridad que el agravio cuyo reestablecimiento se pretende es la falta u omisión de dicha convocatoria por parte del supuesto agravante, conducta que no es en forma alguna inconstitucional –ya que es potestativa del Presidente de la República- y, por tanto, no puede ser agravante de los derechos del quejoso.

TSJ-SC (1469) 31-10-2023, Ponencia Conjunta Caso: Elvis Amoroso, presidente del Consejo Nacional Electoral, con el objeto de que este órgano jurisdiccional “...se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el tres (3) de diciembre de 2023, RDP N°175-176, 2023, pp .333-336.

Dentro de dicha concepción de democracia, en la que los mecanismos directos y representativos son necesarios, el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela - a título enunciativo- establece algunos medios de participación política, como la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos “*cuyas decisiones serán vinculantes*”.

Ahora bien, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad peticionado en este asunto requiere de un análisis acerca del denominado referendo consultivo, el cual es un medio de participación política, previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala:

“Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten”.

De la interpretación literal del artículo transcrito, se extraen dos requisitos -uno objetivo y otro subjetivo- para la operatividad de dicho medio de participación política, a saber:

- 1.- Que se trate de materias de especial trascendencia nacional, parroquial, municipal y estatal;
- 2.- Que haya sido solicitada su realización al Consejo Nacional Electoral, órgano competente para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos con los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución,

2.1.- En caso de tratarse de materias de especial trascendencia nacional, por:

- El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros;
- La Asamblea Nacional, mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes.
- Un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

2.2.- En caso de tratarse de materias de especial trascendencia parroquial, municipal o estatal, por:

- La Junta Parroquial, el Concejo Municipal o el Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes;
- El Alcalde o Alcaldesa, o el Gobernador o Gobernadora de Estado; o, por
- Un número no menor del diez por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente.

La constatación de dichos requisitos corresponde, en todo caso, al Consejo Nacional Electoral, quien junto con los ciudadanos y órganos mencionados son los principales operadores de la norma en cuestión, siendo el referido órgano competente además para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos con los referendos, de conformidad con el artículo 293.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que esta Sala Constitucional no se detendrá en el análisis de los mismos, el cual corresponde al máximo órgano del Poder Electoral (ver sentencia de la Sala n° 2.926 del 20 de noviembre de 2002, caso: José Venancio Albornoz Urbano) y cuyo control jurisdiccional está atribuido a la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 297 *eiusdem* (cf. Sentencia N° 2 de la Sala Electoral, del 10 de febrero de 2000, caso: Cira Urdaneta de Gómez).

Lo que sí será objeto de análisis por la Sala, es la constitucionalidad de las preguntas ideadas para su realización, para así determinar si coliden con los presupuestos normativos, principios y garantías que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado el caso de consulta a la población sobre una determinada cuestión de delimitación territorial de evidente y especial trascendencia nacional.

El referendo consultivo, como se apuntó, es un medio de participación directa, mediante el cual es posible consultar a la población su opinión sobre decisiones políticas de especial trascendencia. Se trata entonces de un mecanismo de democracia participativa, en tanto que persigue complementar el método de representación implementado para la asunción de dichas decisiones - adoptado por el principio de división del trabajo y sin el cual el ciudadano tendría que dedicarse exclusivamente a la esfera de lo público. Bobbio (*op. cit.*, p. 62), señala que “*el referéndum, (...) única institución (...) que se aplica concreta y efectivamente en la mayor parte de los Estados de democracia avanzada, es un expediente extraordinario para circunstancias excepcionales*”. Con ello, el profesor de la Universidad de Turín recalca la importancia de la representación de los mecanismos de democracia directa, para la toma de las decisiones de trascendencia, pudiendo destacarse momentos históricos de su ejercicio como la práctica suscitada el 19 de abril de 1810 y más recientemente en el proceso constituyente de 1999 en el que se convocó a la soberanía del pueblo para que emitiera su opinión respecto a la constitución de ese órgano deliberante como manifestación del poder originario.

El referendo consultivo es facultativo, en tanto que su iniciativa depende de la voluntad de ciertas autoridades competentes, así como de la iniciativa popular (cf. Manuel García Pelayo. Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pág. 183), y en cuanto su eficacia jurídica, consiste en una consulta a la población sobre su parecer en determinadas materias consideradas de especial trascendencia.

En España, dicho medio de participación se encuentra consagrado en el artículo 92 de su Constitución y regulado en la Ley Orgánica 2/1980, del 18 de enero y tiene por fin “*servir de cobertura a la mayoría de gobierno en las decisiones socialmente comprometidas*” (A. Oliet Pala. El Principio Formal de Identidad en el Ordenamiento Constitucional Español, en RDP n° 24, 1987, p. 111-112), lo cual implica reforzar con apoyo popular la toma de las decisiones asumidas, en ejercicio de la legalidad democrática, por los órganos competentes, a quienes, finalmente co-responderá, por mandato constitucional, tomar las decisiones a las que haya lugar.

Sobre su efecto, señala Josep Castellà Andreu (Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública, Barcelona, Cedecs Editorial, 2001, p. 99), destaca sobre esta institución que la realización de los postulados fijados en la Constitución y la Ley, máximas expresiones de la soberanía nacional, por las personas elegidas a tal fin conforme al ordenamiento jurídico, a quienes, en procura del interés general, les corresponde asumir las decisiones políticas trascendentales, pero reconoce la posibilidad del ejercicio de este medio de participación que puede informar a este tipo de decisiones.

Ahora bien, en el contexto del Estado democrático y social (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), ese actuar de quienes ejercen la función pública no es sólo *ab initio*, o formal, sino también el resultado de una continua interacción entre el Estado y la sociedad con la consecuente materialización de los postulados de la Constitución.

En el referido contexto, el referendo consultivo es un mecanismo inspirado en el principio de participación, que otorga mayor intervención ciudadana en torno a la toma de decisiones de especial trascendencia -las cuales competen a determinados órganos del Estado- y permite la realización -a posteriori- de una prueba de dichas decisiones asumidas por los órganos ejecutores; en ese sentido, el referendo consultivo refuerza la asunción de determinadas decisiones.

En consecuencia, con fundamento en los razonamientos precedentes, esta Sala considera necesario reiterar que el resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela representa un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias toda vez que el resultado del referendo consultivo supone un mandato constitucional a través del ejercicio directo de la voluntad popular.

Sobre la base de las consideraciones que han sido hasta ahora expuestas, observa esta Sala que se sometió al análisis de constitucionalidad desplegado por este órgano, la conjunción de las interrogantes ideadas para la elaboración del referéndum consultivo que objetiva y subjetivamente fue aprobado por el Consejo Nacional Electoral, como mecanismo de consulta para la elaboración de políticas para la defensa y preservación del territorio venezolano, lo cual reviste una evidente materia de trascendencia nacional, advirtiéndose así que el contenido de las aludidas interrogantes son del tenor siguiente:

“PRIMERA: ¿Está usted de acuerdo en rechazar por todos los medios conforme al Derecho, la línea impuesta fraudulentamente por el Laudo Arbitral de París de 1899, que pretende despojarnos de nuestra Guayana Esequiba?”

SEGUNDA: ¿Apoya usted el Acuerdo de Ginebra de 1966 como el único instrumento jurídico válido para alcanzar una solución práctica y satisfactoria para Venezuela y Guyana, en torno a la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba?”

TERCERA: ¿Está usted de acuerdo con la posición histórica de Venezuela de no reconocer la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para resolver la controversia territorial sobre la Guayana Esequiba?”

CUARTA: ¿Está usted de acuerdo en oponerse, por todos los medios conforme a Derecho, a la pretensión de Guyana de disponer unilateralmente de un mar pendiente por delimitar, de manera ilegal y en violación del derecho internacional?”

QUINTA: ¿Está usted de acuerdo con la creación del estado Guayana Esequiba y se desarrolle un plan acelerado para la atención integral a la población actual y futura de ese territorio que incluya entre otros el otorgamiento de la ciudadanía y cédula de identidad venezolana, conforme al Acuerdo de Ginebra y el Derecho Internacional, incorporando en consecuencia dicho estado en el mapa del territorio venezolano?''.

Precisado lo anterior, advierte la Sala que la estructura semántica con la que fueron ordenadas las preguntas ideadas para desarrollar el mecanismo participativo de consulta, reviste un orden lógico de formación que permite la fácil identificación de las políticas de acción con las que se pretende abordar un tema de protección y preservación del territorio nacional en su integridad, como derecho irrenunciable claramente determinado en el propio artículo 1 de la Constitución y que no contravienen los postulados propios del Derecho Internacional Público, por lo que podría afirmarse que los ciudadanos y ciudadanas factiblemente contarán con una delimitación clara de la política a la que se aspira se otorgue ese apoyo que reside en la soberanía popular otorgada al pueblo.

Resulta claro que el tema a ser tratado en este mecanismo de participación ciudadana reviste una especial y trascendental importancia, pues el espacio geográfico de la nación va a delimitar el área de aplicación de la soberanía plena de la República, entendiéndose que conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Constitución, el territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional.

Siendo esto así, en el ejercicio apreciativo del texto interrogativo *supra* transcrito, no se evidencian colisiones con los presupuestos normativos contenidos en la Constitución o a los principios o garantías que se desprenden de la misma, por lo que esta Sala, actuando como la máxima garante del texto constitucional, decreta la constitucionalidad de las preguntas con las que se desarrollará el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023, y así se decide.

B. Referendos revocatorios

TSJ-SC (1139) 5-6-2002, Magistrado Ponente: Antonio García García, Caso: Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, RDP N° 89-90/91-92, 2002, pp. 165 ss.

La Sala analiza los requisitos de procedencia de la solicitud de convocatoria a un referéndum revocatorio y las potestades del Poder Electoral en esta materia.

En primer lugar, corresponde a esta Sala determinar si la convocatoria a referendo revocatorio constituye una potestad reglada del Poder Electoral, en el sentido que una vez satisfechos los requisitos contemplados en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Consejo Nacional Electoral debe realizar la convocatoria respectiva, sin hacer uso de discrecionalidad alguna en la determinación del mérito y conveniencia de dicha convocatoria.

Segundo, si la forma de cálculo de los votos a favor de la revocatoria del mandato responde al número nominal (intangibles), establecido en la elección precedente del mismo, y que el veinticinco por ciento (25%) mínimo requerido (*quórum*), responde al número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la solicitud del referendo revocatorio. Por último, si en caso de resultar procedente la revocatoria del mandato por la voluntad plasmada en el referendo, debe considerarse que se ha producido una falta absoluta en el cargo público de elección popular, que amerite convocar a elecciones inmediatas.

Para esta Sala resultan, en cambio, improcedentes las pretensiones de los recurrentes respecto a que se precisara, en primer lugar, lo relativo al funcionario llamado a suplir la supuesta falta absoluta en la jefatura del cargo público de elección popular, desde la revocación del manda-

to por vía de referéndum, hasta la celebración de las nuevas elecciones; y, en segundo lugar, si una vez satisfechos los requisitos contemplados en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Consejo Nacional Electoral debería convocar el referendo revocatorio en un lapso que no excediera de treinta (30) días continuos, dado que ambas pretensiones no se refieren a dudas, confusiones o ambigüedades que se desprendan del contenido expreso de la norma constitucional objeto del presente recurso, razón por la cual las declaraciones o determinaciones requeridas no corresponderían a esta Sala, sino a otros órganos del Poder Público, pues, como fue ratificado en sentencia N° 346/2001 (caso *Consejo Nacional Electoral*), "...Lo político administrativo, legislativo o electoral, en el sentido de elegir el camino o el modo más acorde con el bienestar social -si bien el procedimiento de su elección en muchos casos viene ya señalado por la Constitución-, así como los campos en que se mueve la realidad social en los que deben prestar sus servicios, sólo le corresponde dictarlo a los entes que ejercen las estrictas funciones político administrativas, legislativas o electorales, sin que este Tribunal ex ante les señale la mejor forma de hacerlo, salvo atribución expresa en este sentido".

Igualmente, estima esta Sala desacertado el planteamiento efectuado por los recurrentes, cuando solicitaron se interpretara el último aparte del artículo 72 de la Constitución, con respecto a que "no podrá hacerse más de una solicitud de revocación", por cuanto pese a que insisten en que ha surgido en ellos la duda interpretativa, lo cierto es que se advierte que la referida solicitud de interpretación constitucional no se apega a los lineamientos establecidos por la jurisprudencia antes transcrita. Al respecto, considera la Sala que el último aparte de la disposición mencionada es claro y preciso, y no posee ninguna contradicción o ambigüedad, toda vez que cuando establece que en todo caso no puede hacerse más de una solicitud de revocación del mandato durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, es palmario que se refiere a que dicha solicitud haya sido efectuada en cumplimiento de los requerimientos que la propia norma constitucional exige y, por ende, declarada su procedencia por el órgano electoral, dado que la solicitud que no reúna esos requisitos, no produce efectos ni puede considerarse válida y, menos aún, como impedimento o límite para la recepción y tramitación de una nueva solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio. En definitiva, el límite que la norma establece se halla en que se celebre o active sólo un referéndum revocatorio para el mismo funcionario y en el mismo mandato. Por consiguiente, estima la Sala que la solicitud planteada en el sentido señalado no es susceptible de interpretación alguna, resultando de esta manera improcedente el recurso de interpretación constitucional en cuanto a dicha pretensión se refiere, y así se declara.

V

SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 72 DE LA CONSTITUCIÓN

Se ha solicitado la interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato".

La norma transcrita contempla, como esencia del régimen democrático, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos, entre ellos los Gobernadores de Estado, al disponer que “todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables”.

Al respecto, precisa esta Sala señalar, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por vía de referéndum popular, el 15 de diciembre de 1999, otorga al principio democrático una función primordial en la formación y funcionamiento de los poderes públicos. En tal sentido, el Preámbulo indica que el objetivo de la Constitución es el de “...refundar la República para establecer una sociedad democrática participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”, y el artículo 2, define al Estado Venezolano como Democrático y Social de Derecho y de Justicia, “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”, principios constitucionales que se conciben en el nuevo Texto Fundamental, como verdaderos principios de actuación, superándose con ello anteriores concepciones conforme a las cuales se consideraban meros enunciados de valor únicamente programático.

Así se evidencia que, la Constitución de 1999 acoge el principio de la participación, cuyo contenido, manifestado en varias de las disposiciones constitucionales, reconoce a los ciudadanos el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. Nuestra novísima Constitución, establece y desarrolla una serie de principios que garantizan precisamente a todos los ciudadanos venezolanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad en todos los ámbitos de la vida ciudadana, siendo la participación ciudadana un medio eficiente para desarrollar los postulados de una democracia participativa y protagónica, postulados éstos que constituyen las bases que sustentan la llamada “revolución democrática” derivada del nuevo orden constitucional.

Por ello, el derecho de participación de los venezolanos no se limita a los clásicos derechos políticos de sufragio, de asociación con fines políticos y de manifestación, sino que se extiende a la obligación por parte de los representantes de rendir cuentas transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado; asimismo, la participación puede resumirse en el derecho de los ciudadanos a intervenir en las decisiones públicas más relevantes de cualquier ámbito territorial –nacional, estatal o municipal-, la presencia de la sociedad civil en los organismos consultivos o decisorios del Estado, en la facultad de la comunidad de revocar el mandato de los funcionarios que ocupan cargos electivos, en la facultad de abrogar las normas jurídicas que se consideran contrarias a las bases constitucionales y, finalmente, como sinónimo de gobierno pluralista o gobierno integrado por los diferentes sectores que operan en la sociedad (Cfr. Rondón de Sansó, Hildegard, *Ad imis fundamentis, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Caracas, 2000). Queda pendiente, sin embargo, la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de 1999, la cual determinará el funcionamiento de los medios de participación y, en este sentido, la misma Carta Magna prevé la posibilidad de que la comunidad organizada proponga a la Asamblea Nacional la mencionada ley o aporte ideas para tal fin.

En este orden de ideas, esta Sala estima que las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, cuenta con la revocatoria del mandato como instrumento político de participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, de carácter real, efectivo, de grandes alcances y significación en el nuevo diseño jurídico político (*vid.* Artículo 70 de la Constitución de 1999), lo que sin duda sólo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el Texto Fundamental, como parte de un nuevo orden jurídico, pues, por medio de dicho mecanismo de participación, el ciudadano podrá ejercer su poder sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo revocación proviene de la palabra latina “*revocatio*”, que significa remover o cambiar, la cual deriva de la voz original latina “*revoco*”, que quiere decir llamar o apelar de nuevo. En inglés recibe el nombre de “*recall*”, palabra que puede traducirse como volver a llamar o nuevo llamamiento.

En búsqueda de una definición de revocación del mandato, el maestro Manuel García Pelayo expresó que se trata del “derecho de una fracción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de expirar su mandato, la cual se llevará a cabo mediante decisión tomada por el cuerpo electoral y con arreglo a determinada proporción mayoritaria”. (Vid. García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional, Manuales de la Revista de Occidente*, Quinta Edición, Madrid, p. 183).

Domínguez Nassar señala que el recall es la facultad concebida al pueblo para promover o lograr la destitución o revocatoria de la representación de un funcionario o elegido, cuando este se conduzca en sus funciones en forma contraria a los intereses populares o del Estado en general (Vid. Domínguez Nassar, Jorge, *El Estado y sus Instituciones*, Repromul S.R.L., Valencia, 1979, p. 283).

Por su parte, Francisco Miró Quesada Rada sostiene que “la revocatoria consiste en el derecho que tiene el pueblo para cambiar a las autoridades que eligió antes que expire su mandato, o a los funcionarios públicos que ocupan altos cargos en la estructura del Estado y cuyas decisiones afectan a los ciudadanos”. Por ello, destacó que la revocación presentaba las siguientes ventajas: 1) autoriza que los electores puedan remover a las autoridades de sus cargos “porque le han perdido la confianza”; 2) permite recordarle a las autoridades que la ineficacia puede ser sancionada por medio de la remoción y que su gestión es el producto de una función pasajera; 3) incrementa el interés ciudadano en los asuntos públicos, porque les permite participar de manera directa en la toma de decisiones políticas (Cfr. Francisco Miró Quesada Rada, *Democracia Directa y Derecho Constitucional*, Arte y Ciencia Editores, pp. 157-173).

Pues bien, en el marco constitucional y doctrinal antes expuesto, pasa de inmediato la Sala a determinar el alcance del artículo objeto de la presente interpretación y, al efecto, observa:

Requisitos de procedencia de la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio y las potestades del Poder Electoral. Comenzando por la primera de las pretensiones indicadas por los recurrentes, consistente en determinar si la convocatoria a referendos revocatorios es una potestad reglada del Poder Electoral, no de naturaleza discrecional, y que debe convocarse en un lapso brevísimo, cabe advertir que la revocación del mandato de los funcionarios electos por votación popular -por ser éstos los que han de responder directamente al pueblo que los eligió por el desempeño de sus cargos-, sólo puede producirse mediante la realización de un referéndum revocatorio, que conforme lo dispone el primer aparte del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se rige por las siguientes reglas:

Primero, la realización de un referéndum revocatorio sólo puede efectuarse una vez transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria. Al respecto, observa la Sala que, quien es elegido debe tener un tiempo determinado para gobernar o legislar, dado que éste es un derecho que le asiste a toda autoridad elegida por el pueblo, a la que los electores también pueden solicitarle que rinda cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado, conforme lo establece el artículo 66 de la Constitución vigente. La “mitad del período”, como límite de naturaleza temporal a partir del cual puede ejercerse la revocación del mandato, sin duda representa un plazo prudencial que permite a los electores tener una visión del desempeño del representante.

Por tal motivo, resulta imprescindible, a los fines de probar el cumplimiento del mencionado requisito, que la solicitud de revocación del mandato exprese con claridad el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo.

Segundo, esta Sala considera importante destacar en el texto constitucional vigente, la preponderancia que reviste la iniciativa popular para convocar las diversas modalidades de referéndum que se contemplan, fundamentalmente, el llamado referéndum revocatorio del mandato.

Por tal motivo, el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece claramente que la solicitud de la convocatoria de un referéndum para revocar el mandato de una autoridad electa, como el Gobernador de Estado, sólo puede tener su origen en una

iniciativa popular y no en la iniciativa de órganos públicos, dado que esta última posibilidad no se corresponde con la ratio de la institución, cual es, que el cuerpo electoral que eligió considere conveniente someter a revisión la actuación de sus representantes.

Aunado a lo anterior, la referida norma contempla que dicha iniciativa popular debe estar constituida por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción. Por ello, tal solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral, la observancia de la exigencia constitucional de la iniciativa popular representada por el veinte por ciento (20%) de los electores y electoras, constatando, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral -organismo subordinado de aquél-, la debida inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación del mandato en el Registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos.

Dicha condición constitucional difiere del porcentaje de ciudadanos exigido para convocar otro tipo de referéndum, en virtud del motivo en que se fundamenta la revocación del mandato, el cual, a juicio del Constituyente de 1999, “es un referendo que debe utilizarse para resolver crisis políticas que sucedan en el Estado y en la sociedad” (*Vid.* Diario de debates de la Asamblea Nacional Constituyente, correspondiente a la sesión ordinario del 12 de noviembre de 1999).

Tercero, la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio que reúna las condiciones anteriores, se formula ante el Consejo Nacional Electoral, órgano del Estado a quien compete la organización, administración, dirección y vigilancia de los referendos, de conformidad con lo establecido en el artículo 293, numeral 5, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al disponer:

“Artículo 293.- El Poder Electoral tiene por funciones:

(*Omissis*)

5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos (...).”

Observa la Sala que, las mencionadas actividades deberán ser desarrolladas por el Poder Electoral conforme “a la Ley Orgánica respectiva”, tal como lo expresa el artículo 292 *eiusdem*.

No obstante, es importante destacar que, la Ley Orgánica a que se refiere dicha norma aún no ha sido dictada, por lo que la Disposición Transitoria Octava del Texto Constitucional, prescribe que “[m]ientras se promulgan las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución, los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral”. Asimismo, advierte esta Sala, que la revocación del mandato es un mecanismo democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme lo dispone el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes, de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente no impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación.

Por ello, estima la Sala que una interpretación coherente de la normativa aludida conduce a afirmar que, hasta tanto sea dictada la Ley correspondiente, el Consejo Nacional Electoral tiene facultades para convocar y organizar cualquier tipo de referéndum, lo cual incluye, entre otras, la fijación de la fecha para su celebración. Sin embargo, el ejercicio de las referidas facultades por parte del máximo ente comicial, que se desencadena al ser presentada la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio, se encuentra sometido a las reglas previstas en el artículo 72 de la Constitución, sin que deje ningún margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud formulada, ni a establecer -en las normativas de carácter sub legal que dicte-, nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente.

Por consiguiente, esta Sala concluye, que una vez que el Consejo Nacional Electoral verifica el cumplimiento irrestricto de las condiciones mencionadas *ut supra* –referentes a que haya transcurrido, al menos, la mitad del período para el cual se había elegido al funcionario o funcionaria, y que un número no inferior del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción así lo pidiesen-, y por ende, declare que las mismas se encuentran satisfechas, correspondería a dicho órgano comicial convocar al referéndum revocatorio solicitado, fijando la oportunidad de su celebración, y organizando, dirigiendo y supervisando los comicios correspondientes.

Quórum exigido para la aprobación del referéndum revocatorio

Solicitaron los recurrentes, que esta Sala Constitucional determinase si la forma de cálculo de los votos a favor de la revocatoria del mandato responde al número nominal (intangibile), establecido en la elección precedente del mismo, y que el veinticinco por ciento (25%) mínimo requerido (*quórum*), responde al número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la solicitud del referendo revocatorio.

Ahora bien, observa esta Sala, que la participación del pueblo en las dos fases principales del proceso referendario, esto es, la convocatoria y la decisión, hacen que esta institución se acerque bastante al ideal de la llamada democracia directa.

De este modo, y como corolario de los postulados de una democracia participativa y protagónica, previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la norma objeto de la presente interpretación no sólo deja la iniciativa de la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio a un porcentaje importante de los electores inscritos (20%), diferenciándose de otros referendos que exigen un porcentaje menor, sino que, adicionalmente requiere que, para su aprobación, se haya manifestado una exigente mayoría para que la revocatoria del mandato tenga valor decisorio.

En efecto, observa esta Sala, que el artículo 72 de la Constitución de 1999 prevé dos condiciones para que se estime válida la revocación del mandato: i) que “igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria”, y ii) que “haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos”.

Ambas condiciones son de particular interés para los recurrentes, por lo que esta Sala estima que la interpretación solicitada no puede hacerse de forma aislada, sólo puede verificarse dentro de un contexto muy particular, como lo es el actual, de orden político y social, e integrarse a los principios que preconizan la nueva fisonomía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de tal manera que la labor interpretativa se realice de forma concatenada con la Constitución de 1999, como norma suprema inspiradora de todo el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, resulta fundamental entender lo significativo del Preámbulo de la Constitución 1999 cuando declara como su fin trascendente “refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica”, dado que, como ya se ha señalado, la Constitución llama a los ciudadanos a participar en el logro de los fines, las funciones y los cometidos donde el Estado despliega su acción gubernativa; asimismo, define a la democracia como protagónica, lo cual se traduce en una exhortación para que el ciudadano asuma labores de formación, ejecución y control de la gestión pública desde una perspectiva próxima al buen gobierno; y más aún, concibe a un ciudadano corresponsable del funcionamiento del Estado, no tan sólo en la búsqueda de la vigencia plena de los derechos civiles y sociales, sino también en la política estratégica de la República (*vid.* Artículo 4 de la Constitución de 1999).

Considera esta Sala importante destacar, que este nuevo orden constitucional, incluye dentro de este concepto de participación al principio de la representación, no como opuesto a la participación, sino como formando parte de ella. Así, el núcleo de la representación en términos democráticos se preserva en la Constitución de 1999 -elección de representantes, sufragio libre, libertad de asociación política-, pero con restricciones claras a la libertad del elegido –la rendición de cuentas y la revocación del mandato-, “que muestran una clara disposición del constituyente de

mantener la voluntad del representante y la voluntad del representado en una armonía de funcionamiento, desiderátum central del gobierno democrático, donde el hacer del gobierno traduzca de forma simétrica la voluntad del pueblo” (Bracho Grand, Pedro L. y Miriam Alvarez de Bozo, “Democracia Representativa en la Constitución de 1999” en *Estudios de Derecho Público Vol. I, Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001).

La participación aparece, entonces, como un derecho, como un fin del Estado, como una forma de ejercicio del gobierno, y como una forma de entender el ejercicio de la soberanía en el Estado, tal como lo establece el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al disponer:

“Artículo 5.- La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y 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”.

En este orden de ideas, observa esta Sala que, la revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempañado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Siendo así las cosas, considera la Sala que el requerimiento del constituyente de 1999, cuando estableció en el segundo aparte del artículo 72, determinadas condiciones cuantitativas para que se considere revocado el mandato del funcionario electo, tiene como propósito demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio ejecutado, de manera que no haya duda sobre la pérdida tan grave de popularidad del funcionario que deviene en ilegítimo, y la desaprobación de su gestión, por lo que resulta lógico que se exija que su revocación se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejercía, siempre que un quórum mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobar la gestión del mandatario cuestionado.

Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente –por lo menos–, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno.

Efectos del referéndum revocatorio: sustitución del funcionario revocado.

Por último, solicitaron los recurrentes se determinare si en caso de resultar procedente la revocatoria del mandato por la voluntad plasmada en el referendo, debe considerarse que se ha producido una falta absoluta en el cargo público de elección popular, que amerite convocar a elecciones inmediatas.

Al respecto, observa la Sala que la revocación, tal como ha sido concebida por nuestro constituyente en la norma objeto de estudio, es un mecanismo de remoción o separación categórica del funcionario electo por votación popular, incluidos los Gobernadores del Estado. De tal forma que, si el referéndum arroja un resultado favorable al representante, en principio, éste tiene derecho a seguir ejerciendo su magisterio por el resto del período, pero, si, por el contrario, es proclamado el resultado de la consulta al cuerpo electoral, como favorable a la revocación del mandato, el artículo 72 de la Constitución vigente establece expresamente que “se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes”.

La referida disposición constitucional instituye, entonces, dos aspectos fundamentales: i) la revocación del mandato por vía de referéndum de todos los cargos y magistraturas de elección popular, produce la falta absoluta de los mismos, y ii) en cuyo caso, debe procederse de inmediato a cubrir la vacante, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

En tal sentido, advierte esta Sala que, en caso de revocatoria del mandato del Presidente o Presidenta de la República, la falta absoluta del mismo será cubierta de inmediato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone:

“Artículo 233.- Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo”. (Subrayado de la Sala).

De acuerdo con lo expresado, la Constitución prevé los casos de falta temporal y de falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República, antes y después de la toma de posesión.

Ahora bien, observa la Sala que, cuando la falta absoluta es generada por la revocación popular del mandato, obviamente se ha de producir después de la toma de posesión y una vez transcurrida la mitad del período del mandato, esto es, después de los tres años de gobierno. En tal sentido, la vacante sería cubierta en forma inmediata de la manera siguiente:

1) Si la falta absoluta se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes y, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República, el Vicepresidente Ejecutivo.

El Presidente o Presidente electo que tome posesión del cargo, completará el período constitucional faltante.

2) Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo asumirá la Presidencia de la República hasta completar el fin del mandato.

En caso de revocatoria del mandato de los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, la vacante sería llenada por el suplente respectivo por el resto del período, y en caso de revocatoria del mandato de los funcionarios estadales, metropolitanos y municipales se procedería a llenar las vacantes de conformidad con lo dispuesto en las leyes sobre la materia.

En atención a lo anterior, tomando en cuenta que los recurrentes plantean dudas con relación a la sustitución de los Gobernadores de Estado, en el supuesto de que sea revocado su mandato, observa la Sala que la falta absoluta en dicha jefatura es cubierta conforme a la normativa vigente, de la siguiente forma:

La Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado vigente, en el Capítulo IV, De la Forma de Suplir a los Gobernadores, establece en su artículo 16, lo siguiente:

“Artículo 16.- Las faltas absolutas y temporales de los Gobernadores serán suplidas por el funcionario que corresponda, de acuerdo con el procedimiento y con las formalidades previstas en la correspondiente Constitución del Estado”. (Subrayado de la Sala).

En efecto, la norma transcrita se refiere a las vacantes en el cargo de Gobernador de Estado, estableciendo dos tipos: las temporales y las absolutas. Asimismo, dicha disposición denota una remisión a otro cuerpo normativo, cuando encarga a las Constituciones de los respectivos Estados la determinación del funcionario que habrá de cubrir la vacante, así como del procedimiento y formalidades con arreglo a los cuales se hará efectiva la sustitución de este funcionario.

No obstante, lo anterior, precisa esta Sala señalar que, ante la posibilidad de que algunas Constituciones de Estado no prevean la manera de cubrir la falta absoluta de los Gobernadores, la propia Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado, permite llenar este vacío legislativo, cuando regula el mecanismo de nombramiento y elección de un Gobernador en caso de vacantes absolutas. En tal sentido, el artículo 21 de la referida Ley, establece:

“Artículo 21.- Mientras las Constituciones de los Estados no regulen la forma de suplir la falta absoluta de los Gobernadores electos, conforme a lo previsto en esta Ley, se procederá de la siguiente manera:

(*Omissis*)

Si la falta absoluta se produjere en la segunda mitad del período, la Asamblea Legislativa [hoy Consejo Legislativo], dentro de los treinta (30) días siguientes, procederá a designar por votación secreta, un nuevo Gobernador para el resto del período. Mientras se elige al nuevo Gobernador, se encargará de la Gobernación el Secretario General de Gobierno o el funcionario ejecutivo a cargo de los asuntos políticos. Esta interinaria deberá ser ratificada por la Asamblea Legislativa o la Comisión Delegada en su caso, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes”.

Considera la Sala debe entenderse, en consonancia con la disposición transitoria que el artículo transcrito contempla -cuya aplicación sólo será procedente en tanto en cuanto las Constituciones de los Estados no regulen la forma de suplir la falta absoluta de los Gobernadores electos-, que cuando la falta absoluta del Gobernador de Estado se produce en la segunda mitad del período, como sería el caso de la revocación del mandato por referéndum, se encargará de la Gobernación el Secretario General de Gobierno, cuyo interinato deberá ser ratificado por la Comisión Legislativa o la Comisión Delegada en su caso, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, mientras la Comisión Legislativa procede a designar por votación secreta, un nuevo Gobernador para el resto del período dentro de los treinta (30) días siguientes a la concurrencia de la falta absoluta.

Por tal razón, considera esta Sala que los argumentos esgrimidos por los recurrentes con relación a la convocatoria a elecciones “en un plazo no mayor de quince (15) días continuos”, con el objeto de llenar la falta absoluta del Gobernador de Estado, producida por la revocatoria de su mandato, no se corresponde con el sentido y alcance que debe darse al artículo 19 de la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, pues, cuando se analiza dicha norma se infiere que su contenido está necesariamente vinculado a lo dispuesto en el artículo 18 *eiusdem*, toda vez que el llamado a nuevas elecciones de Gobernadores de Estado, en el lapso antes señalado, sólo se verificaría en caso de producirse una falta absoluta del Gobernador, antes de juramentarse o de cumplir la mitad del período que le corresponde. Así, concluye esta Sala que, el contenido de los artículos 18 y 19 de la referida Ley, no son aplicables al caso concreto que motiva la presente

solicitud de interpretación constitucional, dado que, en atención a los requisitos exigidos por la Constitución de 1999, la revocación del mandato del funcionario electo sólo procede cuando ha transcurrido, al menos, la mitad del período para el cual fue elegido.

TSJ-SC (287) 13-2-2003, Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Caso: Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, RDP N° 93-94/ 95-96, pp. 221 y ss.

Observa la Sala, que el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula un mecanismo electoral de participación política y se limita a señalar la oportunidad a partir de la cual puede efectuarse la solicitud de referendo revocatorio ante el Consejo Nacional Electoral, esto es, una vez transcurrida la mitad del período, y nada señala respecto de la oportunidad para recolectar las firmas, las cuales, lógicamente deben preceder a la solicitud, sólo podrían recolectarse en el término establecido en dicho precepto constitucional. En todo caso, dicho medio de participación política es de estricta reserva legal, de conformidad con los artículos 156, numeral 32, en concordancia con la parte in fine del artículo 70 eiusdem, por lo que establecer un requisito temporal para la recolección de las mencionadas firmas conllevaría menoscabar dicho principio de técnica fundamental.

El 29 de enero de 2003, los ciudadanos **FREDDY LEPAGE SCRIBANI, LUIS BELTRÁN FRANCO, PEDRO SEGUNDO BLANCO y CARLOS CASANOVA LEAL**, titulares de las cédulas de identidad números 2.149.190, 4.077.498, 4.984.836 y 4.095.872, respectivamente, en su carácter de Diputados a la Asamblea Nacional, ocurrieron ante esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia e interpusieron, en nombre propio “y en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos de los habitantes de la nación venezolana”, solicitud de interpretación respecto del sentido y alcance del artículo 72 de la Constitución de la República de Venezuela.

En la misma fecha, se dio cuenta en Sala del presente expediente y se designó ponente al Magistrado doctor José Manuel Delgado Ocando, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

Realizada la lectura del expediente, pasa la Sala a decidir, previas las consideraciones siguientes:

I

DE LA SOLICITUD

La solicitud de interpretación en cuestión versa sobre el sentido y alcance del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo contenido, textualmente, es el siguiente:

(Omissis...)

1. Señalaron los solicitantes, que es un hecho notorio comunicacional la crítica y difícil situación política del país, la cual “*se ha visto reflejada en el llamado ‘paro cívico nacional’ y en la crisis de gobernabilidad actual*”, y que “*una de las salidas que se ha planteado en la llamada ‘Mesa de Negociación y Acuerdos’ es la convocatoria al Referéndum Revocatorio señalado en el artículo 72 constitucional*”.

2. Expusieron que el 18 de diciembre de 2002, el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, manifestó en un acto celebrado en el Teatro Teresa Carreño de Caracas, la posibilidad de abandonar el poder previa la celebración de un referendo revocatorio, con base en el citado artículo, “*en agosto de 2003*”.

Igualmente, que el ex Presidente de los Estados Unidos de América, Jimmy Carter, “*ha hecho una propuesta que el llamado ‘Grupo Internacional de Países Amigos’ ha acogido como una de las dos (2) opciones para encontrar una ‘salida democrática, pacífica, electoral, rápida y*

práctica para Venezuela’, ello en palabras de los cancilleres de estos países amigos”, consistente en la convocatoria a un referendo consultivo el próximo 19 de agosto de 2003, “ni in día antes ni un día después”.

3. Manifestaron que, mediante sentencia N° 759 del 16 de mayo de 2001, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpretó la normativa que regula el período presidencial, “*pero generó mayor duda, ya que extendió en cuatro (4) meses y veintidós (22) días, es decir más allá de los seis (6) años previstos en el artículo 230 constitucional, el período del actual presidente; por lo que se presentan dudas sobre cual es la mitad a la que alude el artículo 72 (de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), como uno de los requisitos formales (...) para ejercer e invocar el referéndum revocatorio*”.

4. En tal sentido, solicitaron a la Sala pronunciamientos sobre los aspectos que siguen:

- a. Determinar la mitad del período presidencial del ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías.
- b. Fijar el sentido y alcance del artículo 72 de la Carta Magna, respecto del quórum para la validez del referendo revocatorio. Sobre el punto, aducen tener dudas razonables con relación a la frase “*(...) siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos*”, y si se refiere a los electores inscritos para el momento de elección del funcionario cuya revocatoria se solicita o, por el contrario, a los electores inscritos para el momento de la solicitud de dicho mecanismo de participación política.
- c. Precisar, igualmente, si cuando el mencionado artículo 72 hace mención a “*un número no menor del veinte por ciento de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción*”, al objeto de la solicitud de un referendo revocatorio, se refiere a los electores inscritos al momento de la elección del funcionario cuya revocatoria se solicita o, en cambio, a los electores existentes al momento de la solicitud.
- d. Establecer el “momento temporal exacto (*sic*)” a partir del cual “pueden los interesados en la convocatoria al referéndum revocatorio empezar oficialmente a recolectar las firmas necesarias para convocarlo”.

5. Finalmente, instaron a esta Sala a decidir la presente solicitud de interpretación constitucional como un asunto de mero derecho y “*sin la menor dilación posible (sic) en vista de la relevancia que (...) reviste*”.

II

DE LA COMPETENCIA DE LA SALA

Esta Sala ya ha declarado, desde su sentencia N° 1.077 del 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León Briceño*) su competencia para conocer de las solicitudes de interpretación del texto constitucional. Si bien no existe una disposición concreta que la prevea, tal solicitud se fundamenta en la cualidad que tiene esta Sala como máxima garante del Texto Fundamental, así como en el desarrollo del poder que expresamente se le atribuye para la interpretación vinculante de sus normas. En esta ocasión, la Sala se limita a reiterar tal criterio, expuesto en numerosas sentencias posteriores (*cf.* sentencias núms. 1309/2001, 759/2002 y 867/2002 y 2926/2002).

Así, se ha señalado que su facultad interpretativa respecto de este medio está supeditada a que la norma a interpretar esté contenida en la Constitución (sent. N° 1415/2000 del 22 de noviembre caso: *Freddy Rangel Rojas, entre otras*) o integre el sistema constitucional (sent. N° 1860/2001 del 5 de octubre, caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*), del cual formarían parte los tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organizaciones internacionales (*cf.* sent. N° 1077/2000 del 13 de diciembre caso: *Servio Tulio León*) o las normas de carácter general dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente (*cf.* al respecto sent. N° 1563/2000, caso: *Alfredo Peña*).

Así, pues, en virtud de que se solicita la interpretación de una disposición de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –su artículo 72- esta Sala asume la competencia para conocer de la presente solicitud y pasa a pronunciarse sobre su admisibilidad. Así se declara.

III

DE LA ADMISIBILIDAD

La Sala ha establecido, al objeto de la admisión de la solicitud de interpretación constitucional, de manera concurrente, los requisitos que se enumeran a continuación:

1.- Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda razonable que afecte de forma actual o futura al solicitante.

2.- Novedad del objeto de la acción. Esta causal de inadmisibilidad 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.- Que lo peticionado a la Sala no coincida en un todo con el objeto principal de una controversia que curse o pueda cursar ante otro tribunal o instancia judicial, esto es, será admisible la solicitud cuando la consulta exija un análisis de la norma constitucional que, si bien puede estar relacionada con el caso planteado ante otra instancia judicial, pueda y deba ser resuelta dicha duda en el solo plano de la constitucionalidad. Ello ocurriría en aquellos casos de novedad de una norma en el marco del ordenamiento jurídico constitucional y el consecuencial grado de imprecisión respecto a su alcance por la falta del debido desarrollo legislativo (cf. sentencia N° 2507 de 30-11-01, caso: *Ginebra Martínez de Falchi* y sentencia N° 2714 de 30-10-02, caso: *Delitos de lesa humanidad*).

4.- Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sent. N° 2657/2001, del 14-12-01, recaída en el caso: *Morela Hernández*);

5.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la solicitud es admisible;

6.- Que el escrito sea inteligible y que no contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.

En el presente caso, se solicita la interpretación constitucional del artículo 72 de la Carta Magna y, específicamente, se pide a la Sala pronunciarse sobre los aspectos siguientes:

a. Determinar la mitad del período presidencial del ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías.

b. Fijar el sentido y alcance del artículo 72 de la Carta Magna, respecto del quórum para la validez del referendo revocatorio. Sobre el punto, aducen tener dudas razonables con relación a la frase “(...) *siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos*”, y si se refiere a los electores inscritos para el momento de elección del funcionario cuya revocatoria se solicita o, por el contrario, a los electores inscritos para el momento de la solicitud de dicho mecanismo de participación política.

c. Precisar, igualmente, si cuando el mencionado artículo 72 hace mención a “*un número no menor del veinte por ciento de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción*”, al objeto de la solicitud de un referendo revocatorio, se refiere a los electores inscritos al momento de la elección del funcionario cuya revocatoria se solicita o, en cambio, a los electores existentes al momento de la solicitud.

d. Establecer el “*momento temporal exacto (sic)*” a partir del cual “*pueden los interesados en la convocatoria al referéndum revocatorio empezar oficialmente a recolectar las firmas necesarias para convocarlo*”.

Sobre el primer aspecto de la solicitud, esta Sala observa que en sus sentencias números 457/2001 y 759/2001, del 5 de abril y 16 de mayo de 2001, respectivamente (casos: *Francisco*

Encinas Verde y otros y William Lara, en su orden), se pronunció sobre la vigencia temporal del actual período presidencial. En ambos fallos, este órgano jurisdiccional dispuso lo que se transcribe a continuación:

“a) el inicio del actual período del Presidente es la fecha de su toma de posesión, previa juramentación ante la Asamblea Nacional, el día 19-08-99 (*sic*), de acuerdo con los artículos 3 y 31 del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, y la duración es la de un período completo, es decir, por seis años, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 3 *eiusdem*; si se admitiera el acortamiento del actual período se violaría este artículo; b) el próximo período constitucional comienza el 10-01-07, según lo dispone el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; c) el Presidente de la República deberá continuar en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, hasta el 10-01-07, ya que, de otro modo, habría que enmendar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el sentido de señalar, **como inicio del mandato presidencial siguiente el día 19 de agosto, en vista de que el actual período concluye el mismo día y el mismo mes del año 2006**, conforme lo prevé el artículo 3 del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, a menos que se desaplique el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual sería inconstitucional y, enmendador, por ende, de la norma suprema” (Negrillas de este fallo).

En adición a lo anterior, por notoriedad judicial (sobre la institución, ver sentencia N° 150 del 24-03-00, caso: *José Gustavo Di Mase Urbaneja y Carmen Elisa Sosa Pérez*) se conoce que el 4 de febrero de 2003, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de las inconsistencias y contradicciones expresadas públicamente respecto a la duración del actual período constitucional para el ejercicio de la Presidencia de la República, reiteró el contenido de la mencionada sentencia N° 457/2001, en un comunicado a la opinión pública nacional, cuyo contenido parcial fue el siguiente:

- “1.- (...) el actual período presidencial comenzó el 19 de agosto de 2000, fecha en la cual el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías prestó juramento del cargo como Presidente de la República ante la Asamblea Nacional.
2. - (...) la duración del mandato es de seis (6) años a partir de la fecha antes mencionada.
- 3.- (...) en razón de lo anterior, debe corregirse que la mitad del mandato se cumple el 19 de agosto de 2003”.

Por tal razón, dado que el primer aspecto de la presente solicitud de interpretación constitucional versa sobre un asunto previamente resuelto por este órgano jurisdiccional, el cual ratifica su criterio expuesto en los fallos transcritos *supra*, el mismo resulta inadmisibile. Así se declara.

Con relación al segundo aspecto de la solicitud, esto es, el quórum exigido para la aprobación del referendo revocatorio estipulado en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala observa que en su sentencia N° 1139 del 5 de junio de 2002 (caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*), oportunidad en la que resolvió una solicitud de interpretación constitucional sobre el sentido y alcance de dicho artículo, se pronunció sobre el punto y, expresó lo siguiente:

“Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el *quórum* mínimo de participación efectiva en el *referéndum* revocatorio, debe estar representado necesariamente –por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno”.

Por tal motivo, dado que el segundo aspecto de la presente solicitud de interpretación constitucional, igualmente, guarda relación con un asunto previamente resuelto por este órgano jurisdiccional en el fallo *supra* transcrito de manera parcial, criterio que persiste en el ánimo de la Sala, el mismo deviene inadmisibile. Así también se declara.

Sobre el tercer planteamiento, esto es, si la mención “*número no menor del veinte por ciento de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción*”, al objeto de la solicitud del referendo revocatorio, se refiere a los electores inscritos al momento de la elección del funcionario cuya revocatoria se solicita o, en cambio, a los electores existentes al momento de la solicitud, esta Sala observa que en el fallo anteriormente citado este órgano de la jurisdicción constitucional, igualmente se pronunció al respecto. Se señaló en dicho fallo:

“Aunado a lo anterior, **la referida norma contempla que dicha iniciativa popular debe estar constituida por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción.** Por ello, tal solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral, la observancia de la exigencia constitucional de la iniciativa popular representada por el veinte por ciento (20%) de los electores y electoras, constatando, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral **-organismo subordinado de aquél-, la debida inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación el mandato en el Registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos**”.

Se colige de lo expresado en el párrafo transcrito, que la frase “*electores inscritos*” tiene relación con el momento de la solicitud del referendo revocatorio, por lo que es en esa oportunidad que la mencionada Comisión de Registro Civil y Electoral verificará la “*inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación del mandato*”.

Dado, pues, que el tercer aspecto de la solicitud de interpretación constitucional constituye, igualmente, un asunto previamente resuelto por la Sala, el mismo es inadmisibile, dada la persistencia en el ánimo de este órgano jurisdiccional respecto del criterio *supra* expuesto. Así también se declara.

Con relación al cuarto aspecto de la solicitud, esto es, establecer el “*momento temporal exacto (sic)*” a partir del cual “*pueden los interesados en la convocatoria al referéndum revocatorio*” empezar oficialmente a recolectar las firmas necesarias para convocarlo, esta Sala observa que el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual regula la figura del referendo revocatorio, nada menciona respecto del momento en el cual puede iniciarse la recolección de firmas al objeto de solicitar la realización del referendo revocatorio.

Aun así, esta Sala juzga que en dicho aspecto de la solicitud de interpretación constitucional no existe una duda razonable respecto del sentido y alcance del artículo 72 de la Carta Magna, sino una pretensión de regulación de la figura del referendo revocatorio, consistente en establecer el momento a partir del cual pueden recolectarse las firmas con el objeto solicitar su convocatoria.

Observa la Sala, que el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula un mecanismo electoral de participación política y se limita a señalar la oportunidad a partir de la cual puede efectuarse la solicitud de referendo revocatorio ante el Consejo Nacional Electoral, esto es, una vez transcurrida la mitad del período, y nada señala respecto de la oportunidad para recolectar las firmas, las cuales, lógicamente deben preceder a la solicitud, sólo podrían recolectarse en el término establecido en dicho precepto constitucional.

En todo caso, dicho medio de participación política es de estricta reserva legal, de conformidad con los artículos 156, numeral 32, en concordancia con la parte *in fine* del artículo 70 *eiusdem*, por lo que establecer un requisito temporal para la recolección de las mencionadas firmas conllevaría menoscabar dicho principio de técnica fundamental.

Por tal razón, dado que lo pretendido por los solicitantes implicaría una afectación del principio de técnica fundamental de la reserva legal, según lo dispuesto en dichos artículos 156.32 y 70, este órgano judicial, en ratificación de su criterio jurisprudencial al respecto (ver sentencia N° 1029 del 13 de junio de 2001, caso: *Asamblea Nacional*), declara inadmisibile dicho aspecto de la solicitud. Así también se declara.

En conclusión, sobre la base de la anterior motivación, esta Sala declara inadmisibile la solicitud de interpretación constitucional interpuesta por los ciudadanos Freddy Lepage Scribani, Luis Beltrán Franco, Pedro Segundo Blanco y Carlos Casanova Leal, titular de las cédulas de identidad N° 2.149.190, 4.077.498, 4.984.836 y 4.095.872, respectivamente, en su condición de Diputados a la Asamblea Nacional, respecto del sentido y alcance del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

TSJ-SC (1937) 15-7-2003, Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando, Caso: Controversia constitucional entre el Alcalde del Municipio Píritu del Estado Falcón y el Concejo Municipal de dicha entidad político territorial, RDP N° 93-94/95-96, p. 228.

Existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución, que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde.

Ahora bien, en cuanto a la colisión entre el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, alegado por el accionante, se advierte que en sentencia n° 579 del 22 de marzo de 2002, caso: *Rafael Salazar Serrano*, esta Sala precisó que:

“...la iniciativa para el referendo revocatorio no es competencia del Concejo Municipal, a quien sólo incumbe la iniciativa para el referendo consultivo en ‘materias de especial trascendencia municipal y parroquial’, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 *eiusdem*. Trátándose, por tanto, de un referendo revocatorio, cuya iniciativa corresponde a un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras según el artículo 72 de la misma Constitución, es claro que la iniciativa consagrada en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (iniciativa del Concejo en caso de no aprobación de la Memoria y Cuenta del Alcalde) colide con la iniciativa popular prevista en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara”.

Como ya lo ha establecido la Sala, existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución, que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde.

Por los fundamentos expuestos, esta Sala Constitucional, a fin de garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desaplica el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio, por ser opuesto a lo previsto en el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución y, en consecuencia, declara con lugar el conflicto constitucional entre autoridades planteado y deja sin efecto el Acuerdo n° 11 dictado el 13 de noviembre de 2002, por el Concejo Municipal del Municipio Píritu del Estado Falcón, sólo con respecto de la suspensión del Alcalde accionante, el nombramiento del Alcalde encargado y la convocatoria a referendo revocatorio, por ser contrario a lo dispuesto por el artículo 72 del Texto Fundamental.

Sin embargo, se mantienen los efectos del mencionado acuerdo, referidos a la aprobación o no de la memoria y cuenta de la gestión anual del Alcalde, en los términos exigidos por el aludido artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, con el propósito de hacer efectiva la responsabilidad civil, administrativa o penal del Alcalde, si a ello hubiere lugar, y así se decide.

TSJ-SC (2750) 21-10-2003, Magistrado Ponente: Antonio J. García García, Caso: Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. RDP N° 93-94/95-96, pp. 229 y ss.

La Sala reitera que el artículo 72 de la Constitución de la República debe ser entendido en el sentido de que el porcentaje mínimo de electores que deben solicitar el referendo revocatorio y que deben participar efectivamente en la consulta, se toma en cuenta con base en el número de electores que esté inscrito para la fecha de esos actos: la solicitud y el referendo, y no con base en quienes estuvieran inscritos para el momento en que se efectuó la elección original.

Para esta Sala no existe ambigüedad alguna en la disposición estudiada, y ante la existencia de pronunciamientos anteriores sobre el contenido y alcance del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acerca de las inquietudes planteadas, esta Sala declara inadmisibles el presente recurso de interpretación, al obedecer el mismo a puntos ya resueltos por esta Sala. No obstante, lo anterior, la Sala considera necesario hacer algunas consideraciones adicionales a la interpretación ya establecida ante la propia confusión que generan, con mejores o peores argumentos, sectores interesados en una u otra forma de interpretación. En tal sentido observa:

En el referido artículo 72 del Texto Fundamental se prevé que al menos él: a) 20% de electores inscritos en la circunscripción de que se trate solicite la convocatoria a referendo; b) que al menos participe en el referendo un 25% de los electores inscritos para que pueda ser válido.

Se establecen, así, un porcentaje mínimo para solicitar el referendo y uno para que pueda tomarse en cuenta el resultado del mismo, con lo que aunque hubiera sido convocado correctamente, no tendrá valor alguno si existe escasa participación. Esto último, sin duda, es una forma de evitar que pueda ser revocado el mandato de un funcionario electo con base en el resultado de un referendo con alta abstención.

El artículo 72 también dispone que sólo se revocará el mandato del funcionario si votan a favor de ello al menos una cantidad de personas igual al número de quienes lo eligieron en su momento, como una manera de impedir que funcionarios que alcanzaron su puesto con altos porcentajes de apoyo popular puedan perderlo por simple mayoría.

Ahora bien, el recurrente sostuvo que hay quienes han creído ver en el artículo 72 una ambigüedad, al no precisarse si esos porcentajes a que se ha hecho referencia se calculan con base en los electores inscritos para la fecha de la elección o si puede tomarse el registro del momento de la solicitud, que por lo general será mayor al original, al haberse incorporado a él los que alcanzaron la mayoría de edad.

Para la Sala es clara la norma: se refiere al porcentaje de *personas que estén inscritas en el momento de cada acto, bien sea para solicitar la convocatoria* (para lo que hará falta un mínimo del 20%) *o para formar el número mínimo de votantes que dé valor al resultado del referendo* (que debe ser del 25%). *Ninguna importancia tiene, a estos efectos, el número de electores inscritos para la fecha de la elección del funcionario.*

Observa la Sala que esa conclusión, además, se corresponde con el carácter democrático del proceso relacionado con un referendo, cualquiera que éste sea. La intención es consultar a la población -que tenga derecho constitucional y legal para participar- su parecer sobre cierto aspecto de trascendencia.

En el caso de autos, ese aspecto es el de la permanencia en el cargo de un funcionario que fue electo, sin importar que en el momento de su elección el ahora interesado no hubiera podido o querido participar.

El accionante dejó clara su interpretación: que sólo debería tomarse en cuenta el número de personas que originalmente podrían haber participado. Es más, de manera vacilante -pues en algunos párrafos le da importancia y en otros no- hizo ver que ni siquiera deberían solicitar referendo ni participar en él quienes se abstuvieron en su oportunidad, como si el desinterés o imposibilidad del pasado les inhabilitara para el futuro.

Esta Sala no puede compartir ese criterio, pues hacerlo implicaría desconocer el derecho a la participación ciudadana. Cualquiera que haya sido la razón para no estar inscrito en el registro electoral en el momento de la elección o sin importar si la persona que pudo votar no lo hubiera hecho –por el motivo que fuese- lo cierto es que el referendo revocatorio tiene su causa en el deseo de una parte de la población en que un funcionario electo deje de ejercer un cargo. Ese ánimo, por supuesto, puede tenerlo cualquiera que sea elector para la fecha en que se efectúe la solicitud o se haga el referendo.

En el fondo de todo parece estar la convicción de que sólo puede revocar un mandato aquél que lo dio. De otra manera no se entiende cómo el recurrente ha afirmado que quienes se abstuvieron de votar en su momento deben asumir las consecuencias de su omisión.

Sin embargo, de ser así sólo podrían votar quienes a su vez votaron a favor del funcionario, que de esa forma le retirarían la confianza que depositaron en él. El resto de la población –los que no podían votar, los que se abstuvieron, o los que votaron por otro- jamás habrían dado su apoyo, por lo que tampoco tendrían que retirárselo. Eso constituiría una forma de asimilar el mandato político al mandato del Derecho Común, con el que en realidad no guarda mayor relación. No es difícil entender –y cree la Sala que nadie seriamente ha defendido esa concepción- que sería absurdo pensar de esa manera, empezando porque el secreto del voto impide saber quiénes dieron al funcionario la mayoría suficiente para obtener el cargo. Pero al igual que es absurdo ello, también lo es limitar el derecho a quienes hayan votado, así sea en contra.

El recurrente no parece percatarse de que en su recurso hay una gran contradicción: pretende que se declare que debe tomarse en cuenta el número de inscritos para la fecha de la elección, pero sus consideraciones permiten ver que en realidad cree que sólo pueden solicitar un referendo y participar en él quienes votaron en su oportunidad. Ello, claro está, de modo alguno puede derivarse de la Constitución, la cual siempre se refiere a “*electores inscritos*”, hayan votado o no.

En realidad, no importa si se votó o no, si se estaba inscrito o no. Ha sido el pueblo del momento el que confirió el mandato y es el pueblo de ese segundo momento el que puede revocarlo. La integración del pueblo puede haber variado, aumentando o disminuyendo en número, y el registro electoral de la fecha de que se trate debe ser la única referencia.

Por supuesto, según nuestra vigente Constitución sí existe un número de la elección original que es fundamental para el referendo posterior: sólo puede revocarse el mandato de un funcionario electo si el mismo número de personas, como mínimo, vota en su contra. Allí sí hace falta acudir al pasado; no al número de inscritos, sino al número de efectivos votantes a favor del candidato que resultó electo.

Son las exigencias de la democracia: las mayorías deben prevalecer, sin que constituya olvido de las minorías, por lo que el Constituyente no quiso que se produjese la revocatoria de un mandato político, a menos que fuera evidente no sólo una mayoría en contra del funcionario electo, sino una mayoría superior a la que le permitió llegar a ocupar su cargo. Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato.

Por lo expuesto, esta Sala reitera que el artículo 72 de la Constitución de la República debe ser entendido en el sentido de que *el porcentaje mínimo de electores que deben solicitar el referendo revocatorio y que deben participar efectivamente en la consulta, se toma en cuenta con base en el número de electores que esté inscrito para la fecha de esos actos: la solicitud y el referendo, y no con base en quienes estuvieran inscritos para el momento en que se efectuó la elección original*. Así se declara.

TSJ-SC (3430) 5-12-2003, Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Caso: Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, RDP N° 93-94/95- 96, pp. 231-232.

Todo proceso referendario que vaya a realizarse con fundamento en el artículo 72 de la vigente Constitución, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para ello, podrán

concurrir tanto los electores que deseen manifestar su voluntad de revocar el mandato conferido a un determinado funcionario de elección popular, como aquellos que desean manifestar su voluntad de que el mismo permanezca en el ejercicio de sus funciones, pues tanto unos como otros tienen, por ser iguales ante la ley, el derecho constitucional a expresarse en forma libre y soberana por una u otra opción.

Señalados como han sido los requisitos que debe cumplir toda solicitud de interpretación constitucional, la Sala observa que, en el presente caso, los ciudadanos Maxin Ross Núñez, Rafael E. Pérez, Enie Nery F. y Lolita Sanabria de Pérez, actuando en su condición de directores de la asociación civil “Rescatemos la República de Venezuela” y de electores por el Estado Miranda, le han requerido que interprete la norma prevista en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al objeto de que precise, en primer lugar, si al acto de celebración del proceso referendario previsto en la referida disposición constitucional tienen derecho a acudir únicamente los electores que están de acuerdo con revocar el mandato del funcionario elegido por votación popular contra el cual se ha solicitado el referendo, o si al mismo también tienen derecho a acudir todos aquellos electores que no están de acuerdo con la revocatoria del funcionario, y, en segundo lugar, qué consecuencia jurídica, conforme al Texto Constitucional, se seguiría si no obstante el número de votos a favor de la revocatoria del mandato popular supera el número de votos con que fue elegido el respectivo funcionario, dicho número, a su vez, es superado por el número de votos contra la revocatoria del mandato popular.

Ahora bien, esta Sala considera que las dudas interpretativas presentadas por los solicitantes como fundamento de su petición de interpretación, han sido resueltas en su decisión N° 2750/2003, del 21-10, caso: *Carlos E. Herrera Mendoza*, en la cual se estableció:

“Son las exigencias de la democracia: las mayorías deben prevalecer, sin que constituya olvido de las minorías, por lo que el Constituyente no quiso que se produjese la revocatoria de un mandato político, a menos que fuera evidente no sólo una mayoría en contra del funcionario electo, sino una mayoría superior a la que le permitió llegar a ocupar su cargo. Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato” (Subrayado de esta decisión).

De acuerdo con lo declarado por la Sala en el extracto de la sentencia citada *supra* y que se reitera en el presente fallo, congruente con los principios democrático, del pluralismo político y de la primacía de los derechos humanos que constituyen, de acuerdo con el artículo 2 constitucional, valores superiores del ordenamiento jurídico, a todo proceso referendario que vaya a realizarse con fundamento en el artículo 72 de la vigente Constitución, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para ello, podrán concurrir tanto los electores que deseen manifestar su voluntad de revocar el mandato conferido a un determinado funcionario de elección popular, como aquellos que desean manifestar su voluntad de que el mismo permanezca en el ejercicio de sus funciones, pues tanto unos como otros tienen, por ser iguales ante la ley, el derecho constitucional a expresarse en forma libre y soberana por una u otra opción.

Igualmente, en cuanto a la consecuencia jurídica que debe seguirse al hecho de que los votos en contra de la revocatoria del mandato sean superiores a los votos a favor de dicha revocatoria, aun en el supuesto de que éstos resultasen ser más que los obtenidos por el funcionario al momento de ser elegido mediante el sufragio, de la sentencia antes citada se desprende que tal consecuencia no puede ser otra que la confirmación (relegitimación) del funcionario por los electores en el cargo cuyo mandato pretendió ser revocado por otro sector de la población con derecho al sufragio, por ser la misma cónsona con la regla de la mayoría, inherente al principio democrático consagrado en el ya mencionado artículo 2 de la Norma Fundamental, y congruente con la propia norma del artículo 72 constitucional, que si bien se limita a establecer el número de votos necesarios para que opere la revocatoria del mandato, en modo alguno puede interpretarse en el sentido de desconocer o negar la posibilidad de que tal número de votos sea superado por los depositados en contra de tal revocatoria.

Así las cosas, visto que la interpretación constitucional solicitada en este caso persigue que la Sala se pronuncie sobre un asunto que ya ha sido objeto de consideración por ella en su decisión N° 2750/2003, del 21-10, y visto que el criterio contenido en dicho fallo se mantiene en su ánimo, la misma resulta inadmisibles por no ofrecer novedad alguna en cuanto a su objeto. Así se decide.

TSJ-SC (1173) 15-6-2004, Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Caso: Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, RDP N° 97-98, 2004, pp. 208 y ss.

La revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente.

En tal caso, señala la Sala Constitucional que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución, según la cual los Diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado de conformidad con el mecanismo previsto en el artículo 72 ejusdem, no podrán optar a cargos de elección popular en el siguiente período, no es aplicable al Presidente de la República.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aun cuando prevé el referendo como medio de participación política en su artículo 70 y regula sus modalidades, esto es, consultivo, revocatorio, aprobatorio y abrogatorio, en los artículos 71 al 74, respectivamente y, además, señala los efectos respecto de la elegibilidad pasiva de los diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado, nada señala sobre los demás funcionarios electos mediante el sufragio, el Presidente de la República entre ellos.

Ahora bien, el artículo 233 del Texto Fundamental prevé que la revocatoria popular del mandato conferido al Presidente de la República constituye una falta absoluta, la cual debe suplirse del modo previsto en dicha disposición, que, a la letra, señala lo siguiente:

“Artículo 233. Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: su muerte, su renuncia, o su destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, su incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado como tal por la Asamblea Nacional, así como la revocación popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes.

Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Si la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente. Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar dicho período” (Negrillas de este fallo).

De conformidad con la norma transcrita, la revocatoria del mandato otorgado al Presidente de la República, conforme al mecanismo previsto en el artículo 72 de la Carta Magna, generaría una falta absoluta de dicho funcionario, la cual sería cubierta de los modos siguientes:

a.- Si la revocatoria del mandato opera antes de concluido el cuarto año de su período constitucional (en el caso del corriente, de conformidad con lo señalado por esta Sala en sus sentencias núms. 457/2001 y 759/2001, del 5 de abril y 16 de mayo de 2001, respectivamente, casos: *Francisco Encinas Verde y otros*, y *Willian Lara*, en su orden; antes del 19 de agosto de 2004), tal falta sería cubierta por un nuevo Presidente de la República, resultante de una nueva elección universal, directa y secreta a realizarse dentro de los treinta (30) días consecutivos siguientes a la revocatoria, al cual correspondería concluir el período en curso; y

b.- En el caso de que la revocatoria se produzca durante los últimos dos años del período constitucional (en el caso del presente período presidencial, si se produjera con posterioridad al 19 de agosto de 2004), la falta sería cubierta por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, quien asumiría la Presidencia de la República hasta completar dicho período. Visto lo anterior, esta Sala observa que la revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente.

Ahora bien, de las alegaciones vertidas por el solicitante, se desprende que al Presidente de la República debería aplicársele, igualmente, la disposición contenida en el artículo 198 de la Carta Magna, el cual establece una restricción a los Diputados de la Asamblea Nacional para postularse a cargos de elección popular en el período siguiente a la revocatoria popular de su mandato.

En tal sentido, la Sala juzga que de ser cierta tal afirmación constituiría una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, cual es, el derecho a la participación del Presidente de la República (*cfr.* sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1996, caso: *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*), en una de sus vertientes, el derecho de postulación, consagrado en el último párrafo del artículo 67 de la Carta Magna, el cual textualmente dispone:

“Artículo 67. (...)

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

Además de lo antes dicho, dicha restricción no se encuentra en la Constitución ni en ley alguna, y pertinente es señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*Gaceta Oficial* N°31.256 del 14 de junio de 1977), la cual, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, es de aplicación preferente cuando contenga disposiciones sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas en el ordenamiento interno, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Dicha Convención, en su artículo 30, dispone lo siguiente:

“Artículo 30. Alcance de las Restricciones.

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Sobre dicho artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su opinión consultiva N° 6 del 9 de mayo de 1986, precisó:

“La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.

En concordancia con lo antes señalado, las restricciones al derecho de participación política, derecho consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser expresas, y figurar en la Carta Magna o en leyes en sentido formal.

Así las cosas, dado que el artículo 124 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política remite, respecto de las condiciones de elegibilidad del Presidente de la República, a lo dispuesto por la Constitución y, puesto que las únicas restricciones existentes en el Texto Fundamental para optar a dicho cargo son las contenidas en sus artículos 65, 227 y 229, y ninguno de ellos señala la revocatoria popular del mandato como causal de inhabilitación para ejercerlo, debe entenderse, por argumento a contrario, que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es aplicable respecto del Presidente de la República.

En complemento de lo anterior, la Exposición de Motivos de la Carta Magna, la cual, aun cuando “constituye simplemente una expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma” (cfr. sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001, caso: *Corpoturismo*), contiene una ilustrativa mención que permite deducir la intención del Constituyente con relación a los efectos del referendo revocatorio aplicado a los Diputados a la Asamblea Nacional y su distinción con los efectos producidos por dicho mecanismo sobre los demás funcionarios electos popularmente.

Señala la Exposición de Motivos, a la letra, lo que sigue:

“En cuanto al control sobre los diputados, se busca el ejercicio efectivo y eficiente de la función parlamentaria, al tiempo que obliga a la vinculación con las entidades federales y el pueblo. El Estado requiere un desarrollo legislativo acorde con los cambios del país y un eficiente control sobre la Administración Pública y el Gobierno.

De allí que la función parlamentaria sea a dedicación exclusiva, salvo las excepciones establecidas. Los diputados están obligados a mantener vinculación permanente con sus electores, atendiendo sus opiniones y sugerencias, informándolos acerca de su gestión y la de la Asamblea; que rindan cuenta anualmente de la gestión **y que estén sometidos al referendo revocatorio del mandato, con la consecuencia inmediata en caso de producirse, de no poder ejercer cargos de elección popular dentro del período siguiente**” (negritas de este fallo).

Sobre la base de la anterior motivación y en atención al principio constitucional de preeminencia de los derechos fundamentales establecido en el artículo 2 de la Carta Magna, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según la cual los Diputados a la Asamblea Nacional, cuyo mandato fuere revocado de conformidad con el mecanismo previsto en el artículo 72 *eiusdem*, no podrán optar a cargos de elección popular en el siguiente período, no es aplicable al Presidente de la República, y así se decide.

TSJ-SC (14) 6-2-2007, Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba, Caso: Interpretación del artículo 31 de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. RDP N° 109, 2007, pp. 107 y ss.

El proceso de recolección de firmas para convocar un referendo no posee los atributos de un acto de sufragio por cuanto no es ni universal ni secreto. Se trata de un hecho político de carácter proselitista, destinado a convocar voluntades para un fin determinado.

A los fines de determinar la competencia de esta Sala Electoral para el conocimiento del presente recurso de interpretación, se observa que la pretensión del recurrente está referida a normas contenidas en las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, situación que implica que la materia objeto del presente recurso de interpretación es de naturaleza electoral correspondiendo, en consecuencia, el conocimiento del mismo a esta Sala Electoral.

Visto que el contenido del recurso de interpretación planteado efectivamente es de naturaleza electoral, de conformidad con el numeral 52 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con lo que constituye la jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Sala en materia de su competencia, y de manera especial la establecida en la sentencia número 77 del 27 de mayo de 2004, la Sala acepta la declinatoria de competencia realizada por la Sala Constitucional y se declara COMPETENTE para el conocimiento del presente recurso.

En relación a la admisibilidad del presente recurso, esta Sala Electoral, acogiendo criterios de la Sala Político Administrativa, ha establecido una serie de requisitos de cumplimiento obligatorio para la admisibilidad de los Recursos de Interpretación. En este sentido podemos citar sentencia número 21, del 13 de abril de 2005, donde la sala dejó sentado el siguiente criterio:

“En cuanto a la admisibilidad del Recurso de Interpretación en anteriores decisiones dictadas por esta Sala Electoral (93/2000, 102/2000, 64/2002, 121/2002, 159/2002, 21/2003, 64/2003 y 159/2004), se ha venido admitiendo en forma pacífica la doctrina que al respecto expusiera la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia (caso Miguel Mónaco y otros, 19 de enero de 1999). Luego, a raíz de la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, y sobre la base de doctrina emanada de Sala Constitucional (1077/2000), la Sala Político Administrativa de este Alto Tribunal amplió su referida doctrina en materia de admisión del Recurso de Interpretación, mediante sentencia N° 708 de fecha 22 de mayo de 2002, en el sentido siguiente:

“... a fin de preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia; con fundamento en el derecho de acceso a la justicia, el cual permite que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, esta Sala considera que los requisitos requeridos para la admisión del recurso de interpretación legal deben ser los siguientes:

- 1.- Tener legitimación para recurrir, es decir, que la parte solicitante demuestre un interés en la interpretación solicitada, y que dicha interpretación recaiga en un caso concreto.*
- 2.- Que la interpretación solicitada sea de un texto legal, aún cuando el mismo no establezca expresamente la posibilidad de interpretarse.*
- 3.- Que se precise en qué consiste el motivo de la interpretación, es decir, que la parte solicitante señale cuál es -a su juicio- la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones legales objeto de interpretación.*
- 4.- Que esta Sala no se haya pronunciado en sentencias anteriores a la interposición del recurso sobre el punto, y en todo caso, que no sea necesario modificar el criterio sostenido.*
- 5.- Que no se persiga con la interposición del recurso de interpretación legal, sustituir los recursos procesales existentes, u obtener una declaratoria con carácter de condena o constitutiva.*

6.- *Que no se acumule a la pretensión otro recurso o acción de naturaleza diferente, o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias.*

7.- *Que el objeto de la interpretación legal no sea el obtener una opinión previa del órgano jurisdiccional, para solución de un posterior conflicto bien sea entre particulares o entre éstos y los órganos públicos”.*

Como se puede observar, son siete (7) los requisitos establecidos por esta Sala Electoral para la admisibilidad de los Recursos de Interpretación, los cuales en el presente caso se analizan de la siguiente manera:

En cuanto a la legitimación para recurrir, observa esta Sala Electoral, que el recurrente - ANTONIO LEDEZMA DÍAZ - fundamenta su legitimación en su condición de Presidente del Partido Alianza Bravo Pueblo, situación que a juicio de esta Sala efectivamente evidencia interés en la interpretación solicitada; e igualmente observa la Sala que la interpretación requerida recae sobre un caso concreto, como lo constituye la posibilidad de los electores de acudir al Consejo Nacional Electoral a los fines de solicitar su exclusión inmediata del cómputo de las firmas, por lo que estima la Sala que se da por cumplido el primer requisito.

Respecto a la exigencia de que la interpretación solicitada sea de un texto legal, observa la Sala que la interpretación solicitada está referida a las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, contenidas en la Resolución número 030925-465 del 25 de septiembre de 2003, emanadas del Consejo Nacional Electoral, la cual es la única normativa vigente sobre la materia, dada la omisión legislativa al respecto, lo que a juicio de esta Sala da por cumplido este segundo requisito de admisibilidad.

En relación al tercer requisito, que exige en qué consiste el motivo de la interpretación y que, en tal sentido, la parte solicitante señale cuál es en su opinión la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones legales objeto de interpretación, observa esta Sala Electoral que el recurrente ha señalado como supuesta oscuridad o ambigüedad de las normas cuya interpretación solicita, el que podía entenderse de dicha norma que los ciudadanos cuyas firmas han sido calificadas como válidas dentro de un proceso de referendo revocatorio, en un acto de arrepentimiento pueden concurrir a reparos y solicitar la exclusión de su firma, con lo cual estima esta Sala cumplido este tercer requisito.

En cuanto al cuarto y quinto de los requisitos antes señalados, referidos a que no exista pronunciamiento previo de esta Sala Electoral sobre la interpretación que se está solicitando e igualmente que no se pretenda la sustitución de los recursos procesales existentes, observa esta Sala Electoral, que no ha existido pronunciamiento previo sobre la interpretación de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular e igualmente que el procedimiento utilizado y la pretensión planteada están referidas a la interpretación de dichas normas, por lo que no hay sustitución de los recursos procesales existentes, por lo que, en consecuencia, da esta Sala por cumplidos igualmente estos dos requisitos.

Finalmente, en lo relativo a la exigencia de no acumulación de pretensiones o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias, así como que el objeto de la interpretación legal no sea el obtener una opinión previa del órgano jurisdiccional para solución de un posterior conflicto, observa la Sala que en el presente caso no se han acumulado pretensiones o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias, ni mucho menos se invoca el que se esté pretendiendo solucionar un conflicto posterior, razón por la cual da la Sala por cumplidos igualmente estos requisitos.

En razón de lo antes señalado considera esta Sala que se dio cumplimiento a los requisitos de admisibilidad para los Recursos de Interpretación, razón por la cual declara admisible el presente recurso. Así se decide.

Considera necesario señalar esta Sala Electoral, que si bien el presente recurso de interpretación fue planteado bajo el escenario del referéndum revocatorio presidencial celebrado en el año 2004, no es menos cierto que a la presente fecha no ha sido dictada por la Asamblea Nacional la Ley correspondiente sobre los procesos referendarios, por lo que, en consecuencia, mantienen

plena vigencia las NORMAS PARA REGULAR LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR dictadas por el Consejo Nacional Electoral y, hasta tanto no surja ninguna nueva regulación sobre el particular las mismas son actualmente aplicables a cualquier proceso referendario que pretenda realizarse en el escenario político venezolano. En virtud de ello, estima necesaria esta Sala Electoral realizar la interpretación solicitada por el ciudadano Antonio Ledezma.

El requirente, en el petitorio de su escrito (folio cuatro), plantea que el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, amerita la interpretación de esta Sala, en lo atinente al “supuesto que expresa: ...Asimismo, el elector que alegue que no firmó la planilla, podrá acudir al Consejo Nacional Electoral a los fines de solicitar su exclusión inmediata del computo de las firmas.” Texto que efectivamente aparece en la parte in fine de la citada norma. (Negrillas del accionante)

Igualmente, el solicitante expone apreciaciones relativas a que el acto aludido en el último aparte del artículo 31 *ejusdem*, podría tratarse de un acto de sufragio, razón por la que debe ser ejercido de manera universal, directa y secreta, y en apoyo de lo cual, por una parte, cita la Ley Electoral de 1958, la Constitución de 1961, la Ley del Sufragio y Participación Política y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 63, porque en todos se preceptúa que el sufragio es universal, directo y secreto, y, por otra parte, se fundamenta en que en la norma objeto del recurso de interpretación, el redactor hizo uso del vocablo “elector”, queriendo decir con ello que “se trata de un proceso de elecciones, de lo contrario, no se hiciera referencia en las normas a los electores.” (Negrillas del accionante)

De manera que resulta básico, además de conveniente, para la adecuada exégesis del precepto invocado establecer la naturaleza del acto descrito en el artículo 31, *in fine*, de las NORMAS PARA REGULAR LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, para determinar a continuación si coincide o no con las características inherentes a la emisión del voto democrático reconocido por nuestra legislación: universal, directo y secreto.

El artículo 72 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, establece como requisitos para la revocatoria de los cargos de elección popular mediante la convocatoria de un referendo: que debe ser solicitado por un número no menor del veinte por ciento de electores y que dicha solicitud debe ocurrir transcurrida la mitad del período para el cual fue electo el funcionario objeto del mecanismo revocatorio. De forma tal que se pueden establecer dos etapas claramente diferenciadas una de la otra, que además tienen un orden en el tiempo que es de inexorable cumplimiento: la primera es la solicitud que debe también comprender la satisfacción de las condiciones exigidas por nuestra Magna Carta y la segunda, es la celebración del referendo. Necesariamente, la primera debe llevarse a cabo a cabalidad para que dé paso a la ejecución de la segunda.

Queda claro del requerimiento del ciudadano Antonio Ledezma Díaz, que el asunto se centra en una norma que atañe al primero de estos estadios: el de la solicitud, puesto que el artículo objeto del recurso, el Número 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE ELECCIÓN POPULAR, versa sobre los reparos de las firmas de los convocantes que han sido objetadas por el Consejo Nacional Electoral.

Ahora, atañe al asunto, determinar si la firma de la convocatoria es un voto o no lo es. Todo indica que no lo es porque el voto no es revisable. En efecto, una vez que el sufragio es consignado en la urna -si fuese un proceso manual de votación- o en la máquina -si se tratase de un método automatizado- no hay manera de revisarlo. Caso contrario ocurre con la firma que se plasma en cualquier documento, porque siempre puede ser desconocida por el supuesto autor o revisada e impugnada por un tercero interesado.

En acatamiento de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, el Consejo Nacional Electoral verifica si las firmas y datos son

fidedignos (Artículo 28.4) y si no lo son se consideran inválidas (Artículo 29). Ahora bien, ya ocurrido el aludido control directo del órgano rector electoral, se pasa a una segunda fase en la cual, la norma en el caso de marras (artículo 31) convoca la participación de quienes alegan haber firmado o no (reparos), para que determinen si confirman cada uno de esos supuestos. De esta manera, el Consejo Nacional Electoral concluye una revisión exhaustiva de las firmas que solicitan la convocatoria del referendo con el objeto de determinar su legitimidad más allá de toda duda, esto es, que cada firma se corresponda con la de un ciudadano que actuó para expresar su voluntad de requerir a la máxima autoridad electoral del país la celebración del referendo pertinente.

Ciertamente, no es posible asignarle el carácter secreto a la toma de firmas para convocar el referendo ya que ello alejaría de manera determinante la posibilidad de examinarlas por persona alguna.

Por otra parte, dada la magnitud del número de firmas que se manejan en un evento de este tipo, no hay otra opción para llevar a cabo el control de la veracidad de las firmas que hacerlas públicas -preferible aunque no necesariamente- a través del señalamiento únicamente del número de la cédula de identidad. Recordemos que la recolección de firmas para los referendos en los dos eventos que se desarrollaron durante el año 2003 fueron gerenciados por partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, otras entidades de índole privada y personas naturales que procedieron de *motu proprio*. No había ninguna entidad del Estado que garantizase la pulcritud ni la exactitud en la toma de cada una de las muestras (firmas), lo que llevó necesariamente al control posterior que claramente estatuyó la norma en cuestión.

No perdemos de vista que los procesos electorales son hechos políticos complejos que suponen la expresión de una variedad de derechos ciudadanos, tales como constituir partidos y grupos electorales, hacer propaganda política directa o a través de los medios de comunicación, hacer reuniones y manifestaciones públicas y postular candidatos, pero porque tengan todos como objeto arribar al final a un acto de sufragio universal, directo y secreto, no podemos asumir que cualquiera de los primeros o todos ellos, pueden sustituir a este último.

Así las cosas, queda claro para esta Sala que objetivamente, a la luz de su manifestación física y la intención del consignante, no es equiparable el acto del sufragio con el de la recolección de firmas para la convocatoria de un referendo. Así se declara.

Alude también el peticionario, Antonio Ledezma Díaz, al uso de la voz “elector” que el redactor de la norma hizo, insinuando con ello que hay un factor subjetivo que incide de manera decisiva en la consideración de que se trata de un proceso de elecciones (más concretamente, quiso decir, un proceso de votaciones) y no de uno de recolección de firmas. En efecto, dice el accionante en el folio cuatro de su escrito: “...y se prueba por otra parte, que son válidos los argumentos sobre la naturaleza del sufragio, por cuanto se trata de un proceso de elecciones, de lo contrario, no se hiciera referencia en las normas a los electores.” (Negrillas del peticionario)

Ser “elector” es un atributo de la ciudadanía venezolana. (Solamente para las elecciones municipales puede votar un ciudadano extranjero). Entre ambos conceptos hay una relación de continente a contenido. Todo ciudadano venezolano es un “elector”. En consecuencia, siempre somos ciudadanos y electores. Somos ciudadanos porque tenemos la capacidad para ejercer derechos civiles y políticos y cumplir con deberes constitucionales y, somos electores activos (derecho político) cuando emitimos el voto manual o automatizado, consignándolo en una urna electoral o presionando una tecla en una máquina, así como somos electores pasivos (también un derecho político) cuando aceptamos la postulación para ejercer cargos de elección popular.

De manera que se requiere de un evento de sufragio en el cual participen candidatos previamente postulados y ciudadanos en disposición de depositar su voto, para que aflore la esencia y se convierta en acto un derecho que hasta ese momento solo es potencia, así, se necesita que todo venezolano que nace con la condición de ciudadano cumpla los dieciocho años para ejercer sus derechos civiles y políticos, porque es en ese momento que lo que fue potencia se convierte en acto, como seguramente lo expresaría el filósofo estagirita. (Emile Brehier, *Historia de la Filosofía*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1956. Tomo I, pp. 374 y ss. “La Metafísica de Aristóteles, Teoría de la Sustancia, Materia y Forma, Acto y Potencia”).

Trasladando el razonamiento del campo ontológico al ámbito forense, es lo que jurídicamente se conoce como la manifestación de la capacidad o la medida del ejercicio de nuestros derechos.

Todos somos ciudadanos y, en consecuencia, también electores, pero necesitamos cumplir dieciocho años para ejercer la ciudadanía; igualmente, se requiere de un proceso electoral para ser candidatos o para emitir el voto y, claro está, para actuar efectivamente como electores, en ambos casos.

Ahora bien, habiendo quedado establecido que el acto de recolección de firmas para convocar un referendo no es un acto de sufragio, mal puede deducirse que quien participa en el mismo es un elector en acto, cuando sólo lo es en potencia.

En efecto, si la convocatoria para un referendo cumple con los requisitos que exige el artículo 72 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, se activa el derecho a ser elector que todos poseemos, tanto para los que están de acuerdo con que se lleve a cabo el referendo, como para quienes no lo están y ahora, mediante el evento electoral de la votación en el referendo podrán emitir la opinión contraria.

He aquí otra notable diferencia porque el voto es universal, lo que significa que toda la ciudadanía con capacidad para votar (electores) puede participar, mientras que el acto de recolección de firmas es parcial, pues solamente acuden los que tienen interés en el objeto de la convocatoria a referendo.

Por otra parte, la intención de quien firma para la convocatoria de un referendo pone en evidencia esa voluntad y no otra, puesto que, aunque podamos deducir que también tiene el deseo de revocar el mandato del funcionario para quien está pidiendo el referendo, necesario es entender que formalmente, tal hecho está *in pectore* y que solo podrá hacerse realidad cuando emita su voto en la oportunidad de la celebración del referendo. Más aun, en el inter regno podría cambiar de opinión y -llegado el momento de sufragar en el referendo-, expresarse de manera diametralmente contraria a la voluntad expuesta cuando firmó para la convocatoria.

De manera que el hecho de que el redactor de la norma utilice el término de “electores”, no autoriza para efectuar la inferencia según la cual la solicitud para convocar un referendo es igual al referendo mismo y, por vía de consecuencia, siendo ambos hechos electorales, la recolección de firmas es lo mismo que la consignación de los votos. Más bien, pareciera ser una fórmula de estilo de parte del Consejo Nacional Electoral para dirigirse a los ciudadanos que actúan dentro del ámbito de su esfera de competencia. Así como para los órganos de la administración pública es de estilo dirigirse a los “*administrados*” y para los tribunales de justicia aludir a quienes buscan en ellos solución a sus conflictos, hacerlo mediante los sustantivos de “*demandante*” y “*demandado*”. Así se declara.

Vistos los argumentos y razonamientos que anteceden, esta Sala concluye que el proceso de recolección de firmas para convocar un referendo no posee los atributos de un acto de sufragio por cuanto no es ni universal ni secreto. Así se declara.

Queda por establecer la naturaleza del acto de recolección de firmas para solicitar la convocatoria de un referendo. Porque si no se trata de un acto de sufragio, entonces ¿qué es?

El constituyente fijó los parámetros para que prosperase la convocatoria a referendo revocatorio en el artículo 72 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA; uno de ellos es que hubiese transcurrido más de la mitad del período del mandato y el otro es que lo solicite un número no menor del veinte por ciento de ciudadanos con capacidad de elegir.

De manera que la intención de quienes promocionan el referendo es la conquista de adeptos que se manifiesten no solamente de palabra, sino que firmen una planilla que además contenga los datos que demuestran su ciudadanía y su capacidad para elegir, algo determinante porque no tendría sentido que firme la convocatoria un menor o un incapacitado políticamente por pena accesoria a la de presidio, si luego no podrá depositar su voto.

Más aun, la manera como se organizó la toma de muestras (firmas) durante tres días continuos, tanto para el oficialismo que pretendía la convocatoria de un referendo revocatorio para diputados, como para los grupos políticos que lo buscaba para el presidente de la República, significó –no solo que se procuraba un lapso lo suficientemente amplio como para que físicamente se pudiesen practicar las rúbricas en las planillas-, sino que esas setenta y dos horas se constituyeron en un período de intenso proselitismo político destinado a ganar adherentes y según el cual la publicidad que se le daba al proceso por todos los medios de comunicación de masas y la propaganda de los interesados, proyectaba que cada firma que se estampaba era un efectivo avance para el objetivo previsto. Todo lo cual luce perfectamente normal, porque la firma al ser parcial y pública tiene un valor de prosélito que no tiene el voto, precisamente porque éste es universal y secreto.

Cuando por la televisión se muestran filas de ciudadanos que esperan para estampar su firma convocando un referendo y además explica el locutor que se espera una masiva participación, solo podemos entender que se trata de personas que van a expresarse en el único sentido de convocar el referendo; mientras que ocurriendo lo mismo en un evento de votaciones no hay manera de tener certeza en relación a cuál es la orientación de cada elector.

Esa columna de electores que aparece en la pantalla del noticiero televisivo, aguardando turno para votar no tiene valor propagandístico para ninguno de los bandos porque es universal y secreta, y -en consecuencia- carece de valor proselitista, porque es neutra. Ocurre todo lo contrario cuando un grupo de ciudadanos espera por su turno para firmar la planilla que solicita la convocatoria a referendo, porque se trata de un acto parcial y público, que se pronuncia de una sola manera y *per se* constituye una acción proselitista y si además es publicitado, se convierte en un acto de propaganda.

Incluso en los micromundos que forman parte de la vida cotidiana de los habitantes del país tenemos demostraciones de este aserto. Verbigracia: en las carteleras de los edificios de propiedad horizontal es común encontrar comunicaciones con solicitudes a la Junta de Condominio que exhiben las firmas de los requirentes, precisamente porque lo que valora la petición es la rúbrica de los *condomine*, además de que la publicidad propicia la aparición de nuevos adeptos.

Para Guillermo Cabanellas, proselitismo es el “celo, fervor o actividad tendiente a ganar adeptos, a hacer partidarios de una causa. Es el objeto de toda propaganda, para captar afiliados, y de toda campaña electoral para conseguir electores.” (G. Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI, Editorial Helista; p. 481).

Siendo el evento de la recolección de firmas para convocar un referendo revocatorio de mandato popular, además del cumplimiento de un requisito constitucional, una actividad tendiente a ganar adeptos y conseguir electores, necesario es concluir que estamos ante un hecho político de carácter proselitista, destinado a convocar voluntades para un fin determinado, en este caso, la celebración del referendo. Así se declara.

En virtud de lo anterior, concluye esta Sala que el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, versa sobre la segunda y última fase del control posterior para verificar la originalidad y legitimidad de las firmas que pretenden la convocatoria de un referendo revocatorio, así como que el evento de recolección de firmas no es un acto de sufragio, siendo más bien una manifestación de proselitismo político destinada a obtener la convocatoria a un referendo que si constituye un fenómeno político en el cual los electores se expresan de manera directa, universal y secreta.

TSJ-SC (1399) 4-7-2007, Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López, Caso: Recurso de interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, RDP N° 111, 2007, pp. 163 ss.

La Sala señala quienes deben cubrir las faltas absolutas de los legisladores de los Consejos Legislativos y de los Alcaldes cuando es revocado sus mandatos. También determina

si los funcionarios a los cuales le ha sido revocado su mandato pueden presentarse como candidatos en las próximas elecciones para ser reelegidos inmediata-mente para un nuevo período.

La presente solicitud tiene por objeto la interpretación de la disposición contenida en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativa a la posibilidad de convocar referendos revocatorios, por las razones que previamente se han expuesto, solicitud que encuadra en los supuestos acogidos por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional.

Asimismo, aprecia la Sala que los peticionantes plantean la resolución de una duda surgida con ocasión de una norma constitucional vigente que carece de desarrollo legislativo, como es el caso de la revocatoria del mandato de cargos de elección popular, que representa una de las novedades de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.

El precepto transcrito contempla, como esencia del régimen democrático, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos, que incluye a los alcaldes, los legisladores de los consejos legislativos, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, al disponer que *“todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables”*.

Es menester señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga al principio democrático una función primordial en la formación y funcionamiento de los poderes públicos. En tal sentido, el Preámbulo indica que el objetivo de la Constitución es el de *“...refundar la República para establecer una sociedad democrática participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”*, y el artículo 2, define al Estado Venezolano como Democrático y Social de Derecho y de Justicia, *“que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”*, principios constitucionales que se conciben en el Texto Fundamental, como verdaderos principios de actuación, superándose con ello anteriores concepciones conforme a las cuales se consideraban meros enunciados de valor únicamente programático.

Así pues, se evidencia que el Texto Fundamental acoge el principio de la participación, cuyo contenido reconoce a los ciudadanos el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. De esta forma la Constitución establece y desarrolla una serie de principios que garantizan a los ciudadanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad en todos los ámbitos de la vida republicana, siendo la participación

ciudadana un medio eficiente para desarrollar los postulados de una democracia participativa y protagónica. Tal y como lo estableció esta Sala en sentencia N° 1139 del 5 de junio de 2002, caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*

“...el derecho de participación en los asuntos públicos no se limita a los clásicos derechos políticos de sufragio, de asociación con fines políticos y de manifestación, sino que se extiende a la obligación por parte de los representantes de rendir cuentas transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado; asimismo, la participación puede resumirse en el derecho de los ciudadanos a intervenir en las decisiones públicas más relevantes de cualquier ámbito territorial –nacional, estatal o municipal-, la presencia de la sociedad civil en los organismos consultivos o decisorios del Estado, en la facultad de la comunidad de revocar el mandato de los funcionarios que ocupan cargos electivos, en la facultad de abrogar las normas jurídicas que se consideran contrarias a las bases constitucionales y, finalmente, como sinónimo de gobierno pluralista o gobierno integrado por los diferentes sectores que operan en la sociedad (Cfr. RONDÓN DE SAN SO, Hildegard, *Ad imis fundamentis*, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas. Caracas, 2000).

En este orden de ideas, dentro de las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, se encuentra la revocatoria del mandato como instrumento político de participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, lo que sin duda sólo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el Texto Fundamental, pues, por medio de dicho mecanismo de participación, el ciudadano podrá ejercer su poder sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario”.

No obstante, constituye un hecho notorio que aun no ha sido dictada la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual determinará el funcionamiento de los medios de participación y, en este sentido, la misma Carta Magna prevé la posibilidad de que la comunidad organizada proponga a la Asamblea Nacional la mencionada ley o aporte ideas para tal fin.

En primer lugar, resulta claro que la revocatoria del mandato, tal como ha sido concebida por nuestro constituyente, es un mecanismo de remoción o separación categórica del funcionario electo por votación popular, de tal forma que, si el referendo arroja un resultado favorable al representante, en principio, éste tiene derecho a seguir ejerciendo su magisterio por el resto del período, pero, si por el contrario, es proclamado el resultado de la consulta al cuerpo electoral, como favorable a la revocatoria del mandato, el artículo 72 de la Constitución establece expresamente que “*se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta con-forme a lo dispuesto en la Constitución y las leyes*”. Así, la referida disposición constitucional instituye dos aspectos fundamentales: i) la revocación del mandato por vía de *referéndum* de todos los cargos y magistraturas de elección popular produce la falta absoluta de los mismos, y ii) en cuyo caso, debe procederse de inmediato a cubrir la vacante, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Establecido lo anterior, esta Sala observa que, con respecto a la duda referida a la forma de suplir las vacantes producidas por las eventuales revocatorias del mandato de legisladores a los consejos legislativos de los estados, el último aparte del artículo 162 de la Constitución prevé que “*...Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad de jurisdicción territorial, se regirá por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables (...)* La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo”.

Por su parte, con respecto a los concejales, el artículo 175 *eiusdem* establece que “*La función legislativa del Municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejales elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de*

elegibilidad que determine la ley". Ahora bien, el sistema electoral, entendido como "el conjunto de procedimientos mediante los cuales los votos expresados por los electores determinan la atribución de los escaños o puesto a cubrir" (MOLAS BATLLORI, I; "Sistema electoral" en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Coord. Manuel Reyes Aragón, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, p. 196), se encuentra regulado por un conjunto de normas que desarrollan el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos.

Así pues, el sistema electoral es materia constitucional, por cuanto en él se determina la composición de los órganos representativos del Estado, ya que, mediante las elecciones, la voluntad política de los ciudadanos se transforma en posiciones de poder estatal que determinan, en sus rasgos esenciales, la dirección política del Estado. En tal sentido, el Texto Fundamental consagra como principio constitucional que debe garantizar la ley electoral, la personalización del sufragio y la representación proporcional. Ahora bien, el sistema electoral para elegir a los representantes a los cuerpos deliberantes se encuentra previsto en el artículo 12 de la vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual dispone que:

"Artículo 12. El sistema electoral para escoger Diputados al Congreso de la República, Diputados a las Asambleas Legislativas y Concejales es el proporcional personalizado.

En cada entidad federal, se dividirá entre dos (2) el número de Diputados a elegir. El número entero o el menor más próximo al resultado de esta división corresponderán a los Diputados a ser electos en forma nominal, el resto se elegirá por lista, según el principio de la representación proporcional.

Para la elección de Concejales se determinarán igualmente circunscripciones electorales en cada Municipio, de acuerdo a la siguiente relación: sesenta y seis por ciento (66%) de los cargos se elegirán de forma nominal y el treinta y cuatro por ciento (34%) e los cargos se elegirán de acuerdo a la aplicación del principio de la representación proporcional".

Así pues, de acuerdo con la ley electoral y conforme a lo ordenado por el Texto Constitucional, los ciudadanos, en virtud de la conjunción entre las dos formas de candidaturas (nominal y por lista), toman dos decisiones con dos votos. Con uno elige a una lista postulada por un partido y, con el otro, escogen a los postulados a los cargos nominales correspondientes a su circunscripción. En el caso de los candidatos postulados nominalmente, cada organización política postula tantos candidatos como cargos a elegir nominalmente en la circunscripción respectiva y dos (2) suplentes por cada uno (1) de ellos, y resultarán electos los que reciban la mayoría de los votos en la circunscripción (cardinales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política). En el caso de los candidatos postulados por lista, cada partido presentará una lista que contenga hasta el triple de los puestos a elegir por esta vía, el número de escaños que corresponde a cada lista, se adjudica, proporcionalmente, al número de votos obtenido por cada agrupación política o alianza electoral, según el método de cocientes electorales establecido en el artículo 16 *eiusdem*, los cuales serán adjudicados siguiendo el orden de las listas correspondientes; y una vez adjudicados los candidatos principales, se asignarán los suplentes en un número igual al doble de los principales, en el orden de la lista, tal como lo prevé el artículo 15 *idem*.

Establecido lo anterior, resulta claro que en caso de producirse la falta absoluta en virtud de la revocatoria del mandato de legisladores a los consejos legislativos de los estados o de concejales o de los miembros de las juntas parroquiales, dichas falta será cubierta por sus respectivos suplentes en el orden en que resultaron elegidos en los correspondientes comicios, y así se declara.

Con respecto a las faltas absolutas producidas por la revocatoria del mandato de los alcaldes, tenemos que el cuarto aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece que "*Cuando la ausencia absoluta se deba a la revocatoria del mandato por el ejercicio del derecho político de los electores, se procederá de la manera que establezca la ley nacional que desarrolle esos derechos constitucionales*". Sin embargo, tal como se señaló *supra*, aun no ha sido dictada la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la cual hace referencia la norma legal transcrita.

Ello así, constatada la ausencia de norma legal expresa para resolver la falta absoluta producida por la revocatoria del mandato de los alcaldes, y en aras de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, esta Sala estima necesario pronunciarse al respecto, para lo cual debe recurrir a la integración del Derecho, específicamente a uno de los métodos, a saber, la autointegración.

Con relación a tal labor integradora, esta Sala en su decisión N° 3027 del 14 de octubre de 2005, caso: *César Armando Caldera Oropeza*, precisó lo siguiente:

“A decir de Larenz, las normas jurídicas, contenidas en la ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y sólo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El ordenamiento jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones (Larenz, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 257-258).

Como lo señala ese autor, ‘si bien la interpretación de la ley constituye la tarea inmediata de una Jurisprudencia encaminada a la praxis jurídica, sin embargo, la Jurisprudencia nunca se ha agotado ahí.

Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente tiene ‘lagunas’ [al menos en ese sentido]. Asimismo, se ha reconocido desde hace tiempo la competencia de los tribunales para colmar las lagunas legales (...) La interpretación de la ley y el desarrollo del Derecho no deben verse como esencialmente diferentes, sino sólo como distintos grados del mismo proceso de pensamiento. Esto quiere decir que ya la simple interpretación de la ley por un tribunal, en tanto es la primera o se aparta de la interpretación anterior, supone un desarrollo del Derecho, aunque muchas veces el tribunal todavía no es consciente de ello; así como, de otra parte, el desarrollo judicial del Derecho que rebasa los límites de la interpretación se sirve constantemente de métodos ‘interpretativos’ en sentido amplio. Hemos señalado como límite de la interpretación en sentido estricto el posible sentido literal. Un desarrollo del Derecho más allá de este límite llevado metódicamente, pero todavía en el marco del plan original, de la teleología de la ley misma, es interpretación de lagunas, desarrollo del Derecho inmanente a la ley; un desarrollo del Derecho todavía más allá de ese límite, pero dentro del marco y de los principios directivos de todo el orden jurídico, es desarrollo del Derecho superador de la ley’ (*Ibidem*, pp. 359-360).

Según ‘Bobbio, ‘Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos que podemos llamar, siguiendo la terminología de Carnelutti, de heterointegración y de auto-integración. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante’ (Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Sexta reimpresión, Debate, Madrid, 1999, p. 242)”.

En el presente caso, la Sala se limitará a realizar una expresa labor de autointegración del Derecho, ante la ausencia de regulación expresa y específica para cubrir las faltas absolutas de los alcaldes en el supuesto que ésta se produzca a consecuencia de la revocatoria popular de su mandato.

En efecto, el tercer aparte del propio artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal prevé la solución general en caso de faltas absolutas producidas cuando ha transcurrido más de la mitad del período, la cual coincide con el supuesto del referendo revocatorio del mandato, en virtud de que éste, conforme al artículo 72 de la Constitución, sólo se puede solicitar una vez transcurrido la mitad del respectivo período.

En tal sentido, la referida norma establece que *“Cuando la falta absoluta se produjere transcurrida más de la mitad del período legal, el Concejo Municipal designará a uno de sus integrantes para que ejerza el cargo vacante de alcalde o alcaldesa por lo que resta del periodo municipal...”*.

Así pues, en caso de resultar revocado el mandato de los alcaldes, mientras que no se promulgue la legislación que regule específicamente la materia, deberá aplicarse lo dispuesto en el tercer aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y, en consecuencia, la falta producida deberá ser cubierta por el concejal designado por el concejo municipal respectivo, quien ejercerá el cargo por el resto del período, y mientras se designa éste, estará encargado de la alcaldía el Presidente del Concejo Municipal tal como lo prevé el *in fine* del aludido precepto legal. Así se decide.

Con respecto a la posibilidad de que los funcionarios a los cuales le ha sido revocado su mandato puedan presentarse como candidatos en las próximas elecciones para ser reelegidos inmediatamente para un nuevo período, esta Sala advierte que es necesario diferenciar el régimen aplicable a los legisladores de los consejos legislativos de los estados, de aquel aplicable a los alcaldes, concejales y miembros de las juntas parroquiales.

En efecto, con respecto a los legisladores de los consejos legislativos de los estados, el último aparte del artículo 162 de la Constitución prevé que *“...Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad de jurisdicción territorial, se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables (...) La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo”*.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados establece lo siguiente:

“Artículo 4. Las condiciones de elegibilidad e inelegibilidad de los legisladores y legisladores a los Consejos Legislativos de los Estados son las mismas establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional”.

El precepto legal transcrito remite al régimen de elegibilidad de los legisladores a los consejos legislativo a lo previsto en el Texto Constitucional con respecto a los diputados a la Asamblea Nacional. Al efecto, la *Norma Normarum* prevé para los diputados que les fuere revocado el mandato, una situación de inelegibilidad temporal para optar a cargos de elección popular para el siguiente período. Así, el artículo 198 de la Constitución establece que *“El diputado o diputada a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado, no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período”*.

Resulta claro entonces que, al remitir la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados al Texto Fundamental, a fin de asimilar el régimen de los legisladores al de los diputados a la Asamblea Nacional, la situación de inelegibilidad prevista expresamente en el artículo 198 de la Constitución resulta aplicable a legisladores de los consejos legislativos. En consecuencia, los legisladores cuyo mandato resultare revocado no podrán postularse para cualquier otro cargo de elección popular en el período siguiente.

Con respecto a los alcaldes, concejales y miembros de las juntas parroquiales, y la eventual aplicación de la causal de inelegibilidad prevista expresamente en el artículo 198 de la Constitución, la Sala juzga que tal posibilidad constituiría una limitación al ejercicio del derecho a la participación política de dichos funcionarios, en una de sus vertientes, el derecho de postulación, consagrado en el último párrafo del artículo 67 de la Carta Magna, el cual textualmente dispone:

“Artículo 67.

(...)

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

Además de lo antes dicho, tal restricción no se encuentra en la Constitución ni en ley alguna, y resulta pertinente señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 31.256 del 14 de junio de 1977), la cual, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, es de aplicación preferente cuando contenga disposiciones sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas en el ordenamiento interno, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Dicha Convención, en su artículo 30, dispone lo siguiente:

“Artículo 30. Alcance de las Restricciones.

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En concordancia con lo antes señalado, las restricciones al derecho de participación política, derecho consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser expresas, y figurar en la Carta Magna o en leyes en sentido formal.

Así las cosas, dado que la Constitución ni la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, ni la Ley Orgánica del Poder Público Municipal señala la revocatoria popular del mandato como causal de inhabilitación para ejercerlo, debe entenderse, por argumento *a contrario*, que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es aplicable respecto de los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, y así se decide.

Por último, con respecto a que si en caso de resultar procedente la revocatoria del mandato por la voluntad plasmada en el referendo, se debe considerar que se ha producido una falta absoluta en el cargo público de elección popular, que amerite convocar a elecciones inmediatas, esta Sala observa que el artículo 72 de la constitución prevé la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, como la oportunidad para solicitar la convocatoria del referendo revocatorio de su mandato.

Ello así, y en consideración a que la revocatoria del mandato produce la falta absoluta del alcalde revocado, como se indicó, la solución que esta Sala considera aplicable es la prevista en el tercer aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la cual prevé la designación de quien ejercerá el cargo vacante por lo que resta del período. En consecuencia, no se daría inicio a un nuevo período sino a la culminación de aquel que venía ejerciendo el funcionario revocado.

Igual circunstancia opera en el caso de los legisladores a los consejos legislativos de los estados, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, ya que las faltas absolutas producidas por la revocatoria del mandato de los funcionarios principales serían llenadas por sus respectivos suplentes, los cuales terminarían el periodo iniciado por los funcionarios revocados. Así se decide.

Con fundamento en las razones expuesta esta Sala Constitucional declara resuelta la solicitud de interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, planteado por el Consejo Nacional Electoral.

TSJ-SE (147) 17-10-2016, Magistrada Ponente: Indira Maira Alfonzo Izaguirre, Caso: Interpretación de los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargo de Elección Popular, RDP N° 147-148, pp. 273-278.

La Sala electoral declara que la convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República. La falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nula la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial. La etapa de recolección de las manifestaciones de voluntad no puede ni debe confundirse con el referéndum en estricto sentido, en el cual sí participa la totalidad del padrón electoral, universalidad que abarca a todos los electores tanto a los que apoyan la revocatoria del mandato como a aquéllos que aspiran a ratificar en el cargo al funcionario electivo sometido a la consulta popular. La recolección de las manifestaciones de voluntad no constituye en ningún caso, por consiguiente, ni una consulta, ni un referendo, ni un plebiscito.

... Como quedó expuesto *supra*, el recurso de interpretación interpuesto tiene por objeto la pretensión de que esta Sala se pronuncie sobre el sentido y alcance de los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. Sobre el particular, para resolver la interpretación solicitada esta Sala aprecia la necesidad de puntualizar ciertas consideraciones previas relacionadas con la finalidad de la labor jurisdiccional encomendada a la Sala, y que, dados los alegatos expuestos, pudieran resultar fundamentales para la dilucidación de los mismos.

Ante todo, rige en relación con la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, un principio jurídico conforme al cual debe presumirse la constitucionalidad de los actos que aquéllos emitan. De tal manera, que los actos públicos se presumen legítimos en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con ésta (Véase Sentencia 2855, Sala Constitucional, 20 de noviembre de 2002). Por ello, es imperativo establecer *prima facie* la correspondencia de los instrumentos normativos, que dictó el legislador, con la Constitución, y desde la existencia de una *duda razonable*, proceder al cuestionamiento de su conformidad con ésta.

Asimismo, en la Sentencia de la Sala Constitucional citada, se establece que: “naturalmente, el esfuerzo interpretativo encuentra su justificación en la necesidad de armonizar el texto legal con la Constitución; de manera que, entre diversas posibilidades interpretativas, debe elegirse aquella interpretación acorde con el máximo texto normativo que no devenga en infracción del orden constitucional o cuya interpretación ofrezca dudas razonables; en tal sentido, aparece con ‘carácter preceptivo’ la interpretación conforme con la Constitución”.

De este modo, aprecia la Sala que la resolución de la duda planteada exige tomar como imprescindible parámetro constitucional de referencia el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

“Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.

Como ha dicho la Sala Constitucional en la Sentencia de fecha 05 días del mes de junio de dos mil dos (2002), la norma transcrita contempla, como esencia del régimen democrático, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos (*omisis*) al disponer que todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

“...Al respecto, precisa esta Sala señalar, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por vía de referéndum popular, el 15 de diciembre de 1999, otorga al principio democrático una función primordial en la formación y funcionamiento de los poderes públicos. En tal sentido, el Preámbulo indica que el objeto de la Constitución es el de “refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”, y el artículo 2, define al Estado venezolano como Democrático y Social de Derecho y de Justicia (que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y , en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, principios constitucionales que se conciben en el nuevo texto fundamental, como verdaderos principios de actuación, superándose con ello anteriores concepciones conforme a las cuales se consideraban meros enunciados de valor únicamente programático.

Así se evidencia que, la Constitución de 1999 acoge el principio de la participación, cuyo contenido manifestado en varias de las disposiciones constitucionales, reconoce al ciudadano el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. Nuestra novísima Constitución establece y desarrolla una serie de principios que garantizan precisamente a todos los ciudadanos venezolanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad, en todos los ámbitos de la vida ciudadana, siendo la participación ciudadana un medio eficiente para desarrollar los postulados de una democracia participativa protagónica...”

En este orden de ideas, esta Sala estima que las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, cuenta con la revocatoria del mandato como instrumento político de participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, de carácter real, efectivo, de grandes alcances y significación en el nuevo diseño político (*vid.* Artículo 70 de la Constitución de 1999), lo que sin duda solo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el texto fundamental(...).”

En efecto, observa esta Sala que las disposiciones establecidas en los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargo de Elección Popular, prevén dos condiciones para que se estime válida la revocación del mandato: i) que igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, y ii) que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritas.

Ambas condiciones son de particular interés para el planteamiento del recurrente, por lo que esta Sala estima que la interpretación de las normas en cuestión no puede hacerse de forma aislada, sólo puede verificarse dentro de un contexto muy particular como lo es el actual, de orden político y social, e integrarse a los principios que preconizan la nueva fisonomía del Estado Democrático y Social y de Derecho y de Justicia, de tal manera que la labor interpretativa se realice de manera concatenada con la Constitucional de 1999, como norma suprema inspiradora de todo el ordenamiento jurídico.

En concordancia con lo anterior, se destaca que esta Sala Electoral en otras oportunidades, ha establecido que el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece como requisitos para la revocación de los cargos de elección popular mediante la convocatoria de un referendo: que debe ser solicitado por un número no menor del veinte por ciento de electores, y que dicha solicitud debe ocurrir transcurrida la mitad del periodo para el cual fue electo el funcionario objeto del mecanismo revocatorio. Se pueden evidenciar dos etapas claramente diferenciadas una de la otra, que además tienen un orden en el tiempo que es de inexorable cumplimiento: la primera es la solicitud de convocatoria de un referendo para revocar un mandato, que debe también comprender la satisfacción de las condiciones exigidas por nuestra Magna Carta, y la segunda, es la celebración del referendo propiamente dicho; necesariamente la primera debe cumplirse a cabalidad para que dé paso a la ejecución de la segunda.

Como se indicó, de acuerdo a la sentencia número 566 de la Sala Constitucional de fecha 12 de abril de 2004, la normativa sancionada por el Consejo Nacional Electoral reguladora del referendo revocatorio es ejecución directa e inmediata de la Constitución, en la medida en que no se ha dictado aún legislación alguna para regular las distintas modalidades referendarias. En tal sentido, el órgano electoral al desarrollar normativamente el artículo 72 de la Constitución cuenta con un margen de configuración normativa en razón de que le toca la concreción de los aspectos, requisitos y procedimientos, que dentro del marco de la Constitución, hagan efectivo el ejercicio del mecanismo de participación (referendo revocatorio) en cuestión, en armonía con el resto de principios y valores constitucionales que gravitan sobre la materia, como se desarrollará más adelante.

En uso de sus atribuciones constitucionales, el Consejo Nacional Electoral, sancionó mediante Resolución número 070906-2770 de fecha 6 de septiembre de 2007, publicada en la Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela número 405, de fecha 18 de diciembre de 2007, las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. Este instrumento normativo, en consonancia con las etapas en que se descompone el referendo revocatorio, establece la regulación y procedimiento conforme al cual debe llevarse a efecto la iniciativa popular referendaria prevista en el artículo 72 de la Constitución. A tales fines, se prevén los dispositivos concernientes a las fórmulas organizativas que deben adoptar los ciudadanos para ejercer la solicitud, los requisitos que deben cumplir las organizaciones con fines políticos para desempeñarse como promotores de la solicitud; el procedimiento de recepción de las manifestaciones de voluntad que apoyan la convocatoria del referendo revocatorio, así como la fase de verificación y cuantificación de las manifestaciones de voluntad.

Expuesto lo anterior, se tiene que el presente recurso de interpretación tiene por objeto el esclarecimiento de las dudas que a juicio del recurrente existirían en los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular; concretamente, las dudas planteadas se referirían a la determinación de “las fórmulas de cuantificación de las manifestaciones de voluntad necesarias para activar la convocatoria del referendo revocatorio...” ya que, a juicio del recurrente, “...de la norma citada no se desprende con claridad si la procedencia de la convocatoria requeriría reunir las manifestaciones de voluntad en todos y cada uno de los estados y en el Distrito Capital de la República”. La duda que plantea el recurrente existiría porque, a su decir, a pesar de que el Consejo Nacional Electoral dispuso la organización de los centros y puntos de recolección de las manifestaciones de voluntad según el veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada uno de los estados y del Distrito Capital, expresan los solicitantes, “no se ha hecho público el criterio de ese Poder Electoral en cuanto a si se requiere reunir el veinte por ciento (20%) de las manifestaciones en cada entidad federal”.

Sobre el particular, esta Sala aprecia que, para el esclarecimiento de la duda señalada, es menester indicar que es un hecho público, notorio y comunicacional que el Consejo Nacional Electoral aprobó en fecha 21 de septiembre de 2016, el cronograma conforme al cual se llevará a efecto el evento de la recolección de manifestaciones de voluntad, así como el cuadro de acuerdo con el cual se llevará a cabo la referida recolección. Dicho cuadro es el siguiente:

“La recolección se llevará a cabo por estados de acuerdo con el siguiente esquema:

Fuente: <http://www.cne.gov.ve/web>, ‘CNE aprobó cronograma para recolección del 20% de solicitudes para activar referendo revocatorio’...”. (Resaltado y negrilla de la Sala).

De una simple lectura del esquema aprobado por el Consejo Nacional Electoral para la recolección de las manifestaciones de voluntad, se aprecia que el referido Poder Público asumió como criterio de cuantificación de las indicadas manifestaciones de voluntad el que la recolección de las mismas fuera la expresión del veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada entidad federal y del Distrito Capital, como corresponde a la estructura federal descentralizada de la República Bolivariana de Venezuela según lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución. De lo contrario, no tendría sentido haber explicitado que la recolección se llevará a cabo por estados, ni haber hecho alusión a la cifra de electorales correspondientes al veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada uno de los estados y del Distrito Capital, que integran la República, tal como se verifica en la cuarta columna del transcrito esquema.

Así, el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en particular la correspondiente al numeral 1 del artículo 293 de la Constitución, de conformidad con el cual es atribución constitucional de ese Poder Público “resolver las dudas y vacíos” de que eventualmente adolezcan las leyes electorales ha adoptado un criterio interpretativo sobre la normativa sancionada por esa instancia electoral. Esta atribución constitucional de esclarecer las dudas o colmar los vacíos de la ley electoral, estima esta Sala, tiene plena aplicación cuando se trata de la propia normativa sancionada por el Poder Electoral tal como ocurre con las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. Para esta Sala, es claro que el esquema aprobado por el Consejo Nacional Electoral ostenta la naturaleza de una *interpretación auténtica*, es decir, la atribución específica de sentido a la propia normativa sancionada por el Consejo Nacional Electoral.

Asimismo, estima esta Sala que el criterio expuesto por el Consejo Nacional Electoral tiene asidero en principios y valores constitucionales de trascendencia jurídica. En este caso, como se señaló, el criterio asumido por el Consejo Nacional Electoral se corresponde con el particular modelo venezolano de Estado Federal Descentralizado, que se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, establecido en el artículo 4 de la Carta Fundamental; tomando en cuenta que los estados son entidades federales autónomas e **iguales en lo político** conforme al artículo 159 de la Constitución.

De otra parte, la interpretación adoptada por el Consejo Nacional Electoral abona a favor de otros principios constitucionales tales como la estabilidad política y democrática de los cargos y magistraturas electos por el pueblo por un período constitucional determinado. Este esquema, considera la Sala, contribuye a garantizar que el mecanismo de recolección de voluntades para activar el referendo revocatorio no sea utilizado por una parcialidad política con fines distintos a los que establece el Texto Constitucional, el cual apunta hacia la estabilidad de las instituciones democráticas. **Asimismo, debe destacarse que la etapa o fase de la recolección de las manifestaciones de voluntad, no puede ni debe confundirse con el proceso referendario en estricto sentido**, en el cual sí participa la totalidad del padrón electoral, universalidad que abarca a todos los electores tanto a los que apoyan la revocatoria del mandato como a aquéllos que aspiran a ratificar en el cargo al funcionario electivo sometido a la consulta popular. **La recolección de las manifestaciones de voluntad no constituye en ningún caso, por consiguiente, ni una consulta, ni un referendo, ni un plebiscito. Así se declara.** (Resaltado de la Sala).

Expuesto lo anterior, circunscribiéndose la Sala a la duda planteada por el recurrente, se debe afirmar que los artículos 15 y 29 de las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, deben interpretarse en el sentido de que **una válida convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República**. De este modo, no ha lugar a dudas, que la cuantificación que efectúe el Consejo Nacional Electoral, una vez realizado el evento de recolección de voluntades, se limitará a verificar y certificar por cada entidad federal, individualmente

considerada, que se cumplió debidamente con la participación del porcentaje del veinte por ciento (20%) exigido constitucionalmente para cada circunscripción; no habiendo lugar a sumatorias ni compensaciones entre entidades federales, dado el principio de igualdad política de los estados. Por consiguiente, **la falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nugatoria la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial.** Así se declara.

A juicio de esta Sala, por tanto, el Consejo Nacional Electoral, con este criterio, no pretende aportar un requisito adicional o nuevo para la procedencia de la válida convocatoria del referendo revocatorio; tan solo explicita una modalidad o forma de cumplir con los requisitos constitucionales en ejercicio de sus facultades previstas en la Constitución y la ley. Vale recordar, por otra parte, que las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular sancionadas en el año 2007, se aplican por vez primera a un referendo de naturaleza presidencial, lo que implica que la autoridad electoral haya tenido que formular una interpretación derivada del conjunto normativo constitucional y legal para poder hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 72 de la Constitución, armonizándolo con otros principios de igual rango constitucional preconizados por el Texto Fundamental en tanto norma suprema inspiradora de todo el ordenamiento jurídico. **Así se declara.**

4. *Derecho a participar en el proceso de formación de las leyes y normas*

TSJ-SC (23) 22-1-2003, Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Caso: Interpretación del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, RDP N° 93-94/95-96, 2003, pp. 218-219.

Distintos efectos ofrece la consulta popular, mecanismo de participación sin efectos vinculantes, tal y como se desprende de su desarrollo legislativo posterior a la Constitución de 1999. A manera de ejemplo, tenemos el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual textualmente señala lo siguiente:

“Artículo 136. Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en internet, en la cual se expondrá él o los documentos sobre los cuales versa la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

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

El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante” (Negrillas de este fallo).

La iniciativa legislativa, también prevista como un medio de participación política en el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, igualmente, no tiene carácter vinculante, en el sentido de considerar con fuerza normativa un proyecto presentado a la Asamblea Nacional por iniciativa popular.

No obstante, lo anterior, el artículo 205 *eiusdem* establece el deber de discutir el proyecto presentado.

Al respecto, señala lo que sigue:

“Artículo 205. La discusión de los proyectos de ley presentados por los ciudadanos y ciudadanas conforme a lo dispuesto en el artículo anterior se iniciará a más tardar en el período ordinario de sesiones siguiente al que se haya presentado. Si el debate no se inicia dentro de dicho lapso, el proyecto se someterá a referendo aprobatorio de conformidad con la ley”.

El artículo *supra* citado, establece el carácter no vinculante de la iniciativa popular, en tanto que ésta puede ser desatendida por parte de la Asamblea Nacional, con la consecuencia de que el proyecto remitido se someterá a referendo aprobatorio, el cual encuentra regulación en el artículo 73 de la Constitución, que, a la letra, dispone lo que sigue:

“Artículo 73. Serán sometidos a referendo aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo decidan por lo menos las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas en el registro civil y electoral, el proyecto correspondiente será sancionado como ley (...)”.

De la interpretación concatenada de los artículos precedentes, se desprende que la iniciativa popular no es vinculante, en tanto que la institución, de democracia participativa, lo que persigue es materializar el principio y derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, específicamente en el *iter* legislativo, con el objeto de que aquellos anteproyectos de leyes de iniciativa popular sean tomados en cuenta por la Asamblea Nacional, órgano titular de la función legislativa.

TSJ-SC (1613) 17-8-2004, Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando, Caso: Henry Pereira Gorrín vs. Impugnación de la Ley del Banco Central de Venezuela, RDP N° 99-100, 2004, pp. 137 y ss.

El Título VI de la Ley Orgánica de la Administración Pública desarrolla los mecanismos institucionales de participación de los ciudadanos en la gestión de los diversos órganos y entes que conforman la Administración Pública, mediante la consulta sobre la aplicación de políticas y la promulgación de normas. A tal fin, el artículo 136 de la mencionada ley orgánica prevé que “Cuando los órganos o entes públicos propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir en anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales...”.

Con relación a la denuncia referida a la infracción de los actos administrativos impugnados del artículo 62 de la Constitución que consagra el derecho a la participación ciudadana en la gestión pública, así como, de los artículos 135 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública que prevé la consulta a distintas organizaciones cuyos miembros se consideren afectados por la puesta en marcha de los actos administrativos que se pretenden incluir en el ordenamiento jurídico, esta Sala advierte que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos, consagrado en el artículo 62 de la Constitución, encomienda al Estado y a la sociedad el facilitar las condiciones que permitan la participación de todos los ciudadanos en la formación, ejecución y control de la gestión pública como medio para lograr la sociedad democrática, participativa y protagónica proclamada en el preámbulo del Texto Fundamental.

Así, el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder. Del mismo modo, el referido precepto constitucional, contiene un mandato a los Poderes Públicos a fin establecer la sociedad democrática, participativa y protagónica formulada en el mismo preámbulo de la Constitución, para lo cual, el artículo 70 Constitucional enuncia, de manera amplia, los campos en los cuales es ejercitable dicho derecho, no sólo en lo político sino también en lo económico y lo social.

Estas diversas formas de participación otorgan a los ciudadanos múltiples posibilidades de intervenir en los asuntos públicos, de manera que los medios o modos de participación enunciados son únicamente algunos de los que permiten el ejercicio de este derecho fundamental. Sin embargo, tal como lo establece el último aparte del artículo 70 de la Constitución “...*La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo*”, por lo que este derecho sólo puede ser ejercido en la forma jurídicamente prevista en cada caso, pues se trata de un derecho de configuración legal, cuya delimitación concreta queda encomendada a la ley y, además, está conectado a otros preceptos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta al objeto de regular su ejercicio.

Ahora bien, el Título VI de la Ley Orgánica de la Administración Pública desarrolla los mecanismos institucionales de participación de los ciudadanos en la gestión de los diversos órganos y entes que conforman la Administración Pública, mediante la consulta sobre la aplicación de políticas y la promulgación de normas. A tal fin, el artículo 136 de la mencionada ley orgánica prevé que “*Cuando los órganos o entes públicos propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir en anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales...*”. Por su parte, el artículo 137 *eiusdem*, dispone lo siguiente:

“Artículo 137. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa...” (Subrayado de este fallo).

Ahora bien, la norma antes transcrita establece claramente una excepción con respecto a la consulta obligatoria del proyecto de instrumento normativo que se pretende incorporar al ordenamiento jurídico, en los casos de emergencia manifiesta o por razones de seguridad o protección social.

En el presente caso, la Sala observa que en la motivación del Decreto n° 2.278, dictado por el Presidente de la República el 21 de enero de 2003, mediante el cual el Jefe del Estado facultó al Ministro de Finanzas para convenir con el Banco Central de Venezuela la aplicación de medidas de carácter temporal que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos del país hacia el exterior, se fundamentó en las consideraciones que se transcriben a continuación:

“Que la República enfrenta acciones que han mermado los ingresos provenientes de la industria de hidrocarburos, lo cual ha afectado la estabilidad de las reservas internacionales;

Que el mercado cambiario se ha visto afectado por movimientos inconvenientes de carácter especulativo, afectando en forma negativa la estabilidad del valor externo e interno de nuestra moneda;

Que en las últimas semanas la demanda de divisas sobrepasa en forma excesiva las necesidades reales de la economía nacional;

Que la estabilidad económica del país constituye requisito fundamental para el logro de los objetivos del Estado, entre ellos garantizar el desarrollo de los derechos del colectivo y la satisfacción de sus necesidades, todo lo cual se sobrepone a los intereses de cualquier grupo o particular”.

De acuerdo con la motivación del acto administrativo antes referido, las circunstancias de hecho expuestas exigían la urgente instrumentación de medidas destinadas a paliar o corregir dicha situación en aras del interés general. En virtud de lo anterior y vistas las circunstancias fácticas bajo las cuales se dictaron los actos administrativos impugnados, esta Sala juzga que el Convenio Cambiario n° 1, así como los decretos números 2.302 y 2.03, dictados por el Presidente de la República y las providencias administrativas números 001, 002 y 003 dictados por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), no requerían de la consulta prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en virtud de la excepción contemplada en el último acápite del artículo 137 *eiusdem* y, en consecuencia, su promulgación no infringió el derecho a la participación en los asuntos públicos previsto en el artículo 62 de la Constitución. Así se decide.

TSJ-SPA (1511) 18-12-2013, Magistrado Ponente: Emilio Ramos González, Caso: Red de Padres y Representantes vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación, RDP N° 136, 2013, pp.166-181.

La nulidad establecida en el artículo 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública está prevista para sancionar aquellos supuestos de elaboración de normas a espaldas del Pueblo; cuestión ésta que difiere, totalmente de lo acontecido en el presente caso, donde la participación ciudadana se ha producido en cumplimiento al contenido del artículo 139 de la mencionada Ley, al efectuarse una consulta pública dinámica y continua durante todo el proceso de elaboración de la Resolución N° 058.

Precisado lo anterior corresponde a esta Sala decidir el fondo del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por el apoderado judicial de la Asociación Civil accionante, contra la Resolución N° 058 emanada del Ministerio del Poder Popular para la Educación, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 40.029 de fecha 16 de octubre de 2012.

En tal sentido se observa:

1- Alegó la parte recurrente que la Resolución N° 058 impugnada viola el **principio de legalidad**, pues en su opinión fue dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Educación, sin cumplir con el procedimiento de consulta previa obligatoria establecido en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que “...establecen el procedimiento para garantizar la participación social y ciudadana en la gestión pública...”.

En este sentido, sostuvo que el mencionado Despacho ministerial “...no remitió el anteproyecto a las comunidades organizadas mediante oficio indicando el lapso para recibir observaciones por escrito, ni difundió a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta pública y su duración, ni lo informó a través de su página en internet exponiendo el o los documentos sobre los cuales verse la consulta...”.

Al respecto, se debe indicar que el principio de legalidad se encuentra consagrado en el Texto Fundamental en el artículo 137 y específicamente, el de legalidad administrativa en el artículo 141, los cuales señalan:

“...Artículo 137. Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen...”.

“...Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho...”.

De conformidad con dicho principio toda la actividad de los órganos que ejercen el Poder Público se encuentra sujeta al Derecho en el más amplio sentido, es decir a la Constitución y a la Ley, que involucra el sistema de valores y principios desarrollados por el Constituyente venezolano en el Título I (*Principios Fundamentales*) de la Carta Fundamental.

En el caso planteado, la denuncia expuesta por el apoderado judicial de la asociación civil accionante se contrae a señalar la falta de cumplimiento por parte de la Administración del procedimiento de consulta previa obligatoria establecido en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.890 del 31 de julio de 2008) cuyo contenido es el siguiente:

“...Artículo 139.- Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas.

En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente difundirá a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales versa la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto. Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarios o funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo. El resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante.

“...Artículo 140.- El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla...”

En relación a los citados artículos de la vigente Ley Orgánica de la Administración Pública (2008), se debe precisar que ambas disposiciones legales fortalecen y profundizan la **participación ciudadana** en la formación, ejecución y control de la gestión pública, dentro de la cual se incluye la actividad normativa, desarrollando los postulados establecidos en los artículos 62 y 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado que la intervención popular es esencial en el modelo democrático trazado por el Constituyente venezolano de 1999, ya que las decisiones que adopten los órganos del Poder Público en ejercicio de sus facultades y potestades constitucionales, no pueden ser impuestas a espaldas del pueblo en tanto titular originario de la soberanía. Por ello, en la parte final del citado artículo 139 *eiusdem*, se establece el carácter no vinculante de la consulta pública, pero a su vez se exalta su carácter participativo.

En este contexto se debe destacar, que la *consulta pública* surge como **expresión del derecho a la participación ciudadana**, bajo el entendido de que se trata de un derecho constitucional que garantiza la intervención *deliberada* y *consciente* de los ciudadanos, a través de los mecanismos e instrumentos establecidos en la Carta Fundamental y desarrollados en la Ley, con la finalidad de incidir en la toma de decisiones de los entes públicos relativas a la gestión pública. La citada Ley Orgánica de la Administración Pública (2008)

En concreto, el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece como mecanismos de participación ciudadana, los siguientes:

“...Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo...”

En particular, acerca de la *consulta pública* se debe indicar que su finalidad es propiciar escenarios de participación ciudadana y establecer una comunicación activa y permanente entre los actores sociales, organizaciones comunales y las autoridades, a los efectos de socializar el respectivo anteproyecto normativo. Como objetivo específico, se insiste, destaca el de difundir la información y promover la participación de la sociedad, sistematizando los intereses generales de los ciudadanos como integrantes de la comunidad y garantizando con ello la satisfacción de sus necesidades públicas, al incorporarlas en el anteproyecto o en la toma de decisiones.

Establecido lo anterior, a los efectos de analizar la denuncia referida a la **violación del principio de legalidad** se observa, que la asociación civil Red de Padres y Representantes afirma que no se ha cumplido con el mencionado procedimiento de consulta y que el derecho a la participación fue vulnerado en presente caso, por cuanto la Administración *“...no remitió el anteproyecto a las comunidades organizadas mediante oficio indicando el lapso para recibir observaciones por escrito, ni difundió a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta pública y su duración, ni lo informó a través de su página en internet exponiendo el o los documentos sobre los cuales verse la consulta...”*.

Por su parte, la Ministra del Poder Popular para la Educación alegó en su escrito de fecha 9 de mayo de 2013, que la concepción de las comunidades educativas o Consejos Educativos *“...ha sido objeto de sucesivas consultas, a saber una en el año 1999 con la Constituyente Educativa, otra entre 2001 y 2008, y la última con la continuación de debates abiertos de opinión de los actores educativos y las comunidades organizadas, y entre 2008 y 2012 lapso en el que se realizaron jornadas públicas en todas las entidades del país...”*.

Indicó que *“...la metodología usada en el proceso de consulta fue abierta, flexible, de carácter participativo, protagónico e incluyente, continua y permanente, desarrollada conjuntamente con las y los ciudadanos, familias, las escuelas y la comunidad, tomando en consideración las instituciones educativas a nivel nacional...”*.

Así también, la representación de la República refirió que, *“...de acuerdo a todos los elementos que cursan en el expediente administrativo y de sus respectivos anexos, se constata que efectivamente la consulta fue realizada y se ha formalizado de manera continua y dinámica en la práctica concreta, como instancia de participación...”*. (Resaltado del texto).

Sostuvo que con respecto a la Resolución N° 058 impugnada, la Administración ha realizado una *“consulta pública continua”* que se llevó a cabo durante tres (3) períodos consecutivos: *“...a) En 1999 con la Constituyente Educativa; b) Entre 2001 y el 2008, con debates abiertos y de opinión de los actores educativos y comunidades organizadas y c) Entre 2008 y*

2012 lapso en que se realizaron jornadas públicas en todas las entidades del país (...) Así mismo con la publicación de la tantas veces mencionada Resolución N° 058, se abrió un mecanismo de **consulta permanente y continuo**, que está sujeta a la revisión, evaluación y modificación anual...”. (Destacado del escrito).

En el mismo orden de ideas, la representante del Ministerio Público aseguró que de la relación de actuaciones -sobre las cuales presentó un resumen en su escrito de opinión- consta en el expediente que, “...la ciudadanía tuvo la oportunidad de ejercer la participación ciudadana a la que hace mención el artículo 138, 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, ciudadanía ésta dentro de la que se encuentra la parte recurrente, la cual por tanto, no se cercenó su derecho a la defensa en razón de la oportunidad que tuvo (...) de participar mediante los actos que antes se describieron, motivo por el cual el alegato de violación del derecho a la participación ciudadana debe ser declarado **sin lugar**...”. (Negritas del texto).

A los fines de constatar la denuncia expuesta por el apoderado judicial de la accionante, referida al incumplimiento del procedimiento de consulta pública establecido en el artículo 139 de la Ley Orgánica de Administración Pública, la Sala, para mejor comprensión del presente caso, ha sistematizado su análisis en las siguientes fases: 1.- **Iniciativa** del instrumento normativo, 2.- **Difusión y Discusión del Anteproyecto**, 3.- **Recepción de Observaciones y Propuestas**.

I. - La **iniciativa** deriva de la lectura del encabezado de la norma en referencia, el cual expresa que, “...Cuando los **órganos o entes públicos**, en su rol de regulación sectorial, **propongan** la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas...”. (Negritas de esta sentencia).

En tal sentido, una vez analizadas la diez (10) piezas que forman el expediente administrativo, evidencia la Sala que la Resolución N° 058 impugnada no surge de la iniciativa exclusiva del ente ministerial. Por el contrario, dicho instrumento es el resultado de las exigencias que, a través de muchos años (1999-2012), se vienen realizando desde las **bases** de la comunidad educativa (conformada por padres, madres, representantes, estudiantes, docentes, trabajadoras y trabajadores administrativos, obreras y obreros, voceros y voceras de las diferentes organizaciones comunitarias vinculadas a las instituciones educativas), propiciadas por la necesidad de transformar y adaptar el Sistema Educativo a los términos establecidos por el Constituyente de 1999.

Ciertamente, como fue expuesto por la representación de la República, que -a lo largo de los indicados años- se viene gestando sobre el tema de la educación una especie de “*consulta pública continua*”, en cuyo calificativo convergen la representación del Ministerio Público y la Ministra del Poder Popular para la Educación, en virtud de que ésta se ha venido cumpliendo por etapas, con la participación activa de los órganos y los entes públicos, así como de la ciudadanía.

En este contexto, la primera iniciativa popular surge a los efectos de modificar la Ley Orgánica de Educación de 1980, así como la Resolución N° 751 de 1986 que establecía el *Régimen Complementario sobre la Organización y Funcionamiento de la Comunidad Educativa*, en el entendido que ambos instrumentos estaban fundamentados en el sistema educativo diseñado en la Constitución de 1961. Las reformas introducidas por la Constitución de 1999, al calificar la educación como un proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado (artículo 3), impusieron la necesidad de discutir y plantear las modificaciones y adaptaciones pertinentes para que se dictara la vigente Ley Orgánica de Educación de 2009, como instrumento jurídico que reformula el Sistema Educativo con fundamento en el modelo de **Estado Social** y desarrolla la noción de *Estado Docente*.

Dicho instrumento legal destaca el valor de la educación como **derecho humano** universal, pero a su vez, establece que es un **deber social** fundamental, inalienable e irrenunciable que se materializa como un **servicio público** dirigido a incrementar el espíritu de solidaridad humana para la formación de ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia.

De allí que el aludido proceso debe responder a los *intereses de las mayorías* y no solo de determinados sectores o grupos laicos, religiosos, de poder económico o social, ya que la tutela de los derechos de estos grupos minoritarios debe compaginarse con los intereses de la Nación,

orientados hacia la formación de todo el pueblo. Por ello, es gratuita y obligatoria, comprometida con la creación de instituciones que favorezcan a los más necesitados económicamente para acceder a la cultura y al conocimiento

En concreto, la calificación de servicio público de la educación se encuentra establecida en el artículo 102 de la Constitución de 1999, en los términos siguientes:

“...La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social con sustanciados con los valores de la identidad nacional, y con una visión latinoamericana y universal. El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana de acuerdo con los principios contenidos de esta Constitución y en la ley...”. (Resaltado de la Sala).

La conceptualización de la Educación que efectúa el Constituyente en la citada norma preservando su carácter de “servicio público” y, por ende, la **función social** que ésta cumple deriva de la configuración del modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (artículo 2), del cual emanan en favor del Estado poderes de regulación, inspección y vigilancia. Al respecto, esta Sala en su jurisprudencia ha reiterado y destacado la naturaleza jurídica de la educación como servicio público. (Ver entre otras, sentencias de la Sala Político-Administrativa Nros. 00316, 01088, 00240 y 00966 de fechas 4/3/09, 26/9/12/, 12/3/13 y 8/8/13 respectivamente).

En este contexto, cabe destacar que, una vez aprobada por el pueblo mediante referendo dicha Constitución el 15 de diciembre de 1999, diversos sectores de la sociedad organizada y organismos del Estado que habían participado en la denominada **Constituyente Educativa** formularon sus iniciativas para la promulgación de una nueva Ley Orgánica de Educación y la consecuente modificación de la Resolución N° 751 vigente para entonces; etapa ésta que se puede ubicar en dos períodos: de 2001 al 2009, cerrando con la promulgación de Ley Orgánica de Educación de este último año y la otra que va del año 2009 al 2012, finalizando con la emisión de la Resolución N° 058 en cuestión, que deroga expresamente la Resolución N° 751. De lo antes expuesto, se evidencia la dificultad de separar la participación popular que se produjo a los efectos de sancionar la Ley Orgánica de Educación de 2009, de la participación ciudadana que se produjo para la elaboración de la Resolución N° 058, hoy recurrida, pues -como se ha indicado- ambas iniciativas emergieron de las bases sociales una vez entrada en vigencia la Carta Fundamental de 1999.

Sobre este particular, entre muchas otras, destacan las propuestas e iniciativas siguientes, constantes en el expediente administrativo remitido por el Ministerio del Poder Popular para la Educación:

a- Propuesta del Estado Aragua de la Ley Orgánica de Educación, Cultura y Deportes. Sugiriendo la concepción del Estado Docente como aquél comprometido “...a impartir una Educación Pública obligatoria integral, de calidad permanente en todos los niveles y modalidades alcanzando las áreas de Cultura y Deportes y la comunidad organizada velar porque el Estado cumpla con sus obligaciones (Art. 81, 102 CRBV); -La Educación, la Cultura y el Deporte deben construir parte de la política de Estado para que estas áreas sean obligatorias y a la vez un derecho de todos los ciudadanos a través del Gobierno Escolar tengan la libertad de elegir la o las actividades de su preferencia y de esta forma desarrollar la formación física y espiritual del ciudadano (Art. 99, 100, 101 CRBV); -El Estado debe reconocer el Gobierno Escolar (comunidad organizada) y las asambleas de ciudadanos como instancia máxima de poder para ejercer la contraloría social.; (...) -El Estado, la escuela y la comunidad organizarán, planificarán y ejecutarán acciones de ca-

rácter permanente en todos los niveles y modalidades tendientes al Bienestar Estudiantil (...); -Crear convenios entre organismos educativos y empresas públicas y privadas para lograr la inserción de los egresados de la Educación Media, Diversificada y Profesional en el campo laboral. (...); -La supervisión se efectuará con todos los **actores del proceso educativo** siendo de carácter instruccional, participativa, integral, cooperativa y con acompañamiento (...); -El Gobierno Escolar para lograr un **protagonismo popular** dentro de la nueva república en construcción requiere un compromiso organizativo, una **participación activa y responsable entre: Estado-Escuela-Comunidad** incentivando el sentido de pertenencia al abrir sus espacios (Art. 132 CRBV)...”. (Folios 355 al 357, de la Carpeta II, Gestión 2001-2004). (Negritas de la Sala).

b- Propuesta para la formulación de la Ley Orgánica de Educación enmarcada en los aspectos propositivos del Proyecto Educativo Nacional. Estado Vargas. Al respecto: 1.- Bajo el título de “**El Estado Docente que queremos**”, en el Folio 362 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004 se expone: “...-El estado deberá promover, dentro de los planteles oficiales y privados, las escuelas para padres a fin de lograr la **integración escuela-familia-comunidad**, consolidando así los valores étnicos y morales de nuestra sociedad; -Los centros educativos deben fomentar la **participación comunitaria** a fin de establecer un intercambio y comunicación continua entre los sectores empresariales, culturales, deportivos y religiosos, compartiendo la misma visión y misión y organizando un ambiente escolar como ejemplo de la sociedad que queremos; -Rediseñar el nuevo perfil del director de acuerdo con las nuevas exigencias en el proceso educativo, donde se involucren los actores, gremios, zonas educativas y cuerpo directivo del plantel...”. 2.- Sobre el tema de la participación de la Comunidad Educativa proponen: “...-La **Comunidad Educativa** deberá estar constituida por: Directivo, Docentes, Padres y/o Representantes, alumnos a partir de la Educación Básica y un obrero que labore en la Institución; -La Comunidad Educativa se encargará de integrar a otras personas e instituciones (dispensarios, bomberos, junta de vecinos, junta parroquial, jefaturas, centros culturales, salas de lectura, grupos empresariales, entre otros...”. (Folio 368 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004). (Destacados de la Sala).

c- Propuestas de la I Asamblea Regional de Educadores del Estado Trujillo en el marco del Proyecto Educativo Nacional. Estado Trujillo. Entre sus acuerdos estableció: “...Consolidar en cada municipio los colectivos, entendidos éstos como espacios de discusión y debate, base fundamental de una Nueva Cultura Política, con la participación de la comunidad, estudiantes y docentes...”. (Folio 381 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004). (Resaltado de la Sala).

d- Propuestas al Proyecto Educativo Nacional y análisis a los artículos de la propuesta de la Ley Orgánica de Educación, Estado Guárico. Del análisis de este proyecto sugirieron la redacción de un Capítulo que desarrolle los **Consejos de Educación regionalizados**, los cuales “...funcionarán bajo la rectoría del Estado Docente con el fin de garantizar las líneas generales de la política educativa señaladas en el Proyecto Educativo Nacional se ejecuten sin desviaciones ni tergiversaciones de ninguna índole manteniendo una permanente interacción entre el Estado Docente y los señalados consejos que permita la permanente y constante evaluación del proceso educativo en los diferentes niveles y que asegure su adaptación, reformación y mejoramiento según las características propias del nivel en que se aplique; -Los Consejos de Educación serán organismos plurales, heterogéneos, regionalizadores, descentralizados y participativos; -Los Consejos de Educación serán los siguientes: Consejo Municipal de Educación, Consejo Estatal de Educación y Consejo Nacional de Educación; -Parágrafo Único: El reglamento que se dicte al respecto, regirá el funcionamiento y acción de los mencionados Consejos...” (Folios 408 y 409 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004). (Destacados de la Sala).

e- Propuestas para la nueva Ley Orgánica de Educación presentadas ante la Asamblea Nacional por Red de Apoyo al Proyecto Nacional Educativo Nacional Altos Mirandinos. Los Teques. En este documento se dejó constancia de la importancia del concepto de **Gobierno Escolar**, precisando que éste “...debe radicar en las **asambleas escolares** don-

de existe una representación equitativa y proporcional de los diferentes factores que concurren al hecho educativo; (...) [a tales efectos se propone] -Establecer acuerdos entre el personal administrativo, docente, obreros, representantes y alumnos, de manera que, se conforme un **gobierno escolar pluricultural**, que defina sus líneas de acción propia y de acuerdo con su realidad social...”. Acerca del Estado Docente se acordó que “...Debe ser federal y descentralizado de acuerdo a lo consagrado en la constitución y debe regirse por el principio de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia, responsabilidad y principios pedagógicos...”. (Folios 417 al 472 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004). (Destacados de la Sala).

f- Jornada Nacional de Sistematización de las Propuestas Regionales. (Folios 474 al 481 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004).

g- Encuentros y Jornadas Zonales y Encuentros Regionales de Comunidades Educativas. Participación de los Estados Cojedes, Guárico, Apure, Amazonas, Falcón, Lara, Delta Amacuro, Carabobo, Miranda; Mérida, Nueva Esparta. (Folios 495 al 524 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004).

h- Jornada de Validación de la nueva propuesta de Comunidades Educativas, en el contexto del Proyecto Educativo Nacional. Anzoátegui. (Folios 526 al 547 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004).

i- Aportes para el Debate (En segunda discusión) del Proyecto de Ley Orgánica de Educación, Cultura y Deportes. Caracas. (Folios 581 al 621 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004).

Del análisis del expediente en cuestión, se observa que, paralelamente a la iniciativa de la Ley Orgánica de Educación de 2009, surgen las propuestas e **iniciativas** para modificar la Resolución N° 751 de 1986, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 33.598 del 14 de noviembre de 1986, en la cual se establecía el *Régimen Complementario sobre la Organización y Funcionamiento de la Comunidad Educativa*, fundamentada en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Educación de 1980. Entre estas propuestas se destacan:

a- Circular del Ministerio de Educación Cultura y Deportes, dirigida al personal directivo de los planteles de la Zona Educativa del Estado Sucre, invitando a la discusión sobre Reforma de la Resolución N° 751. (Folios 692 al 694 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004).

b- Hacia la construcción colectiva de una Nueva Resolución para las Comunidades Educativas (Sucre 2003). En este documento se deja constancia de la necesidad de modificar la Resolución N° 751, aduciendo que ésta “...fue sin duda alguna, elaborada bajo la inspiración de la Representatividad y en alguno (Sic) de sus artículos no propicia la Democracia Protagonica, Corresponsable y Participativa que impulsa la CRBV [Constitución de la República Bolivariana de Venezuela], por lo tanto más que servir de instrumento de consolidación de la visión de la Democracia Participativa, se convierte en verdadero obstáculo para la organización de las comunidades en el ejercicio de sus derechos y deberes ciudadanos...”. (Folios 696 al 697 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004).

c- Propuesta del Estado Carabobo en el marco de la Jornada de Reflexión sobre una Nueva Resolución de Comunidades Educativas (Diciembre 2003). Dirigida a “...Crear un instrumento jurídico basado en un nuevo enfoque estructural de la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela apuntalados en: Decretos, Resoluciones, Reglamentos Internos, que normen la participación institucional y ciudadana a fin de que deroguen la Resolución 751...”. (Folios 699 al 709 de la Carpeta II, Gestión 2001-2004).

d- Discusión y Propuesta sobre la Resolución N° 751 (Municipio La Guásima-Estado Carabobo, 2004). Folios 1.269 al 1.283 de la Carpeta IV, Gestión 2004-2007). Señalando la necesidad de que en cada plantel funcione “...la comunidad educativa como una institución democrática y participativa sin ideologías políticas que lleve a contribuir al desa-

rollo de la gestión educativa...”. En este orden de ideas, se establece que las comunidades educativas “...deben organizarse en cooperativas que generen ingresos tanto para la institución, como para los miembros que la forman con lo cual se estimularía el trabajo productivo en beneficio de las instituciones escolares...”.

e- Propuesta Educativa sobre Comunidades Educativas (Municipio San Diego-Estado Carabobo, 2004). La Asociación Civil de Comunidad Educativa dejó establecido en dicha oportunidad que “...Podrán participar de las Comunidades Educativas personas vinculadas con el desarrollo de la Comunidad en general (...). Esto podrá hacerse pero de una forma reglamentada, es decir que genere algún beneficio a la **Comunidad Escolar**, siempre y cuando sea con fines educativos...”. (Folios 1.285 al 1.293 de la Carpeta IV, Gestión 2004-2007). (Destacado de la Sala).

f- Propuesta a la Resolución N° 751 referida a las Comunidades Educativas (Morón, 2004), destacando la necesidad de hacer énfasis en “...La integración y participación de la escuela en el proceso de desarrollo local sustentable y sostenible de la comunidad en la que está inserta...”. Agregando que, “...por disposición de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de Educación, las **comunidades educativas** deben tener un rol protagónico, dentro de las instituciones [educativas]...”. (Folios 1.316 al 1.331 de la Carpeta IV, Gestión 2004-2007). (Negritas de la Sala).

g- Reflexión y Revisión del Régimen Complementario sobre la Organización y Funcionamiento de las Comunidades Educativas. Resolución N° 751 (Parroquias Catedral-San José-El Socorro. Estado Carabobo). Se concluye entre otros aspectos en que “...La Comunidad Educativa, **no debe estar sujeta a ningún dogma político-partidista y que la educación es un servicio público**, fundamentada en el respeto a todas las corrientes políticas del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad basada en la participación activa...”. (Folios 1.358 al 1.379 de la Carpeta IV, Gestión 2004-2007). (Destacados de la Sala).

h- Jornada de Trabajo sobre la Discusión de la Modificación y/o Cambios de la Resolución N° 751, en la que se acordó establecer entre otros aspectos que, “...La Comunidad Educativa estará conformada por todos los Padres, Madres, Representantes, Estudiantes, Docentes, Personal Administrativo y Obreros de la institución educativa. También podrán formar parte de ella las personas naturales o jurídicas representantes de las diferentes organizaciones comunitarias locales previa presentación y aprobación de un proyecto vinculado con el Proyecto Educativo de la institución...”. (Folios 1.403 al 1.417 de la Carpeta V, Gestión 2007-2008).

Con respecto a la referida documentación, se debe indicar que ésta tan solo constituye una pequeña muestra de las **iniciativas** consignadas en el expediente administrativo, cuyo contenido no fue impugnado ni desconocido por la parte recurrente. Es así que, transcurrido el primer período 2001-2009 que finaliza con la publicación de la vigente Ley Orgánica de Educación en la *Gaceta Oficial* N° 5.929 Extraordinario de fecha 15 de agosto de 2009, se sientan las bases para recopilar las propuestas y observaciones referentes al nuevo instrumento (Resolución N° 058) que habría de sustituir la tantas veces señalada Resolución N° 751.

En dicha Ley Orgánica de Educación se desarrolla el concepto del *Estado Docente* (artículo 5 *eiusdem*), señalando la necesidad que tiene el colectivo conformado por el estudiantado y los demás integrantes de la comunidad educativa de organizarse democráticamente para el ejercicio de sus derechos y deberes.

Se destaca como hecho comunicacional, que la Comisión Permanente de Educación, Cultura, Deportes y Recreación de la Asamblea Nacional, luego de publicar el 9 de agosto de 2009, en los diarios a nivel nacional, el Proyecto del referido instrumento (aprobado en sesión plenaria del día 5 de agosto de 2009), informara seguidamente que, “...entre el 9 (...) y el 12 de agosto de 2009, se había recibido un centenar de correos electrónicos (...) en la Secretaría de la Comisión, con sugerencias que -a su juicio- servirán de insumos enriquecedores de la norma y de las que se

deriven de ella, y también darán mayor legitimidad a lo que se discuta (...) Aquí se está siguiendo inéditamente un procedimiento que, por un lado, lo debate el pueblo; por otro, se debate en forma sistemática en la Comisión, luego va a la Plenaria de la Asamblea...". (Vid. en <http://www.asambleanacional.gov.ve>. http://www.bbc.co.uk/mundo/america/2009/07/090701_0011_venezuela). (Destacado de la Sala).

De todo lo hasta aquí expuesto se desprende que las mencionadas propuestas e iniciativas (previas a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Educación), nutrieron dicho Texto Legal, en virtud de las múltiples exigencias sobre la necesidad de desarrollar y propiciar la transformación del sistema educativo reforzando su *función social*; previendo mecanismos de participación e integración entre las familias, los educadores y los estudiantes, otorgando reconocimiento expreso a las organizaciones comunitarias del Poder Popular (consejos comunales, pueblos indígenas y demás organizaciones de la comunidad), en su condición de *corresponsables* del sistema educativo (Capítulo II, artículos 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley Orgánica de Educación).

En tal sentido, se debe destacar que la Ley Orgánica de Educación (2009), en concordancia con el mandato del Constituyente de 1999, consagra que uno de los fines de la Educación es el de *"...Desarrollar una nueva cultura política fundamentada en la participación protagónica y el fortalecimiento del Poder Popular, en la democratización del saber y en la promoción de la escuela como espacio de formación de ciudadanía y de participación comunitaria, para la reconstrucción del espíritu público en los nuevos republicanos y en las nuevas republicanas con profunda conciencia del deber social..."*. (Numeral 2 del artículo 15 *eiusdem*).

Dicha finalidad es introducida en el texto de la Ley en referencia, bajo la concepción del Estado Docente, puesto que sus postulados permiten pregonar un **humanismo democrático** producto del Estado Social, en contraposición al humanismo clásico que sería *"...incapaz de comprender el ligamen de solidaridad entre los hombres que trabajan juntos para alcanzar el progreso, no para el beneficio individual solamente sino para el beneficio de todos..."*, no para el aprovechamiento de unos pocos sino para el beneficio social, formando ciudadanos que estén en condiciones de servir sirviendo a los demás. (Prieto Figueroa Luis Beltrán, *El Estado Docente*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, p. 4 y 15).

En este contexto, la Ley Orgánica de Educación de 2009, en los literales a) y g) del numeral 2; literal e) del numeral 3 y literales a) y b) del numeral 4, todos del artículo 6, previó la necesidad de que los integrantes de la comunidad educativa se organizaran ulteriormente a la entrada en vigencia del citado instrumento jurídico, para desarrollar los mecanismos y procedimientos que le permitiese ejercer además de la contraloría social, otros derechos y deberes inherentes a la gestión educativa.

En consecuencia, bajo el influjo de esta nueva Ley Orgánica que facilita la concreción de los postulados constitucionales previstos en el comentado artículo 102, surge la imperiosa necesidad de modificar la mencionada Resolución N° 751 de fecha 14 de noviembre de 1986, vigente para entonces, pero desconectada de las reformas que se venían instaurando desde 1999 en el Sistema Educativo venezolano, y con ello la **iniciativa popular** de elaborar el nuevo instrumento (Resolución N° 058 impugnada), que desarrollase el Texto de la comentada Ley.

Lo expuesto refleja la dificultad de separar la **iniciativa popular** de ambos textos jurídicos, pues como se analizará más adelante, la Resolución N° 058, es el desarrollo reglamentario de las mencionadas disposiciones de la Ley Orgánica en referencia, cuestión que permite asegurar que se cumplió con este paso del procedimiento de consulta pública previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

II.-Lo atinente a la Recepción de Observaciones y Propuestas se puede concretar, en la etapa posterior a la entrada en vigencia de la Ley en referencia, dado que en forma concomitante surgen de la comunidad organizada propuestas específicas dirigidas a obtener la modificación y derogación de la indicada Resolución N° 751, como las siguientes:

a- Propuesta de la Región Occidental (Lara, Zulia, Yaracuy, Portuguesa, y Falcón) sobre la Nueva Normativa que regirá la Organización y Funcionamiento de las Comunidades Educativas en el marco de la Ley Orgánica de Educación). En este instrumento se concibe a la “...*Comunidad Educativa en el marco del Estado Docente, como un espacio socio-político y socio-educativo conformado por los distintos Colectivos Sociales que conviven en los Centros Educativos públicos y privados y sus comunidades aledañas...*”. (Folios 1.441 al 1.575 de la Carpeta VI, Gestión 2008-2010). (Negritas de la Sala).

b- Propuesta de la Región Andina (Mérida, Táchira y Trujillo) para la Normativa Legal sobre la Organización y Funcionamiento de las Comunidades Educativas. De dicho texto, surge como iniciativa la figura de la Asamblea del Consejo Escolar como “...*instancia ejecutiva de la Comunidad Educativa y está conformada por todos los miembros de la comunidad educativa, reunidos en sesión y representados los voceros de los consejos, organizaciones, comisiones y unidades. Las sesiones de la asamblea del Consejo Escolar serán ordinarias y extraordinarias...*” (Artículo 36 del Proyecto). (Folios 1.754 al 1.786 de la Carpeta VI, Gestión 2008-2010). (Destacados de la Sala).

c- Propuesta de la Asociación Venezolana de Educación Católica (AVEC) sobre las Nuevas Comunidades Educativas, tomando como referencia el artículo 20, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Educación del 15 de agosto de 2009. Se deja constancia de la Jornada de Trabajo sobre la discusión de la modificación y/o cambios de la Resolución N° 751 realizada del 28/09/2007 al 01/10/2007 y bajo esta iniciativa se define: “...*Comunidad Educativa, en el marco del Estado Docente constituye un espacio democrático de carácter social comunitario, cooperativo, organizado, participativo, protagónico, solidario y responsable. En cada plantel educativo oficial o privado tendrá una Comunidad Educativa la cual funcionará en su sede. El ámbito de acción de esta podrá ser a escala local y regional con visión de integración nacional en el marco del desarrollo endógeno sustentable...*”. (Artículo 1° del Proyecto). (Folios 2.051 al 2.089 de la Carpeta VII, Gestión 2008-2010).

d- Jornada de cierre de la Región Central (Aragua, Carabobo, Distrito Capital, Miranda y Vargas) sobre la Propuesta Normativa Legal de la Organización y Funcionamiento de las Comunidades Educativas. En esta actividad se destacó la importancia de la Comunidad Educativa constituida “...*en el marco del estado docente en un espacio democrático, de carácter social, comunitario, organizado, participativo, cooperativo, protagónico, solidario y corresponsable para fortalecer la socio-producción, el desarrollo endógeno y el poder popular...*”. (Folios 2.117 al 2.165 de la Carpeta VII, Gestión 2008-2010).

e- Propuesta sobre Nueva Normativa Legal de Comunidades Educativas (Estado Lara). En este Proyecto se destaca la necesidad de sustituir con carácter de urgencia la “*obsoleta*” Resolución N° 751 del 10 de noviembre de 1986, para adecuarla a la nueva propuesta de Comunidad Educativa Bolivariana como “...*espacio socio-político y socio-educativo conformado por los distintos Colectivos Sociales que conviven en los Centros Educativos y sus Comunidades aledañas: Estudiantes, Familias, Docentes, Trabajadores y Trabajadores, Consejos Comunales y Organizaciones Sociales...*”. (Folios 2.196 y 2.230 de la Carpeta VII, Gestión 2008-2010). (Resaltado de la Sala).

f- Propuesta sujeta a revisión sobre Normativa Legal de la Organización y Funcionamiento de la Comunidad Educativa que Suprime la Resolución N° 751 del año 1986 (Dirección General de Comunidades Educativas-Junio 2011). Dicha propuesta se sometió a la consideración de la Ciudadana Ministra del Poder Popular para la Educación, estimando entre otros aspectos que, “...*Los cambios políticos, sociales, económicos, culturales, ecológicos y educativos que (...) se viven en Venezuela, amerita[ban] un nuevo instrumento legal de las comunidades educativas que regul[ara] su aplicabilidad y funcionamiento...*”. (Folios 2.267 al 2.277 de la Carpeta VIII, Gestión 2010-2012).

Ahora bien, analizado el contenido de estas propuestas -las cuales no fueron impugnadas ni desconocidas por la recurrente- la Sala observa que, junto a otras contribuciones consignadas

en las Carpetas VI, VII y VIII, correspondientes a la Gestión de los años 2010 al 2012 (Expediente Administrativo), los diversos actores de la comunidad educativa convergen en la elaboración de las **Propuestas y Observaciones** siguientes:

A.- Sobre la necesidad de adecuar, modificar o derogar la referida Resolución N° 751 del año 1986, basada en la hasta entonces vigente Ley Orgánica de Educación de 1980.

B.- Propuestas acerca de una nueva Resolución fundamentada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (*Gaceta Oficial* Extraordinario N° 5.5.859 de fecha 10/12/07), la Ley Aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño (*Gaceta Oficial* N° 34.541 de fecha 29/8/1990), la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (*Gaceta Oficial* 39.335 de fecha 28/12/09) y la Ley Orgánica de Educación (*Gaceta Oficial* N° 5.929 Extraordinario de fecha 15/8/09).

C.- Todas las propuestas desarrollan el concepto de Comunidad Educativa dada la necesidad de establecer mecanismos de interacción entre las Escuelas, las Familias, el Estado y la sociedad organizada (consejos comunales, establecimientos públicos y privados identificados con la comunidad) debido a la consagración en la Ley Orgánica de Educación vigente de la noción del Estado Docente en el marco del Estado Social previsto en la Constitución de 1999.

Cumplida así esta segunda fase de **Recepción de Observaciones y Propuestas**, finalmente, en fecha 16 de octubre de 2012 fue dictada la Resolución N° 058 hoy impugnada, publicada en *Gaceta Oficial* N° 40.029 de la misma fecha, que recoge prácticamente todas las conclusiones y aportes antes comentados, ya que el referido instrumento recurrido se fundamenta en los artículos 5, 6, 51, 62, 70, 72, 102, 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 2, 6, 17 y 19 de la Ley Orgánica de Educación, artículo 4 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y artículo 2 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales.

Dicha Resolución derogó expresamente en su **Disposición Derogatoria Única**, la Resolución N° 751, con el objeto de desarrollar la organización y el funcionamiento del *Estado Docente*, facilitando la participación de las familias, la escuela, la sociedad y el Estado, sobre un esquema de corresponsabilidad en la eficiente prestación del servicio público de educación.

Por otra parte, en relación a la **Difusión** del Anteproyecto en cuestión, se advierte que también este paso se cumplió cabalmente y dadas las circunstancias particulares de la *iniciativa popular* que originó dicho Anteproyecto de Resolución esta fase se llevó a cabo durante todo el período 2001-2012, con la actuación y participación conjunta de los entes públicos y la comunidad al discutir y difundir los resultados del procedimiento a todos los niveles territoriales, recogiendo la *resonancia* de los problemas comunes, a fin de condensarlos y plasmarlos en una propuesta concreta o Anteproyecto, como fue indicado.

A manera de ejemplo, hemos enunciado anteriormente, en relación a iniciativa popular, como fue realizada la Jornada Nacional de Sistematización de las Propuestas Regionales, los Encuentros y Jornadas Zonales y Encuentros Regionales de Comunidades Educativas con la participación de los Estados Cojedes, Guárico, Apure, Amazonas, Falcón, Lara, Delta Amacuro, Carabobo, Miranda; Mérida, Nueva Esparta. Así también, la contribución directa del entonces Ministerio de Educación Cultura y Deportes mediante la distribución de la Circular dirigida al personal directivo de los planteles de la Zona Educativa del Estado Sucre, invitando a participar a la comunidad educativa en la discusión sobre Reforma de la Resolución N° 751, entre muchas otras.

A su vez, durante la etapa de recepción de Observaciones y Propuestas de la Resolución en cuestión, se evidencia entre muchos otros, el trabajo de difusión realizado por la Asociación Venezolana de Educación Católica (AVEC) sobre su Propuesta acerca de las Nuevas Comunidades Educativas con la elaboración y distribución de un Manual, en el que se deja constancia de los resultados de la Jornada de Trabajo sobre la discusión de la modificación y/o cambios de la Resolución N° 751 realizada del 28/09/2007 al 01/10/2007.

Finalmente, con posterioridad a la emisión de la Resolución N° 058 impugnada, se abre un período de difusión de su contenido, que va desde el momento de su publicación en fecha 16 de

octubre de 2012, hasta el año siguiente, en virtud que por disposición del propio instrumento se previó como **Disposición Transitoria Dos** que la Resolución en cuestión, estaría “...*sujeta a la revisión, evaluación y modificación en el período de un año, a los fines de su perfeccionamiento...*”.

Como mecanismos de difusión de la precitada Resolución N° 058 destacan entre otros, los siguientes:

a- **Presentación en Power Point elaborada por la Dirección General de Comunidades Educativas-Ministerio del Poder Popular para la Educación, a los fines de socializar la Resolución N° 058.** (Octubre 2012) (Folios 2.871 al 2.949 de la Carpeta X, Gestión 2010-2012).

b- **Cuadro Comparativo entre la Resolución N° 751 (Derogada) y la Resolución N° 058 (vigente) elaborado para su difusión y discusión por la Dirección General de Comunidades Educativas-Ministerio del Poder Popular para la Educación.** (Octubre 2012) (Folios 2.950 y 2.951 de la Carpeta X, Gestión 2010-2012).

c- **Caracterización de los Consejos Educativos Constituidos por Regiones, según datos recogidos en mesas de trabajo, conversatorios para la socialización de la Resolución N° 058** (Anzoátegui, Apure, Amazonas, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Distrito Capital, Falcón, Guárico, Mérida, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Táchira, Trujillo, Yaracuy, Zulia) (Folios 2.333 al 2.863 de la Carpeta IX).

Ahora bien, del reseñado análisis de las copias certificadas que se acompañan en el expediente administrativo -cuyo contenido, se insiste, no fue impugnado ni desconocido por la recurrente-, se concluye que los referidos pasos del procedimiento de consulta pública descritos en extenso en el citado artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y que la Sala ha sistematizado como: **Iniciativa, Difusión y Discusión del Anteproyecto** y finalmente, **Recepción de Observaciones y Propuestas**, se cumplieron plenamente de manera transparente como ha sido explicado, con la participación activa de la sociedad y los entes públicos.

Por consiguiente, se logró la **finalidad** de la norma contenida en el referido artículo, dirigida a obtener la *participación ciudadana* en la gestión pública y en la toma de decisiones relativas a las normas que puedan afectar el ejercicio de sus derechos, dando cabal cumplimiento a las pautas previstas por el Legislador Nacional en la citada Ley, pues como se ha explicado, la iniciativa del Anteproyecto de la Resolución impugnada surge desde las **bases** de la propia comunidad que confió en este proceso conjunto de creación, con sólidas perspectivas de tener efecto, como elemento esencial de la democracia participativa e incrementando de esta manera el sentido de la responsabilidad y el compromiso político y social de los ciudadanos.

Expuesto lo anterior, llama la atención la denuncia formulada por el apoderado judicial de la asociación civil accionante, al sostener en la oportunidad de celebrarse la audiencia de juicio, que la violación del principio de legalidad en este caso se circunscribe a una cuestión meramente *formal* derivado del incumplimiento del proceso de consulta pública, en los términos establecidos en el artículo 139 de la Ley Orgánica de Administración Pública.

En este sentido, en el escrito consignado en fecha 17 de julio de 2013, el apoderado judicial de la recurrente afirmó concretamente lo siguiente: “...*celebramos que el MPPE [Ministerio del Poder Popular para la Educación] haya llevado a cabo estas consultas y debates, que incluso pudieron en todo caso haber conducido a la elaboración de un proyecto de Resolución regulatoria de los Consejos Educativos como forma de participación de las comunidades educativas en la gestión escolar. Pero tales consultas durante ese largo período entre 1999 y 2012 no versaron sobre un anteproyecto concreto y específico de Resolución regulatoria de los llamados Consejos Educativos, que hubiese sido sometido a consulta pública, durante un lapso determinado de tiempo que debía fijarse para recibir las observaciones...*”. (Destacado de la Sala).

De la transcripción anterior, se evidencia que la parte accionante, por el contrario, reconoce que sí se llevó a cabo el proceso de consulta pública en el presente caso, y admite que éste se realizó con la participación efectiva de las comunidades educativas.

Pareciera entonces que, en opinión de la parte actora, la Administración sólo estaría apegada a la *legalidad* si hubiese impuesto la discusión de un *Anteproyecto* de Resolución elaborado bajo su iniciativa *exclusiva*; pero no cuando la iniciativa emerge del propio Pueblo, como sucedió en el caso bajo análisis, en el que la participación incluso condujo a la redacción final de la Resolución N° 058 impugnada, cuyo contenido se conocía entonces a cabalidad.

Al respecto, debe enfatizar la Sala que, en el marco del *Estado Social de Derecho*, propugnado por el Constituyente de 1999, el Derecho debe ser interpretado y aplicado en función de la realidad social. De allí que, analizar este caso bajo los términos expuestos por la parte accionante, equivaldría a desconocer la efectiva participación ciudadana que se ha producido en el proceso de elaboración de la Resolución recurrida, así como, el cumplimiento del proceso de consulta pública previsto en el artículo 139 de la Ley Orgánica de Administración Pública, como cauce formal de dicha participación.

Por ello, el proceso de consulta pública se conjuga con el propio derecho constitucional a la participación democrática, que se expresa como un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios de la democracia participativa y protagónica descritos por el Constituyente de 1999.

Conforme a lo indicado, debe tenerse en cuenta que el concepto de democracia participativa y protagónica implica fundamentalmente el permitir el ejercicio real y efectivo del derecho que tiene el ciudadano de participar *permanentemente* en la toma de decisiones que le afecten la esfera jurídica de sus derechos e intereses y los de la colectividad en general.

Por otra parte, verifica esta Sala que la nulidad establecida en el artículo 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública está prevista para sancionar aquellos supuestos de elaboración de normas a espaldas del Pueblo; cuestión ésta que difiere, totalmente de lo acontecido en el presente caso, donde como se indicó, la participación ciudadana se ha producido en cumplimiento al contenido del artículo 139 de la mencionada Ley, al efectuarse una *consulta pública dinámica y continuada* durante todo el proceso de elaboración de la Resolución N° 058. Así se declara.

Por todas las razones expuestas, esta Sala desestima el alegato de violación del principio de legalidad, sustentado en el incumplimiento de los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pues del análisis del expediente se evidencia que la sociedad organizada ha sido suficientemente consultada; garantizando con ello, de manera efectiva, el derecho a la participación efectiva de los ciudadanos de manera permanente, incluso con posterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución N° 058 recurrida.

En efecto, dicho texto contempla como **Disposición Derogatoria Dos**, que su contenido estaría sujeto a revisión, evaluación y modificación en el período de un año, a los fines de su perfeccionamiento, de forma que pudiese compaginarse con lo establecido en la **Disposición Derogatoria Uno**, en lo referente a la constitución y al funcionamiento de los Comité que conforman los Consejos Educativos, flexibilizando el sistema, al permitir que cada comunidad educativa, de acuerdo a sus propias características se fuera organizando, garantizando así la práctica democrática mediante las Asambleas Escolares, como máximas instancias de participación.

Al respecto se evidencia del análisis de la Carpeta IX del expediente administrativo (Folios 2.333 al 2.863), la conformación de más de cuarenta y cinco (45) Consejos Educativos en diferentes instituciones educativas en los cuatro municipios del Estado Delta Amacuro (Folios 2.504 al 2.507); Programa de alimentación escolar presentado ante la comunidad educativa en diciembre de 2012, por los Comité de alimentación, ambiente y salud (Folio 2.536); Acta Constitutiva del Consejo Educativo creado en el Centro de Educación Inicial Nacional “Delia Rosas” de fecha 22 de noviembre de 2012, ubicado en Los Jardines del Valle, Caracas, Distrito Capital y la conformación de ocho (08) Comité; Organización de siete (07) Comité como órganos constitutivos del Consejo Educativo producto de la I Asamblea Ordinaria de Padres, Madres y Representantes del Taller de Educación Laboral “La Castellana” (Folios 2.587 al 2.588); Creación de once (11) Comité Escolares Educativos en el instituto E.B.B. “Barrio San José” Carapita, Caracas

(Folios 2.590 al 2.593) entre muchísimos otros, cuya constitución y funcionamiento viene dada en función de la particularidades que presenta cada localidad y su comunidad educativa y de acuerdo a sus propias necesidades y experiencias.

Por ello, resulta contradictorio que, invocando la presunta violación del derecho a la participación, se esté solicitando la nulidad de un instrumento normativo que precisamente en ejecución de la Ley Orgánica de Educación permite la participación de las distintas instancias ya previstas en dicho texto legal, regula su funcionamiento y facilita con ello la democratización del Sistema Educativo, en los términos establecidos en el artículo 102 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Finalmente, entonces se concluye, que los referidos pasos del procedimiento de consulta pública, previstos en el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, referentes a la Iniciativa, Difusión y Recepción de Observaciones y Propuestas, se cumplieron plenamente de manera transparente con la participación activa y continuada del Poder Popular, como ha sido explicado. Así se declara.

2.-Por otra parte, como se indicó, el apoderado judicial de la asociación civil accionante aunado a la denuncia de violación del principio de legalidad, por incumplimiento del procedimiento de consulta pública obligatoria, previsto en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, alegó que el acto impugnado viola “...*el derecho de los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa, como actores claves y corresponsables del proceso educativo, a la participación democrática y protagónica en la elaboración de las normas reglamentarias que pretendan organizar y regular precisamente la participación de la comunidad educativa en la gestión escolar, y así evitar que se aplique una normativa que ha sido dictada en manifiesta contravención de las disposiciones legales sobre la consulta pública obligatoria a la que debió estar sometida antes de su promulgación y entrada en vigencia, y por lo tanto en abierta violación del derecho constitucional y legal de la ciudadanía y de las comunidades organizadas en la gestión pública...*”. (Destacado de la Sala).

Habida cuenta de lo anterior, observa la Sala, que la parte accionante, para fundamentar la violación al derecho a la participación de los padres, madres y representantes retoma el alegato referido a la supuesta falta de cumplimiento o contravención “...*de las disposiciones legales sobre la consulta pública obligatoria a la que debió estar sometida* [la Resolución N° 58 recurrida] *antes de su promulgación y entrada en vigencia...*”.

Por consiguiente, este Máximo Juzgador da por reproducidas las consideraciones y razonamientos efectuados en el punto 1 de este fallo, relativo a la denuncia de violación del procedimiento de consulta pública obligatoria en el caso planteado y por ende, del principio de legalidad, ya que ha quedado suficientemente claro del análisis del expediente, que la sociedad organizada ha sido consultada cumpliendo con el contenido del artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, garantizando con ello, el derecho a la participación efectiva de los padres, madres y representantes, de manera permanente, antes y después de la entrada en vigencia de la Resolución N° 058 de fecha 16 de octubre de 2012. En consecuencia, se declara improcedente este segundo alegato. Así se decide.

TSJ-SC (203) 25-3-2014, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Impugnación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario de 31-7-2008, RDP N° 137, 2014, pp. 100-103.

En cuanto al derecho a la participación ciudadana en la formulación de los proyectos de leyes, establecido en el artículo 211 de la Constitución, la Sala Constitucional determina que ese imperativo se encuentra dirigido al órgano legislativo de acuerdo con sus funciones naturales –formación de leyes-, y no al Presidente de la República cuando promulga leyes mediante habilitación legislativa. En estos casos, señala la Sala Constitucional, que el ejercicio de dicho derecho se desarrolla en atención a uno de los principios fundamentales que rige el sistema democrático como es la publicidad.

En primer lugar, alegaron los accionantes la violación del derecho a la participación política, consagrado en los artículos 62 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por cuanto el Decreto impugnado fue publicado sin haber sido sometido a una consulta pública o popular.

Al efecto, es de destacar que el derecho a la participación política se encuentra establecido dentro de los derechos políticos de los ciudadanos, como mecanismo de participación directa de éstos en la gestión pública, mediante el ejercicio del voto o a través de los diferentes medios de participación establecidos en el artículo 70 del Texto Constitucional, los cuales se consagran como una progresiva ampliación de la consciencia y actividad política de los ciudadanos en la actuación social y política de la ciudadanía en ejercicio del principio de soberanía popular – Artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela–.

Ello es un reflejo de lo consagrado en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expone:

“(...) la consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercido de manera directa, semidirecta o indirecta.

Este derecho no queda circunscrito al derecho al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública.

Como contrapartida el Estado y la sociedad deben facilitar la apertura de estos espacios para que la participación ciudadana, así concebida, se pueda materializar.

Esta regulación responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la cultura política generada por tantas décadas de paternalismo estatal y del dominio de las cúpulas partidistas que mediatizaron el desarrollo de los valores democráticos.

De esta manera, la participación no queda limitada a los procesos electorales, ya que se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos de formación, formulación y ejecución de las políticas públicas, lo cual redundaría en la superación de los déficits de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de sintonía entre el Estado y la sociedad.

Concebir la gestión pública como un proceso en el cual se establece una comunicación fluida entre gobernantes y pueblo, implica modificar la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, para devolverle a esta última su legítimo protagonismo. Es precisamente este principio consagrado como derecho, el que orienta este Capítulo referido a los derechos políticos”.

Como materialización de lo anterior, el artículo 62 de la Constitución ha consagrado el derecho de todos los ciudadanos y ciudadanas a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes legales, es decir, el derecho fundamental a la participación política, el cual establece que:

“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”.

En este sentido, se aprecia que este derecho tiene su génesis como se encuentra expuesto en la Exposición de Motivos, en el principio de soberanía popular, según el cual le corresponde al pueblo expresar las orientaciones fundamentales que habrán de emprenderse en la procura de los

intereses públicos, sin prejuzgar por ello, de modo estricto o rígido cuáles son estas formas de expresión. (Vid. Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 104).

Así cabe, afirmar que dentro de nuestro derecho constitucional se consagra un sistema dual de ejercicio de la participación política mediante el desarrollo de una democracia indirecta –a través de los órganos del Estado– y la otra de manera directa ejercida junto al gobierno –referendo, iniciativa legislativa–, sin que ello conlleve afirmar que ninguna de éstas, pueda ostentar un grado de jerarquía superior o solapamiento en su ejercicio, en cuanto a la oportunidad y la pertinencia en el desarrollo y ejecución del gobierno democrático.

Ambos mecanismos se complementan siempre y cuando uno no implique la negación de otro mediante su ejercicio arbitrario y restrictivo, ya que el sistema democrático envuelve la conjunción de los principios de representación y el principio de participación, asegurando de manera eficaz su protección a un nivel local de la sociedad organizada y del núcleo individual del ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Asimismo, es de destacar que dentro de estos mecanismos de participación –directa o indirecta– igualmente cabría reflexionar en cuanto a los efectos consecuentes de su ejercicio, pudiendo distinguirse entre una participación activa o pasiva, siendo la primera aquella a través de la cual “(...) los ciudadanos concretos o representantes de grupos sociales expresan sus pretensiones con un alcance que va más allá de la mera manifestación de opiniones ante un elenco mayor o menor de destinatarios, para convertirse en un acto de integración de un procedimiento que concluirá con la emanación de una medida dotada de efectos jurídicos”, de aquellos como la participación pasiva “(...) en la cual la manifestación expresada sirven al ente u órgano ante el que se dirigen para identificar más concretamente las exigencias o intereses por los cuales debe velar” (Vid. Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 110).

En congruencia a lo expuesto, interesa destacar que adicionalmente a la consagración de éste como un derecho político, pues considera al individuo en tanto que miembro de una comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas, igualmente se trata, como un derecho del ciudadano “*en el Estado*”, diferente de los derechos de libertad “*frente al Estado*” y de los derechos sociales y prestacionales (cf. Carl Schmitt; *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 174). (vid. Sentencia de esta Sala N° 23/2003).

No obstante su consagración abarca un ámbito de análisis y examen superior porque el mismo se contempla igualmente como un principio constitucional dentro de un Estado de Derecho Constitucional moderno, en el cual los principios democráticos forman parte del pleno ejercicio del derecho a la libertad y de desarrollo y ejecución del principio de soberanía popular ya que dentro del sistema democrático el ejercicio de los poderes públicos solo se encuentra destinado a satisfacer el gobierno de los ciudadanos por estos mismos directamente o en ejercicio de sus representantes.

Pero a su vez, en este complejo entramado político y jurídico de la participación así como la inclusión en la adopción y ejecución de las políticas públicas, existe otro principio fundamental en el desarrollo de los postulados democráticos que deben regir un Estado de Derecho, el cual es el principio de publicidad de sus actuaciones, ya que es a través del conocimiento público de sus actos, lineamientos y directrices en las políticas públicas, que los ciudadanos pueden ejercer cabalmente su derecho a la participación política por medio del ejercicio efectivo de los diferentes medios de participación según sea ésta, activa o pasiva, en la intervención en el sistema político, económico, social y jurídico que reviste al Estado.

En consecuencia, debe existir una indisoluble unión entre el sistema democrático y los medios de participación como desarrollo del dogma de la soberanía popular, si se quiere asegurar la efectividad del sistema democrático, al efecto interesa resaltar lo expuesto por Bobbio quien ha manifestado la necesidad de que la multiplicidad de centros de poder que caracterizan a las sociedades pluralistas sirvan como cauce y estímulo para la participación política de los ciudadanos (Vid. Norberto Bobbio; *Diccionario de Política*, Madrid, 1983, pp. 1209-1210).

Expresado el esbozo esquelético del ámbito de ejercicio y protección de dicho derecho, cabría preguntarse en qué deriva la constitucionalidad de una determinada actuación del Poder Público; en respeto y ejercicio del derecho a la participación política, en cuanto a la recepción de la manifestación de una democracia directa y su consideración, o en el acatamiento de la voluntad popular.

En este sentido, se aprecia que la sanción de la consulta se refiere efectivamente a la búsqueda e integración de la participación ciudadana en la formulación de los proyectos de leyes, sin embargo, la ejecución de dicho derecho por parte de los ciudadanos deviene de un ejercicio facultativo de los ciudadanos en la presentación de las observaciones al igual a lo que ocurre en la iniciativa legislativa, por ende su falta de ejercicio no acarrea sanción alguna por su inejecución por parte de los ciudadanos.

Así, se aprecia que el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, fue dictado en el marco de la vigencia de una ley habilitante publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.617 del 1 de febrero de 2007, en la cual según su artículo 1, se autorizó al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, dictase Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de acuerdo con las directrices, propósitos y marco de las materias delegadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 y 236.8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por un lapso de dieciocho meses para su ejercicio contado desde la publicación de la Ley en la *Gaceta Oficial* –artículo 3–.

En este escenario procedimental, se advierte que a diferencia del procedimiento legislativo establecido en el artículo 211 del Texto Constitucional, el supuesto fáctico de la aplicación de la norma, así como el sujeto pasivo difieren palmariamente entre ambos, ya que en el caso del precitado artículo se establece

“La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada su opinión sobre los mismos”.

por lo que, el imperativo se encuentra dirigido al órgano legislativo de acuerdo con sus funciones naturales –formación de leyes–, ya que el supuesto de la ley habilitante es un supuesto excepcional en el proceso legislativo.

Lo anterior, no implica como erradamente se podría pretender que el Presidente de la República no está sujeto a la apertura de los mecanismos de participación cuando hace uso de las potestades legislativas previamente aprobadas, sino que en virtud de la excepcionalidad que implica la habilitación legislativa, el procedimiento de formación difiere estructural y funcionalmente del procedimiento en el órgano legislativo por lo que su incidencia varía en cuanto a su formación, no solo en cuanto a la representatividad de los funcionarios encargados de su discusión y aprobación sino en cuanto a los lapsos para su ejercicio; por lo que el ejercicio de dicho derecho se desarrolla en atención a uno de los principios fundamentales que rige el sistema democrático como es la publicidad.

Visto que el procedimiento establecido en el artículo 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no podría ser exigido al Presidente de la República por carecer de especificidad el procedimiento de formación de leyes dentro del marco de una ley habilitante, así como la imposibilidad de aplicar el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública, por ser ésta la ley impugnada y en atención al grado de jerarquía de los actos normativos, sin embargo, no es menos cierto que cuando se promulga dicha habilitación existe una notoriedad en cuanto a la potestad conferida así como en atención a la publicidad otorgada y la obligatoriedad de la ley desde su publicación en la *Gaceta Oficial* –artículo 1 del Código Civil–, en razón de lo cual, la participación puede ser realizada por parte de las comunidades organizadas con la finalidad de formular propuestas y opiniones.

Un aspecto diferencial en cuanto a la inaplicación deviene igualmente en cuanto al procedimiento de discusión ante la Cámara en el cual se maneja un proyecto legislativo, a diferencia de la presentación y promulgación de Decretos los cuales responden a una excepcionalidad o a una

urgencia en cuanto a su realización, por ende, se aprecia que mal puede exigirse la aplicación del artículo 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el caso de marras, ya que aunado a las consideraciones expuestas; el derecho a la participación política no se vio conculcado o restringido en virtud que en función del conocimiento público y notorio de la promulgación de la Ley Habilitante los ciudadanos pueden presentar o formular proyectos sobre la discusión de las materias delegadas al Ejecutivo Nacional, para garantizar el ejercicio del derecho a la participación política.

Por tanto, esta Sala concluye que el Decreto impugnado no contrarió elementos esenciales de validez formal previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela referente a la violación del derecho a la participación política, consagrado en los artículos 62 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

II. EL DERECHO A ELEGIR Y LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

1. *Derecho al sufragio*

Artículo 63 C. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

C. 1961, arts. 110, 113

CPCA 10-4-97, Magistrado Ponente: María Amparo Grau, Caso: Varios vs. Colegio de Abogados del Estado Bolívar, RDP N° 69-70, 1997, p. 201-202.

La Corte reitera que el derecho de representación proporcional de las minorías (Art. 113 Constitución) sólo rige en los procesos electorales destinados a elegir a quienes desempeñan funciones públicas.

En torno a la solicitud de los accionantes en relación a que la Corte ordene a la Comisión Electoral del Colegio de Abogados del Estado Bolívar la adjudicación de los cargos de conformidad con el principio de la representación proporcional de las minorías establecido en el artículo 113 de la Constitución, esta Corte señaló en sentencia de fecha 24 de mayo de 1988:

“El sufragio que aparece como un derecho con rango constitucional por su finalidad es sin lugar a dudas el sufragio político; por lo tanto en el caso de autos, donde los accionantes han planteado una situación fáctica en la cual pretenden establecer una lesión al derecho constitucional a ser elector tanto activo como pasivo por la aplicación del Reglamento Electoral de los Bionlistas al determinar dicho cuerpo normativo supuestos de inelegibilidad, así como la exclusión del Reglamento Electoral de quienes no se encuentren solventes; al respecto observa esta Corte, que si bien, los Colegios Profesionales son corporaciones de carácter público el régimen de participación de los agremiados en la conducción de éstos entes constituyen regulaciones que evidentemente no tienen asiento constitucional, en efecto, corresponde a la Ley y a las normas de carácter sub-legal dictadas por la propia organización profesional establecer las regulaciones de este tipo de sufragio gremial; por lo cual debe esta Corte afirmar, que el régimen del sufragio corporativo está determinado fuera del marco de la constitución, y en tal virtud, los hechos denunciados y el *petitum* contenidos en el presente amparo darán lugar en todo caso, a procedimientos de impugnación por ilegalidad, o como asienta el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, califica a los interesados para interponer por ante la Corte Suprema de Justicia, de existir colisión entre el régimen legal y el texto constitucional, recurso de inconstitucionalidad frente a actos normativos, pudiendo la autoridad judicial si se acumula suspender

la aplicación de las normas respecto de la situación jurídica concreta. En consecuencia, de lo expuesto, debe establecer esta Corte, la improcedencia del presente recurso de amparo, por cuanto no existe derecho constitucional violado.”

De tal manera que la referida norma regula las elecciones destinadas a elegir a quienes han de desempeñar funciones públicas y alude a que la legislación electoral consagrará el derecho de representación electoral de las minorías, refiriéndose a la Ley Orgánica del Sufragio que rige los procesos electorales que se celebran en la República mediante el sufragio universal, directo y secreto, motivo por el cual los Colegios Profesionales se rigen por sus propios estatutos; tal argumento a criterio de esta Corte hace imperante declarar la improcedencia de la presente acción de amparo, lo cual así se decide.

TSJ-SE (10) 25-2-2000, Magistrado Ponente: José Peña Solís, Caso: Apertura a la Participación Ciudadana (APERTURA) y otros vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 81, 2000, pp. 172-173.

También se fundamenta la solicitud de amparo cautelar, en la violación del artículo 294 constitucional, precepto que configura la obligación para los órganos del Poder Electoral de garantizar la igualdad, transparencia, imparcialidad y eficiencia de los procesos electorales, haciendo énfasis en que el principio de imparcialidad se ve seriamente comprometido, o mejor dicho, aparece lesionado, “...en las decisiones del órgano electoral, si los representantes del mismo actúan en función de los intereses del partido de gobierno...”, o si no existe la presencia de miembros de los partidos políticos.

En lo que concierne a esta denuncia cabe recordar que la acción de amparo procede cuando es posible derivar del texto constitucional derechos subjetivos o garantías constitucionales, consagrados a favor de las personas jurídicas o naturales, mas no cuando se trata de pautas o principios de organización que el texto constitucional impone para el debido funcionamiento de un órgano de rango constitucional, como ocurre en el invocado artículo 294; de tal suerte que, en estricta puridad conceptual, los principios consagrados en ese dispositivo para garantizar el cabal funcionamiento de los organismos electorales, no podrían ser invocados para fundamentar una acción de amparo.

Sin embargo, como la operativización de dichos principios resultan capitales en el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo, pasa la Sala a examinar la denuncia de la lesión constitucional bajo examen, y en tal sentido observa que la primera parte alude a la falta de imparcialidad, debido a que los integrantes del máximo organismo electoral pertenecen al partido de gobierno, pero se abstiene el solicitante de señalar siquiera un indicio de tal situación, para de esa manera permitir a la Sala entrar a considerar la posible configuración de una presunción grave de violación del “derecho a la imparcialidad” invocado por el accionante, por lo que no pudiendo inferirse dicha presunción, resulta forzosa la desestimación de la denuncia. Así se decide.

En cuanto a la violación del derecho a la imparcialidad por la falta de participación de las asociaciones políticas en los términos en que aparecía concebida en la Constitución del 61, esto es, el otorgamiento de los mismos poderes jurídicos y fácticos que detentaban dichas organizaciones, hasta el momento de la emanación de la Resolución -de la cual se predica la lesión constitucional, en los términos narrados por el accionante- advierte la Sala, en primer lugar, que el Presidente del Consejo Nacional Electoral, en la audiencia constitucional, expresó que se habían iniciado conversaciones con los diversos partidos políticos para crear “comisiones de enlace” que posibilitaran la participación de los partidos como vigilantes del proceso, lo cual fue admitido por el solicitante, al reconocer que había sido convocado para dichas conversaciones, de tal suerte que existe la voluntad de permitir la participación de las organizaciones políticas, en los términos antes indicados, en el proceso electoral, lo que lógicamente impediría que pudiese configurarse una violación del derecho a la imparcialidad invocado por el solicitante.

En segundo lugar, tampoco se llega a configurar la presunción grave de violación del derecho a la imparcialidad, por la exclusión de la representación de los partidos políticos en los órganos electorales, en los términos de la Constitución de 1961, pues conforme a la tesis esgrimi-

da por el Consejo Nacional Electoral, el fundamento de su Resolución radica en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 22 de diciembre de 1999 sobre el Régimen de Transición de los Poderes Públicos, que ordena la reestructuración del Consejo Nacional Electoral, ajustándose a la nueva Constitución. Por tanto, la determinación de la existencia de la aludida presunción constitucional supondría entrar a examinar el referido instrumento normativo, lo que escapa al ámbito de un amparo cautelar. Así se declara.

Finalmente bajo la plena vigencia de la Constitución de 1999 no es posible invocar la violación del “derecho a la imparcialidad”, en virtud de que la misma aparece garantizada por la conformación del Consejo Nacional Electoral, por tres representantes postulados por la sociedad civil, un representante por las Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de las Universidades Nacionales, y uno por el Poder Ciudadano, los cuales no deben estar vinculados a organizaciones con fines políticos, tal como lo prevé el artículo 296 de la Constitución; de allí entonces que la intención del texto fundamental es lograr que el principio de transparencia e imparcialidad que debe presidir la actuación de los órganos electorales se derive de esa integración del máximo órgano de la Administración, lógicamente sin menoscabo, a tenor de lo pautado en el artículo 70 *ejusdem*, de la participación de las organizaciones con fines políticos, y de los ciudadanos, en los términos precedentemente indicados, mas no en los establecidos en la Constitución de 1961, como lo pretende el solicitante; y de allí también la razón por lo cual tampoco se configura la presunción de violación grave del “derecho a la imparcialidad” invocado por el accionante. Así se declara.

TSJ-SC (483) 29-5-2000, Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando, Caso: “Queremos Elegir” y otros vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 82, 2000, pp. 332-333.

Para que el derecho al sufragio pueda ser ejercido en términos justos, es necesario información, y no cualquiera sino aquella que aperciba al elector para efectuar su aporte a la constitución de la voluntad política de modo libre, cabal y consciente. Además, deben existir condiciones técnicas que garanticen en términos absolutos la confiabilidad y transparencia del acto electoral.

Todo proceso eleccionario en una sociedad democrática constituye una reafirmación y fortalecimiento de su decisión de vivir en igualdad y libertad, valores cuya realización requiere del ejercicio del espíritu de fraternidad, el cual no es otra cosa que la solidaridad del colectivo en la consecución de un propósito común.

Aunque no revestida de solemnidad, que sí de formalidad, la expresión de la voluntad del cuerpo electoral, constituido por los ciudadanos y demás personas titulares del derecho al voto, por ser la expresión viva de la esencia de la democracia, constituye su acto más solemne. Es en el fondo, la manifestación de voluntad de cada persona de ser partícipe del destino de una nación conforme a la decisión soberana de ésta, de constituirse en Estado y de concurrir en la prescripción de las reglas fundamentales tendentes a la conformación de los poderes públicos.

El acto de votación y el sufragio que de él emana constituyen el momento culminante del ejercicio de la soberanía popular y, por ende, el más eminente y respetable. Por ello, el constituyente y el legislador han hecho extremos sus cuidados para que en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna, cada persona con derecho a hacerlo, en cabal conocimiento de las opciones formalizadas, concurra con su voto en plena libertad, a conformar la voluntad del cuerpo electoral. A tales efectos, es en primer lugar necesario información, y no cualquiera, sino aquella que aperciba al elector para efectuar su aporte a la constitución de la voluntad política de modo libre, cabal y consciente.

De los alegatos y datos suministrados en la audiencia constitucional y, especialmente, de lo reconocido por los representantes del Consejo Nacional Electoral, la Sala constata que la violación del derecho constitucional previsto en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y alegada por los accionantes, ha quedado debidamente acreditada y que, en consecuencia, la información requerida para que el derecho al sufragio pueda ser ejercido en términos.

Otro aspecto relevante de la misma realidad, de orden práctico pero vinculado a la realización del acto electoral, es que los instrumentos previstos para la expresión eficaz y genuina de la voluntad de cada elector, en especial el sistema informático destinado a la ejecución y control del proceso comicial carecen de suficiencia y confiabilidad para garantizar la pulcritud de dicho proceso.

De todo lo expuesto se evidencia que no existen condiciones técnicas que garanticen en términos absolutos la confiabilidad y la transparencia del acto electoral a celebrarse el 28 de mayo de 2000; que tal acto conduciría a la imposibilidad de recoger de manera genuina la voluntad popular, y que esta situación constituye una amenaza a los derechos y garantías consagrados en los artículos 63 y 293, único aparte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto establece:

“*Artículo 63.* El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”.

“*Artículo 293.* (único aparte) Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficacia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional.”

En fuerza de los razonamientos expuestos, este Supremo Tribunal de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, declara procedente la presente acción y, en consecuencia, para amparar el derecho constitucional a disponer de información veraz y oportuna, por una parte, y para proteger los derechos a ejercer el sufragio y a gozar de un proceso electoral en condiciones de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia, frente a la inminente amenaza de su violación, suspende íntegramente el acto electoral fijado por la Asamblea Nacional Constituyente para el 28 de mayo de 2000, y ordena lo que en la parte dispositiva se prescribe, a fin de que el proceso eleccionario pueda cumplirse y culminar dentro de las condiciones indicadas en este fallo.

TSJ-SE (163) 18-12-2000, Magistrado Ponente: José Peña Solís, Caso: José B. Gutiérrez P. vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 84, 2000, pp. 163 -164.

Para que pueda considerarse plenamente garantizado el derecho al sufragio consagrado en el artículo 63 de la Constitución, no basta simplemente con permitir su ejercicio de cualquier manera, sino que el ordenamiento jurídico debe garantizar que el mismo pueda ser expresado bajo ciertas condiciones determinadas, condiciones que permitan la materialización libre y legítima de la voluntad popular en la escogencia de una oferta electoral.

En ese orden de ideas, cabe destacar que el artículo 63 de la Constitución establece que el sufragio es un derecho, y que el mismo se ejerce mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. Igualmente dispone el precepto constitucional que por vía legal debe garantizarse la instrumentación de los principios de la personalización del sufragio y la representación proporcional. Por tanto, el sufragio es un derecho fundamental y su cabal ejercicio es pilar básico para la preservación del Estado democrático (artículo 2 constitucional), pues resulta ser un mecanismo de expresión de la voluntad soberana del pueblo (artículo 5 *eiusdem*) que legitima política, jurídica y socialmente la representación que ostentan los ciudadanos que ocupan cargos de elección popular, y por tanto, es también un mecanismo de legitimación del ejercicio del Poder por parte de los órganos del Estado. En definitiva, la noción de sufragio es consustancial con la idea de democracia, pues “...además de ser un derecho subjetivo, en el doble sentido de sufragio activo y derecho de sufragio pasivo, es, sobre todo, un principio, el más básico o nuclear, de la democracia, o hablando en términos más precisos, del Estado democrático. La solidez de este aserto parece indiscutible, en la medida en que, si se reconoce que la soberanía reside en el pueblo, no hay otro modo más veraz de comprobación de la voluntad popular que mediante el ejercicio del voto...” (ARAGÓN REYES, 1999). De igual manera puede afirmarse que “*El derecho de voto es uno de los integrantes del status de ciudadano de toda sociedad democrática*”.

Ahora bien, para que pueda considerarse plenamente garantizado el derecho al sufragio consagrado en el artículo 63 de la Constitución, no basta simplemente con permitir su ejercicio de cualquier manera, sino que el ordenamiento jurídico debe garantizar que pueda ser expresado bajo ciertas condiciones determinadas, condiciones que permiten la materialización libre y legítima de la voluntad popular en la escogencia de una oferta electoral determinada. Esas condiciones se refieren al mantenimiento de una situación jurídica, pero también fáctica, que posibilite el ejercicio de votaciones libres, universales, directas y secretas (artículo 63 constitucional), mediante un voto efectivamente emitido y de igual valor, sobre la base del principio “*una persona, un voto*”.

En efecto, ese derecho constitucional de sufragio, es decir, el derecho a elegir representantes que intervendrán en los asuntos políticos que inciden en el elector, se materializa mediante la votación, que no es otra cosa que la expresión de la voluntad emitida a través del voto. Como bien señala LAZARTE: “...Llamaremos sufragio al derecho reconocido a expresar una voluntad en las decisiones políticas; voto, al medio por el cual esa voluntad es expresada...”. Siendo así, la propia noción de voto se encuentra indisolublemente ligada a la expresión material de una voluntad de escoger entre distintas opciones, se trata de un HECHO FÍSICO, que tiene incidencias en el mundo material, las cuales quedan registradas en una boleta electoral en la generalidad de los casos, que es el medio cuyo cómputo permite a su vez pasar a la siguiente fase del proceso electoral, es decir, la etapa de escrutinio, que básicamente consiste en la valoración y cuantificación del voto.

Con ello, la emisión del voto, es decir, el hecho físico producto de la actividad realizada por el elector al momento de exteriorizar su voluntad a favor de una opción electoral determinada, pasa de ser un hecho físico constatable para convertirse en un acto que produce consecuencias jurídicas y políticas, puesto que es el medio que permite al protagonista del proceso electoral, es decir, el elector, determinar a quién favorece la voluntad del cuerpo electoral.

En esa línea de razonamiento se suscribe LAZARTE, cuando expone: “...Entre estas exigencias básicas figuran la confiabilidad de los procesos electorales y el respeto al voto ciudadano. Se trata de que el voto sea realizado en condiciones tales que exprese la voluntad efectiva del elector. Por ello, toda la legislación electoral de América Latina destina un capítulo especial a la votación, entendida como el acto en que culmina todo el proceso electoral y por el cual éste tiene sentido...” (énfasis de la Sala). De tal manera que la instrumentación de mecanismos técnicos y legales garantes de la emisión del voto en condiciones tales que exprese efectivamente la voluntad del elector, resulta ser una derivación lógica del principio de preservación de la voluntad del electorado, que, como reiteradamente ha señalado esta Sala en sus diversos fallos, es un pilar fundamental de todo el ordenamiento jurídico electoral venezolano (y puede agregarse sin lugar a dudas de todos los ordenamientos democráticos).

Pero de poco valdría adoptar mecanismos que permitieran el ejercicio del derecho de sufragio mediante la emisión de un voto que efectivamente reflejase la voluntad del elector, si de manera simultánea no se le diera igual valor o no se considerara cada voto en idénticas condiciones a los demás, pues de lo contrario, por vía de consecuencia, se estaría instrumentando una especie de voto “calificado” o “ponderado”, noción que resulta contraria al principio de igualdad jurídica de todos los ciudadanos (artículo 21 de la Constitución). La igualdad de voto significa atribuir igual valor a la voluntad de cada elector, derivación lógica de la igualdad de estos últimos, pues un proceder contrario determina en la práctica establecer diferentes clases de electores. Como señala el autor Luigi PRETI, en la obra *Diritto Elettorale Político*, comentando el referido principio constitucional de igualdad de voto contenido en términos semejantes en la Constitución italiana: el voto es igual, y ello significa que no se admite ninguna forma el voto múltiple, y por tanto las boletas depositadas en la urna tienen todas el mismo valor, cada una de ellas se computa una a una, y agrega que resulta unánimemente admitido que el principio constitucional de igualdad del voto excluye cualquier forma de votación en la cual se le atribuya distinto valor al voto de varias categorías de ciudadanos.

En ese sentido, como bien señala ARAGÓN REYES (1999), la igualdad de voto es una de las características básicas del ejercicio del sufragio en las sociedades democráticas: “...De ahí que no baste el carácter universal del sufragio para considerarlo democrático: ha de ser

también libre, *igual*, directo y secreto. El voto de los ciudadanos *ha de valer igual*, ha de emitirse sin intermediarios y ha de ser la manifestación de una decisión libre, esto es, de una voluntad no coaccionada...”

TSJ-SE (29) 19-2-2002, Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcátegui, Caso: Gustavo Pérez y otros vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 89- 90-/91-92, 2002, pp. 164 -165.

La noción general del derecho al sufragio alude a la libertad de participar en un proceso electoral, tanto en la condición de elector (sufragio activo) como en la de candidato (sufragio pasivo). En ambas modalidades debe admitirse, además de la posibilidad de elegir y ser elegido, la opción de abstenerse de elegir o presentarse como candidato.

Ahora bien, independientemente de las causas que en el presente caso originaron la aludida abstención, que no forman parte del objeto de debate en esta causa, la abstención electoral o no participación en el acto de votación de quienes tienen derecho a ello, como vicio de nulidad de las elecciones sindicales, en la línea expositiva de los recurrentes presupone la necesidad de una total participación del universo electoral. Sin embargo, aunque ideas clásicas nos conduzcan a pensar que “Cuanta más conformidad reine en las Asambleas, esto es, cuanto más se acerquen las decisiones a la unanimidad, tanto más dominante será también la voluntad general; y al contrario, los largos debates, las disensiones y el tumulto anuncian el ascendiente de los intereses particulares y la decadencia del Estado” (Cfr. Rousseau, J. J., *Contrato Social*, Editorial Linotipo, Bogotá, 1979, p. 118); la abstención configura un fenómeno político que, aunque atenta contra la legitimidad de la elección o decisión que se adopte, en sistemas de elecciones por mayoría simple como el nuestro, no produce efecto jurídico alguno. En este sentido, también se admite, aunque no técnicamente, que la abstención es una forma de expresar el sufragio.

La noción general del derecho al sufragio alude a la libertad de participar en un proceso electoral, tanto en la condición de elector (sufragio activo) como en la de candidato (sufragio pasivo). En ambas modalidades debe admitirse, además de la posibilidad de elegir y ser elegido, la opción de abstenerse de elegir o presentarse como candidato. Este concepto ha evolucionado de la concepción del sufragio como una función pública de ejercicio obligatorio (artículo 110 de la Constitución de 1961), a un mecanismo de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En el caso de los sindicatos, entes de naturaleza asociativa-privada, y a la vez, organizaciones de interés público y relevancia constitucional, sus autoridades actúan “...como agentes representativos de una voluntad colectivamente expresada” (Cfr. Landa Zapirain, Juan Pablo, “Democracia Sindical Interna”, *Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos*, Editorial Civitas, S. A. -Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Madrid, 1996, p. 122); voluntad colectiva que, como se dijo respecto de las cajas de ahorro y asociaciones cooperativas (Cfr. sentencia de esta Sala, número 90 del 26 de julio de 2000), constituyen expresión de la soberanía popular en el aspecto socioeconómico, motivo por el cual, *mutatis mutandi*, también los sindicatos dejan de ser un mero instrumento de protección y defensa de los intereses de los trabajadores (artículo 408 de la Ley Orgánica del Trabajo), para sumarse al ámbito de participación de la ciudadanía en la conducción de los asuntos públicos, ahora, en materia económica y social.

En materia electoral sindical, la expresión de la voluntad de los trabajadores, al igual que la “voluntad general” en el Derecho constitucional, ha sido relacionada al interés general, en tanto que aparece teóricamente configurada “...no como una suma de intereses individuales, sino como su combinación indivisible, y como tal, se hace merecedor de una consideración superior y prevalente frente a los intereses individuales” (Cfr. Landa Zapirain, *ob. cit.* p. 125).

En este contexto, el sufragio como un mecanismo de participación ciudadana y expresión de la voluntad general, encuentra plena aplicación en los procesos electorales sindicales, de manera que la abstención o falta de concurrencia a las elecciones de la Federación Nacional de Traba-

jadores de Productos Medicinales, Cosméticos y Perfumerías (FETRAMECO), celebrada el pasado 20 de septiembre de 2001, contrario a provocar la nulidad de las referidas elecciones por infracción de lo previsto en los artículos 5, 21, 25 y 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; artículos 400, 401 y 447 de la Ley Orgánica del Trabajo y los artículos 7 y 14 del Estatuto Especial para la Renovación de la Dirigencia Sindical, constituye una forma de expresar el sufragio que, en el presente caso, no produce efecto jurídico alguno. En consecuencia, se desestima el presente alegato y así se decide.

TSJ-SPA (0967) 20-4-2006, Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa, Caso: Ivo Clemente Rodríguez de Souza vs. Ministerio de la Defensa RDP N° 106, 2006, pp. 194 y ss.

Los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

Arguyen los apoderados judiciales del actor que la Administración vulneró los derechos a libertad de conciencia y al sufragio de su representado, indicando en cuanto al primero que el ejercicio de un derecho constitucional, es un asunto de la conciencia de la persona humana, por lo que mal puede el Estado invadir la esfera subjetiva de la psique humana, pretendiendo castigar a un ciudadano que, sin eludir las leyes ni los reglamentos, participó en una actividad cívica; y en cuanto al segundo, que la Justicia Militar se equivocó al asegurar que la presunta participación de oficiales militares en el acto denominado “El Firmazo” fue un acto de proselitismo político, pues en ningún momento su representado *participó en una actividad de tal tipo, por cuanto no ha efectuado actos de propaganda o de fervor en la promoción de causa alguna*, sino que en todo momento ha actuado de manera obediente, subordinada y disciplinada en el ejercicio de los derechos políticos que le otorga la Constitución vigente, sin militar en ningún partido político, haciendo hincapié en el contenido del artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En primer lugar, se observa que el derecho a la libertad de conciencia se encuentra contemplado en el artículo 61 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito. Igualmente señala, que la objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos. En cuanto al derecho al sufragio, el mismo está previsto para los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en el artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, observa la Sala que el Ministro de la Defensa ordenó el cese del empleo del ciudadano Ivo Clemente Rodríguez de Souza, como se refirió anteriormente, por considerar que al haber participado en un acto de recolección de firmas convocado por diversas organizaciones políticas, el día 02 de febrero de 2003, en la Iglesia La Sagrada Familia en La Tahona, hecho aceptado en la entrevista que se le efectuó en 11 de abril de 2003 por ante el Departamento de Investigaciones de la Inspectoría General del Ejército, atentó contra la disciplina que debe cumplir todo militar en servicio activo, al no observar lo previsto en los artículos 20, 21, y 23 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, artículo 80 del Reglamento de Servicio en Guarnición, incurriendo además el mencionado Oficial Superior en la comisión de faltas previstas en el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, específicamente las contempladas en el artículo 114, literales e) y h), además de lo contemplado en el artículo 117 en su aparte 44.

En consecuencia, resulta necesario analizar la situación del ciudadano Ivo Clemente Rodríguez de Souza, como miembro de la Fuerza Armada Nacional, sobre la base de las normas constitucionales que constituyen el régimen que ha de guiar sus actuaciones.

Así, se observa que el artículo 328 de la Constitución de 1999, dispone:

“La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación.... (Omissis)...En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación. ..(Omissis)”.

Por su parte, la norma establecida en el artículo 330 *eiusdem*, señala:

“Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”.

Esta última norma, de reciente data, constituye la nota característica que distingue la condición especial de los miembros de la Fuerza Armada Nacional del resto de los ciudadanos que habitan en el país, pues si bien el Constituyente de 1999 confirió a los militares el derecho al sufragio, con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político fundamental para todos los ciudadanos de la República, tal previsión no fue consagrada como un derecho absoluto que se impone sobre las restricciones propias de la vida castrense, o con el llamado también carácter deliberante. Así, es preciso recordar que cuando se habla de deliberación debe interpretarse esta última palabra en el sentido de debate o discusión presente entre varias personas para decidir un asunto determinado.

Como claramente lo señala la disposición transcrita, si bien se le confiere a la militar participación en el ejercicio de un derecho político extensivo a todos los ciudadanos de la República como es el derecho al voto, al mismo tiempo, se restringe otra parcela de ese derecho al prohibírsele participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

Según se lee del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *“prosélito es todo partidario que se gana para una facción, parcialidad o doctrina”*. Respecto a tal acepción es de menester destacar que el actor participó en un proceso de recolección de firmas convocado, en fecha 02 de febrero de 2003, por diversas organizaciones políticas, siendo tal actuación para está Sala reveladora de una parcialidad política, habiéndose expuesto el oficial militar en un acto público de evidente naturaleza política, instaurado en contra del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, quien por mandato de la Constitución de 1999 en su artículo 236, es el Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional y ejerce la suprema autoridad jerárquica de la misma.

Es necesario tener en cuenta que la naturaleza de la actividad desempeñada por los miembros de la Fuerza Armada Nacional juega un papel trascendental a la hora de considerar los parámetros legales en los cuales se puede desenvolver el ejercicio de los derechos políticos. Así, es claro que cuando se trata de la institución castrense, sus propias normas obligan a seguir un régimen estricto de conducta diseñado por el estamento militar, sustentado en la obediencia, subordinación y disciplina, y dirigido, entre otros aspectos, a limitar las opiniones y actuaciones por parte de sus miembros.

En ese sentido, considera la Sala que al haber participado el Teniente Coronel Asimilado Ivo Clemte Rodríguez de Souza en el acto de recolección de firmas antes descrito, demostró un proselitismo político perjudicial, dada su alta investidura, atentando contra la disciplina que le debe a la Fuerza Armada Nacional y a la obediencia que le debía a su Comandante en Jefe, el ciudadano Presidente de la República.

Concluye por tanto la Sala, luego de las consideraciones anteriores, que vista la especial situación de sujeción en que se encontraba el actor en su condición de Oficial Superior de la Fuerza Armada Nacional, el Ministro de la Defensa estaba facultado para sancionarlo, no habiéndose coartado en el presente caso la libertad de conciencia del accionante, ni su derecho al sufragio. Así se decide.

TSJ-SPA (04) 22-2-2011, Magistrado Ponente: Fernando Vegas Torrealba, Caso: Manuel Ernesto Colmenares Mendoza vs. Consejos de Administración y de Vigilancia de CAPREMINFRA, RDP N° 125, 2011, pp. 125-127.

Precisado lo anterior, debe destacar esta Sala que el ejercicio del derecho al sufragio se materializa con la celebración de procesos electorales ajustados al ordenamiento jurídico, regidos por los principios de transparencia, imparcialidad y confiabilidad, en el marco de los cuales se realicen votaciones libres, universales, directas y secretas.

En el caso concreto de las cajas de ahorro, el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla que son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en lo social y económico, y conforme a lo previsto en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, que los miembros de sus Consejos de Administración y de Vigilancia deben ser electos para que ejerzan sus cargos por un período de tres (3) años.

En el presente caso, no resulta un hecho controvertido por las partes que el último proceso electoral para la escogencia de los actuales miembros de los Consejos de Administración y de Vigilancia de CAPREMINFRA se celebró en el año 2005, de manera que su período de mandato se encuentra ampliamente vencido sin que hasta la fecha se hayan celebrado nuevas elecciones, y como justificación de ese hecho los miembros actuales alegan que no habían convocado al proceso electoral a la espera de que se concrete la “...*fusión*...” del Cuerpo de Técnico de Vigilancia de Transporte Terrestre y la Policía Nacional, lo cual constituye un hecho de fecha incierta.

En efecto, el representante de los agraviantes afirmó que estuvieron a la espera de la emisión del Decreto Presidencial que concretaría la aludida “...*fusión*...”, no obstante, alegó que ese Decreto fue publicado en *Gaceta Oficial* el 15 de junio de 2010 y para la presente fecha, han transcurrido más de seis (6) meses sin que hayan cumplido con la obligación de convocar a elecciones.

De modo que lo anteriormente expuesto es razón suficiente para declarar la violación del derecho al sufragio de los asociados de CAPREMINFRA, razón por lo cual esta Sala, en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley declara con lugar la solicitud de amparo constitucional interpuesta conjuntamente con solicitud de medida cautelar por el ciudadano Manuel Ernesto Colmenares Mendoza, contra la Junta Directiva de CAPREMINFRA por omitir “...*convocar a las elecciones de la Comisión Electoral, para que ésta convoque a unas elecciones de nuevas autoridades*”, y en consecuencia se ordena lo siguiente:

1.- Al Consejo de Administración de CAPREMINFRA, que en un lapso no mayor de treinta (30) días continuos contados a partir del 1° de abril de 2011, convoque y celebre la Asamblea Extraordinaria donde se escojan los miembros de la Comisión Electoral encargada de dirigir y organizar el proceso electoral para la renovación de las autoridades de CAPREMINFRA, y que en ese mismo lapso se ejecute en su totalidad el cronograma electoral, que debe incluir las fases siguientes:

- a) Publicación de la convocatoria al proceso electoral, que deberá incluir el cronograma respectivo.
- b) Diseño y publicación de un Registro Electoral Preliminar.
- c) Lapso de impugnación del Registro Electoral Preliminar.
- d) Decisión sobre las impugnaciones del Registro Electoral.
- e) Publicación del Registro Electoral Definitivo
- f) Lapso de inscripción o postulación de candidatos.
- g) Lapso de impugnación de las inscripciones o postulaciones de candidatos.
- h) Admisión o rechazo de las postulaciones de candidatos.

- i) Lapso de subsanación de postulaciones de candidatos.
- j) Propaganda electoral.
- k) Votaciones y escrutinios, y,
- l) Totalización, adjudicación y proclamación.

2.- A los Consejos de Administración y Vigilancia de CAPREMINFRA, abstenerse de realizar actos de disposición, aunque cuenten con la autorización de la Asamblea, de manera que sólo podrá realizar actos de simple administración, hasta tanto cesen en el ejercicio de sus cargos.

Se les advierte a los miembros de los Consejos de Administración y de Vigilancia de CAPREMINFRA, que el incumplimiento a las órdenes emitidas por esta Sala acarreará las sanciones contenidas en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

TSJ-SC (355) 16-5-2017, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán, Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Gaceta Oficial Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010, RDP N° 151-152, 2017, pp. 301-305.

La Sala Constitucional consideró ajustada a la Constitución la elección de menores de edad para integrar las Juntas parroquiales, con base en el derecho a la participación de los niños y adolescentes.

Respecto a la pretensión de nulidad invocada contra el artículo 36 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la representación de la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo cuestionó que los ciudadanos a partir de los quince (15) años de edad adquieran el derecho de ser personas elegibles como miembros por considerar que vulnera el límite impuesto por el artículo 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre este particular, considera la Sala necesario precisar que con fundamento en las disposiciones previstas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que entraron en vigor a partir del 13 de octubre de 1990, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dio inicio, entre otros importantes aspectos, a la transformación de la realidad política, social y jurídica de nuestro País, en la que se incorpora un amplio catálogo de derechos humanos, sin precedente en la historia constitucional venezolana.

El reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, así como la ampliación del reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, son sólo algunos de los avances en derechos humanos que se han visto incorporados al texto constitucional.

Así, los artículos 78 y 79 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen lo siguiente:

“Artículo 78.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.

“Artículo 79.- Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y en particular la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley”.

Las normas constitucionales transcritas establecen un conjunto de derechos recogidos igualmente en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que entró en vigencia en el año 2000, en la cual se reconoció en los niños, niñas y adolescentes su condición de sujetos de derecho y, por ende, de gozar de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.185, se reconocen sus derechos políticos, tal como se puede apreciar de las disposiciones previstas en los artículos 3, 10, 81, 83, 84, 85 y 96 que establecen lo siguiente:

“Artículo 3.- Principio de igualdad y no discriminación.

Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición de los niños, niñas o adolescentes, de su padre, madre, representante o responsable, o de sus familiares”.

“Artículo 10.- Niños, niñas y adolescentes sujetos de derecho.

Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

“Artículo 81.- Derecho a participar.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

El Estado, las familias y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños, niñas y adolescentes y sus asociaciones”.

“Artículo 83.- Derecho de manifestar.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de manifestar pacíficamente y sin armas, de conformidad con la ley, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables”.

“Artículo 84.- Derecho de libre asociación.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, económicos, laborales o de cualquier otra índole, siempre que sean de carácter lícito. Este derecho comprende, especialmente, el derecho a:

- a) Formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos.
- b) Promover y constituir asociaciones conformadas exclusivamente por niños, niñas, adolescentes o ambos, de conformidad con la ley.

Parágrafo Primero. Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables.

Parágrafo Segundo. A los efectos del ejercicio de este derecho, todos los y las adolescentes pueden, por sí mismos o sí mismas, constituir, inscribir y registrar personas jurídicas sin fines de lucro, así como realizar los actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas.

Parágrafo Tercero. Para que las personas jurídicas conformadas exclusivamente por adolescentes puedan obligarse patrimonialmente, deben nombrar, de conformidad con sus estatutos, un o una representante legal con plena capacidad civil que asuma la responsabilidad que pueda derivarse de estos actos”.

“Artículo 85.- Derecho de petición.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad, funcionaria o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.

Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables”.

“Artículo 96.- Edad mínima.

Se fija en todo el territorio de la República la edad de catorce años como edad mínima para el trabajo. El Poder Ejecutivo podrá fijar, mediante decreto, edades mínimas por encima del límite señalado, para trabajos peligrosos o nocivos.

(...omissis...)

Las normas transcritas se encuentran alineadas con los derechos políticos universalmente reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que regula el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión e información, derecho a opinar libremente y el derecho a la libre reunión y asociación.

Así, al igual que en la referida Convención, el ejercicio de estos derechos se entiende como un proceso progresivo y evolutivo que requiere la orientación de sus padres, madres o representantes legales.

De esta manera, cabe destacar que, si bien en el artículo 81 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2015, se reconoce el derecho a la participación libre, activa y plena de los niños, niñas y adolescentes, la misma queda circunscrita a sus ámbitos inmediatos de socialización: escuela, familia y comunidad; mientras que la acción en el campo político quedaría expresada como un proceso gradual y conducente a su ciudadanía activa y pasiva, en donde el Estado, las familias y la sociedad deben crear y fomentar la participación de la niñez y adolescencia.

En conexión con lo expuesto, el reconocimiento explícito del derecho a opinar de los niños y adolescentes, en el ámbito estatal, así como también en el comunitario representa un elemento que amplía las posibilidades y formas de participación política activa y pasiva, en los términos previstos en el artículo 80 *eiusdem*, referido al derecho a la libertad de opinión en los asuntos en que tenga interés y que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo, los cuales se extienden a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

Por otro lado, en los artículos 83, 84 y 85 de la mencionada Ley, referidos a los derechos a manifestar, a la libertad de asociación y al derecho de petición, el legislador hizo referencia explícita a la incorporación de los aspectos políticos en el desarrollo y formación de los niños y adolescentes, al reconocer la posibilidad de expresar libremente sus ideas, de asociarse con fines políticos, y de instar a la Administración para que emita un pronunciamiento sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.

Con el derecho de petición se abre otro espacio de participación política de la niñez y adolescencia, al promoverse un vínculo directo entre estos sectores y las instituciones públicas, que se complementa (*ex-artículo 81 eiusdem*) con el derecho que tienen de participar libre, activa, pasiva y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y pasiva, a través de su

participación en la comunidad organizada en pleno ejercicio del derecho que les confiere la Constitución para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular sin más limitaciones que aquellas establecidas en la Ley.

En este sentido, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales establece en su artículo 7, en concordancia con lo previsto en el artículo 21 de la misma Ley, que la conformación de las asambleas de ciudadanos se realizará con la participación mínima del diez por ciento (10%) de los habitantes de la comunidad mayores de quince (15) años. Igualmente, el artículo 15 *eiusdem* prevé que, para postularse como vocero o vocera del consejo comunal, así como para ser integrante de la comisión electoral se requiere, entre otros requisitos, que la persona sea mayor de quince (15) años.

La misma edad, como rango mínimo, es requerida en los artículos 40 y 41 de la referida Ley, respecto a las personas que pueden solicitar la revocatoria de los voceros y voceras de los consejos comunales.

De esta misma manera, el artículo 24 de la Ley Orgánica de las Comunas establece como requisito para ser miembro del Parlamento Comunal ser mayor de quince (15) años. Por su parte, el artículo 38 de la referida Ley establece que para ser vocero o vocera del Consejo de Economía Comunal es necesario tener más de quince (15) años. En este mismo sentido, el artículo 57 *eiusdem*, prevé que los habitantes del ámbito comunal que elegirán los jueces y juezas comunales, a través del voto universal, directo y secreto deberán ser mayores de quince (15) años; lo cual se establece de la misma manera para la reforma de la carta fundacional del consejo comunal.

Precisado lo anterior, aprecia la Sala que el ordenamiento jurídico venezolano ha establecido un conjunto de reglas que, con fundamento en el mandato constitucional previsto en los artículos 78 y 79 del Texto Fundamental, promueven la incorporación progresiva de los adolescentes mayores de quince (15) años a la ciudadanía activa y reconocen su derecho de ser sujetos activos en el proceso de desarrollo del nuevo modelo político, permitiendo su incorporación en el marco constitucional que recoge los aspectos fundamentales de la democracia participativa y protagónica, y a su vez la articulación e integración con otros ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias y demás movimientos sociales para que formen parte en la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder las necesidades y aspiraciones de las comunidades en las que hacen vida estos adolescentes.

Como consecuencia de lo antes expuesto, considera esta Sala que la referida norma de ninguna manera vulnera el límite impuesto por el artículo 64 del Texto Fundamental. Así se declara.

TSJ-SE (53) 13-6-2018, Ponencia Conjunta, Caso: Henri Falcón, RDP N° 153-154, p. 335.

La Sala Electoral del Máximo Tribunal de la República, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales, y en función de administrar justicia al servicio de las ciudadanas y ciudadanos, debe pronunciar que el proceso electoral venezolano tiene su base fundamental en la soberanía como derecho irrenunciable de la Nación, en el valor superior de la democracia para el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado: como es el ejercicio de la voluntad popular, mediante el sufragio.

Siendo esta una premisa fundamental del Estado es necesario destacar que representa una lesión al valor superior de la democracia aquellas conductas que pretendan impedir, limitar y desconocer la participación activa y protagónica del pueblo venezolano en ejercicio de la soberanía. En tal sentido, como lo establece la Ley Orgánica de Procesos Electorales, se prohíbe de forma expresa el desestímulo al ejercicio del derecho al voto, calificando tal conducta como ilícito electoral y sancionándola en el referido texto legal.

Así, es necesario destacar que la conducta prohibida es la promoción a no participar y, por el contrario, el llamado a la participación electoral, así como la facilitación a la misma, fortalecen el sistema democrático y constituyen una actividad de apoyo a las instituciones democráticas. Asimismo, el anuncio o la ejecución de los programas sociales no configuran ilícitos electorales ni menoscaban el libre ejercicio del derecho constitucional al sufragio, por cuanto la naturaleza de estas iniciativas se enmarca en el Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia, consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

TSJ-SC (1) 8-1-2019, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Otoniel Pautt Andrade, (demanda de interpretación de los artículos 231 “último infine” (sic) y 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), RDP N° 157-158, 2019, p. 325.

1.- Es importante destacar que el sufragio, en la Constitución de 1961, fue consagrado como derecho y como deber, a diferencia de la Constitución de 1999, en la cual ha sido expresamente reconocido como un derecho y, por tanto, su ejercicio (aun en los casos de votos nulos) debe ser respetado por aquellos que hayan decidido no hacer efectivo el mismo, pues su falta de ejercicio, al perder su carácter obligatorio, no comporta ninguna consecuencia jurídica.

La participación activa y protagónica de los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos, mediante el ejercicio del derecho al sufragio, es una manifestación de soberanía que no puede ser desconocida por la falta de participación de aquellos que deciden no hacerlo, porque, precisamente, esa decisión de no intervenir o participar es también un derecho y, como tal, no puede menoscabar el derecho al sufragio para la elección de las autoridades cuyos cargos son de elección popular, a quienes decidan expresar su voluntad mediante el voto libre, secreto, universal y directo, en la forma consagrada por la Constitución vigente, en cuyo artículo 292 se establecen la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia como principios rectores de los procesos electorales.

Por ello, sostiene esta Sala que la falta de participación es responsabilidad solo de quien o quienes dispongan no ejercer su derecho al sufragio activo, por lo que resultaría un contrasentido la pretensión de imponer la abstención como mecanismo de desconocimiento de la voluntad de quienes sí ejercieron su derecho al sufragio, conforme lo establece el artículo 63 constitucional, que reza:

Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

2. *El registro electoral*

CSJ – SPA 9-4-69, G.F. N° 64, 1969, pp. 42- 46

Los requisitos que exige la Ley Electoral para ejercer el derecho de Sufragio son obligatorios y deben interpretarse como reglamentación de lo dispuesto en la Constitución.

Comprobados como están, según lo expuesto, los fundamentos de hecho de la acción, resta examinar si el incumplimiento del deber de inscribirse en el Registro Electoral y de votar puede considerarse como una de las causas de nulidad de la elección recaída en quien haya incurrido en dicha transgresión, en conformidad con el ordinal 1° del artículo 132 de la Ley Electoral.

Pasando, por lo tanto, a resolver dicha cuestión, la Corte observa:

La Constitución consagra el principio de la soberanía popular y establece el fundamento del gobierno representativo, al disponer en su artículo 49 que “la soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público”

En el campo de las Ciencias Políticas y del Derecho Constitucional, el sufragio es, en su acepción más simple, el derecho de elegir y de ser elegido para el ejercicio de funciones públicas. De allí deriva la conocida distinción entre sufragio activo y sufragio pasivo, según sea el rol que le corresponda desempeñar al individuo en las elecciones.

No todas las personas que forman el pueblo tienen, sin embargo, el derecho de sufragio, pues para elegir o ser elegido es indispensable ser capaz. Los artículos 111 y 112 de la Constitución dicen, respectivamente, que son “electores todos los venezolanos que hayan cumplido dieciocho años de edad y no estén sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política”; y que son “elegibles y aptos para el desempeño de funciones públicas los electores que sepan leer y escribir, mayores de veintiún años, sin más restricciones que las establecidas en esta Constitución y las derivadas de las condiciones de aptitud que, para el ejercicio de determinados cargos, exijan las leyes”. De allí se infiere que al llegar a los dieciocho años el venezolano, por nacimiento o por naturalización, adquiere la cualidad de “elector” y que al cumplir veintiún años adquiere la cualidad de “elegible”, si sabe leer y escribir. Mas, como lo da a entender el mismo artículo, la Constitución y las leyes pueden exigir y, en efecto, exigen otras calificaciones para desempeñar determinadas funciones públicas, ya que el objeto de esa disposición es indicar cuáles son las condiciones mínimas requeridas para ingresar al servicio del Estado. Así los artículos 149, 182 y 213 *ejusdem* dicen, respectivamente, que para “ser Senador se requiere ser venezolano por nacimiento y mayor de treinta años”; que para ser elegido Presidente de la República se requiere ser venezolano por nacimiento, mayor de treinta años y de estado seglar”; y que para “ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere ser venezolano por nacimiento, abogado y mayor de treinta años”. En resumen, la capacidad del elector o del elegible depende de que el sujeto de que se trate, reúna o no las condiciones para ser titular del derecho o de sufragio y para desempeñar la función que le corresponda cumplir, según la Constitución o la Ley. Sin embargo, no basta gozar de esa capacidad para poder ejercer el derecho de sufragio, puesto que el constituyente y el Legislador ordinario establecen otras condiciones, de carácter general o especial, que afectan la capacidad de ejercicio de las personas a quienes la Ley inviste de ese derecho. En efecto, no pueden elegir ni ser elegidos quienes estén prestando servicio militar (artículo 3 de la Ley Electoral) o quienes estén sujetos a interdicción civil o a inhabilitación política (artículo 111 de la Constitución). Esta capacidad para el ejercicio del derecho de sufragio es general porque afecta tanto a los electores como a los elegibles y puede abarcar todos los cargos públicos. Pero es necesario tener en cuenta otras circunstancias, que así mismo afectan el ejercicio del derecho de sufragio, entre las cuales pueden señalarse las enumeradas en el artículo 140 de la Constitución, cuyo texto es del tenor siguiente:

“No podrán ser elegidos Senadores o Diputados:

1° El Presidente de la República, los Ministros, el Secretario de la Presidencia de la República y los Presidentes y Directores de Institutos Autónomos hasta tres meses después de la separación absoluta de sus cargos;

2° Los Gobernadores y Secretarios de Gobierno de los Estados, Distrito Federal y Territorios Federales hasta tres meses después de la separación absoluta de sus cargos si la representación corresponde a su jurisdicción o mientras ejerzan el cargo si se trata de otra jurisdicción; y

3° Los funcionarios o empleados nacionales, estatales o municipales, de institutos autónomos o de empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva, cuando la elección tenga lugar en la jurisdicción en la cual actúan, salvo si se trata de cargo accidental, electoral, asistencial, docente o académico, o de representación legislativa o municipal.

La Ley podrá establecer la inelegibilidad de algunos funcionarios electorales”.

La distinción entre la capacidad y goce y la capacidad de ejercicio, que resulta de lo expuesto es de gran importancia en esta materia porque la primera de ellas no puede ser restringida, conforme a los términos del artículo 112 *ejusdem*, sino por el propio constituyente, y excepcionalmente por el Legislador ordinario en el caso de que el cargo de que se trate exija determinadas

condiciones de aptitud. En cambio, la capacidad de ejercicio puede y debe ser reglamentada por la Ley con arreglo a las disposiciones contenidas en los artículos 110, 113 y 136, ordinal 24 de la Constitución.

Lo expuesto revela, además, que, tanto el constituyente como el Legislador patrios, se han guiado en esta materia como en otros campos de nuestra legislación, por los principios generales de derecho que inspiran la doctrina en otros pueblos, doctrina de la cual son destacados exponentes los tratadistas españoles, franceses e italianos citados en los párrafos del dictamen del Fiscal General de la República a que ante se hizo referencia.

De consiguiente hay que acudir a la Ley para determinar si existen otras condiciones, requisitos o formalidades que cumplir para el ejercicio del derecho de sufragio.

En algunos países, la propia Constitución o la Ley de la materia pautan de manera expresa que sólo tienen derecho al sufragio los ciudadanos inscritos en el censo electoral. A manera de ejemplo un conocido autor cita la Ley de Elecciones de Chile, la cual en su artículo 79 establece que son “ciudadanos con derecho a sufragio los chilenos que hayan cumplido veintinueve años de edad, que sepan leer y escribir y estén inscritos en los registros electorales”.

En nuestra legislación electoral no hay una norma equiparable a la que acabamos de transcribir, pero esto no es extraño en un régimen constitucional y legal que consagra la obligatoriedad del voto y hace de la cédula electoral y del correspondiente registro los únicos instrumentos idóneos para identificar a las personas investidas del derecho de sufragio; que, impone a todos los venezolanos, mayores de dieciocho años, no sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política “el deber de inscribirse en el Registro Electoral” (artículo 3 de la Ley Electoral); que establece una clara distinción entre “electores” (no inscritos y “electores inscritos” (artículo 42, ordinal 59, 45, 54, 58, 71 numeral b) y 74 de la Ley Electoral); que atribuye solamente a los electores inscritos los derechos de postular candidatos (artículos 70 y 74 *ejusdem*), e impugnar las elecciones (artículo 133 *ejusdem*); que erigen en “causa de remoción (de los miembros de los organismos electorales) la circunstancia de no haberse inscrito en el Registro Electoral para el día del cierre de las inscripciones”; y que prevé la elaboración de “un índice de Registro Electoral de la República en el cual se harán constar los datos referente a los ciudadanos hábiles para ejercer el sufragio, así como los relacionados con las inscripciones canceladas”.

Esta última disposición demuestra por sí sola que el Legislador no considera “hábiles para ejercer el sufragio”, sino a los ciudadanos que se hayan inscrito en el Registro Electoral, que es el único instrumento que, de acuerdo con otro de los artículos de la Ley, ha de servir de base para las elecciones en que participen esos mismos ciudadanos. Hábiles y capaces son términos sinónimos para el legislador y, en razón de ello puede afirmarse que, en conformidad con dicho artículo, son incapaces o inhábiles para elegir o ser elegidos quienes no aparezcan inscritos en el Registro Electoral.

Pero en el caso de que hubiera alguna duda al respecto a la mente del legislador, sería contrario a respetables principios de hermenéutica jurídica, atribuir a la Ley una intención diferente a la que resulta de las disposiciones comentadas, pues tal interpretación nos llevaría a admitir la posibilidad de que el ciudadano remiso a cumplir un deber de tanta significación como es el de inscribirse y votar, pueda ser al mismo tiempo incapaz para ejercer el derecho de sufragio activo y capaz para ejercer el derecho de sufragio pasivo. En conformidad con lo expresado por el constituyente el sujeto elegible no es más que un elector mejor calificado para ejercer la soberanía, en nombre del pueblo, desde alguno de los órganos del Poder Público. Y por ello el sistema electoral que nos rige resultaría intrínsecamente absurdo e injusto en su aplicación si, conforme a sus términos, se dividiera el electorado en electores y elegibles, y se considerará que estos últimos no están sujetos a la obligación de inscribirse en el Registro Electoral, lo cual es en nuestro derecho un deber ineludible, por ser forzosa consecuencia de la obligatoriedad del voto. El voto es un derecho y una función pública cuyo ejercicio “será obligatorio dentro de los límites y condiciones que establezca la Ley”, dice el constituyente en el artículo 110 de la Carta Fundamental; y si la Ley es dura para quienes sólo intervienen en la orientación de la política nacional, cada cinco años, al depositar su voto en las urnas electorales, con mayor razón tiene que serlo respecto a

aquellos que, por la representación que pretenden ejercer, debieran ser los más interesados en demostrar públicamente su respeto por el cumplimiento de los deberes en que está comprometido el ejercicio de la soberanía popular.

Es mediante su inscripción en el Registro Electoral que electores y elegibles manifiestan su acatamiento a la Constitución y la Ley, expresan su disposición de participar en las elecciones y demuestran, ante las autoridades electorales competentes, que reúnen las condiciones que les dan derecho a figurar como ciuda-danos hábiles para ejercer el sufragio, en el índice a que se refiere el artículo 66 de la Ley de la materia.

Y es claro que quien, por propia determinación y violando sus deberes ciudadanos, deja de inscribirse en el Registro Electoral y de concurrir al acto de las votaciones, se margina por sí mismo del proceso electoral y se sitúa en una actitud de abierta e injustificada resistencia al cumplimiento de los preceptos legales.

Conviene, sin embargo, observar que la incapacidad para ejercer el derecho de sufragio en tales casos no es una sanción que se impone al elector como consecuencia de su rebeldía, sino corolario del incumplimiento de una formalidad esencial para la efectividad de aquel derecho.

En contra del criterio aquí sustentado podría argüirse, con aparente lógica, que en conformidad con el artículo 8 de la Ley Electoral las “condiciones para ser elegible Senador”, son las establecidas en la Constitución”, y que no existiendo en ella ninguna disposición que exija la inscripción en el Registro Electoral de los ciudadanos que aspiren a dicho cargo, como condición esencial para la validez de la elección que en ellos recaiga, carece de fundamento, la acción intentada en el presente juicio. En este orden de ideas, también podría aducirse que la referida inscripción es una restricción al derecho de sufragio, establecida por el Legislador y no por el constituyente, lo que es manifiestamente contrario a o dispuesto en el artículo 112 de la Suprema Ley de la República.

El primer reparo que suscita tal argumentación es que invierte el orden lógico del proceso que supone la interpretación de la Ley, pues en lugar de deducir la inteligencia de ésta partiendo de la Constitución, utiliza el precepto legal para interpretar la mente del constituyente lo cual es jurídicamente inadmisibile. En segundo término conviene advertir que no debe tomarse al pie de la letra el mencionado artículo 8 -cuya impropia redacción no expresa exactamente la intención legislativa-, puesto que la mejor prueba de que las condiciones para ser elegido Senador no son exclusivamente “las establecidas en la Constitución Nacional”, es que de una de esas condiciones aparece formando parte del texto de la Ley, al señalar en el Parágrafo Único de su artículo 3º que los “miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales no ejercerán el sufragio mientras permanezcan en servicio militar activo”, y que en su artículo 10 establece causas de ineligibilidad respecto a los miembros del Congreso, similares a las enumeradas en el artículo 140 de la Ley Fundamental. Finalmente, cabe señalar que dicha argumentación parte de una premisa cierta como es la de que, según el artículo 112 de la Constitución el Legislador no puede establecer otras restricciones al derecho de sufragio que las estrictamente señaladas en el mismo artículo, pero deduce una conclusión falsa de esa premisa al afirmar que la obligación legal de inscribirse restringe la capacidad jurídica de los electores, contraviniendo lo dispuesto en el citado precepto constitucional. La verdad es que el deber de inscribirse constituye una formalidad, de carácter esencial, desde luego, pero en fin de cuentas una formalidad, exigida por el Legislador a quienes pretendan ejercer el derecho de sufragio. El hecho de que el interesado quede en libertad de cumplir o no ese deber, es lo que caracteriza las condiciones legales de esa especie y las diferencias de las restricciones constitucionales instituidas en algunos de los artículos antes citados, cuyo cumplimiento se impone inexorablemente a todos los ciudadanos, independientemente de la voluntad o del querer de éstos.

La nacionalidad, la edad, el estado, el grado de instrucción son en la actualidad -como lo fueron ayer el sexo y la capacidad económica- restricciones constitucionales que afectan la capacidad jurídica de los sujetos a quienes el constituyente denomina electores y elegibles en los artículos 11 y 112 de la Constitución. Tales calidades son atributos sustantivos inherentes a la personalidad y no tienen ningún nexo con las formalidades de carácter legal que son requerimientos

adjetivos establecidos por el Legislador al reglamentar el ejercicio de algunos derechos, y de los cuales encontramos numerosos ejemplos tanto en el derecho público como en el privado. En relación con el sufragio, el constituyente define el voto como un derecho y como una función pública, cuyo ejercicio “será obligatorio dentro de los límites y condiciones que establezca la Ley”, de allí se sigue que es el Legislador ordinario y no el constituyente, quien tiene a su cargo la responsabilidad de dictar las normas reglamentarias que sean necesarias para hacer realidad ese mandato de la Constitución, incluyendo las relativas a los requisitos o formalidades que deben llenar los electores para ejercer el derecho de sufragio y a la nulidad de las elecciones recaídas en sujetos que no reúnan las condiciones exigidas por la Ley o que estén comprendidos en alguna de las causas de ineligibilidad. No invade, por lo tanto, el Legislador la esfera de competencia que corresponde al constituyente en esta materia, sino que por el contrario acata un mandato constitucional, al establecer, como consecuencia de la obligatoriedad del voto, el deber de inscribirse en el Registro Electoral, y al hacer depender del cumplimiento de esa condición la capacidad de los ciudadanos para ejercer el derecho de sufragio, así como otros derechos derivados de su calidad de electores.

Aplicando las consideraciones que preceden al caso de autos, todos los venezolanos por nacimiento (y lo mismo podría decirse de los venezolanos por naturalización equiparados a ellos por el artículo 45 de la Constitución) adquieren capacidad jurídica para ser Senadores al cumplir treinta años de edad si saben leer y escribir. Pero sólo podrán ser elegidos si no se hallan en servicio militar activo o en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 140 de la Constitución; si no están sujetos a interdicción civil o a inhabilitación política; y si, de acuerdo con el Registro Electoral, son hábiles para ejercer el sufragio.

En el caso de la elección de un Senador, las calificaciones que se acaban de señalar son las que el Legislador denomina causas de ineligibilidad o condiciones requeridas por la Ley al enumerar los motivos que pueden determinar la nulidad de las elecciones en el artículo 132 de la Ley Electoral.

En consecuencia, de no existir otras causas que pudieran afectar la elección del demandado, bastaría la circunstancia de no aparecer inscrito, como ciudadano hábil para ejercer el sufragio, en el Registro Electoral, para invalidar la elección en él recaída.

TSJ-SE (104) 25-8-2000, Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi, RDP N° 83, 2000, pp. 185 y ss.

El artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política cuando establece el carácter público, permanente y de actualización mensual del Registro Electoral, convierte a éste en un instrumento de primer orden para tornar operativo el derecho al sufragio activo consagrado en la Constitución.

Ha sido solicitada la interpretación del artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual establece lo siguiente:

“El Registro Electoral será público y permanente, siendo su actualización mensual.

Su formación la hará la oficina del Registro Electoral, conforme a las disposiciones de esta ley y alas normas que al efecto dicte el Consejo Nacional Electoral, las cuales deberán formar parte del Reglamento General Electoral.” (Énfasis de la Sala).

Los recurrentes plantean dudas respecto a la inscripción en el Registro Electoral de aquellos ciudadanos que cumplían con los requisitos exigidos a tales fines y que no pudieron acudir al Registro Electoral, así como aquellos ciudadanos que cumplieron dieciocho (18) años después del 28 de mayo de 2000, oportunidad en la cual debieron celebrarse los comicios que fueron pospuestos para el 30 de julio y 1° de octubre de 2000, y que no pudieron actualizar sus datos en el Registro Electoral.

Atendiendo a la problemática planteada, pasa esta Sala a considerar el artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y en ese sentido resulta necesario destacar que no puede limitarse al análisis aislado del dispositivo normativo invocado por los recurrentes, sino que debe hacerse con respecto a la totalidad de la normativa contenida en la Ley electoral, con énfasis en el Capítulo II del Título III “Del Registro Electoral”, así como todo el ordenamiento jurídico vigente.

Primeramente, estima conveniente esta Sala realizar una referencia a la evolución histórico-legal del Registro Electoral en Venezuela, y al respecto observa que las Leyes Electorales de los años 1964, 1970, 1973, 1977 y 1988, consagraban la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Electoral de todos los ciudadanos que cumplieran con los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho al sufragio, a los fines de la elaboración de los respectivos cuadernos de votación.

Las modificaciones tendentes a eliminar el trámite de inscripción en el Registro Electoral fueron introducidas en la Ley Orgánica del Sufragio de 1989, la cual en su artículo 62 estableció la incorporación automática al Registro Electoral de todos los venezolanos que cumplieran con los requisitos para ejercer el derecho al sufragio, a los cuales se les hubiese expedido su cédula de identidad, imponiéndoles la obligación de actualizar sus datos en la oportunidad correspondiente. Sin embargo, ante el incumplimiento de este deber, al elector se le ubicaba en el centro de votación del “...domicilio declarado en la oportunidad de tramitar la expedición del más reciente ejemplar de su cédula de identidad...”. Esta previsión legal instaurada en la Ley Orgánica del Sufragio de 1989 fue mantenida por las leyes electorales de los años 1992, 1993 y 1995.

De lo antes señalado se desprende que, a partir de la Ley Orgánica del Sufragio de 1989, todo ciudadano hábil para votar al que se le expedía su cédula de identidad, quedaba automáticamente inscrito en el Registro Electoral e incorporado al cuaderno de votación, a pesar de que no hubiese realizado el trámite de actualización, esto se ve reflejado en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Sufragio de 1995, la cual establecía que: “*Los electores que hayan sido incorporados al Registro Electoral Permanente (...) deberán acudir al centro de inscripción más próximo a su residencia en la oportunidad correspondiente a los efectos de actualizar los datos referentes a su domicilio y estado civil. De no hacerlo el elector quedará ubicado en el centro de votación de la jurisdicción correspondiente al domicilio declarado en la oportunidad de tramitar la expedición del más reciente ejemplar de su cédula de identidad*” (Énfasis de la Sala).

Ahora bien, el artículo 98 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece que:

“...Todos los venezolanos que llenen los requisitos establecidos en la Constitución de la República para ejercer el derecho y el deber al sufragio y a quienes se les haya expedido su correspondiente cédula de identidad, serán incorporados automáticamente al Registro Electoral. La Oficina de Registro Electoral, agotará todos los medios a su alcance para ubicar al elector en la Vecindad Electoral que le corresponda al lugar de su residencia. De no ser esto posible, el elector deberá ser notificado, mediante aviso publicado por los medios de comunicación más idóneos, para que pueda subsanar oportunamente esta deficiencia de su registro en el Centro de Actualización que le corresponda y así poder ejercer su derecho y deber al voto”: (Énfasis de la Sala).

De estas consideraciones de orden histórico y legislativo se concluye que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política modificó el planteamiento contenido en la ley electoral derogada a los fines de darle obligatoriedad a la actualización de los datos del ciudadano que, cumpliendo con los requisitos para ejercer su derecho al sufragio activo, no concurrió al centro respectivo. Por tanto, la vigente Ley eliminó la incorporación automática de los electores al cuaderno de votación, al omitir el supuesto de que en caso de que el ciudadano no se presente a actualizar sus datos, quedaría automáticamente incorporado al cuaderno de votación con el “...domicilio declarado en la oportunidad de tramitar la expedición del más reciente ejemplar de su cédula de identidad...”; y estableció un mecanismo diferente en cuanto a la corrección de los datos necesarios para la elaboración del cuaderno de votación. Esta tesis se ve apoyada en el dispositivo con-

tenido en el artículo 100 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política cuando establece que: “El elector tiene la obligación de informar sus datos de residencia a la Oficina de Registro Electoral.

Ahora bien, respecto a la expresa petición de la Defensoría del Pueblo de “que se establezca la trascendencia de la norma objeto del recurso dentro del sistema legal que rige a la institución del sufragio”, la Sala observa:

El artículo 97 cuya interpretación se solicita debe analizarse en el contexto de la normativa constitucional y legal, es decir, con las normas con las cuales tiene afinidad y vinculación.

A los fines argumentativos se cita de nuevo el artículo 97:

“El Registro Electoral será público y permanente, siendo su actualización mensual.

Su formación la hará la Oficina del Registro Electoral, conforme a las disposiciones de esta Ley y a las normas que al efecto dicte el Consejo Nacional Electoral, las cuales deberán formar parte del Reglamento General Electoral.”

Una vez establecido el marco constitucional y legal que permite a los órganos jurisdiccionales competentes resolver el especialísimo recurso de interpretación contemplado en el ordenamiento jurídico venezolano, resulta necesario precisar que el pedimento de Defensoría del Pueblo en torno al artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, encuentra su apoyo en el desbordamiento de los cauces de la normalidad del proceso electoral, que como es sabido culminaban con las votaciones programadas para el 28 de mayo de 2000, las cuales fueron suspendidas por una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, razón por la cual la interpretación de la normativa de la citada Ley reguladora del sistema institucional del Registro Electoral, especialmente, en lo concerniente a sus fases, así como a los lapsos de perfeccionamiento para cada una de ellas, debe ser interpretada en esa situación de excepcionalidad, derivada de la suspensión del acto de votación.

Planteada así la situación, el primer elemento que en criterio de esta Sala debe ser tomado en cuenta a los fines de la interpretación del artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, tiene que ser por imperativo de los cánones elementales de lógica jurídica, que los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre los cuales se encuentran el derecho al sufragio no pueden desnaturalizarse por un desfase de la Administración electoral, aun cuando el mismo sea expresado en una sentencia de este Tribunal Supremo de Justicia, pues de admitirse la tesis contraria sería supeditar el ejercicio de esos derechos fundamentales a una situación administrativa, lo que resulta inaceptable, máxime si se toma en cuenta que en la configuración del hecho a obstáculo impeditivo de la realización de los comicios, los ciudadanos no tuvieron absolutamente nada que ver. Al mismo tiempo, en ese proceso hermenéutico es vital tener en cuenta otro elemento que consiste en la ponderación de intereses generales que están involucrados en unas elecciones nacionales, de tal manera que, pese a la naturaleza de la sentencia interpretativa, ella no vaya a llegar a erigirse en otro obstáculo igual o mayor que el que originó la suspensión decretada por la Sala Constitucional.

La Sala orientada por esos principios metodológicos observa que el artículo 97 del cual se solicita la interpretación no hace más que posibilitar el derecho al sufragio activo consagrado en la Constitución de 1999, y en tal sentido le otorga carácter público y permanente al Registro Electoral. Sin duda que tales características lo convierten en un instrumento de primer orden para tornar operativo el derecho al sufragio, pero al mismo tiempo sirve para preservar un principio básico en cualquier proceso de elecciones, como lo es la seguridad jurídica, que en el vocabulario electoral es mejor conocido como transparencia, en virtud de que permite conocer a ciencia cierta y con la debida antelación los venezolanos y extranjeros que tienen el derecho al sufragio activo, y los venezolanos que lo tienen al sufragio pasivo. Es precisamente esta finalidad del Registro Electoral la que impone, como lo establece el artículo 97, su carácter *público, permanente y de actualización mensual*, ya que es evidente que un registro privado, ocasional o periódico, y desactualizado, perdería el elemento conceptual que le sirve de base (preservación de la seguridad jurídica electoral), y por ende, de ninguna manera serviría al fin antes enunciado.

Pues bien, no existiendo dudas acerca del carácter público del Registro Electoral, el margen de incertidumbre puede nacer, según el planteamiento de la Defensoría del Pueblo, de cómo compatibilizar su carácter permanente y la necesidad de actualización mensual, ante el hecho notorio de la suspensión de las elecciones por más de cuatro meses, con el derecho de los electores que con posterioridad al 28 de mayo de 2000 cumplieron dieciocho años. En esa línea de pensamiento cabe advertir que la permanencia del Registro no resulta susceptible de interrupción por la suspensión del proceso de votación, pues de conformidad con el artículo 98 de la Ley, la incorporación de los electores al mismo es automática, al cumplir los dieciocho años de edad, mas no así su incorporación de los correspondientes cuadernos de votación, que es en definitiva el hecho que permite real y efectivamente *ejercer el derecho al sufragio activo*, para lo cual se requiere la *actualización*, que es una actividad que normalmente puede realizar el elector durante todo el año. De modo pues que realmente la permanencia cobra efectividad, en cuanto nota fundamental para asegurar el ejercicio del derecho al sufragio, si y sólo si se permite libremente a los ciudadanos realizar la actualización.

Es precisamente la fase de actualización la que puede quedar afectada por una suspensión del acto de votaciones, pues de conformidad con el artículo 119 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en el año de las votaciones o el referendo, esa fase al igual que la de inscripción de extranjeros con derecho al voto, es cerrada con noventa días de anticipación, pero el legislador se cuida de preservar la primera garantizándole en el artículo 120 a los electores que cumplan dieciocho años para la fecha de la votación, su inscripción, o mejor su incorporación en el Registro, permitiéndole durante un cierto período, la actualización anticipada. De esa manera concilia la variable temporal que condiciona el cierre del Registro, con el derecho de los que para la fecha todavía no han cumplido los dieciocho años de edad, y en definitiva mantiene el carácter permanente del Registro.

Cabe entonces resaltar que en situaciones de normalidad del proceso electoral, el artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política preserva en todo momento el derecho al voto de todos aquellos que legalmente lo tienen, al punto que inclusive se lo garantiza a los que cumplen dieciocho años durante el período del cierre del Registro anterior a la fecha de votación, lo que además de inscribirse en sólidos principios de Derecho Electoral, resulta totalmente congruente con el artículo 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo tanto, si esa es la *ratio* y el *telos* de la normativa electoral, especialmente del artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que categóricamente define el Registro Electoral como público, permanente y de actualización mensual, los mismos no pueden sufrir modificación alguna, en virtud de una suspensión de la fecha de las votaciones proveniente de la propia Administración Electoral o del Tribunal. Indudablemente que esta conclusión resulta válida en la medida en que la nueva fecha fijada permita la incorporación y posterior actualización, de los que cumplen o vayan a cumplir dieciocho años, entre la primera y la segunda fecha, esto es, entre la establecida originalmente y la fijada definitivamente.

Pues bien, a la luz de los argumentos expuestos precedentemente esta Sala estima que la interpretación del artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, cuando expresa que el Registro Electoral es público, permanente y de actualización permanente, conduce a concebirlo como un instrumento operativo y conceptual, cuya finalidad última es garantizar el derecho al sufragio regido por el principio de transparencia (seguridad electoral), por lo que no resulta susceptible de ser desnaturalizado por ningún tipo de actuación administrativa o jurisdiccional, en virtud de que ello comportaría una clara infracción al mismo artículo 97 y el 64 de la Constitución. Lógicamente, que esta tesis interpretativa puede ser soslayada cuando los hechos evidencien notoriamente que su aplicación conduciría a una nueva suspensión de las elecciones, como por ejemplo, cuando el tiempo de suspensión es de un mes, mes y medio, pero cuando se supera ese lapso necesariamente debe privar esa tesis, compatibilizándola lógicamente con el cronograma electoral, de tal suerte que el período de actualización para los que cumplen dieciocho años hasta la fecha fijada para las nuevas votaciones, deberá estar en función de dicho cronograma, razón por la cual tendrá que ser significativamente más reducido que el que se abre en tiempos de normalidad electoral.

En los términos expuestos en la presente decisión, esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso concreto, revela y consagra el alcance a inteligencia del artículo 97 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política a solicitud de la Defensoría del Pueblo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

3. *Principio de elección directa*

TSJ-SE (84) 19-7-2000, Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi, Caso: Antonio O. Angulo P. vs. Universidad de Carabobo, RDP N° 83, 2000, pp. 188 y ss.

Sobre la base de la Disposición Derogatoria Única del Texto Constitucional, la Sala considera derogado el precepto contenido en el artículo 30, numeral 2, de la Ley de Universidades, únicamente en lo concerniente a la consagración del procedimiento de elecciones de segundo grado, ya que colide con el artículo 63 constitucional que establece un sistema de elección directa.

Determinado como ha sido el planteamiento que antecede pasa la Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto, y al respecto observa que conforme a lo expuesto anteriormente, el presente juicio debe resolverse mediante la determinación de la compatibilidad de los dispositivos del Reglamento de Elecciones de la Universidad de Carabobo denunciados como infringidos por el recurrente, con los artículos 30 y 117 de la Ley de Universidades. Y en ese orden de razonamiento, observa que los preceptos reglamentarios denunciados son los contenidos en los artículos 37, 40, 41 42, 44, 45, 46, 47, 51, 52, 62, numeral 20 y 125, en razón de que los mismos resultan presuntamente violatorios de lo dispuesto en los artículos 30 y 117 de la Ley de Universidades, pues en criterio del recurrente, modifican el procedimiento previsto en esas normas, a los fines de la conformación del Claustro Universitario así como la oportunidad para elegir a los representantes estudiantiles.

Advierte la Sala que en ese orden de razonamiento el recurrente afirma que los artículos 37, 40, 41 42, 44, 45, 46, 51, 52, 62, numeral 2° y 125, delimitan, en su criterio, un procedimiento de elección directa de las autoridades universitarias, por cuanto suprimen la elección estudiantil de primer grado, esto es, aquella mediante la cual todos los estudiantes regulares de la Universidad, sin ninguna intermediación, eligen a los representantes por Escuela que deberán conformar el Claustro Universitario, conjuntamente con los profesores con derecho a voto y los representantes de los egresados. Al respecto Indica la Sala que efectivamente la mayoría de los artículos impugnados configuran un sistema de elección directa de los estudiantes para elegir a las autoridades universitarias, a diferencia de lo pautado en la Ley, lo que queda demostrado sucintamente tanto del tenor literal como del espíritu de los mismos. Así, se tiene que el artículo 41 establece que el Claustro Universitario estará conformado "... por el número de profesores con derecho a voto, más el número de representantes estudiantiles virtuales..." y el artículo 44 determina el número de representantes estudiantiles virtuales por Escuela. (Resaltado de la Sala)

El artículo 45 del cuestionado Reglamento señala que, en la votación del Claustro, cada alumno manifestará directamente su preferencia para cada uno de los candidatos o candidatas postulados legalmente a Rector, Vice-Rector Administrativo, Vice-Rector Académico y Secretario. (Resaltado de la Sala)

Por su parte el artículo 46 del Reglamento impugnado establece el método aplicable para la distribución de los estudiantes virtuales por Escuela, y los artículos 51, 62 numeral 2, y 125, párrafo único, del Reglamento regulan la composición del Claustro Universitario en función del procedimiento previsto en los artículos 37, 40, 41, 42, 44, 45 y 46 *ejusdem*.

Ahora bien, está demostrado que efectivamente los señalados artículos del Reglamento de Elecciones de la Universidad de Carabobo crean un procedimiento de primer grado, o dicho de otra manera, un procedimiento de elección directa de las autoridades universitarias por los estudiantes, motivo por el cual contradicen el artículo 30, numeral 2, de la Ley de Universidades, que

por el contrario traza un procedimiento de elección indirecta o de segundo grado, al preceptuar que el Claustro Universitario está integrado por “...los representantes de los alumnos de cada Escuela, elegidos respectivamente en forma directa y secreta por los alumnos regulares de ellas. El número de estos representantes será igual al veinticinco por ciento de los miembros del personal docente y de investigación que integran el Claustro. La representación estudiantil de cada Escuela será proporcional al número de alumnos regulares que en ella cursen, en relación con el total de alumnos regulares de la Universidad.”

Queda ahora por examinar si a la luz de la Constitución de 1999, que consagra en el artículo 63 el principio de elección directa, el cambio del sistema de elección de los estudiantes en los comicios rectorales, de INDIRECTO A DIRECTO, constituye una infracción del artículo 30, numeral de la Ley de Universidades. El citado artículo 63 de la Constitución expresa:

“El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.” (énfasis agregado)

En tal sentido precisa la Sala que el precepto constitucional transcrito tiene un carácter general, y pretende superar, salvo disposición legal en contrario, el sistema de elección indirecta. Esto es tan cierto, que la mayoría de los titulares de los Poderes Públicos son elegidos mediante este método, con excepción de los Magistrados del Tribunal Supremo, del Poder Electoral y del Poder Ciudadano, si bien excepcionalmente los miembros de este último también pueden ser electos directamente. Por tanto, resultaría incongruente que ante el categórico establecimiento del sistema de ELECCIÓN DIRECTA por la Constitución, pretendiera dársele aplicación a una disposición de una ley preconstitucional, como es el artículo 30, numeral 2, de la Ley de Universidades, y más que una incongruencia, revelaría una franca infracción del citado artículo 63 de la Constitución. Planteado la cuestión de esa manera, se impone considerar derogado parcialmente el precepto contenido en el artículo 30, numeral 2, de la Ley de Universidades, únicamente en lo concerniente a la consagración del procedimiento de elecciones de segundo grado, porque colide -se insiste- con el citado artículo 63 constitucional, sobre la base de la Disposición Derogatoria única del texto constitucional. Así se decide.

Pues bien, atendiendo a la anterior declaratoria resulta concluyente declarar que el procedimiento electoral regulado en los artículos 37, 40, 41 42, 44, 45, 46, 51, 52, 62, numeral 2º y 125 del Reglamento de Elecciones de la Universidad de Carabobo resulta perfectamente compatible con el artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra como principio general la elección directa; de allí entonces, que ninguno de dichos preceptos normativos puedan lesionar el artículo 30, numeral 2, de la Ley de Universidades, en la parte concerniente a la configuración del procedimiento de segundo grado para elección de las autoridades universitarias, por parte de los estudiantes.

Así se declara.

TSJ-SE (81) 14-7-2005, Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba, Caso: Interpretación del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, RDP N° 103, 2005, pp. 147-148.

La Sala Electoral precisa las nociones de voto directo, personal, secreto y uninominal.

Precisado lo anterior, observa esta Sala Electoral que igualmente se plantea a través del presente recurso el análisis del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro. Pues bien, a este respecto establece el mencionado artículo 32, que los procesos de elección de los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro deben ser por votación directa, personal, secreta y uninominal

En cuanto a la noción de voto directo, esta Sala Electoral ha fijado criterio en cuanto a lo que debe entenderse como tal, señalando que el mismo se manifiesta cuando los electores sufragan por los candidatos a ejercer los cargos a proveer, sin participación de intermediarios de ninguna clase. Así tenemos que jurisprudencialmente se ha señalado lo siguiente:

“...el voto “directo” se vincula conceptualmente más bien con el hecho de que no exista algún tipo de intermediación entre el voto y el resultado electoral definitivo, por oposición con la modalidad del voto “indirecto”, o de segundo grado -o aun de grado múltiple-, en la cual el voto de los electores tiene por función elegir a su vez un colegio o cuerpo electoral más reducido, el cual a su vez será el encargado de escoger, entre las diversas opciones electorales, la que resultará ganadora.

Este tipo de voto, el cual es objeto de severas críticas por algunos autores (*Cfr.* la voz “Sufragio”, en la obra *Diccionario Electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1º Edición, Costa Rica, 1989), tiene su ejemplo en el sistema electoral estadounidense para la escogencia del Presidente, en el cual los ciudadanos eligen a una especie de colegio electoral compuesto por “compromisarios”, quienes a su vez escogen al Presidente de la Unión (*Cfr.* García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 3º Edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1953)”. Sentencia de la Sala Electoral número 4, del 25 de enero de 2001.

La noción de voto personal deriva del derecho natural de participar, y, en consecuencia, del derecho-facultad que tiene todo ciudadano de ser un miembro activo de la comunidad a la cual pertenece. De esta manera se alude a la noción de voto personal para referirse a la facultad que tiene todo elector de ejercer bajo su exclusiva responsabilidad su derecho al voto.

En cuanto a la noción de voto secreto, la misma guarda estrecha relación con el aseguramiento de la independencia del elector, la pulcritud electoral y la decencia política, a los fines de evitar cualquier clase de presión e incluso toda suerte de coacciones y amenazas. Es por ello que la jurisprudencia de esta Sala Electoral ha sido muy clara en señalar que debe entenderse como tal, y en tal sentido podemos citar la siguiente decisión:

“En cuanto al alegato de los accionantes referente a la violación al secreto del voto por el ejercicio del mismo mediante representación otorgada por el mecanismo de “carta-poder”, establecido en el Reglamento Electoral de la Asociación Civil Club Campestre Paracotos, considera esta Sala que no es cierto que mediante este mecanismo se vulnere el carácter secreto del voto, por cuanto esta cualidad se refiere a la garantía que tiene quien ejerce este derecho de que no se conozca su intención o voluntad de preferencia en el ejercicio del mismo, lo cual no se ve amenazado por el hecho de que voluntariamente un asociado autorice a otro miembro de la asociación para que ejerza en su nombre este derecho, puesto que con el otorgamiento de una autorización o carta-poder no implica que se revele cuál es su opción electoral escogida, es decir, a favor de quién desea ejercer el voto”. Sentencia de la Sala Electoral número 45 del 01 de marzo de 2002.

La noción de voto uninominal se expresa en el hecho de que cada elector vota por un solo candidato, siendo estos tantos como cargos a proveer, resultando electo quien obtiene el mayor número de sufragios para cada cargo. Bajo esta noción de voto uninominal cada elector tiene un solo voto para cada uno de los cargos a proveer, no pudiendo votar más que por un solo candidato.

Una vez precisadas las nociones de voto directo, personal, secreto y uninominal, debe en consecuencia señalar esta Sala Electoral que son a dichas características a las que alude el artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, como aquellas que deben regir en los procesos de elección para los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro, y por ende, las Comisiones Electorales que se elijan en cada Caja de Ahorro en particular para dirigir los procesos electorales de dichas Cajas de Ahorro, deben velar para que se le dé pleno cumplimiento a las condiciones antes señaladas.

TSJ-SE (189) 12-12-2005, Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández, Caso: José Miguel Delgado Quiñónez y Jorge Luis Dávila Rojas vs. Universidad de Los Andes, RDP N° 104, 2005, p. 102.

No es posible predicar la vigencia de una norma preconstitucional que establece la participación de los estudiantes universitarios en la escogencia de sus máximas autoridades mediante un sistema de elección indirecta, en abierta contravención del artículo 63 constitucional.

En este apartado los recurrentes señalan la presunta ilegalidad del Reglamento en lo atinente a la eliminación de la representación estudiantil ante la Asamblea de Facultad. Agregan que el Reglamento, al permitir que voten todos los alumnos, “elimina la elección de los representantes de los alumnos ante la Asamblea y, en consecuencia, elimina la elección indirecta de los alumnos regulares estableciendo en su lugar una elección directa de todos los alumnos”. Para sustentar su afirmación invoca los artículos 62 y 63 de la Constitución, 52 y 53 de la Ley de Universidades, así como las sentencias número 898 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 13 de mayo de 2002, y número 50 de fecha 20 de abril de 2004 emanada de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Al respecto, advierte esta Sala Electoral, que el núcleo de la denuncia consiste en que, al darle el Reglamento Electoral la posibilidad de ejercer el sufragio a todos los alumnos se está estableciendo un sistema de elección que resulta abiertamente contradictorio con el que prevé la Ley de Universidades, por cuanto se trata de un procedimiento de elección indirecta.

Siendo así, debe esta Sala indicar que en el presente caso resulta aplicable, mutatis mutandi, el criterio sostenido respecto de la forma de integración del Claustro Universitario, en la ya referida sentencia número 85 del 14 de julio de 2005, caso *José Delgado Quiñónez y Jorge Dávila Rojas vs. Universidad de Los Andes*, sentencia que a su vez en este punto ratifica el criterio sostenido en la decisión N° 84 del 19 de julio del año 2000, caso *Oswaldo Angulo Perdomo vs. Reglamento de Elecciones de la Universidad de Carabobo*. En tales casos, se dejó sentada la tesis interpretativa que ahora se ratifica, en cuanto a que el procedimiento de elección de segundo grado (elección por parte de los estudiantes de sus representantes ante el Claustro, quienes a su vez participan en la elección de las máximas autoridades universitarias) previsto en la Ley de Universidades, no resulta compatible con la concepción del ejercicio del sufragio en forma directa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En otros términos, la aplicación de dicho criterio al caso de la Asamblea de Facultad, conlleva necesariamente a desechar la denuncia relativa a que el Reglamento Electoral “elimina la elección de los representantes de los alumnos ante la Asamblea y, en consecuencia, elimina la elección indirecta de los alumnos regulares estableciendo en su lugar una elección directa de todos los alumnos”, toda vez que no es posible predicar la vigencia de una norma preconstitucional que establece la participación de los estudiantes universitarios en la escogencia de sus máximas autoridades mediante un sistema de elección indirecta, en abierta contravención del artículo 63 constitucional. En consecuencia, se desecha la referida denuncia. Así se decide.

TSJ-SC (355) 16-5-2017, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán, Caso: Impugnación Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Gaceta Oficial Extraordinaria 6.015 del 28 de diciembre de 2010, RDP N° 151-152, 2017, pp. 294-299 .

La Sala considera que circunscribir lo dispuesto en el artículo 62 sobre la participación decisiva de los ciudadanos en los asuntos de carácter estatal a lo dispuesto en el artículo 63 eiusdem, referido al sufragio, sería limitar las directrices establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que claramente se determinó que “este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública,” para concluir que la forma de elección indirecta de los miembros de las Juntas parroquiales establecida en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, no quebrantan el derecho constitucional al sufragio.

Las mencionadas disposiciones [**artículos 35, 36, la Disposición Transitoria Segunda y demás artículos relacionados con el sistema electoral de las Juntas Parroquiales de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010**] han sido el común denominador de las pretensiones expuestas en los recursos de nulidad. Asimismo, salvo con algunas variantes, se han adicionado otras normas electorales, tales como la falta de posibilidad de reelección de los Alcaldes y la edad a partir de la cual se puede asumir el sufragio activo y pasivo para las Juntas Parroquiales.

Sobre este particular, todas las demandas de nulidad denunciaron la infracción de los artículos 35 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 35.- La parroquia tendrá facultades consultivas, de evaluación y articulación entre el poder popular y los órganos del Poder Público Municipal.

Sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del Municipio, la parroquia será coordinada por una junta parroquial comunal integrada por cinco miembros y sus respectivos suplentes cuando corresponda a un área urbana y tres miembros y sus respectivos suplentes cuando sea no urbana, elegidos o elegidas para un período de dos años. Todos electos o electas por los voceros y voceras de los consejos comunales de la parroquia respectiva, la cual deberá ser validada por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, quienes en dicha elección deberán ser fiel expresión del mandato de sus respectivas asambleas de ciudadanos y ciudadanas.

Para la revocatoria del mandato de los o las integrantes de las juntas parroquiales comunales, se aplicarán las condiciones y el procedimiento establecido para los voceros y voceras de los consejos comunales, dispuestos en la ley que regula la materia.

Segunda. Pasados treinta días continuos a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, cesan en sus funciones los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarías, de las actuales juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes; garantizándose la estabilidad laboral del personal administrativo, empleado y obrero, de acuerdo con las normativas que rigen la materia”.

Adicionalmente, la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo y la Alcaldía del Municipio Chacao solicitaron la nulidad de los artículos 36 y 82 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, respectivamente. Los preceptos invocados son:

“Artículo 36.- Para ser miembro de la junta parroquial comunal, se requiere ser venezolano o venezolana mayor de quince años de edad, tener residencia en la parroquia, estar avalado por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas de su respectivo consejo comunal. Los extranjeros o extranjeras residentes en la parroquia deberán cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución de la República”.

“Artículo 82.- El período de los alcaldes y alcaldesas, concejales y concejalas electos o electas es de cuatro años. La elección de los mismos será necesariamente separada de la que deban celebrarse para elegir los órganos del Poder Público Nacional”.

Los fundamentos sobre los cuales se basan los requerimientos de la nulidad son: (i) el establecimiento de un sistema electoral indirecto mediante representación para la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales; (ii) la falta de regulación en las disposiciones transitorias con respecto a la situación de las juntas parroquiales luego del cese del período correspondiente a su ejercicio de funciones, el cual culminaba en el 2010; (iii) la implementación de la edad mínima de quince (15) años como votante y elegible para la Juntas Parroquiales; (iv) la falta de previsión por vía legal de la reelección de los Alcaldes en los términos señalados en la enmienda constitucional; y (v) el sometimiento de los miembros de las juntas parroquiales al procedimiento de revocatoria de mandato aplicable a los voceros y voceras de los consejos comunales.

En primer orden, se puede apreciar de la lectura de los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica del Poder Público, que los miembros de las juntas parroquiales comunales, son electos o electas por los voceros y voceras de los consejos comunales de la respectiva parroquia, la cual deberá ser validada por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, razón por la cual, la escogencia o elección que realicen los voceros y voceras de los consejos comunales deberá corresponder al mandato formulado por las respectivas asambleas de ciudadanos y ciudadanas, por lo que afirman los recurrentes que ello constituye el establecimiento de un sistema electoral indirecto mediante representación para la elección de los miembros de la Juntas Parroquiales, razón por la que se hace necesario hacer referencia al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

“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”.

“Artículo 63.- El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”.

Al respecto, la exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que *“la consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercidos de manera directa, semidirecta o indirecta. Este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública”*.

Asimismo, la referida exposición de motivos postula que es imperativo *“concebir la gestión pública como un proceso en el cual se establece una comunicación fluida entre gobernantes y pueblo, implica modificar la orientación de las relaciones entre el Estado y la Sociedad, para devolverle a esta última su legítimo protagonismo. Es precisamente este principio consagrado como derecho, el que orienta a este Capítulo referido a los derechos políticos”*.

Sobre este particular, esta Sala Constitucional sostuvo en su sentencia N° 1050 del 23 de agosto de 2000, caso: *Ruth Capriles Méndez y otros*, [Véase *Revista de derecho Público* N° 83 de julio-septiembre 2000, pp. 182-184] lo siguiente:

*“(…) la Sala refleja una sana interpretación del principio de participación ciudadana, que rige en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional de 1999. En efecto, el Preámbulo constitucional expresa que uno de los fines mismos de la Constitución es establecer una sociedad participativa y protagónica, esto es, una sociedad integrada por ciudadanos que en forma activa intervengan en la vida nacional, desde todo punto de vista. La participación y el protagonismo ciudadano son manifestaciones del ejercicio de la soberanía popular, sobre la cual es creada la República, y que se ejercerá en forma directa –según la Constitución y las leyes– o indirecta –mediante el sufragio y por los órganos que ejercen el Poder Público– (artículo 5 de la Constitución). Esta noción se repite en el artículo 62 *eiusdem*, al señalarse que ‘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’. En una forma más específica, el artículo 70 constitucional enumera cuáles son los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, tanto en lo político (*numerus apertus*) como en lo social y económico (*numerus clausus*). En efecto, dicha norma reza:*

‘Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y

la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo. No se trata de una participación anárquica o arbitraria, sino fundada en las vías legales. Así, con base a la ley, formar, ejecutar y controlar la gestión pública, los ciudadanos tienen el derecho al sufragio (artículo 63 de la vigente Constitución), el control sobre las personas que se postulan a cargos de elección popular (artículo 65 *eiusdem*), a que los representantes del pueblo rindan cuentas de su gestión (artículo 66 *eiusdem*), así como otros muchos derechos que otorga la Constitución a los ciudadanos”.

Así, en relación con las diversas formas de participación que otorgan a los ciudadanos, múltiples posibilidades de intervenir en los asuntos públicos, esta Sala en sentencia n.º 1613 del 17 de agosto de 2004, caso: *Henry Pereira Gorrín*, sostuvo que:

“(…) esta Sala advierte que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos, consagrado en el artículo 62 de la Constitución, encomienda al Estado y a la sociedad el facilitar las condiciones que permitan la participación de todos los ciudadanos en la formación, ejecución y control de la gestión pública como medio para lograr la sociedad democrática, participativa y protagónica proclamada en el preámbulo del Texto Fundamental.

Así, el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder. Del mismo modo, el referido precepto constitucional [artículo 62], contiene un mandato a los Poderes Públicos a fin [de] establecer la sociedad democrática, participativa y protagónica formulada en el mismo preámbulo de la Constitución, para lo cual, el artículo 70 constitucional enuncia, de manera amplia, los campos en los cuales es ejercitable dicho derecho, no sólo en lo político sino también en lo económico y lo social.

Estas diversas formas de participación otorgan a los ciudadanos múltiples posibilidades de intervenir en los asuntos públicos, de manera que los medios o modos de participación enunciados son únicamente algunos de los que permiten el ejercicio de este derecho fundamental. Sin embargo, tal como lo establece el último aparte del artículo 70 de la Constitución ‘...**La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo**’, por lo que este derecho sólo puede ser ejercido en la forma jurídicamente prevista en cada caso, pues se trata de un derecho de configuración legal, cuya delimitación concreta queda encomendada a la ley y, además, está conectado a otros preceptos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta a objeto de regular su ejercicio”.

Más recientemente, esta Sala, con fundamento en los avances surgidos en materia electoral, que dan cuenta de una nueva concepción en materia de participación, cuyo origen se remonta a la entrada en vigencia de nuestro texto constitucional en el año 1999, estableció que el Texto Constitucional tiene como eje principal establecer una sociedad participativa y protagónica que busca garantizar a los ciudadanos su intervención de manera efectiva en todos los ámbitos del acontecer nacional ha establecido un nuevo enfoque respecto al alcance de las normas constitucionales previstas en los mencionados artículos 62 y 63 del Texto Fundamental. (*Vid.* Sentencia N° 1606 del 19 de noviembre de 2013, caso: *Asociación de Profesores Universitarios de la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez* [Apunestr]).

De esta manera, al referirse al postulado constitucional de participación popular en los temas políticos del Estado, ha señalado la Sala, que ello responde a una consecuencia obligada de los principios democráticos definidos en la Constitución, donde se entiende que los poderes del

Estado emanan del pueblo, con lo cual se reconoce la participación de los ciudadanos y ciudadanas, a través de una serie de derechos establecidos en la Carta Magna, orientados al cumplimiento de los fines primordiales de los poderes públicos.

Ahora bien, esta intervención se concreta en un derecho general a participar en los procesos de decisión en las distintas áreas como la económica, social y cultural, no limitándose a la designación de representantes a cargos públicos de representación popular, toda vez que lo que se plantea, en definitiva, es el protagonismo fundamental de las ciudadanas y ciudadanos, la participación como nuevo paradigma determinante del nuevo régimen constitucional, lo que implica una nueva concepción de desarrollo integral que asume la preeminencia de los valores humanos y privilegia la participación de la población en el proceso de desarrollo económico y social, reivindicando así el papel de los sujetos sociales en la formulación de políticas y programas de acción pública. (Vid. Sentencia N° 1606/2013).

Establecido lo anterior, cabe precisar lo previsto en el artículo 70 del Texto Fundamental, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y **la asamblea de ciudadanos y ciudadanas** cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo. (Resaltado agregado)

De la lectura de la norma constitucional antes transcrita se puede apreciar que, en lo político, la asamblea de ciudadanos y ciudadanas es un medio de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, que permite el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961. (Vid. Sentencia N° 752 del 5 de mayo de 2005, caso: *Corporación Maraplay, C.A.*).

En este orden de ideas, el proceso de formación e instalación de la asamblea de ciudadanos y ciudadanas a que hacer referencia el artículo 70 constitucional, comprende el cumplimiento de un conjunto de pasos para que los habitantes de una localidad, en pleno ejercicio del derecho que les confiere la Constitución, se constituyan como instancia primaria para el ejercicio del poder, la participación, el protagonismo popular y medio de participación de carácter deliberativo en la que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a participar por sí mismos, en tanto que sus decisiones son vinculantes para todos los órganos y entes públicos, así como para el Consejo Comunal respectivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Popular (G.O. Extraordinaria N° 6.011 del 21 de diciembre de 2010), el cual señala lo siguiente:

“Artículo 8.- A los efectos de la presente Ley se entiende por:

1. Asamblea de ciudadanos y ciudadanas: Máxima instancia de participación y decisión de la comunidad organizada, conformada por la integración de persona con cualidad jurídica, según la ley que regule la forma de participación, para el ejercicio directo del poder y protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para la comunidad, las distintas formas de organización, el gobierno comunal y las instancias del Poder Público, de acuerdo a lo que establezcan las leyes que desarrollen la constitución, organización y funcionamiento de los autogobiernos comunitarios, comunales y los sistemas de agregación que de éstos surjan”.

De las normas legales y constitucionales antes referidas, así como de los criterios de esta Sala Constitucional transcritos *supra*, se puede apreciar, sin duda alguna, que la Ley Orgánica del

Poder Público Municipal de 2010, estableció los mecanismos de participación y protagonismo, que de manera articulada y soberana, se lleva adelante entre las asambleas de ciudadanos y los consejos comunales, para la elección de los miembros de las juntas parroquiales comunales, que en armonía con lo establecido en el artículo 70 constitucional permite el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961, el cual no entra en contradicción alguna con los mecanismos de participación electoral previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que ambas formas de participación política, tanto pasiva como activa, pueden coexistir libremente y se aplican de una u otra forma de acuerdo a lo establecido en la ley, siendo en este caso, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, el texto legal que prevé dicha forma, la cual interpreta esta Sala como un derecho de participación que se ajusta a las nuevas directrices en nuestro ordenamiento jurídico a partir del vigente Texto Constitucional de 1999, orientada a establecer una sociedad participativa y protagónica, donde se busca la intervención plena del colectivo a través de las asambleas de ciudadanas y ciudadanos, en forma activa y pasiva para la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales.

De esta manera, reitera esta Sala que circunscribir lo dispuesto en el artículo 62 constitucional, a la participación decisiva de los ciudadanos en los asuntos de carácter estatal y concatenarlo de forma exclusiva con el artículo 63 *eiusdem*, referido al sufragio, sería limitar las directrices establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que claramente se determinó que “*este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública*” y, en definitiva, sería contrario al esquema rector que inspira la Carta Magna desde su creación, cual es, sentar las bases para desarrollar una democracia participativa, en la que la intervención de la sociedad resulta determinante en las distintas fases de la gestión pública.

En razón de lo antes expuesto, esta Sala determina la inexistencia de los vicios denunciados contra el artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en lo que respecta a la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales, al precisar que no quebrantan el derecho constitucional al sufragio denunciado por las partes recurrentes.

Así se decide.

4. *Voto secreto*

CSJ-PA 5-12-73, G.O. N° 30274, 6-12-73, pp. 226.

En caso de conflicto entre la obligatoriedad del voto y el voto secreto, debe privar la primera exigencia.

El sufragio, o sea, el derecho de elegir o ser elegido para el desempeño de funciones públicas, según lo expresado en los artículos 111, 112 y 113 de la Constitución, supone que quien lo ejerce es físicamente hábil; y en el caso del elector, que puede votar en secreto con entera libertad y sin auxilio de nadie.

Pero como además de un derecho, el voto es también una función pública, el constituyente dispone que su ejercicio será “obligatorio dentro de los límites y condiciones que establezca la ley”. En virtud de esta disposición el legislador ordinario puede limitar la obligatoriedad del voto o señalar las condiciones en que éste puede ser ejercido cuando determinadas circunstancias de hecho la justifiquen.

La Ley Orgánica del Sufragio consagra como principio general que todos los venezolanos, mayores de dieciocho años, no sujetos por sentencia definitivamente firme a interdicción civil ni a condena penal que lleve consigo inhabilitación política tienen el derecho y están en el deber de inscribirse en el Registro Electoral Permanente y de votar.

Sin embargo, como el deber de votar podría resultar de difícil o imposible cumplimiento para quienes sean físicamente inhábiles, para realizar los actos en que consiste el ejercicio del sufragio, el legislador nacional pauta normas de excepción respecto de algunos electores, en cuanto a la forma de ejercer ese derecho y otorga al Consejo Supremo Electoral la atribución de determinar la manera de hacerlo.

En efecto, el artículo 119 de la Ley Orgánica del Sufragio, después de establecer, como regla general, que ninguna persona podrá acompañar al elector en el momento de emitir el voto ni en el trayecto entre el despacho de la mesa y el sitio acondicionado para aquella operación, establece que las personas imposibilitadas de usar sus extremidades superiores podrán hacerse acompañar al sitio de votación por una persona de su escogencia, y que quien esté imposibilitado de usar sus extremidades inferiores podrá hacerse conducir al sitio de votación. Por otra parte el artículo 120 dice que el Consejo Supremo Electoral “determinará el procedimiento de votación de los electores ciegos”.

La solución acogida en la primera de la hipótesis contemplada en el artículo 119, permite apreciar que, el Legislador considera que, en caso de conflicto entre la obligatoriedad del voto y el secreto del mismo, debe privar la primera, lo que es conforme a la lógica jurídica, ya que el derecho y el deber de votar, que es lo sustantivo en todo sistema electoral, se antepone necesariamente a lo adjetivo, que es la forma (secreta) en que ha de ejercerse ese derecho.

Con este antecedente legislativo no es extraño que el Consejo Supremo Electoral, en uso de la atribución discrecional que le confiere el artículo 120 de la Ley Orgánica del Sufragio, y por la razón ya indicada, resolviera que los ciegos podrán votar haciéndose conducir al sitio de votación por un elector de su confianza y escogencia, es decir, adoptara un procedimiento prácticamente idéntico al establecido en el citado artículo 119 en cuanto a la forma en que pueden consignar el voto los electores que estén imposibilitados de usar sus extremidades superiores.

Al establecer este procedimiento, la mente del legislador y la del máximo organismo electoral no fue menoscabar ni vulnerar el derecho al voto de los miembros del cuerpo electoral que se encuentren en las condiciones previstas en sus referidas disposiciones, sino más bien introducir en el sistema electoral normas de excepción que permitan a dichos electores ejercer el derecho del sufragio en condiciones diferentes a las impuestas por la Ley a los demás sufragantes.

Al proceder así, tanto el legislador como el Consejo Supremo Electoral han aplicado el principio de la igualdad ante la Ley en su sentido más exacto, que no consiste siempre en dar a todos el mismo trato, sino a cada quien el que le corresponda atendiendo a las diferencias naturales que entre ellos existan.

De acuerdo con lo expuesto la resolución impugnada sólo modifica el régimen electoral previsto en la Constitución y desarrollado en la ley de la materia, en cuanto excluye a los ciegos del ámbito de aplicación de la norma que prohíbe a los electores hacerse acompañar por otra persona en el acto de votar, equiparando así a los invidentes y a quienes no puedan valerse de sus miembros superiores para votar, los cuales podrán hacerse acompañar al sitio de votación por una persona de su escogencia. Por lo tanto, carece de fundamento la supuesta violación de los artículos 117, 118 y 119 de la Ley Orgánica del Sufragio. En cuanto al artículo 46 de la Constitución, no puede ser infringido en este caso por tratarse de una norma que declara la nulidad de los actos que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución y define la responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios o empleados públicos que los ordenen o ejecuten. Según el propio texto del artículo 113 de la Constitución, sólo el legislador ordinario podría violar lo que tal disposición se ordena, pues, al tenor del mismo la “legislación electoral asegurará la libertad y el secreto del voto y consagrará el derecho de representación proporcional de las minorías”. Al dictar el acto cuestionado por el recurrente el máximo organismo electoral se ha limitado a dar cumplimiento a una disposición legal que le atribuye el poder de determinar la forma en que votarán los ciegos con miras a asegurar a tales electores el ejercicio del derecho de sufragio y la posibilidad de cumplir con el deber que la ley les impone, dentro del marco general de garantías establecidas por el legislador para asegurar la libertad y el secreto del voto, salvo en lo que concierne a la facultad de hacerse acompañar por otro elector hasta el sitio de votación, lo cual más que una restricción es una prerrogativa a la que puede renunciar el invidente si lo prefiere.

TSJ-SE (3) 22-1-2001, Magistrado Ponente: Luis E. Martínez Hernández, Caso: Roraima Quiñonez vs. Universidad de Carabobo, RDP N° 85-86/ 87-88, 2001, p. 143.

El secreto del voto es un principio inherente al sistema democrático, que se traduce, a su vez, en el derecho de cada elector a efectuar su elección con absoluta libertad y sin que medie ningún tipo de coacción, escogencia que se materializa en el hecho físico de la emisión del voto.

La recurrente fundamenta su impugnación, alegando, en primer término, la violación del artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como del artículo 34 del Reglamento de Elecciones de la Universidad de Carabobo, dispositivos que consagran el carácter secreto del voto, el cual en su criterio resulta menoscabado con la utilización de un papel bond base 20 para la elaboración de las tarjetas permitiría que "... cualquier persona que estuviese cerca de la urna de votación podía conocer el voto emitido, sobre todo los miembros de la mesa de votación, dado que no fue empleado un papel más grueso o, en todo caso, cartulina...".

En ese sentido, la Sala estima necesario precisar que el carácter secreto del sufragio deviene del propio texto constitucional, que establece en su artículo 63 que el sufragio es un derecho, que se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, carácter que reconoce el artículo 34 del Reglamento de las Elecciones de la Universidad de Carabobo, al establecer que "El voto es secreto en todos los procesos electorales y deberá ejercerse personalmente" y con el fin de garantizarlo, dispone en el artículo 105: "En el local donde actúa la mesa electoral, se dispondrá de un sitio en condiciones adecuadas para que cada elector haga su selección de candidato o candidatas en forma secreta."

De esa manera, el secreto del voto es un principio inherente al sistema democrático que se traduce, a su vez, en el derecho de cada elector a efectuar su elección con absoluta libertad y sin que medie ningún tipo de coacción, escogencia que se materializa en el hecho físico de la emisión del voto. Este derecho constitucional debe ser garantizado por los órganos electorales, para lo cual están obligados a emplear todos los medios legales necesarios para que en cada acto de votación se impida que el voto emitido por el elector pueda ser conocido por otras personas en contra de su voluntad, debiendo prestar la protección requerida y adoptar las medidas conducentes a evitar cualquier tipo de coacción o soborno con ocasión de la emisión de su voto que dificulte o menoscabe el ejercicio libre y legítimo del derecho de sufragio, mecanismo de expresión de la soberanía.

5. *Los electores: derecho a elegir*

Artículo 64 C. Son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

El voto para las elecciones parroquiales, municipales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

C. 1961, art. 111

CPCA 24-5-88, Magistrado Ponente: Pedro Miguel Reyes, RDP N° 35, 1988, p. 106.

Como punto previo, le corresponde a esta Corte pronunciarse si la situación antes descrita se corresponde a una lesión de un derecho o de una garantía de rango constitucional o por el contrario es en todo caso una lesión de tipo legal; en efecto al analizar el texto constitucional observamos que en el Capítulo IV del Título III donde se desarrollan los derechos políticos en su 1er. Artículo y el 110 se determina que el voto es un derecho y una función pública, siendo su ejercicio obligatorio dentro de los límites y condiciones que establezca la ley, de allí podemos afirmar

que este derecho puede materializarse en dos formas: una activa y una pasiva, como elector o como elegido. Es igualmente necesario establecer la finalidad de este derecho al voto, que está determinado de manera específica en el artículo 4^{to} del propio texto constitucional, donde se asienta, que el voto es el medio que tiene el venezolano para participar en la conformación de los órganos del poder público, ciertamente dicha disposición a la letra reza:

“La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio, por los órganos del poder público”.

En consecuencia, el sufragio que aparece como un derecho con rango constitucional por su finalidad es sin lugar a dudas el sufragio político; por lo tanto en el caso de autos, donde los accionantes han planteado una situación fáctica en la cual pretenden establecer una lesión al derecho constitucional a ser electo tanto activo como pasivo por la aplicación del Reglamento Electoral de los Bioanalistas al determinar dicho cuerpo normativo supuestos de inelegibilidad, así como la exclusión del Reglamento Electoral de quienes no se encuentren solventes; al respecto observa esta Corte, que si bien los Colegios Profesionales son corporaciones de carácter público el régimen de participación de los agremiados en la conducción de estos entes constituye regulaciones que evidentemente no tienen asiento constitucional, en efecto, corresponde a la Ley y a las normas de carácter sublegal dictadas por la propia organización profesional establecer las regulaciones de este tipo de sufragio gremial; por lo cual debe esta Corte afirmar, que el régimen del sufragio corporativo está determinado fuera del marco de la constitución, y en tal virtud, los hechos denunciados y el *petitum* contenidos en el presente amparo darán lugar, en todo caso, a procedimientos de impugnación por ilegalidad, o como asienta el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, califica a los interesados para interponer por ante la Corte Suprema de Justicia, de existir colisión entre el régimen legal y el texto constitucional recurso de inconstitucionalidad frente a actos normativos, pudiendo la autoridad judicial si se acumula a un amparo suspender la aplicación de las normas respecto de la situación jurídica concreta. En consecuencia, de lo expuesto, debe establecer esta Corte, la improcedencia del presente recurso de amparo, por cuanto no existe derecho constitucional violado, y así expresamente se declara.

CPCA 6-12-89, Magistrada Ponente: Hildegard Rondón de Sansó, RDP N° 41, 1990, pp. 69-70.

Al respecto observa esta Corte que el artículo 4 de la Constitución al señalar que el sufragio es la forma como se ejerce la soberanía, está confirmando el postulado contenido en el Preámbulo de la Constitución, de que el orden democrático es el único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos. Es indudable que este principio ilustra todo el sistema político y crea, en consecuencia, derechos en sus destinatarios, por lo cual bien puede alegarse su violación por vía de amparo constitucional. Por su parte el artículo 110 *eiusdem* consagra el voto como derecho y como función pública, señalando que su ejercicio será obligatorio dentro de los límites y condiciones que establezca la ley. Es textual e indiscutible, en consecuencia, el reconocimiento constitucional del derecho al sufragio, cuya violación puede ser denunciada en cualquier oportunidad en que esté de por medio, en forma directa o indirecta, la formación de las estructuras políticas del Estado. Por consiguiente, cabe el amparo por la lesión de tales derechos en la esfera de los partidos políticos. Ahora bien, para que exista la violación del derecho al sufragio es necesario, en la forma prevista en el artículo 110, que la elegibilidad pasiva haya sido lesionada, esto es, que se haya impedido en cualquier forma a un sujeto hábil el ejercicio de su derecho al voto, mediante restricciones, prohibiciones o cualquier tipo de maniobras que incidan sobre su efectivo ejercicio.

En el caso presente, los presuntos agraviados no han señalado en qué forma se les ha limitado, restringido, imposibilitado o negado su derecho constitucional, sino que simplemente han alegado que, al no estar de acuerdo con el resultado de un proceso electoral, o al tener sospechas de que el mismo fuera irregular, se han dirigido al organismo electoral para solicitar la revisión de los documentos en los cuales se fundara dicho resultado, sin obtener una real satisfacción de sus pretensiones. No puede pronunciarse esta Corte sobre si fue correcta o no la motivación que tuvo

la Comisión Electoral para restringir el examen de los documentos del proceso, por cuanto ello escapa a la violación constitucional que se examina. Lo que aprecia este organismo jurisdiccional es que en los hechos que quedaron narrados y sobre los cuales hay consenso en las partes, no emerge la violación del derecho al voto, por lo cual se desestima la denuncia objeto del presente análisis, y así se declara.

CPCA 14-12-95, Magistrada Ponente: María Amparo Grau, Caso: Varios vs. Colegio Odontólogos de Venezuela, RDP N° 63-64, 1995, p. 180.

La norma contenida en el art. 110, Título III, Capítulo VI de la Constitución (Derecho al Voto) sólo es aplicable a procesos electorales públicos, donde los ciudadanos ejerzan el derecho al sufragio de manera directa, secreta y universal, no estando previsto para normar elecciones diferentes de las destinadas a seleccionar a quienes han de ser titulares de determinados cargos públicos.

En relación a la violación al derecho al voto previsto en el artículo 110, la Corte observa:

La representación fiscal señaló que los accionantes no especificaron de que manera los presuntos agraviantes lesionaron su derecho al voto "...más aún cuando invocan normas del Reglamento Electoral del Colegio de Odontólogos de Venezuela...", razón por la cual solicitó la declaratoria de improcedencia de la denuncia formulada.

El derecho al voto está previsto en el artículo 110 de la Constitución, y según sentencia de esta Corte, de fecha 6 de diciembre de 1989 citada por la representación fiscal, contempla el derecho al sufragio "...cuya violación puede ser denunciada en cualquier oportunidad en que esté de por medio, en forma directa o indirecta, la formación de las estructuras políticas del Estado...".

En relación a la interpretación de las normas Constitucionales, nuestro más Alto Tribunal ha establecido que las mismas deben ser analizadas dentro de su contexto y no aisladamente "...es decir, integrándolas a los principios que insuflan un tipo de fisonomía al Estado..." (sentencia del 27 de noviembre de 1990).

Aplicando tal criterio, se observa que el artículo 110 está inserto dentro del título III (derechos y garantías constitucionales), específicamente en el Capítulo VI, relativo a los Derechos Políticos. Igualmente, del contenido del artículo se desprende que el mismo contempla el derecho al sufragio, esto es, el voto en aquellos procesos tendientes a elegir cargos públicos, para conformar -como ya estableció esta Corte- las estructuras políticas del Estado.

Ello así, tal norma sólo resulta aplicable a procesos electorales públicos, donde los ciudadanos ejerzan el derecho al sufragio de manera directa, secreta y universal, más no está previsto para normar elecciones diferentes de las destinadas a seleccionar a quienes han de ser titulares de determinados cargos públicos.

De tal manera que la denuncia formulada, por estar circunscrita a un proceso electoral regional del Colegio de Odontólogos del Estado Miranda, distinto a un proceso de elecciones para cargos públicos (único caso en el cual, como ya se estableció, es procedente invocar el derecho al voto), resulta improcedente, y así se decide.

TSJ-SC (421) 22-11-2000, Magistrado Ponente: Héctor Peña Torrelles, RDP N° 84, pp. 161-162.

En virtud de la consagración en el artículo 330 del nuevo texto constitucional del derecho al sufragio de los miembros activos de la Fuerza Armada Nacional, la limitación consagrada en la Ley Orgánica del Sufragio respecto a dichos funcionarios ha sido objeto de una inconstitucionalidad sobrevenida.

Por lo que atañe a la supuesta violación de la disposición establecida en el artículo 111 de la Constitución de 1961, hoy contenida en la norma transcrita supra (art. 64 C 1999), según la cual -a decir del accionante-, dicha disposición contempla las únicas excepciones al ejercicio del

derecho al voto, esta Sala observa, que la norma constitucional supuestamente infringida consagra la universalidad del derecho al sufragio de los venezolanos, exceptuando a quienes están sujetos a inhabilitación política o interdicción civil, y en su único aparte dicha disposición regula el derecho al voto por parte de los extranjeros para las elecciones parroquiales, municipales y estatales, en las condiciones de residencia establecidas que a tal fin establece y con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley.

Por lo que debe reiterarse una vez más, que el derecho al sufragio como mecanismo de participación política está sujeto a limitaciones constitucionales y legales que atienden a distintas causas, como son las penas accesorias, el requisito de nacionalidad, la capacidad civil, etc.

Así, en el ordenamiento jurídico venezolano, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, tal como se desprende de la norma impugnada (contenida en el único aparte del artículo 7° de la Ley Orgánica del Sufragio del año 1988 y en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política vigente), se establecía una limitación derivada de la condición de militar activo; limitación que tenía su fundamento en el principio consagrado en el artículo 132 de la Constitución de 1961, conforme al cual se concebía a la Fuerza Armada Nacional como una “institución apolítica, obediente y no deliberante”, por tal motivo, el legislador patrio, ajustado a tales preceptos constitucionales, excluyó a los militares del derecho al sufragio activo.

Ahora bien, en el debate constituyente recientemente efectuado en Venezuela, se replanteó el tema de la participación política de los militares con especial atención al principio de igualdad entre los venezolanos, y el fruto de tal debate concluyó en la consagración en el artículo 330 del nuevo Texto Constitucional, del derecho al sufragio de los miembros activos de la Fuerza Armada Nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 330.- Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que se les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”.

De esta manera observa la Sala, que la disposición antes transcrita, establece de forma clara e inequívoca el derecho que tienen los integrantes activos de la Fuerza Armada Nacional a sufragar, motivo por el cual estima esta Sala, que la limitación consagrada en la Ley Orgánica de Sufragio con relación a dichos funcionarios, es contraria a lo previsto en la Constitución de 1999, en consecuencia, la norma impugnada, es decir, el aparte único del artículo 7° de la Ley Orgánica del Sufragio, publicada en la Gaceta Oficial N° 2.117 Extraordinario de fecha 24 de diciembre de 1977, hoy contenida en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, cuyo contenido limitaba el ejercicio del derecho al voto por parte de los integrantes de la Fuerza Armada Nacional que se encontrasen en servicio militar activo, ha sido objeto de una inconstitucionalidad sobrevenida, por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución de 1961. Así se declara.

6. *El derecho al sufragio en entidades privadas*

TSJ-SE (4) 25-1-2001, Magistrado Ponente: Luis E. Martínez Hernández, Caso: Roraima Quiñonez vs. Universidad de Carabobo, RDP N° 85-86/87-88, 2001, pp. 144 y ss.

Si bien es cierto que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en forma amplia el derecho constitucional al sufragio, el ejercicio del mismo requiere el cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca al efecto, siempre y cuando éstos resulten conformes con los principios y normas constitucionales.

Con relación a la denuncia de violación del derecho al sufragio que conllevaría la aplicación del artículo 48 de los Estatutos Sociales de la Asociación Civil “CLUB CAMPESTRE PARACOTOS”, al condicionar el derecho a participar en el próximo proceso electoral que tendrá por

objeto la escogencia de la Junta Directiva de dicho ente, a que los socios estén solventes con sus obligaciones económicas para con el ente asociativo o sus concesionarios, considera necesario esta Sala señalar, que, si bien es cierto que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en forma amplia dicho derecho constitucional, respondiendo a la nueva concepción de los mecanismos de participación ciudadana y al modelo de democracia participativa y protagónica (artículos 5 y 6 constitucionales), el ejercicio del mismo requiere el cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca al efecto, siempre y cuando éstos resulten conformes con los principios y normas constitucionales. En ese sentido, el hecho de que la normativa estatutaria de la referida Asociación Civil exija a sus integrantes el cumplimiento de sus obligaciones para con la misma y sus concesionarios, resulta ser una exigencia previa para que el Asociado pueda ser titular del derecho al sufragio activo y pasivo con relación a la elección de la Junta Directiva de la Asociación, y no una limitación a un derecho preexistente, máxime cuando la decisión de convertirse en integrante de dicho ente -obligándose por ende a acatar la normativa estatutaria que regula su funcionamiento- es un acto producto de la voluntad libre y legítimamente expresada por el particular. En tal razón, con la potencial aplicación de dicha norma no se configura violación alguna al derecho constitucional al sufragio.

Sin embargo, considera esta Sala pertinente señalar que, en cada caso particular, los requisitos exigidos por la normativa electoral correspondiente deben responder a necesidades prácticas que los justifiquen, pues de lo contrario, no se trataría de establecer condiciones conforme a las normas y principios constitucionales, sino de imponer restricciones fundadas en la arbitrariedad o voluntarismo de los órganos con potestades normativas.

Cabe recordar en este punto que, la potestad -por oposición al derecho subjetivo- concebida como poder que tienen una serie de órganos conforme al ordenamiento jurídico para imponer su voluntad frente a los particulares, se justifica precisamente por el hecho de que la actuación de estos órganos (sean o no administrativos en sentido estricto) debe responder a necesidades de interés general, que precisamente viene a legitimar la preeminencia del ejercicio de esta potestad sobre los intereses particulares.

Esto sin duda debe ser resaltado con la introducción de la noción de Estado de Derecho y de Justicia (artículos 2 y 3 constitucionales) que informa a todo el entramado constitucional, y que por tanto, necesariamente preside los criterios interpretativos aplicables a todo el ordenamiento jurídico venezolano.

Bajo esas premisas conceptuales, se observa en el presente caso que la norma contenida en el artículo 48 de los Estatutos Sociales de la Asociación Civil “CLUB CAMPESTRE PARACOTOS” responde a necesidades prácticas y de justicia en lo concerniente a exigir, como requisito para el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo en los procesos tendientes a la elección de los integrantes de la Junta Directiva, el cumplimiento de las obligaciones para con la Asociación, sobre todo si se toma en cuenta que éste consiste en un mecanismo idóneo para garantizar que los asociados aporten sus respectivas contribuciones en el mantenimiento de una entidad que por su propia naturaleza, no debe tener como fin esencial el lucro de sus integrantes, sino “...el de fomentar entre sus Miembros la recreación cultural y deportiva, dentro de un ambiente de comunidad campestre, todo dentro de la observación de las más adecuadas normas de conservación del medio ambiente y las buenas costumbres...” (artículo 3º de los Estatutos).

Sin embargo, en criterio de esta Sala, dicha justificación no abarca la exigencia de que los miembros no sean deudores de los concesionarios del ente asociativo para que puedan ejercer su derecho a sufragar, dado que la relación entre los asociados y la Asociación de ninguna manera incluye como tercer elemento subjetivo a los concesionarios de esta última. Por el contrario, los fines que persiguen esos concesionarios (como entidades mercantiles que son), sí son esencialmente de lucro, y muy escasamente contribuyen a la consecución del objeto social del ente constituido.

Es por esta razón que las actividades que desempeñan los mismos (prestación de servicios adicionales, tales como alimentación, suministro de bebidas, juegos y espectáculos de diversa índole, entre otros) no suelen ser asumidas directamente por la Asociación, puesto que difícilmen-

te están comprendidas en el objeto de ésta. Por ello, se opta por el mecanismo de otorgar una suerte de “concesión” a una entidad comercial distinta y ajena, tanto de la Asociación, como de los integrantes de ésta, ente que resulta ser en definitiva el beneficiario -previo pago de una especie de “canon” a la asociación- de las contraprestaciones que por el uso del o los servicios prestados, le aportan los usuarios.

De tal manera entonces, que se evidencia la existencia de una relación jurídica entre los concesionarios y los asociados, totalmente distinta a la que se plantea entre éstos y el ente del cual forman parte, o entre estos últimos entre sí, y por consiguiente, cualquier eventual reclamación que tenga por objeto el cumplimiento de obligaciones para con los referidos concesionarios, debe ser dilucidada por medio de los mecanismos judiciales correspondientes, y no por la vía de condicionar el ejercicio del derecho de sufragio a los miembros de la entidad Asociativa.

Siendo así, resulta necesario para esta Sala entonces colegir que la inclusión de la exigencia de solvencia de los miembros propietarios de las participaciones de la Asociación para con las entidades concesionarias de esta última, no resulta justificada desde el punto de vista de su finalidad, razón por la cual, concluye este órgano judicial que en el próximo proceso electoral que se celebrará a fin de escoger a los integrantes de la Junta Directiva de la Asociación Civil “CLUB CAMPESTRE PARACOTOS”, no podrá condicionarse el ejercicio del sufragio (en sus modalidades activa y pasiva) por parte de los miembros de dicho ente, a que éstos no sean deudores con respecto a las entidades concesionarias de dicha Asociación Civil. Queda de esta manera delineada la interpretación que deberá hacerse del artículo 48 de los Estatutos Sociales de la Asociación Civil “CLUB CAMPESTRE PARACOTOS”.

7. *El principio de la representación proporcional*

CPCA 1-6-92, Magistrado Ponente: Alexis Pinto D’Ascoli, Caso: Jency E. Machuca vs. Comisión Electoral Regional del Colegio de Médicos del Estado Miranda, RDP N° 50, 1992, pp. 132-133.

La Corte interpreta seguidamente el sistema de la representación proporcional de las minorías (art. 113 CN).

Conforme al enunciado del artículo 113 de la Constitución Nacional, la legislación que se dicte en materia electoral deberá asegurar la libertad y el secreto del voto, así como consagrar el derecho de representación proporcional de las minorías.

Es claro, por tanto, que la citada norma más que establecer un derecho individual particular y concreto, lo que hace es consagrar principios generales que han de caracterizar nuestro sistema electoral, a saber, la libertad y secreto del voto y la representación proporcional de las minorías.

Respecto a ella ha sostenido el Dr. Ambrosio Oropeza que:

“...durante muchos años el sistema electoral establecido permitía el contrasentido de que la mitad y aún más de la mitad de los sufragios depositados en las urnas ninguna influencia ejerciera en el resultado final de la elección. Fue lo que sucedió y aún sucede todavía en las legislaciones que consagran el llamado sufragio o sistema mayoritario, en virtud del cual los candidatos o partidos que obtienen la mayoría de los votos se adjudican la totalidad de los puestos o cargos que se trata de proveer para los cuerpos deliberantes... Para evitar este absurdo resultado, que priva de toda representación a los partidos minoritarios y aun a la mayoría de los votantes, como ocurre cuando el partido vencedor sólo consigue una mayoría relativa, es decir, menor que la suma de los votos de los partidos vencidos, se estableció el sistema proporcionalista, o sea, la representación proporcional de las minorías. Como su nombre lo indica, el sistema proporcionalista, en oposición al sistema mayoritario, se propone distribuir los puestos o cargos electorales entre todos los partidos que concurren a las elecciones proporcionalmente a la importancia numérica de cada uno de ellos...” (Oropeza, Ambrosio, *La Nueva Constitución Venezolana -1961-*, Caracas, 1969, pp. 323 a 328).

Insiste el Dr. Oropeza que este sistema de representación de las minorías sólo puede aplicarse cuando se trata de elegir varios puestos para organismos representativos, pues si se trata de elegir un candidato para un cargo, como sería el caso de la Presidencia de la República, forzosa-mente hay que consagrar el sistema mayoritario o triunfo de la mayoría absoluta o relativa.

Por su parte, el autor Diether Nohlen ha señalado que:

“...No hay duda alguna acerca de la importancia de ser (sistema electoral) para la constitución, la legitimación y la consolidación de las formas políticas de dominación. En principio, nadie discute su influencia sobre la estructura del sistema político y de los grupos políticos que aspiran o defienden el poder político...”. (Nohlen, Hohlen: “Los Sistemas Electorales del Mundo”, citado en *Simposio Sistemas Electorales Comparados*, con especial referencia a nivel local, Consejo Supremo Electoral, Caracas, 1984, p. 11).

En la misma obra se apunta que en Venezuela:

“...tenemos un sistema electoral mayoritario, de mayoría relativa para la elección del Presidente de la República. Y tenemos un sistema de Representación Proporcional para la elección de Senadores y Diputados al Congreso, Diputados a las Asambleas Legislativas de los Estados y Concejales de los Concejos Municipales”. (*Op. cit.*, p. 12).

Las anteriores afirmaciones permiten a esta Corte apreciar algunas notas definitorias del llamado principio de la representación proporcional de las minorías, a saber: que más que un derecho individual propio de la persona humana es un sistema electoral que se contrapone al denominado sistema mayoritario; que su condición de sistema electoral lo vincula directamente a la estructura del sistema político, y que dada su naturaleza sólo puede adoptarse en elecciones para escoger cuerpos colegiados o representativos, pues en los casos de votos deliberativos o de elección de un determinado cargo, el sistema que obligatoriamente hay que adoptar es el mayoritario.

Partiendo de tales premisas se observa, que en el caso de autos el accionante denunció la violación de la representación proporcional de las minorías como si este fuese un derecho o garantía propia de la condición humana y susceptible de ser conculcado de manera particular, y no un sistema electoral dirigido a seleccionar los integrantes de los órganos políticos deliberantes.

TSJ-SC (74) 25-1-2006, Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray, Caso: Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral y demás autoridades electorales, RDP N° 105, 2006, pp. 124 y ss.

“Las morochas” son, en sí mismas, un método que consiste en un sistema de postulación de candidatos a cuerpos deliberantes, donde actúa una pluralidad de partidos o grupos políticos postulando candidatos por lista y candidatos nominales.

Como cuestión previa y de acuerdo a la doctrina, los sistemas electorales determinan el modo en que los votos se transforman en curules, afectando por supuesto, la conducta del votante además de si el elector vota por un partido o por una persona, como dice Sartori: “En el primer caso, lo que haya que saber es si la conversión de votos en curules es o no proporcional y de esta manera la principal división de los sistemas electorales es entre la representación proporcional y la mayoría. En el segundo, se trata de identificar quién controla la selección de los candidatos, y la principal división es si se vota o no por una persona” (Giovanni Sartori, Ingeniería constitucional comparada, Fondo de Cultura Económica, México, 2001).

El autor referido menciona más adelante lo siguiente: “Un sistema electoral es mayoritario si la votación se hace en distritos (circunscripciones) de un solo representante, en que el triunfador se lleva todo: Lo que llaman los estadounidenses El sistema del primero que cruza la meta”. Por el contrario, cualquier sistema electoral en que la votación sea por distritos de dos o más representantes, en que hay dos o más triunfadores elegidos sobre la base de las mayores votaciones, es un sistema proporcional. Desde luego, hay dos formas muy diferentes de establecer estas proporciones triunfadoras: Una (la más frecuente) es por medio de los cocientes electorales; la otra consiste en elegir a los triunfadores según la votación que obtienen los candidatos (en un

distrito de dos representantes serían los dos primeros lugares, y así sucesivamente). En el primer caso se elige a los candidatos sobre la base de partes iguales (cocientes electorales); en el segundo, se les elige sobre la base de las mayores proporciones de votos.

Continúa el citado autor señalando que de esa manera “Surge inmediatamente la duda de si tanto los cocientes como los ordenamientos por el rango de las votaciones obtenidas pueden ser considerados criterios proporcionales. Mi opinión es afirmativa, si consideramos que ambos producen resultados proporcionales y que cualquiera de los dos criterios puede dar per se, un mismo grado de proporcionalidad justa” (*Op. Cit. supra*, pp. 16-17).

En consecuencia, existen sistemas mixtos donde coexisten, ponderadamente, el sistema de mayoría o mayoritario con el sistema proporcional, lo cual depende, fundamentalmente, de los cocientes electorales, por lo tanto, no es dicotómica la representación proporcional y la mayoritaria como modo de transformar los votos en la asignación de curules o escaños parlamentarios; en el sistema proporcional no se concentra el voto y los sistemas son muy variados.

Claro está que hay distorsiones estudiadas por el derecho comparado, algunas de las cuales generan una sobre-representación; en este sentido, existe la situación electoral llamada *Gerrymandering*, que es el trazado de circunscripciones electorales que, en forma sesgada, busca favorecer la representación de un partido o grupo político concentrando los votos favorables y esparciendo los de los oponentes; ello ocurre en los sistemas uninominales con límites modificables y su consecuencia es la sobre-representación. La otra distorsión electoral es la llamada *Malapportionment*, cuando la asignación de los escaños no coincide con las proporciones poblacionales, configurando en alguna circunscripción una marcada sobre-representación (véase; COX, Gary y Jonathan KATZ (2002): *Elbridge Gerry’s Salamander: The Electoral Consequences of the Reapportionment Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge. KATZ, Richard (1994): “Electoral Systems”, Lecture prepared for delivery at the IPSA Workshop/International, school of political science, Sakala Centre, Tallinn, Estonia. Abril. SARTORI, Giovanni (1994): *Ingeniería Constitucional Comparada. Una Investigación de Estructuras, Incentivos y Resultados*, Fondo de Cultura Económica, México. COLOMER, Joseph (2001): *Instituciones políticas*, Ariel, Barcelona. CRESPO, Ismael (1997): “El sistema Electoral” en Manuel Alcantara y Antonia Martínez (eds.): *Política y Gobierno en España*, Tirant lo Blanch, Valencia. GIBSON, Edward, Ernesto F. CALVO y Tulia G. FALLETI (1998): “Reallocative federalism: Overrepresentation and Public Spending in the Western Hemisphere”, Northwestern University, October, (Manuscrito). REYNOSO, Diego (2000): *Distritos y escaños: malaportcionamiento y representación partidaria en perspectiva comparada*, Tesis Doctoral, FLACSO, México. TAAGEPERA, Rein y Matthew SHUGART (1989): *Seats and votes: The effects and determinants of Electoral Systems*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, USA. VALLÉS, Josep M. y Agustí BOSCH (1997): *Sistemas Electorales y Gobierno Representativo*, Ariel, Barcelona.

Ahora bien, “Las morochas” son, en sí mismas, un método que consiste en un sistema de postulación de candidatos a cuerpos deliberantes, donde actúa una pluralidad de partidos o grupos políticos postulando candidatos por lista y candidatos nominales. Se alega que el común denominador de esa modalidad (según los recurrentes), es que los partidos agrupados participan, orgánicamente, postulando en sus listas, pero no lo hacen en los circuitos, y los electos por circuitos en la tarjeta que los accionantes llaman “comodín”, no se le deducen a los electos en las listas, atribuyéndose al grupo o partido político más representantes que los que corresponderían mediante el método del cociente, según el entender de los accionantes.

Por lo demás, la Constitución garantiza la personalización del voto y la representación proporcional, lo que ha operado mediante un sistema que permita a los ciudadanos postularse por lista y en forma nominal, dando lugar a la aplicación de los llamados cocientes electorales, que constituyen el fundamento último del principio democrático de las mayorías, armonizado con el sistema proporcional. Los artículos 62, 63, 67 y 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refieren a la participación ciudadana en los asuntos públicos, el derecho al sufragio y la reserva legal, para garantizar el principio de la personalización del sufragio, la representación proporcional y el derecho de asociación con fines políticos, además del derecho a postular candidatos y candidatas. En efecto, el artículo 62 constitucional es del tenor siguiente:

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

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

La otra norma invocada es la contenida en el artículo 63 constitucional, cuyo texto es el siguiente:

“El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”. (resaltado de la Sala)

En este orden de ideas el artículo 67 constitucional señala:

“Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos y candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La Ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines político, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulados candidatos y candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las avocaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

Y finalmente, el artículo 293 constitucional, invocado por los accionantes señala:

“El Poder Electoral tiene por funciones:

Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan.

Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante la Asamblea Nacional y administrará autónomamente.

Dictar directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político-electorales y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.

Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones.

La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.

Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios.

Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral.

Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque éstas cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la Constitución y en la ley. En especial, decidirá sobre las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos.

Controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos.

Las demás que determine la ley.

Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional” (Resaltado de la Sala).

Estas normas supra indicadas no han sido menoscabas o amenazadas de lesión de conformidad a la evaluación que esta Sala ha realizado en el expediente y de los alegatos y exposiciones en la audiencia constitucional, tanto respecto de la solicitud de amparo como del resto de los registros y pruebas consignadas. Por consiguiente, no hay objeto a tutelar, al no encontrar situaciones de infracción, de injuria constitucional, violaciones y amenazas de los derechos constitucionales denunciados fundamentados en las normas superiores ya indicadas, y así se decide.

Por otra parte, esta Sala Constitucional observa que las normas referidas integran axiológicamente la Constitución, en lo que se refiere al derecho de participación y en general la democracia participativa, que forman un sistema de normas básicas de la que es componente esencial la Constitución. La transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico capaz de poner en funcionamiento efectivo una democracia social y participativa conforme a las preguntas y bases del referendo del 25 de abril de 1999, constituyen elementos de validez del orden constitucional, son normas que no sólo poseen una pretensión de permanencia indeterminada, sino que constituyen el bloque de constitucionalidad en Venezuela.

De tal manera, que la democracia participativa, la participación ciudadana, el derecho de participación, la soberanía popular y la representación a través del sistema proporcional y de personalización del voto, constituyen las bases de la nueva democracia y del nuevo sistema normativo constitucional, que, antológicamente, expresa las relaciones de integración de la Constitución, (J. Wróblewski, *Constitución y Teoría General de la Interpretación*, Madrid, Civitas, 1985) y en modo alguno han sido afectados por la presunta injuria constitucional.

En la sesión N° 38 del 6 de noviembre de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente debatió sobre el Poder Electoral y el Derecho de Participación. De ello se desprende lo siguiente del acta correspondiente: “Los órganos del poder electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales. Así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional”. (Resaltado de la Sala), con lo que resulta indiscutible la intención del constituyente de asignar el método, aplicación y formas de hacer efectivas la representación proporcional, a los órganos del Poder Electoral. En este mismo orden de ideas, debe recordarse que en el decreto mediante el cual se dictó el Estatuto Electoral del Poder Público, particularmente los artículos 15 y 19, el constituyente estableció, para los integrantes de la Asamblea Nacional y otros órganos, la aplicación del sistema de personalización y representación proporcional, así como el sistema de adjudicación por cociente, como marco de referencia de la intención, espíritu y teología del constituyente de 1999.

Como corolario de lo expuesto, encuentra la Sala, luego de un profundo análisis del mecanismo que se cuestiona, que el mismo, en primer término, no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico. Al respecto, debe precisarse, que tal circunstancia se circunscribe dentro del ámbito del principio de “libertad”, o también denominado “de la autonomía de la voluntad”, ya que nos encontramos frente al ejercicio de derechos individuales -en este caso políticos- los cuales pueden y deben ser interpretados y ejercidos de la manera más amplia posible, en aras de garantizar la vigencia y efectividad del Estado de Derecho.

No se trata, pues, de una materia regida por el principio de legalidad, bajo el cual tendría que exigirse a los ciudadanos y a los partidos políticos, una actuación expresamente autorizada por la ley, lo cual reñiría abiertamente con el principio antes anotado.

Siendo ello así, y al no estar prohibida la aplicación del sistema aludido, el mismo encuadra dentro del orden jurídico; y aun cuando pudiese afirmarse que no toda conducta permitida resulta per se ajustada a la Constitución, en el presente caso, tampoco encuentra la Sala afectación alguna al principio de representación proporcional, habida cuenta que el mecanismo de postulación adoptado y bajo el cual se inscribieron los candidatos a diputados para las elecciones del mes de diciembre de 2005 (incluso los del partido político accionante), no proscribe, rechaza, ni niega la representación proporcional.

Por último, esta Sala debe expresar que el amparo constitucional no es un medio constitutivo de derechos sino restablecedor de derechos constitucionales infringidos o garante de los mismos ante su amenaza de infracción, lo cual supone la existencia de una situación jurídica en la que se infrinjan los derechos constitucionales. En el presente caso, lo que se pretende no es el restablecimiento de derechos o garantías constitucionales, sino la instauración de un mecanismo electoral distinto al adoptado por el Poder Electoral, que no existía para el momento en que se produjo la negada infracción constitucional, respecto de lo cual la acción de amparo resulta improcedente, y así se decide.

En definitiva, las motivaciones del presente fallo, expuestas con anterioridad, se sintetizan de la siguiente manera:

El artículo 63 de la Constitución ordena el desarrollo de las garantías de la personalización del sufragio y la representación proporcional, a través de la reserva legal. La intangibilidad de la técnica de la reserva legal limita la actuación del Poder Judicial en esta materia, en acatamiento del principio de la división del poder y la distribución de funciones.

Conforme a lo anterior, el Poder Electoral tiene a su cargo, entre otras funciones, garantizar la personalización del sufragio y la representación proporcional, de acuerdo con la ley, pudiendo, además, ejercer la potestad reglamentaria de leyes electorales y la competencia para resolver dudas y vacíos interpretativos que las normas electorales susciten o contengan, de conformidad con lo previsto en el artículo 293 constitucional. Por tanto, esta Sala Constitucional reitera su jurisprudencia pacífica en el sentido de no inmiscuirse en el ámbito de competencias de los órganos del Poder Público Nacional, determinado mediante la reserva legal.

La acción de amparo constitucional reviste un carácter restitutorio, restablecedor, mas no constitutivo, es decir, no puede ni debe crear derechos o configurar nuevas situaciones jurídicas, como lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia de esta Sala; por consiguiente, no podría dicha acción trascender a las normas invocadas como presuntamente amenazadas de lesión, identificadas en los artículos 62, 63, 67 y 293 constitucionales, las cuales nada tienen que ver con el mecanismo de postulación denominado “las morochas”, y por el contrario, se refieren al derecho de participación y a la democracia participativa, ideas propias del proceso constituyente e integradoras de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La potestad evaluativa de esta Sala Constitucional no encontró pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado “las morochas” y las normas superiores constitucionales, más aún cuando el precitado mecanismo no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico.

El principio de personalización del sufragio está garantizado por la nominalidad y la representación proporcional por el voto lista, dejando a la iniciativa de los ciudadanos y de las organizaciones políticas el sistema de selección y postulación de sus candidatos, como un reflejo de la igualdad política; prueba de ello viene dada por la propia actuación desarrollada por la parte accionante, quien ha postulado sus candidatos bajo la misma fórmula electoral que hoy se cuestiona, por lo que no existe amenaza de violación a los principios democráticos en que se sustenta el régimen electoral en Venezuela. La cuestión del método matemático para la adjudicación de escaños o curules corresponden fundamentalmente a la competencia exclusiva del Poder Electoral

y la regulación de la garantía de la personalización del sufragio y el sistema proporcional corresponden a la Asamblea Nacional, en cuanto técnica de la reserva legal a que alude la propia Constitución en su artículo 63.

En materia de democracia participativa (artículo 2 constitucional), la noción de proporcionalidad es distinta a la que prevalecía en la Constitución de 1961, y no puede esta Sala, regularla - ni siquiera por la vía del amparo constitucional-, correspondiendo a la ley hacerlo, por cuanto la misma quedaría comprendida en el sistema de reserva legal.

La Sala observa que la Constitución reconoce sólo el principio de representación proporcional, sin calificar si se trata de mayorías o minorías, lo cual se reserva al ordenamiento jurídico infraconstitucional, según se desprende del Título Tercero, Capítulo Cuarto de la Ley Fundamental. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa de la mayoría que suscribió la sentencia que antecede; en consecuencia, salva su voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Como punto previo, observa quien disiente que la Sala debió señalar que la parte demandante incurrió en una evidente situación de consentimiento tácito, tal como alegaron tanto los terceros opositores como la Defensoría del Pueblo, desde que el partido Acción Democrática se acogió, también, al ejercicio del mecanismo de postulación electoral -"las morochas"- que el mismo impugnó en esta oportunidad. Ciertamente, y si bien tal consentimiento no impedía que esta Sala conociera y decidiera sobre el fondo del asunto -como en efecto debía decidir y decidió-, pues el objeto de debate es materia de eminente orden público, según el artículo 6, cardinal 4 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no dejan de ser reprochables actitudes como tales en las que, aún en aras de la participación de organizaciones políticas y la obtención de cargos de elección popular, se consienta no sólo en violaciones al derecho a la representación proporcional de los partidos minoritarios a través del sufragio pasivo, sino, lo que es más importante aún, en violación al derecho al sufragio activo de cada uno de los electores del país.

En el caso de autos, la parte actora alegó la violación al derecho al sufragio de los electores en el sentido de que "su voluntad se vea reflejada en la composición de los cuerpos deliberantes de acuerdo con el principio de representación proporcional", para lo cual invocó la conculcación de los artículos 62, 63, 186 y 293, aparte único, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, derechos que invocó también respecto de las organizaciones y partidos políticos, de conformidad con el artículo 67 *eiusdem*.

Por su parte, la mayoría sentenciadora declaró sin lugar la demanda de amparo, para lo cual consideró, entre otros aspectos, que el amparo constitucional posee carácter restitutorio, restablecedor y no constitutivo, y que la personalización del voto y la representación proporcional, que recogen los artículos 63 y 293 in fine de la Constitución, "...no sería un objeto de tutelar por cuanto no existe razón alguna en el expediente que prueba que pudiese evaluarse y que permitiera concluir con la violación o amenaza de violación de esos derechos".

Este voto salvante discrepa de la decisión de la Sala Constitucional, máximo y último garante de la recta interpretación de la Constitución, que no estimó la pretensión de amparo pues, tal como se expone a continuación, el mecanismo electoral que se denunció en este proceso, y que coloquialmente se conoce como "las morochas", sí es contrario al principio de representación proporcional, sí es contrario al derecho al sufragio y sí es contrario al derecho a la participación en los asuntos públicos y, asimismo, por cuanto el Consejo Nacional Electoral tiene el deber expreso de hacer valer estos derechos en toda fase del procedimiento comicial con inclusión de la inscripción de partidos y agrupaciones políticas que pretendan postular, la admisión de las postulaciones de candidatos y las campañas electorales, tal como se lo imponen el propio Texto Fundamental y la Ley, motivos por los cuales debió declararse con lugar la demanda de amparo, con fundamento en las siguientes razones:

El argumento central de la sentencia que antecede es que la regulación de los principios de la personalización del sufragio y el sistema de representación proporcional corresponden a la Asamblea Nacional porque se trata de materias de la reserva legal y, en consecuencia, por cuanto el sistema de postulaciones que se denunció como fraudulento en este caso –“las morochas”– no está expresamente prohibido, su declaratoria como inconstitucional implicaría que la Sala invadiera el ámbito de competencias de otros órganos del Poder Público ocasionando una “interferencia indebida tanto en la técnica (rectius: principio constitucional) de la reserva legal como en las atribuciones y contenidos que la Constitución le señala al Poder Electoral en esta materia”.

Quien disiente observa que la pretensión que se planteó en el caso de autos no se refería ni conllevaba, en modo alguno, que la Sala legislase ni asumiese competencias del Legislativo para el desarrollo de principios constitucionales. Por el contrario, y como es propio de una demanda de la naturaleza del amparo constitucional, lo que se alegó fue una violación directa de la Constitución (en concreto de los derechos al sufragio y representación proporcional) por parte del Consejo Nacional Electoral y se buscaba dejarla sin efecto, con independencia de que existiera o no regulación legal de tales derechos.

De manera que ninguna relación guarda la máxima constitucional de que la regulación de los derechos fundamentales –entre ellos los derechos al sufragio y representación proporcional– es materia de la estricta reserva legal– de conformidad, apunta este disidente, con el artículo 156, cardinal 32, de la Constitución– con el supuesto concreto –propio de todo amparo– de que se alegue la violación directa a derechos constitucionales por parte de una actuación de la Administración electoral. Incluso, que haya o no regulación legal y que la actuación supuestamente lesiva se ajuste o no a ella es absolutamente irrelevante en el marco de una demanda de amparo, en la que el análisis jurisdiccional se centra en la violación directa a la Constitución. Resulta pertinente recordar lo que esta misma Sala estableció en sentencia N° 828 de 27-7-00:

“...la situación jurídica del ciudadano es un concepto complejo, en el que destacan derechos y deberes, pero la acción de amparo tutela un aspecto de la situación jurídica del ciudadano que son sus derechos fundamentales, pues la defensa de los derechos subjetivos –diferentes a los derechos fundamentales y las libertades públicas– y los intereses legítimos, se realiza mediante recursos administrativos y acciones judiciales. Por ejemplo, no es lo mismo negar la posibilidad a un ciudadano de tener la condición de propietario, que una discusión acerca de la titularidad de un bien entre particulares, cuya protección se ejerce mediante una acción judicial específica: la reivindicación. Pero, si se niega a un ciudadano su derecho a defender su propiedad, se le niega un derecho fundamental, cuyo goce y ejercicio debe ser restituido.

Esto trae como consecuencia, 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. No se trata de una nueva instancia judicial o administrativa, ni de la sustitución de los medios ordinarios para la tutela de los derechos o intereses, se trata de la reafirmación de los valores constitucionales, en la cual el juez que conoce del amparo puede pronunciarse acerca del contenido o aplicación de las normas constitucionales que desarrollan los derechos fundamentales, revisar la interpretación que de éstas ha realizado la administración pública o los órganos de la administración de justicia, o establecer si los hechos de los que se deducen las violaciones constitucionales, constituyen una violación directa de la Constitución.

La noción de violación directa de las normas fundamentales requiere ser precisada, por ser una manifestación del objeto de la acción de amparo y un límite implícito de su alcance. Al respecto, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

La Constitución se desarrolla mediante la legislación, la cual tiene normas de ejecución directa del texto y los principios constitucionales, así como normas de instrumentación de todo ese desarrollo constitucional.

Ahora bien, se ha venido sosteniendo que el amparo persigue las violaciones directas de la Constitución y, que cuando la infracción se refiere a las leyes que la desarrollan, se está ante una transgresión indirecta que no motiva un amparo.

A juicio de esta Sala, tal distinción carece de base legal. Según el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el amparo procede cuando se menoscaban de alguna forma el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, lo cual puede provenir del desconocimiento, de la errónea aplicación, o de la falsa interpretación de la ley, que atenta contra un derecho o garantía constitucional. No se trata del rango de la ley, sino del efecto que sobre los derechos y garantías fundamentales ejerce la violación de la ley, en relación con la situación jurídica de las personas y la necesidad de restablecerla de inmediato si ella fuere lesionada.

Cuando la infracción a una ley, sin importar su rango, es a su vez una trasgresión a la Constitución, que deja sin aplicación, en alguna forma, el mandato constitucional, procede el amparo, sin que sea necesario distinguir si se trata de una violación directa e inmediata de la Constitución, ya que estos conceptos son importantes para definir el ámbito de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad prevenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 336 de la vigente Constitución, pero no para el amparo.

Para que el amparo proceda, es necesario que exista una infracción por acción u omisión a una norma constitucional, sea esta realizada mediante desconocimiento, mala praxis, o errada interpretación de normas legales o sub-legales, siempre que ella enerve el goce y ejercicio pleno de un derecho constitucional”.

En todo caso, observa quien difiere que el ejercicio mismo de la jurisdicción constitucional implica que la Sala controle el cumplimiento, por parte de los demás órganos del Poder Público, de sus competencias en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin que ello signifique -si se ejerce en sus justos términos- “inmiscuirse en el ámbito de sus competencias”. De esta manera, el juez constitucional se presenta como un legislador negativo cuando anula leyes y demás actos de rango legal e incluso, en ciertos casos, un verdadero legislador -en sentido material- en ejercicio de la que la propia Sala asumió como “jurisdicción normativa” y que consiste en que mientras no se dictan las leyes que desarrollan un determinado precepto constitucional la Sala regulará normativa y provisionalmente la materia de que se trate, para dar vigencia inmediata a la norma fundamental. Así, en múltiples fallos esta Sala ha modificado el contenido de normas jurídicas -que evidentemente son de la reserva legal- a través de “sentencias interpretativas” o en ejercicio de esa “jurisdicción normativa”, entre otras, sentencias N° 2855/20-11-2002; N° 806/24-4-00; N° 1042/31-5-2004; N° 511/5-4-2004; N° 7/1-2-2000; N° 1/20-1-2000; N° 1077/22-9-2000; N° 1571/22-8-2001; N° 93/6-2-2001; N° 656/30-6-2000; N° 1395/21-11-00; N° 1053/31-8-2000; N° 1140/5-10-2000; N° 1050/23-8-00; N° 332/14-3-2001. Asimismo, la Sala ha dictado muchas decisiones en las cuales se anulan (total o parcialmente) normas legales y se procede a establecer la nueva redacción de las mismas (Sentencias N° 80/1-2-2001; N° 1264/11-6-2002; N° 2241/24-9-2002; N° 3241/12-12-2002; N° 865/22-4-2003 y N° 1507/5-6-2003).

Por tanto, aún si la pretensión procesal persiguiera que la Sala subsanara la ausencia de regulación legal, como correctivo para el correcto y cabal ejercicio de derechos fundamentales, observa este disidente que aquélla habría podido ejercer esa “jurisdicción normativa” sin que ello, según su propia jurisprudencia, implicara invasión al ámbito de competencias propias de otros Poderes Públicos, en violación a los principios de reserva legal o separación de poderes.

La interpretación de todas las normas legales y sublegales del ordenamiento electoral, así como la actuación y decisiones de todos los órganos que conforman el Poder Electoral, debe informarse de los principios constitucionales de contenido electoral. Así lo postula y exige el principio de legalidad electoral.

Tales principios constitucionales en los que se fundamenta nuestro sistema democrático son el principio de representación y el principio de participación, los cuales, a su vez, se informan de los valores superiores de la libertad, la igualdad y el pluralismo político (artículo 2 de la Constitución). Así, según recoge el artículo 6 de la Constitución de 1999, el gobierno de Venezuela es

democrático, participativo y electivo; principio de participación que resulta, ciertamente, un estadio más avanzado que el de la representatividad que caracterizaba nuestro sistema democrático durante la vigencia del Texto Fundamental de 1961, pero que no implica, en modo alguno, un sistema distinto u opuesto al de la representatividad.

Así, la evolución de nuestra democracia de representativa a participativa ha implicado que, sin que deje de ser representativa, se busque un mayor protagonismo y participación ciudadana bien en la gestión de los asuntos públicos, bien mediante instrumentos cotidianos en los asuntos locales. El carácter no excluyente de la democracia participativa respecto de la representativa en el marco de la Constitución venezolana de 1999 ha sido expuesto por la doctrina (Vid. entre otros, Bracho Grand, P. y Álvarez de Bozo, M., “Democracia Representativa en la Constitución Nacional de 1999”, Estudios de Derecho Público, Tomo I, Ediciones Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 235 y ss.) y así se desprende también de las decisiones de esta misma Sala, cuando señala que:

“De tal manera que, como lo afirma la Carta Democrática Interamericana suscrita el 11 de septiembre de 2001 en Lima, capital de la República del Perú, el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político-territoriales en que se distribuye el Poder Público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, ésta se refuerza y profundiza únicamente con la participación y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía.

(...)

En tal sentido, como bien advierte Norberto Bobbio, la democracia participativa no se opone a la democracia representativa, por el contrario, aquélla no implica sino el perfeccionamiento o complemento de ésta, propia de las complejas y plurales sociedades contemporáneas asentadas en vastas extensiones de territorio, a través de la creación de distintos y eficaces medios de participación en lo político, en lo económico, en lo social, en lo cultural, etc, de tal manera que la responsabilidad de la conducción de la vida nacional, estatal o local, no sólo sea exclusiva de los representantes o de la Administración, sino también de todos quienes integran la comunidad política afectada por la regulación o decisión (Cfr. El Futuro de la Democracia, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, traducción de José F. Fernández Santillán, pp. 49 y ss.)”. (s.SC. 23 de 22-1-03. Destacado añadido).

Precisamente por ello, los derechos fundamentales de contenido político más relevantes en el marco de nuestro Estado Democrático de Derecho son, de una parte, el derecho a la participación en los asuntos públicos (Artículo 62 constitucional), que se dirige a canalizar y garantizar ese principio de participación, y de otra, el derecho al sufragio (Artículo 63 *eiusdem*) mediante el cual –sufragio activo- los electores pueden elegir, por votación libre, universal, directa y secreta a sus representantes o bien –sufragio pasivo- esos mismos electores –dentro de las limitaciones de ley- pueden ser elegibles como tales representantes; derecho al sufragio que se refuerza, a su vez, por el mismo derecho a la participación, pues el encabezado del artículo 62 de la Constitución establece que “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” (Destacado añadido).

Ahora bien, para que se garanticen los principios de representación y participación no es suficiente el ejercicio formal del derecho al voto, sino que el Constituyente exigió que, además, esos representantes respondan al pluralismo político y, por ende, sean fiel reflejo de las distintas tendencias mayoritarias y minoritarias del electorado. Así, el carácter democrático de nuestro Estado de Derecho parte del supuesto elemental de que ha de ser la mayoría de los ciudadanos, y no un monarca o un sujeto totalitario, la que ha de tomar las decisiones y la que ha de propiciar la consecución del bien común. No obstante, no obvió el Constituyente el hecho de que el funcionamiento de la democracia presupone que esa mayoría no se apropie de la soberanía popular que

corresponde a todo el pueblo y no sólo al grupo mayoritario, y, en consecuencia, la democracia implica que se garantice la presencia de las minorías –que también son parte de ese pueblo soberano- en la toma de decisiones, para evitar, en palabras de Alexis de Tocqueville, una “tiranía de las mayorías” (*La Democracia en América I*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, pp. 236 y ss).

La participación de la minoría –como parte del todo- no es, en modo alguno, retórica política, sino, por el contrario, un principio que está expresamente recogido en el Texto Constitucional como garantía de la representatividad democrática. Así, el artículo 63 de la Constitución vigente establece, en el marco del derecho fundamental al sufragio, que la Ley garantizará la representación proporcional, proporción que se debe tanto a la mayoría como a la minoría, cada una en su justa medida. Evidentemente, dicha representación proporcional únicamente se logra en la conformación de los cuerpos deliberantes –no así en los cargos unipersonales de elección popular- y es precisamente por ello que el artículo 186 de la Constitución pone nuevo énfasis en la garantía del principio de representación proporcional para el caso de la elección de los miembros de la Asamblea Nacional, máximo órgano deliberante dentro de la estructura del Poder Público Nacional y, en consecuencia, preceptúa que “La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno como uno por ciento de la población total del país”.

En efecto, y tal como se dispuso en la sentencia que antecede, el artículo 63 constitucional recoge dos postulados electorales básicos: el de la personalización del voto y la representación proporcional. Para que se equilibren ambas premisas, la Constitución optó por un sistema mixto de elección de órganos deliberantes, que incluye la elección uninominal o por circuitos, en aras de ese voto personalizado, y la elección por listas cerradas, en aras de la representación proporcional.

La aplicación práctica de ese sistema electoral mixto fue expuesto en autos tanto por las partes como por los intervinientes en este proceso, no así por la sentencia que antecede, y consiste –en el caso que nos ocupa- en que el electorado vota por el sesenta por ciento de los escaños nominalmente –a través de circuitos electorales-, y por el cuarenta por ciento a través de una lista cerrada que presenta la organización con fines políticos o agrupación política de su preferencia; en este último caso, resultan elegidos los candidatos según el método D’ Hondt, que consiste en la división del número total de votos que hubiere obtenido cada lista entre los números naturales, en serie y sucesivamente, hasta cuando se obtenga, para cada lista, un número de cocientes igual al de los cargos que corresponda elegir en cada entidad, para la posterior adjudicación de tales cargos a los partidos o grupos de electores que hubieren obtenido los cocientes más altos hasta cuando se complete el número de escaños disponibles, todo ello según las normas legales que desarrollan y garantizan ese principio constitucional de la representación proporcional, concretamente los artículos 15, 19 y 20 del Estatuto Electoral del Poder Público y los artículos 7, 11 al 16 y 20 al 22 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, aplicables estos últimos como principios generales, *mutatis mutandi*, teniendo en cuenta la nueva conformación orgánica de la Asamblea Nacional.

Pero, esa coexistencia de candidatos uninominales y por lista no es lo único que determina el carácter mixto del sistema venezolano, ya que ello, por sí solo, no garantiza la representación proporcional.

El carácter plural y, sobre todo, representativo del sistema –en forma directamente proporcional al universo electoral- lo garantiza el método de adjudicación de los candidatos a los escaños que hubiere obtenido cada agrupación política, a través del voto lista, según el referido método D’ Hondt.

Así, establecen tanto el Estatuto Electoral como la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que, una vez que se determina cuántos escaños de un cuerpo legislativo corresponden a cada agrupación política, a través de la organización por orden decreciente de los cocientes que hubieren obtenido todos ellos, los primeros escaños (que corresponderán a los primeros cocientes) serán adjudicados a los miembros de las agrupaciones políticas que hubieran sido vencedores en los circuitos electorales a través de la votación nominal; si después de esta adjudicación,

a la agrupación política de que se trate le correspondieren más cargos, éstos serán adjudicados a los candidatos de su lista, del primero al último, hasta la concurrencia del total de escaños que corresponda.

Pero debe resaltarse que esa adjudicación última a los candidatos por lista que fueron postulados por determinada agrupación política se realiza luego de la deducción o resta del número de candidatos que previamente se adjudicaron de manera uninominal a esa misma agrupación. He allí, precisamente, donde se manifiesta la violación al principio de representación proporcional en el marco del sistema de votación que se denunció en este caso como inconstitucional –las morochas- pues como sea que en este caso no es una sino –formalmente- dos agrupaciones políticas las que postulan candidatos –una nominalmente y otra por lista- de manera conjunta o “enmorochada”, al momento de dicha adjudicación residual de escaños de la lista, luego de que se completa la adjudicación nominal, no se verifica deducción alguna, porque al tratarse de dos agrupaciones distintas, a la lista de la segunda agrupación se le adjudica la totalidad de escaños, se insiste, sin deducción de los adjudicados nominalmente a la otra. La explicación de este fenómeno indeseable en el marco de un sistema mixto como el venezolano puede explicarse, de manera práctica, con el siguiente ejemplo hipotético:

Un partido o agrupación política X presenta postulaciones para la elección de un cuerpo deliberante. En un primer escenario, dicha agrupación postula candidatos tanto por circuito (nominalmente) como por lista cerrada. Supóngase que nominalmente se postulan tres (3) candidatos y supóngase también que ese partido logra la mayoría de los votos durante el proceso de votación y, en consecuencia, le corresponden –hipotéticamente- cinco escaños. Al momento de la adjudicación, y de conformidad con el método D’ Hondt, se adjudicarán en primer lugar, tres escaños a esos tres candidatos que resultaron electos uninominalmente y los dos (2) restantes se tomarán de la lista cerrada que hubiera postulado el partido político X, esto es, solamente se adjudicarán escaños por lista luego de la deducción de los que se hubieran obtenido de manera uninominal.

En un segundo escenario, la misma agrupación política X sólo postula de manera uninominal, nuevamente, por tres circuitos, y no realiza postulaciones mediante listas cerradas. Supóngase nuevamente que ese partido obtiene el mayor número de votos. Al momento de la adjudicación, los escaños corresponderán a esos tres candidatos uninominales, sin que haya deducción alguna en las adjudicaciones por lista pues, según se dijo, dicha agrupación sólo postuló nominalmente.

En un tercer escenario, una agrupación política Z no postula candidatos por circuitos – uninominales- sino únicamente a través de lista cerrada. Imagínese, también en este escenario, que dicha agrupación alcanza el mayor número de votos e hipotéticamente le corresponden cinco escaños, con el cual éstos se tomarán de la lista cerrada directamente, sin deducción previa pues la agrupación no propuso candidatos uninominalmente.

En un cuarto escenario se combinan los dos anteriores: un partido político X presenta aspirantes sólo uninominalmente en “alianza” o mediante la “estrategia electoral” de “las morochas” con la agrupación política Z, la cual sólo postula mediante listas cerradas. Cabe destacar que esa “alianza” consiste en que los candidatos que son postulados uninominalmente por X son importantes dirigentes o militantes de la agrupación Z. En este cuarto escenario, al partido X se le adjudican los tres escaños que le corresponden y a la agrupación Z, sin deducción alguna de dichos tres escaños uninominales, pues se trata de una agrupación política formalmente distinta de X, se le adjudican cinco escaños. En definitiva, esta “alianza” de partidos obtiene ocho (8) curules en vez de cinco, tal como ocurriría en el primer escenario si se cumpliera, a cabalidad, el procedimiento electoral –especialmente en su fase de postulaciones- y se aplicara correctamente el método D’ Hondt.

De esta manera, se rompe, sin lugar a dudas, el equilibrio de la representación proporcional y se consigue una representación desproporcionada, pues el o los partidos que obtuvieron la mayoría de los votos adquieren más escaños de los que proporcionalmente le corresponden en atención al número de votos que obtuvieron, y los partidos que obtuvieron un porcentaje minoritario en la votación, adquieren menos escaños de los que proporcionalmente le corresponden en atención a ese número de sufragios que recibieron.

Por vía de consecuencia, además, se viola el derecho al sufragio pasivo de los candidatos –individualmente considerados- que habrían resultado electos a través del método legal pero que quedan desplazados por el método distorsionado por agotamiento de los escaños a ser adjudicados.

De lo que antecede se deriva, en criterio de quien discrepa, que en el marco de un Estado democrático de Derecho como el venezolano, el principio de representación proporcional es consustancial e inherente al derecho fundamental al sufragio que recoge el artículo 63 de la Constitución, derecho que, a su vez, es la expresión primaria del también derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos (artículo 62 *eiusdem*). Así, los principios constitucionales que antes se expusieron exigen la inteligencia de que ese derecho al sufragio no se agota en su acepción formal como el derecho a elegir (sufragio activo) y a ser elegido (sufragio pasivo), sino que incluye el derecho a que esa elección sea fiel reflejo del sistema democrático representativo y participativo por el que optó el Constituyente. No es por ello baladí que la categorización constitucional del sufragio, de la personalización del voto y de la representación proporcional de las minorías estén conjuntamente dispuestas como derechos fundamentales en una misma norma constitucional (artículo 63):

“El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”.

Ahora bien, tales derechos han de analizarse desde la óptica del principio de legalidad electoral, según el cual toda limitación a los derechos fundamentales de contenido electoral (especialmente el derecho al sufragio activo y pasivo) tiene que estar expresamente establecida en una Ley, siempre que, además, esa norma legal se adecue y vincule en extremo a los principios constitucionales electorales.

De manera que quien salva su voto considera que el fallo de la mayoría de la Sala debió establecer que carece de valor jurídico el argumento de que las postulaciones de candidatos que se realizan bajo esta modalidad “no están expresamente prohibidas”, pues, ante las disposiciones claras y expresas de la Constitución y la Ley (el Estatuto Electoral, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y la Ley Orgánica del Poder Electoral), que recogen el principio de representación proporcional, cualquier actuación de contenido electoral que se lleve a cabo durante el procedimiento electoral –bien de las agrupaciones políticas, bien de los órganos electorales- contraría a ese principio, deberá impedirse, sancionarse o anularse, según el caso. Se insiste que, en el marco de un proceso de amparo constitucional como el de autos, ninguna relevancia tiene la existencia o no de regulación legal que permita o prohíba la postulación de candidatos a través del sistema que se impugnó pues, ante la verificación de una violación directa a derechos fundamentales, lo procedente es que se dejen sin efecto tales actuaciones.

Considera quien disiente que la sentencia que antecede debió concluir que el Consejo Nacional Electoral violó el derecho al sufragio y a la participación en los asuntos públicos de todos los electores y elegibles en la medida en que admitió el mecanismo electoral que se identifica como “las morochas”. Se trata, así, de una violación continuada, cuyo inicio se remonta a la inscripción de organizaciones políticas “cascarón” cuya única finalidad es la presentación de postulaciones que desemboquen en el voto “enmorochado” con otro partido político y que continúa con la campaña electoral, que garantiza la eficacia del “método” o “estrategia electoral” hasta que se consiga esquivar la adjudicación proporcional de cargos, en inobservancia de la representación proporcional.

Esta tergiversación al sistema de adjudicación según la representación proporcional, jurídicamente se traduce en un fraude a la Ley y más grave aún, en un fraude a la Constitución, a través de un evidente abuso de las formas jurídicas en pro de conseguir una finalidad distinta a la que las normas constitucional y legal establecieron respecto del método de elecciones mixtas uninominal-lista y a través de un evidente abuso de derecho de las organizaciones con fines políticos a postular candidatos.

El fallo del cual se disiente consideró “pertinente aclarar la noción de fraude constitucional invocada por los accionantes”, y en este sentido, mediante la invocación de doctrina jurídica francesa, concluyó que fraude a la Constitución es “la utilización del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional sin alterar el sistema de legalidad establecido”, mientras que “falseamiento de la Constitución” sería “esa situación en la que se otorga a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto de que realmente tienen...”.

Tales distinciones carecen, en criterio de quien disiente, de relevancia en el caso concreto, pues el hecho de que una reforma constitucional cuyo fin sea la creación de un nuevo régimen político resulte un fraude constitucional, al menos en criterio de la doctrina comparada que el fallo citó, no quiere decir que ese sea el único modo de defraudación a la Ley -lato sensu- y a la Constitución.

Incluso, ya esta misma Sala explicó, en anterior oportunidad, y con meridiana claridad, en qué consiste el fraude a la Ley y cuáles son los supuestos para el entendimiento de que el mismo se verifica en un caso concreto, aspectos todos que, en aplicación al caso de autos, permiten la palpación de la defraudación –en este caso a la Ley Fundamental- en que se incurriría. Así, en sentencia N° 2361 de 3-10-02 esta misma Sala señaló:

“El fraude a la ley se caracteriza por la circunstancia de que se respeta la letra de la ley, mientras que, de hecho, se trata de eludir su aplicación y de contravenir su finalidad con medios indirectos (MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, Trad: Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1979, p. 480), haciendo que opere una norma jurídica con la finalidad de evitar la aplicación de otra.

Constituye un modo de violación de la ley, un proceso técnico de violación indirecta, in fraudem agere, diverso de la violación directa, contra legem agere, ya conocido desde el derecho romano y que perdura hasta hoy en los varios ramos del derecho, especialmente en el derecho público (por ejemplo, nacionalidad y servicio militar), fiscal, electoral, civil (familia, bienes muebles, contratos, sucesiones) y del trabajo (VALLADAO, Haroldo Texeiro, *Derecho Internacional Privado, Introducción y parte general*, Ed. Trillas, México, 1987 p. 591). Ya Paulo en el Digesto (citado por CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio Jurídico. Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1973, p. 10) expresaba contra *legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; infraudem vero, qui salvus verbis, sententiam ejus circumvenit*, vale decir, obra contra la ley quien hace lo que la ley prohíbe; y en fraude de la ley, quien salva sus palabras, pero elude su sentido.

Se requieren tres elementos en el fraude a la ley: a) una norma jurídica imperativa u obligatoria, cuya imperatividad eludida hiera o vulnere el orden público, cause o no perjuicio a terceros; b) la intención de eludir su aplicación, elemento subjetivo que constituye el fin fraudulento; y c) la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo, creando las condiciones para, formalmente, neutralizar los efectos de la regla obligatoria y obtener, por otra vía, el resultado contrario a derecho o antijurídico (ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 359-361, fundamentándose básicamente en Ghestin, Jacques- Gobeaux, Giles, *Traité de droit civil. Introduction generale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, N° 748, París, 1977, p. 630 ss.”. (Destacado añadido).

En este caso, y bajo el argumento de que no está expresamente prohibido en la Ley, distintas organizaciones con fines políticos realizan postulaciones de candidatos, unas únicamente por lista y otras únicamente por circuitos nominales, que “formalmente” cumplen con los requisitos de Ley -pues “formalmente” son agrupaciones distintas- pero tras ese falso velo de legalidad se consigue la identidad absoluta de tendencias políticas que, gracias a la eficacia que aportan las campañas electorales, persiguen una votación conjunta de ambas postulaciones con la que se logra la burla de la finalidad de la Ley, que no es otra que la adjudicación mixta de cargos por cocientes como garantía de representación directamente proporcional.

La intención de fraude a la Constitución en estos casos es clara:

En primer lugar, cuando se crea una agrupación con fines políticos que sirve de “vehículo” con el único objeto de la postulación de algunos de los candidatos que de manera notoria pertenecen o militan en un partido político distinto y que, aun cuando éste también participa en el proceso electoral respectivo, no los postula.

En el caso de autos, tal situación se denunció, por la parte demandante, como un hecho notorio comunicacional –y como tal no fue desvirtuado ni desestimado–, en concreto, desde que la organización Unidad de Vencedores Electorales (UVE), cuya inscripción admitió el Consejo Nacional Electoral como partido “provisional” el 14 de abril de 2005, postuló para las venideras elecciones de Diputados a la Asamblea Nacional, candidatos que son, -en forma notoria algunos de ellos- dirigentes de otros partidos, principalmente del partido político Movimiento V República (MVR). Asimismo, se denunció como hecho notorio comunicacional -y tampoco se desvirtuó-, que esa “organización” UVE no es más que una “agrupación política comodín” cuya única finalidad es la de la postulación de candidatos de otro partido político.

Se debe destacar que este primer indicio de fraude consiguió importante evidencia en la audiencia pública del caso de autos, en la cual, algunos de esos candidatos que fueron postulados por una agrupación supuestamente distinta e independiente (UVE) actuaron como parte en calidad de miembros y representantes de otra organización política “enmorochada” con aquélla (MVR, PCV, PPT, entre otras), sin que, en cambio, existiera representación alguna de aquélla, que no se hizo parte.

(ii) En segundo lugar, cuando las agrupaciones políticas postulan candidaturas únicamente uninominales o bien únicamente por lista pues, si se actuara de buena fe, cada agrupación buscaría abarcar todos los espacios posibles que la Ley le permite dentro de las postulaciones, ya que es más ventajosa la participación tanto a través de elección por circuitos como a través de elección por lista, que sólo con una de ambas.

En el caso de autos, quienes se hicieron parte en representación de varias agrupaciones políticas (principalmente del MVR) señalaron que esa postulación conjunta obedece a una “estrategia electoral” y a una “política de alianzas” electorales. No obstante, quien disiente observa que no se trata, en modo alguno, de una alianza electoral en los términos en que así lo dispone la legislación electoral. De conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política “Se considera que existe una alianza, a los efectos de esta Ley, cuando dos (2) o más organizaciones políticas presentan idénticas postulaciones. Si se trata de la elección de organismos deliberantes, las postulaciones son idénticas cuando están conformadas por las mismas personas y en el mismo orden. (...)”. De manera que en este caso no se trató de una alianza electoral en los términos en que lo recoge la Ley, y en el supuesto de que dichas agrupaciones políticas que actúan “enmorochadas” quisieran actuar en alianza, bien habrían podido hacerlo a través de la fórmula tradicional de postulación conjunta –no paralela- de manera uninominal y por lista por parte de ambas organizaciones.

(iii) En tercer lugar, hay intención de fraude cuando ambas agrupaciones políticas realizan campaña electoral a favor del voto conjunto o “enmorochamiento”; si su actuación fuese de buena fe, aunque determinada agrupación política postulara únicamente candidatos por circuitos o bien sólo candidatos por lista, poco le importaría el voto alterno, esto es, el voto por lista o el voto por circuito respecto del cual no postuló.

(iv) En cuarto lugar, hay intención de fraude cuando esos mismos candidatos declaran públicamente que, en caso de que esta Sala dejare sin efecto las postulaciones que se realizaron de manera “enmorochada”, acudirían a la postulación por iniciativa propia, y no mediante postulación del partido o agrupación política en la que militan.

En definitiva, en este caso se verificó, parafraseando a AGUILAR NAVARRO, “una aplicación indebida de una norma con el propósito de dejar sin cumplimiento el precepto que por naturaleza correspondía acatar, sin incurrir en las sanciones previstas por la norma incumplida. En el fraude se combina un resultado y una técnica. El resultado es la no observancia del precepto, y la técnica es la artificial y anormal utilización de una norma para eludir las consecuencias de esa inobservancia” (*Vid.* ss. no 2361 de 3-10-02, que antes se citó).

Se insiste, si bien es al momento de la fase electoral de adjudicación de cargos cuando se materializa la violación a ese principio constitucional, por las razones que antes se expusieron, existe aquí un agravio continuado al orden jurídico a través de los distintos actos consecuenciales que conforman el procedimiento electoral, pues tanto la postulación como la campaña electoral e, incluso, la inscripción de agrupaciones políticas cuya única finalidad es “enmorochar” el voto con otra, son condición necesaria para la inconstitucionalidad que se materializa en la fase de adjudicación, cuya conformidad a derecho depende, al menos parcialmente, de la legalidad de los actos electorales que le anteceden, tal como lo refleja la teoría de las nulidades de los actos electorales que recogen los artículos 216 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

De este modo, este voto salvante se aparta de la postura de la mayoría sentenciadora cuando expresa que las normas cuya violación se alegó “...no han sido menoscabadas o amenazadas de lesión de conformidad a la evaluación que esta Sala ha realizado en el expediente y de los alegatos y exposiciones en la audiencia constitucional, tanto respecto de la solicitud de amparo como del resto de los registros y pruebas consignadas. Por consiguiente, no hay objeto a tutelar al no encontrar situaciones de infracción, de injuria constitucional, violaciones y amenazas de los derechos constitucionales denunciados fundamentados en las normas superiores ya indicadas”. En criterio de quien disiente, los argumentos que expuso de manera escrita y oral la parte demandante, quien invocó el valor probatorio de hechos notorios y comunicacionales que no fueron debidamente desvirtuados ni por la contraparte, ni por los intervinientes, ni por esta Sala cuando falló —la cual ni siquiera los apreció, aunque fuera para desestimarlos—, y la evidencia suficiente de existencia de un fraude a la Constitución, llevan a la conclusión de que se está ante una violación directa a los principios fundamentales del sistema electoral, especialmente el de representación proporcional.

En este punto es pertinente destacar que la parte actora hizo valer en la audiencia, entre otras pruebas, el hecho notorio comunicacional del reconocimiento público que hiciere el Presidente del Consejo Nacional Electoral, ciudadano Jorge Rodríguez, de la inconstitucionalidad del sistema de postulación a través de tarjetas “morochas” —lo cual recogieron ampliamente los medios de comunicación—, hecho que, a pesar de estar relevado de prueba, no fue siquiera mencionado por la mayoría sentenciadora.

Esa falta de valoración de pruebas en la sentencia que antecede implica, además, en criterio del salvante, inmotivación del fallo que precede que se traduce en su nulidad, de conformidad con los artículos 243, cardinal 5, y 244 del Código de Procedimiento Civil.

En criterio de quien difiere, la sentencia de la Sala debió concluir que el Consejo Nacional Electoral, ante la intención de desviación de la finalidad de las normas constitucionales y legales que recogen el principio de representación proporcional de las minorías —intención cuyos indicios se expusieron ya en este voto salvado—, debió, en primer lugar, rechazar la constitución de agrupaciones políticas creadas con esa finalidad distorsionada, en segundo lugar, negar la admisión de las postulaciones que en este sentido se realizaron, tal como se lo exigen el artículo 293, aparte único, de la Constitución de 1999, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el artículo 147 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Y en todo caso, para el supuesto de que se admitieran las postulaciones que se realizaron de esa manera, bajo el supuesto negado de que per se no fuesen indicio suficiente de fraude, el Consejo Nacional Electoral estaría en el deber de sancionar cualquier campaña electoral que se dirija a incitar al electorado a “enmorochar” su voto, pues, allí sí, tal campaña no tiene otra finalidad que el desvío del respeto al principio de representación proporcional y, por ende, es ilegal, de conformidad con el artículo 204 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual establece que “No se permitirá la propaganda anónima, ni la dirigida a provocar la abstención electoral, ni la que atente contra la dignidad de la persona humana u ofenda la moral pública y la que tenga por objeto promover la desobediencia de las leyes, sin que por eso pueda coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales (...)”, y cuyo incumplimiento se entiende como la comisión de un ilícito administrativo sancionable con multa por parte del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con el artículo 261 de la misma Ley.

En este sentido, se disiente de la afirmación mayoritaria según la cual el mecanismo que se cuestionó “no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico” y que “se circunscribe dentro del ámbito del principio de ‘libertad’, o también denominado ‘de la autonomía de la voluntad’, de modo que no se trataría “de una materia regida por el principio de legalidad, bajo el cual tendría que exigirse a los ciudadanos y a los partidos políticos, una actuación expresamente autorizada por la ley, lo cual reñiría abiertamente con el principio antes anotado.”

Por el contrario, el señalamiento que antecede yerra en cuanto a que quien fue demandado como agravante fue el Consejo Nacional Electoral y no los partidos políticos o algún ciudadano; así, la Sala debió desestimar el argumento de ese órgano cuando señaló que no ejerció control sobre las postulaciones porque las mismas no están “expresamente prohibidas”. Desde la perspectiva de juzgamiento de la actividad de la Administración Electoral –que fue la que se denunció como lesiva-, el principio de legalidad, que sí es aplicable, no implica que ella pueda hacer lo que no está prohibido; antes, al contrario, la Administración sólo puede hacer aquello que le permita una norma atributiva de competencia, aunque su actuación pueda ser considerada como un poder implícito sin atribución expresa. Lo que no puede ser admitido es que la Administración Pública tenga la libertad propia de los ciudadanos, quienes pueden desenvolver su personalidad y hacer todo lo que el ordenamiento jurídico no les prohíbe. Por tanto, para que un acto de la Administración Pública pueda ser considerado válido resulta manifiestamente impertinente la verificación de si existe o no una norma que lo prohíba, pues tal validez está condicionada por la existencia de una disposición del ordenamiento jurídico que le permita dictarlo, esto es, que le dé cobertura normativa. La vinculación de la Administración Pública con la Constitución y con la Ley, ex artículo 137 constitucional, es positiva, es decir, que su actuación está sujeta a la existencia de una norma jurídica que le atribuya una potestad o facultad. Por ello, carece de sentido que se estime – como en el fallo del cual se disiente- que las actuaciones de los partidos políticos y ciudadanos que hicieron las postulaciones no están expresamente prohibidas, porque lo determinante es la comprobación de si las actividades del supuesto agravante tienen cobertura normativa, o sea, si existen normas en el ordenamiento jurídico que le permitieran obrar como lo hizo.

Por otra parte, las organizaciones políticas cuyos representantes actúan como partes procesales, bien como demandantes, bien como intervinientes, contrariamente a lo que concluyó la mayoría, no podían postular en la forma como lo hicieron –como se explica ampliamente en este voto salvado-, ni el Consejo Nacional Electoral admitir dichas postulaciones, en virtud de que tal forma de proceder agrava el principio constitucional de representación proporcional, que recogió la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y porque la Administración Electoral, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, no tiene potestad, ni expresa ni implícita, para aceptar tal conducta antijurídica.

En todo caso, el fallo del que se discrepa no analizó el argumento de la parte actora en el sentido de que el sistema de postulación en referencia sí viola el principio de representación proporcional; al respecto, se limitó a las siguientes afirmaciones, sin respaldo de motivación alguna:

“...aun cuando pudiese afirmarse que no toda conducta permitida resulta per se ajustada a la Constitución, en el presente caso tampoco encuentra la Sala afectación alguna al principio de representación proporcional, habida cuenta que el mecanismo de postulación adoptado y bajo el cual se inscribieron los candidatos a diputados para las elecciones del mes de diciembre de 2005 (incluso los del partido político accionante), no proscriben, rechaza, ni niega la representación proporcional.”

“La potestad evaluativa de esta Sala Constitucional no encontró pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado ‘las morochas’ y las normas superiores constitucionales, más aun cuando el precitado mecanismo no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico.”

Quien difiere no comparte la opinión de la mayoría sentenciadora en el sentido de que el principio de representación proporcional está suficientemente garantizado por el voto lista.

Así, se lee del veredicto que antecede que “el principio de personalización del sufragio está garantizado por la nominalidad y la representación proporcional por el voto lista” y que “... la Constitución garantiza la personalización del voto y la representación proporcional lo que ha operado mediante un sistema que permita a los ciudadanos postularse por lista y en forma uninominal dando lugar a la aplicación de los llamados cocientes electorales que constituyen el fundamento último del principio democrático de las mayorías armonizado con el sistema proporcional”.

Ahora bien, es necesario recalcar que la sola existencia del voto por lista no es, en modo alguno, garantía suficiente de esa representación proporcional; antes por el contrario, para que dicho principio se garantice eficazmente hace falta su observancia a lo largo de todas las fases del procedimiento electoral, desde la postulación hasta la adjudicación definitiva de cargos, en la que, a través del método que está legalmente dispuesto –principalmente en los artículos 19 y 20 del Estatuto Electoral- los curules se asignen de manera proporcional a las preferencias –todas, mayoritarias y minoritarias- del electorado. Lo contrario significaría, tal como se evidenció en el caso de autos, que aún cuando existieron postulaciones a través del sistema de listas, éstas no reflejaren de manera directamente proporcional la voluntad política plural del electorado porque exista una distorsión en el sistema que impide la eficaz y efectiva adjudicación proporcionada de cargos.

El propio diseño del sistema por parte del Legislador revela que el principio de representación proporcional –y con él el derecho al sufragio, y, especialmente, al sufragio pasivo, como se explicó- sólo se garantiza a través de su relación indisoluble con el sistema nominal, en el sentido de que se estableció que la adjudicación de la totalidad de los cargos que corresponden a cada agrupación política se hace de conformidad con los cocientes que arroja el método D’Hondt los cuales se calculan exclusivamente a través de los votos lista. Si esa relación no fuese indispensable, el sesenta por ciento de los cargos se adjudicaría a los vencedores de los circuitos electorales –que, lógicamente, no podrían superar en número a ese sesenta por ciento- y sólo el cuarenta por ciento de los escaños se adjudicaría a través del Método D’Hondt, que no es el caso venezolano. Es evidente así, que el argumento de la mayoría a que se ha hecho referencia es inaceptable en nuestro sistema electoral, no sólo porque es contra legem, sino porque implica la separación artificial de los dos elementos de un sistema que es mixto, separación que impide, como se ha visto, la garantía de satisfacción de sus principios fundamentales.

Ya la Sala Electoral de este Máximo Tribunal, último intérprete del sistema electoral en nuestro ordenamiento jurídico explicó el fundamento de la representación proporcional y del sistema mixto que rige la elección de los órganos deliberantes, no solamente de cargos públicos, sino, incluso, de entes gremiales, y ha señalado, asimismo, la necesidad de que se garantice durante todo el procedimiento comicial. Así, en fallo N° 132, de fecha 18 de julio de 2002 (la cual se reiteró en sentencia N° 103 de 22-7-04), se estableció lo siguiente:

“...la Constitución reconoce dos sistemas electorales, por una parte el denominado ‘sistema nominal o mayoritario’, esto es, ‘...aquél en que se elige al candidato que obtiene la mayoría (absoluta o relativa)...’ (Diccionario Electoral, Serie Elecciones y Democracia, Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL)/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica 1989, p. 638), aplicado para la elección de cargos ejecutivos, como lo son el Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes (artículos 228, 160 y 174 respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); y otro, el llamado “sistema mixto”, previsto para la escogencia de los organismo deliberantes, esto es, Asamblea Nacional (artículo 186 constitucional), Concejos Legislativos Estadales (artículo 162 *eiusdem*) y Concejos Municipales (artículo 175 *eiusdem*), y que consiste en que el elector vota para uno o varios escaños nominalmente, y para otros por una lista presentada por la organización con fines políticos o agrupación política de su preferencia, resultando, en este último caso, electos los candidatos dependiendo del porcentaje de votos que obtengan y su orden en la lista.

Así pues, conforme a los lineamientos constitucionales antes expuestos, la escogencia de órganos deliberantes, como lo es toda asamblea en la que se discuten opiniones de interés general que se traducen en normas, y por tanto, necesariamente conformada por representantes de todos los sectores ideológicos del cuerpo electoral que la eligió, se realiza a través de un sistema mixto, con lo que se garantiza por una parte la personalización del sufragio y por otra la representación proporcional, siendo esto último necesario para que se refleje en dichos órganos la voluntad popular, lo que resulta indispensable a fin de que las normas que se produzcan sean verdaderamente expresión de ella, y conlleve al correcto desenvolvimiento de un Estado democrático, participativo y pluralista.

Ahora bien, la aplicación de los principios de personalización del sufragio y la representación proporcional en medios de participación distintos a la elección de cargos públicos, deben ser garantizados por el legislador, a tenor de lo previsto en el artículo 63 constitucional, ajustándolos en los ordenamientos jurídicos sectoriales, a los fines de lograr su coexistencia con el ordenamiento general, siendo necesario para su control jurisdiccional la aplicación de un test de razonabilidad, que se traduce en la ponderación de las circunstancias concretas de cada caso y la propia naturaleza de las cosas”. (Destacado añadido).

En consecuencia, quien suscribe como disidente rechaza el argumento de esta Sala en el sentido de que el sistema de postulaciones que se denunció en esta oportunidad (“las morochas”) no amenaza de violación los principios democráticos de la Constitución venezolana, y en concreto la representación proporcional, porque la sola existencia del voto lista garantiza ese principio. Se insiste, ese principio de representación proporcional sólo se garantizará si, durante todo el procedimiento electoral, se respeta para que, al momento de la adjudicación de cargos, ésta sea reflejo de la pluralidad política en proporción directa según el número de votos que cada agrupación con fines políticos haya obtenido, tal como se explicó supra.

La mayoría sentenciadora también afirmó que la Constitución de 1999 no definió lo que ha de entenderse por proporcionalidad y que será el “ordenamiento infraconstitucional” el que habrá de “calificarla”, no obstante, concluye con la afirmación de que “la noción de proporcionalidad es distinta a la que prevalecía en la Constitución de 1961”.

En primer lugar, no es cierto que sea el legislador el llamado a “calificar” la representación proporcional. Así, se trata de una afirmación incierta porque la proporcionalidad es un concepto unívoco que incluso trasciende del ámbito del Derecho para ser entendido de manera universal como la “conformidad (o correspondencia) de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, vigésima segunda edición, Madrid, 2001, p. 1846). De manera que mal podría existir una “noción constitucional de proporcionalidad” y mucho menos que cambiase ésta de un Texto Constitucional a otro, cuando es una noción abstracta aplicable a cualquier realidad de relación del todo con sus partes. De igual modo, no es el Constituyente el que ha de establecer una definición de “minoría”, pues en el campo político esta es y será siempre la “fracción de un cuerpo deliberante menor que la parte mayoritaria” y en el campo sociológico es la “parte menor de las personas que componen una nación, ciudad o cuerpo” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, *cit.*, p. 1510), sin que sea posible la concepción o “decreto” de acepciones distintas a esa realidad, también unívoca.

En consecuencia, ninguna relevancia puede tener para la desestimación de la pretensión del caso de autos, la argumentación de esta Sala en el sentido de que no queda claro cuál es la definición constitucional de proporcionalidad y de minorías y, menos aún, que ello corresponda al legislador.

Por último, se expresó en la decisión de la que se difiere que la Constitución de 1999 no recogió el principio de representación proporcional de las minorías, sino únicamente el principio de representación proporcional, por lo que será nuevamente el “ordenamiento infraconstitucional” el que ha de establecer a qué se refiere ese nuevo principio.

En criterio de quien discrepa, el examen de la evolución y regulación actual de nuestro Estado Democrático de Derecho a través del Texto Constitucional respondería esa “duda constitucional”.

Así, el principio constitucional de representación proporcional consiste, según se expresa insistentemente en este voto salvado, en el modo de repartición de los escaños de un cuerpo deliberante entre mayorías y minorías, según el peso de cada una de tales fuerzas dentro del universo electoral, a través de fórmulas aritméticas de proporción directa. De manera que la proporcionalidad sólo puede referirse al todo, a la mayoría y a la minoría, y no es posible que el legislador la “califique” de otra manera.

Además, de la misma Constitución se desprende que la representación será directamente proporcional tanto de la mayoría como de la minoría, en tributo a una justicia distributiva que otorgue a cada quien la representación cuantitativa que le corresponde en el cuerpo deliberante que lo representa. A ello conduce la lectura de la Exposición de Motivos de la Constitución y a ello conduce, además, la recta interpretación de los principios electorales que recoge el Magno Texto, principios que han de interpretarse siempre a la luz del respeto al derecho al sufragio y al principio de legalidad electoral según ya se expuso en este voto salvado. Así, se lee de la Exposición de Motivos de la Constitución, cuando hace referencia al Título II, Capítulo IV, Sección primera “De los Derechos políticos”, lo siguiente:

“Se reconoce el sufragio como un derecho, mas no como un deber, a diferencia de la Constitución de 1961. Se establece el ejercicio del mismo mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La consagración de la personalización del sufragio debe conciliarse con el principio de la representación proporcional, requerido para obtener órganos conformados de manera plural, en representación de las diferentes preferencias electorales del pueblo”.

La letra de la Exposición de Motivos no deja lugar a dudas respecto a que la Constitución de 1999 recogió y otorgó rango de derecho constitucional al principio de representación proporcional tanto de las mayorías como de las minorías, por lo que, no puede compartirse la postura de esta Sala, máximo garante de la interpretación constitucional, cuando contraría con su veredicto el texto expreso de la Norma Fundamental.

En todo caso, mal podría esta Sala, cúpula de la jurisdicción constitucional, olvidar que, de conformidad con el principio de progresividad de los derechos fundamentales que recoge el artículo 19 de la Constitución, el Constituyente lo que puede es mejorar y ampliar la protección y el tratamiento de estos derechos, no así lograr su mutación en detrimento de su contenido y atributos. De esta manera, y por cuanto la Constitución de 1961 reconocía expresamente el derecho a la representación proporcional de las minorías (artículo 113) como inherente al derecho al sufragio, mal podría entenderse que el Constituyente de 1999 retrocedió en la modulación del contenido esencial de ese derecho al sufragio, limitándolo y escindiendo uno de sus atributos esenciales.

En definitiva, quien disiente lamenta que, en esta oportunidad, la Sala Constitucional, órgano rector de la justicia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, no haya optado por la protección de los derechos fundamentales de toda la colectividad que fueron lesionados, no haya dado justa interpretación a los principios constitucionales que rigen nuestro sistema electoral ni haya encauzado debidamente la relación esencial y recíproca entre la democracia y la Ley. Puede así concluirse citando al maestro español Eduardo García de Enterría, cuando señaló que:

“Por ello el proceso electoral no habilita poderes absolutos, que tenderían según la experiencia histórica común, a cerrar el paso a los partidos competidores, sino solo poderes de administrar y gestionar según la Ley. Uno de los valores democráticos centrales, como el constitucionalista americano John Ely ha subrayado de manera brillante, es mantener constantemente abierto el proceso de renovación de los dirigentes. De ahí la necesidad absoluta de protección de las minorías políticas, de mantener abiertos constantemente los canales del cambio político, de prever el retorno mañana de los hoy desalojados, puesto que sus intereses forman parte, indudablemente, de los intereses comunes. Los derechos fundamentales son la base insustituible de esos canales del cambio político, los que impiden

la congelación de la sociedad en una situación determinada, los que dan al principio individualista (del hombre y del ciudadano) su preeminencia en el sistema y hacen de la sociedad una sociedad abierta. La función central de la justicia constitucional asegura Ely, es, a través de la protección de esos derechos fundamentales, el mantenimiento efectivo del pluralismo político, que nuestra Constitución ha definido certeramente como uno de los valores superiores, al lado y correlativo de la libertad y de la justicia, en el primero de sus artículos”. (García de Enterría, Eduardo, “La Democracia y el lugar de la Ley”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, 2002, p. 78. (Destacado añadido).

TSJ-SC (988) 1-10-2014, Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado, Caso: Oscar Enrique Arnal García, RDP N° 139, 2014, pp. 90-92.

La sala reitera que al establecer la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral en forma concreta y efectiva, ya está contemplando el régimen relativo a la garantía del principio de representación proporcional, regulación atribuida a ese órgano, por ser el ente rector en la materia, y el que actúa en ejecución directa de la Constitución.

Al efecto, se aprecia que la parte actora fundamentó la presente acción en el pretendido desarrollo incompleto de formas más concretas y efectivas que garanticen la aplicación del principio de representación proporcional previsto en los artículos 63 y 186 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relacionado con las elecciones correspondientes a los cargos de elección popular para integrar los cuerpos deliberantes nacionales, estatales y municipales, sin restringirlo o disminuirlo solo al caso del voto lista.

Ahora bien, dentro de la gama de derechos y garantías desarrollados por el Constituyente, en el artículo 63 de la Carta Magna quedó establecido el derecho al sufragio, el cual expone: “*El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional*”; asimismo, la Disposición Transitoria Octava, *eiusdem*, en su primer párrafo dispone: “*Mientras no se promulguen las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral*”.

De la normativa citada se desprende el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional, así como, que los procesos electorales serán organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral, los cuales no solo implican estos principios y controles, sino que ello envuelve la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, los cuales constituyen atributos o cualidades que conforman los nuevos sistemas electorales y, en tal sentido, se asumen como elementos diferenciadores de lo que constituye la base de integración de los distintos cargos de elección popular, la que referida fundamentalmente a la Asamblea Nacional está integrada por tres condicionantes, a saber: la base poblacional, la representación federativa de cada entidad y la representación de las minorías (en nuestro caso los pueblos indígenas), adoptándose de esta manera un criterio de integración cerrado, conformado por un número fijo de representantes cuya modificación sólo vendría dada por el incremento de la base poblacional; tal es la interpretación que se deriva de la disposición contenida en el artículo 186, *eiusdem*, propia de la concepción unicameral que para el Poder Legislativo Nacional preceptúa el texto constitucional, convertido en virtud de tal disposición en un claustro legislativo.

Expuesto lo anterior, es necesario mencionar que la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer que los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral en forma concreta y efectiva, ya está contemplando el régimen relativo a la garantía del principio de representación proporcional, regulación atribuida a ese órgano, por ser el ente rector en la materia, y el que actúa en ejecución directa de la Constitución.

Aunado a esto, debe indicarse que la Ley Orgánica de Procesos Electorales, publicada en la *G.O.* N° 5.928, Extraordinario, del 12 de agosto de 2009, contempla en su artículo 1 la regulación y desarrollo de los principios constitucionales y los derechos de participación política de los ciudadanos y ciudadanas en los procesos electorales. De igual forma, la mencionada ley, en su artículo 8 dispone la modalidad del sistema electoral paralelo: de personalización del sufragio para los cargos nominales y de representación proporcional para los cargos de la lista, en los casos de elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos de los Estados, de los concejos municipales y demás cuerpos colegiados de elección popular, y así mismo, menciona que en ningún caso la elección nominal incidirá en la elección proporcional mediante lista.

[omissis]

En atención a lo expuesto, considera esta Sala que en el presente caso no se aprecia una vulneración al orden constitucional y, por ende una violación constitucional por omisión total o parcial, tal como lo alega el accionante, por parte de la Asamblea Nacional, ni se verifica una mora por parte de ese cuerpo legislativo, ya que no está establecida en disposición alguna, que se ordene desarrollar o crear una Ley distinta a la Ley Orgánica de Procesos Electorales, que de forma específica amplíe otros mecanismos electorales distintos a los ya establecidos, regulatorios de las elecciones correspondientes a los cargos de elección popular para integrar los cuerpos deliberantes nacionales, estatales y municipales, por lo que la población venezolana cuenta con instrumentos normativos que velen por la protección y aplicación del referido principio, que debe ser aplicado y respetado.

Por tanto, aprecia esta Sala Constitucional que la Asamblea Nacional ha legislado de manera suficiente para implementar los mecanismos necesarios para garantizar la aplicación del principio de representación proporcional en virtud de lo previsto en los artículos 63 y 186 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación a las elecciones correspondientes a los cargos de elección popular para integrar los cuerpos deliberantes nacionales, estatales y municipales, por lo que se considera que no existe en el presente caso la alegada omisión legislativa.

En definitiva, a juicio de esta Sala, lo que pretende el accionante de autos es plantear argumentos de una supuesta falta de desarrollo de formas más concretas y efectivas de los instrumentos mediante los cuales se garantiza la aplicación del principio de representación proporcional, procurando de esta manera, convertir a este Tribunal Constitucional en una suerte de instancia para debatir un inexistente problema de orden legal, lo que evidentemente colisiona con la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad por la omisión legislativa.

Por lo antes expuesto y en aras de garantizar el cumplimiento del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del cual no sólo se deduce que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, sino también que el mismo debe ser simple, uniforme, breve y eficaz, además de proscribir el sacrificio de la justicia por el imperio de formalidades no esenciales, esta Máxima Garante de la Constitucionalidad declara improcedente *in limine litis* la presente acción de inconstitucionalidad por omisión. Así se decide

TSJ-SC (68) 5-6-2020, Ponencia Conjunta, Caso: Javier Bertucci, Claudio Fermín y otros, RDP N° 161-162, 2020, pp. 425-430.

Al respecto, esta Sala observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, existe un sistema electoral paralelo para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos, de los concejos municipales y demás cuerpos colegiados de elección popular. Por una parte, se aplica la personalización del sufragio para los cargos nominales y la representación proporcional para los cargos elegidos mediante lista. Con ello, la normativa electoral pretende garantizar los principios de personalización del sufragio y de representación proporcional, en los términos previstos por el artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé que:

“Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”.

Por su parte, el artículo 186 del Texto Fundamental establece:

“Artículo 186. La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país.

Cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas.

Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso”.

Ahora bien, tal como lo ha señalado la doctrina, *“Los sistemas electorales contienen, desde el punto de vista técnico, el modo según el cual el elector manifiesta a través del voto el partido o el candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños”* (Dieter Nohlen: *Sistemas electorales y partidos políticos*, Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 34).

Así, al constituirse Venezuela en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna a la democracia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, tal como lo prevé el artículo 2 del Texto Fundamental, el derecho a la participación política de todos los ciudadanos y ciudadanas que reconoce el artículo 62 *Constitucional*, cuando se ejerce a través de sus representantes elegidos, la escogencia de éstos debe realizarse a través de comicios celebrados de conformidad con los extremos previstos en la propia Constitución, tal como se señala en los preceptos constitucionales citados.

Por su parte, el artículo 293, in fine, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ordena que *“Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional”.*

Así pues, para garantizar el cumplimiento del mandato constitucional referido a la aplicación de ambos principios (personalización del sufragio y representación proporcional) en cuanto a la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional y demás cuerpos colegiados de elección popular, nuestro sistema electoral está configurado como un *“sistema electoral paralelo”*, en los términos previstos por el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, según el cual:

“Artículo 8. Para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos de los estados, de los concejos municipales, y demás cuerpos colegiados de elección popular, se aplicará un sistema electoral paralelo, de personalización del sufragio para los cargos nominales y de representación proporcional para los cargos de la lista.

En ningún caso, la elección nominal incidirá en la elección proporcional mediante lista”.

De esta manera, el legislador pretendió cumplir con el mandato establecido en los artículos 63 y 186 de la Constitución, al establecer el sistema de personalización del sufragio a través de la escogencia de los representantes en circuitos nominales, conformados según el índice poblacional; y de representación proporcional, mediante un sistema de listas cerradas y bloqueadas, conducente a garantizar la representación proporcional.

De igual forma, a los fines de la distribución del número de curules que se elegirán a través del sistema de personalización del sufragio y de cuántos se elegirán por el sistema de representación proporcional, los artículos 14, 15 y 16 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales establecen lo siguiente:

“Artículo 14. Cuando el número de diputadas y diputados, legisladoras y legisladores de los estados y concejales y concejales a elegir, sea igual o mayor a diez, se elegirán tres cargos por lista, según el principio de representación proporcional. El número restante de cargos se elegirá en circunscripciones nominales según el principio de personalización”.

“Artículo 15. Cuando el número de diputados y diputadas, legisladores y legisladoras de los estados y concejales y concejales a elegir, sea igual o menor a nueve, se elegirán dos cargos por lista, según el principio de representación proporcional. El número restante de cargos se elegirá en circunscripciones nominales según el principio de personalización”.

“Artículo 16. La electora o el elector tiene derecho a votar por tantos candidatos o candidatas como cargos nominales corresponda elegir en su correspondiente circunscripción electoral, y, además, por una de las listas postuladas por las organizaciones con fines políticos o los grupos de electoras y electores”.

Como se puede apreciar de los preceptos transcritos, nuestro sistema electoral paralelo implica que cada tipo de sufragio se rige por reglas distintas. En el sistema que garantiza la personalización del sufragio, los escaños se adjudican en diferentes segmentos, denominados circuitos, a aquellos candidatos que obtuvieron la mayoría absoluta de los votos; mientras que en el sistema que garantiza la representación proporcional, las curules se asignan mediante una fórmula distributiva prevista en el artículo 20 de la Ley de Procesos Electorales en los términos siguientes:

“Artículo 20. Para la adjudicación de los cargos a elegir mediante lista, se procederá de la manera siguiente:

- 1. Se anotará el total de votos válidos obtenidos por cada lista y cada uno de los totales se dividirá entre uno, dos y tres, según el caso.*
- 2. Se anotarán los cocientes así obtenidos para cada lista en columnas separadas y en orden decreciente, encabezado por el total de votos de cada uno, o sea, el cociente de la división entre uno, dos y tres, según el caso.*
- 3. Se formará luego una columna final, colocando en ella en primer término el más elevado entre todos los cocientes de las diversas listas y a continuación los que le sigan en magnitud cualquiera que sea la lista a la que pertenezcan, hasta que hubieran en columnas tantos cocientes como cargos deban ser elegidos. Al lado de cada cociente se indicará la lista a que corresponde, quedando así determinado el número de puestos obtenidos por cada lista.*
- 4. Cuando resultaren iguales dos o más cocientes en dos listas no idénticas en concurrencia por el último cargo por proveer, se dará preferencia a aquella organización con fines políticos o grupo de electoras y electores que haya obtenido el mayor número de votos y en caso de empate se decidirá por la o el que haya sido postulado o postulada primero.*
- 5. Si un candidato nominal es elegido por esa vía y está simultáneamente ubicado en un puesto asignado en una lista, la misma se correrá hasta la posición inmediatamente siguiente”.*

Ahora bien, como se ha establecido, nuestro régimen electoral, al contemplar sistemas paralelos que involucren dos votos y dos reglas de adjudicación de escaños, atiende a la exigencia del artículo 63 constitucional, al garantizar la personalización del sufragio y la representación proporcional. No obstante, esta Sala Constitucional advierte que los artículos 14 y 15 de la Ley de Procesos Electorales, antes transcritos, al señalar los parámetros para realizar la distribución de

los cargos a ser elegidos tanto por lista, como en las circunscripciones nominales, establecen que cuando el número de diputados, legisladores o concejales a elegir, según el caso, sea igual o mayor a diez (10), se elegirán tres (3) cargos por listas y el resto por el sistema personalizado. Y, en el caso de resultar menor a diez (10) la cantidad de escaños, la distribución será de dos (2) por lista y el resto por elección nominal.

La fórmula legal de distribución entre la cantidad de escaños que se eligen mediante el sistema de personalización del sufragio y el de representación proporcional propende a la elección de un setenta por ciento (70%) de los cargos a través del sistema mayoritario, lo que se traduce en un reparto de las bancas entre quienes participan en la contienda electoral que pudiera no cubrir las expectativas de representación y participación de los electores y, en consecuencia, nuestros órganos colegiados de representación política no expresarían a cabalidad la opinión del electorado.

Si bien es cierto que garantizar el principio de personalización del sufragio resulta fundamental, por cuanto permite al elector conocer nominalmente a los candidatos y ejercer de manera más consciente su derecho al sufragio, la representación proporcional también resulta primordial para la concreción del pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta Sala Constitucional considera que el sistema electoral paralelo que estatuye la Ley Orgánica de Procesos Electorales para elegir los cargos de los cuerpos colegiados de representación política, produce efectos distintos, ya que, según la fórmula mayoritaria que se aplica en el sistema de voto personalizado en circuitos nominales, los sufragios que se emiten a favor de los candidatos que no obtienen la mayoría, no logran representación alguna ante el órgano legislativo, por cuanto prevalece el valor cuantitativo del número de sufragios emitidos a favor del candidato ganador, sobre el valor político de los votos logrados por los candidatos que obtuvieron menos votación. En cambio, según la fórmula proporcional, todos los sufragios se toman en cuenta, incluyendo el de aquellos que no forman parte de la mayoría de las preferencias electorales.

Establecido lo anterior, esta Sala observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer los parámetros dentro de los cuales el legislador debe configurar el sistema electoral, garantizando tanto la personalización de sufragio como la representación proporcional, no debe obviar que también corresponde a este sistema la construcción de los medios que permitan establecer, a través del voto, el vínculo entre los ciudadanos y sus representantes.

En este sentido, se advierte que el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cita a la democracia y al pluralismo político como uno de sus valores superiores del ordenamiento jurídico a propugnar por parte del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, por lo que el legislador se encuentra obligado a convertir estos valores en regla de derecho al momento de establecer, como en el presente caso, la normas que conforman el sistema electoral.

Así, la proclamación constitucional de la democracia y del pluralismo político como valores superiores exige al legislador establecer las mejores condiciones para su realización efectiva, sobre todo cuando esta se encuentra vinculada a la representación política como expresión de la democracia.

En el caso de los diputados y diputadas que integran la Asamblea Nacional, los cuales de conformidad con el artículo 201 de la Constitución “*son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto*”, es imperativo garantizar a la ciudadanía el derecho a concurrir (principio de concurrencia que sustenta, entre otros el hecho constitucional de que la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal Descentralizado) postulando candidatos a los procesos electorales por iniciativa propia o mediante las asociaciones políticas (artículo 67 *in fine*) que permita asegurar que la consagración constitucional de las organizaciones con fines políticos y su habilitación para postular candidatos en los comicios para elegir los cargos de representación popular, constituya una expresión de la democracia y del pluralismo político que no puede ser ignorada por el legislador.

De esta forma, la importancia del reconocimiento constitucional de las organizaciones con fines políticos y la protección que a su conformación y funcionamiento interno otorga el artículo 67 del Texto Constitucional, se hace en función de que su existencia resulta esencial para el Estado democrático y el pluralismo político. Las organizaciones con fines políticos, en cuanto concurren a la manifestación de la voluntad popular, ejercen una cierta función pública en las democracias en las cuales, como la nuestra, existen órganos colegiados de representación política, por cuanto ellas sirven de cauce de expresión de un sector del electorado, en el marco del derecho, sagrado e inviolable, como es el del sufragio.

En otro orden de ideas, esta Sala Constitucional advierte que el artículo 186 del Texto Fundamental establece, por una parte, la base demográfica del uno coma uno por ciento (1,1%) del total de la población del país, para determinar el número de escaños que tendrá la Asamblea Nacional, a la cual se le debe agregar tres (3) curules por cada estado, tres (3) por el Distrito Capital y tres (3) en representación de los pueblos indígenas, en los términos que se transcriben a continuación:

“Artículo 186. La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país.

Cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas.

Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso”.

De esta forma, los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, de manera simultánea, ostentan la representación territorial por la entidad federal y la representación popular, condición que se reitera en el artículo 201 del Texto Constitucional, al señalar que *“Los diputados o diputadas son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto, no sujetos o sujetas a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia. Su voto en la Asamblea Nacional es personal”.*

Así pues, el constituyente, para establecer la cantidad de cargos a elegir para diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en virtud de nuestro sistema parlamentario unicameral y para satisfacer la representación territorial que exige nuestra condición de Estado federal descentralizado en los términos previstos en el artículo 4 constitucional, armonizó dos criterios de representación diferentes. Por un lado, el criterio demográfico y, por otro, el criterio territorial. Así, cuando se calcula el número de curules sobre la base poblacional del uno coma uno por ciento (1,1%), se busca que la representación parlamentaria sea proporcional a la cantidad de habitantes del país, de conformidad con las cifras y proyecciones del censo nacional de población. Mientras que el criterio territorial supone la igualdad de representación para cada entidad federal.

En desarrollo del precepto constitucional, el artículo 10 de la Ley de Procesos Electorales dispone los siguiente:

“Artículo 10. En cada estado y en el Distrito Capital, se elegirán tres diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, más un número de diputados y diputadas igual al resultado de dividir el número de su población entre una base de población igual al uno coma uno por ciento (1,1%) de la población total del país”.

Así pues, sobre la base de la representación territorial que deviene de ser un Estado federal descentralizado y de la adecuada representación proporcional de la población, la Constitución y la Ley Orgánica de Procesos Electorales establecen la fórmula para determinar el número de diputados y diputadas a elegir por cada entidad federal.

En tal sentido, el número de representantes territoriales resulta invariable para para todas las entidades federales, independientemente del número de su población; pero los representantes de la población variarán según el dato demográfico, es decir, la cantidad de diputados que resulte de dividir el número de la población de cada entidad federal entre una base de población igual al uno coma uno por ciento (1,1%) de la población total del país.

De esta forma, siendo que Venezuela está territorialmente conformada por 23 estados y un Distrito Capital, el número de diputados a la Asamblea Nacional que corresponden a la representación territorial es de 72. A esta cantidad de diputados se deben sumar el número obtenido al aplicar la fórmula establecida en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, que corresponde a la base poblacional de cada entidad federal, además de los tres (3) diputados que conforman la representación de los pueblos indígenas.

Al respecto, esta Sala Constitucional cree conveniente incorporar en el sistema electoral, además de los principios de la concurrencia, personalización del sufragio y la representación proporcional, los valores constitucionales del pluralismo político, de la participación popular y del ajuste del número de representantes del órgano legislativo en función del incremento demográfico de la población del país. Estos principios se encuentran expresamente reconocidos en los artículos 2, 4, 5, 6, 62, 63 y 70 del Texto Constitucional.

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional considera que un Estado democrático y social de derecho y de justicia que proclama a la democracia y al pluralismo político como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, debe ser congruente con su sistema electoral. Por lo tanto, es constitucionalmente incompatible que la Ley Orgánica de Procesos Electorales, en sus artículos 14 y 15, pauten que los cargos que se elegirán por lista, según el principio de representación proporcional, serán solo tres (3) o dos (2), según el número de diputados a elegir y que el resto se elegirá en circunscripciones nominales por mayoría, ya que, de esta manera, se establece una proporción entre ambos sistemas de elección equivalente al setenta por ciento (70%) para el voto personalizado y treinta por ciento (30%) para la representación proporcional, lo cual disminuye la posibilidad de que las organizaciones con fines políticos que no cuenten con la mayoría de las preferencias electorales, tenga mayores posibilidades de ocupar escaños en los órganos colegiados de representación política, lo que afecta al pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, situación que constituye una contravención a lo dispuesto en los artículos 2, 5, 6, 62, 63 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, esta Sala Constitucional propone que el porcentaje para elección de los candidatos nominales y el correspondiente a la elección por representación proporcional, sea modificado por el Consejo Nacional Electoral mediante la normativa reglamentaria con fundamento en los lineamientos establecidos en el presente fallo. Así se declara.

8. *Representación indígena*

TSJ-SC (68) 5-6-2020, Ponencia Conjunta, Caso: Javier Bertucci, Claudio Fermín y otros, RDP No 161-162, 2020, pp. 430-431.

Con respecto a esta garantía de representación de los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional, el artículo 186 de la Constitución es claro cuando señala que *“Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres”* (resaltado de la Sala).

En efecto, si bien es cierto que, de conformidad con el Texto Constitucional, el ejercicio del derecho a la participación política de los pueblos indígenas es de configuración legal, existe un claro mandato constitucional para el legislador, el cual debe respetar las tradiciones y costumbres de cada grupo étnico que conforma nuestra población originaria. En tal sentido, el sistema electoral desarrollado en los artículos 174 y siguientes de la Ley Orgánica de Procesos Electorales no toma en cuenta las especificidades culturales de cada grupo étnico; trata a toda la población indígena como si fuera un grupo indiferenciado, agrupándolos sobre la base de criterios territoria-

les en tres circunscripciones indígenas para la elección de los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional: Occidente, conformada por los estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, conformada por los estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los estados Anzoátegui, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas y Sucre (Vid artículo 179 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales).

Pero, lo que constituye una clara contravención a la norma constitucional, es la imposición para todas las etnias indígenas, sin considerar sus tradiciones y costumbres, del sistema de elección de mayoría relativa de votos válidos (Vid artículo 178 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales). A esto se suma una circunstancia incompatible con el espíritu constituyente por cuanto, el representante de los pueblos originarios es elegido por todos los electores de los estados que conforman cada circunscripción y no solamente por la población indígena que los habita, circunstancia que altera sobremanera el ejercicio efectivo del derecho constitucional a la participación política de los pueblos indígenas, a través de sus legítimos representantes, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.

Ello así, esta Sala Constitucional considera que la aplicación del sistema electoral y de elección de los representantes indígenas previsto en los artículos que van del 174 al 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales contraviene lo dispuesto en el artículo 186 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que dichas normas deben ser objeto de desaplicación. Así también se decide.

III. EL DERECHO A SER ELECTO

Artículo 65 C. No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

C. 1961, art. 112

1. *Condiciones de elegibilidad*

CFC – SPA 17-2-43, M. 1944, p. 130

Las condiciones de elegibilidad sólo pueden establecerse en la Constitución.

Los ciudadanos Alejandro Ávila Chacín y Elpidio La Riva, es escrito de 16 del mes en curso, piden se declare nula la disposición del artículo 27 de la Constitución del Estado Anzoátegui, que establece como requisito indispensable para ser un ciudadano elegido para Diputado a la Asamblea Legislativa del propio Estado, ser mayor de veinticinco años, y alegan que esa disposición viola el inciso 14 del artículo 32 de la Constitución Nacional, inciso que, en este punto, sólo exige para ser elegible para cualquier cargo público haber cumplido veintiún años.

La Corte, para resolver observa que, como se ha alegado, el inciso 14 del artículo 32 de la Constitución Nacional garantiza la elegibilidad para los cargos públicos a los venezolanos que, entre otros requisitos, hayan cumplido 21 años; y que fijada así, de modo preciso, la edad indispensable para poder un ciudadano ser elegido para los cargos públicos que aparejan autoridad o jurisdicción, tal fijación no puede sufrir más modificaciones que las que establezca la propia Constitución Nacional en relación con determinados cargos públicos. El Constituyente de Anzoátegui no pudo, pues, establecer para el propio efecto una mayor edad, como condición de competencia o capacidad, porque la permisión que da a los Estados el mencionado inciso 14, es sin perjuicio o menoscabo de los requisitos en él establecidos, o sea para que fijen condiciones de competencia o capacidad no previstas en el texto de dicho inciso y que deben concurrir, en consecuencia, con las en él preceptuadas.

Es concluyente, por tanto, que la citada disposición del artículo 27 de la Constitución del Estado Anzoátegui viola la expuesta garantía establecida por la Constitución Nacional y consecuentemente esta Corte debe declarar nula aquella disposición en cumplimiento del artículo 34 de la propia Constitución Nacional.

Por estos motivos, la Corte Federal y de Casación, administrando justicia en nombre de los Estados Unidos de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara nula la disposición del artículo 27 de la Constitución del Estado Anzoátegui, que impone el requisito de haberse cumplido 25 años para ser elegido Diputado a la Asamblea Legislativa del propio Estado.

CFC – SPA 16-4-43, M. 1944, pp. 13 8-139

Sólo la Constitución puede establecer las condiciones de elegibilidad.

1° El artículo 32, inciso 14° de la Constitución Nacional, garantiza a los venezolanos, varones, mayores de veintiún años, que sepan leer y escribir, el derecho activo y pasivo de sufragio, sin más restricciones que las establecidas en la misma Constitución;

2° El artículo 84 de la aludida Constitución Nacional pauta que ninguna Ley Federal ni las Constituciones de los Estados, pueden menoscabar los derechos garantizados a los ciudadanos, so pena de la consiguiente nulidad que declarará esta Corte;

3° Si bien el artículo 56 de la Constitución de la República, requiere la edad de 25 años para ser Diputado al Congreso Nacional, ésta es una restricción del derecho de sufragio consagrada en el artículo 32, ya citado, estatuida por la propia Constitución Nacional que por ser limitativa y de derecho estricto, no puede extenderse por analogía, a los requisitos que las Constituciones estatales establezcan para ser Diputado a sus respectivas Asambleas Legislativas;

4° El artículo 27 de la Constitución del Estado Falcón, exige la edad de 25 años para ser Diputado a la Asamblea Legislativa de aquella Entidad Federal, con cuya disposición se ha menoscabado la capacidad para ser elegidos, que es uno de los derechos garantizados a los ciudadanos.

Por tales razones, esta Corte, en nombre de los Estados Unidos de Venezuela y por autoridad de los artículos 34 y 121 de la Constitución Nacional declara la nulidad del artículo 27 de la Constitución del Estado Falcón, en cuanto exige el requisito de haberse cumplido veinticinco años de edad, para ser Diputado a la Asamblea Legislativa del mismo Estado.

CFC-SPA 27-7-43, M. 1944, pp. 154-15 6

Las condiciones de elegibilidad sólo pueden establecerse en la Constitución.

Primera. De acuerdo con el ordinal 1°, artículo 17 de la Constitución Nacional, es de la competencia de los Estados “dictar sus Constituciones y Leyes Orgánicas, conforme a los principios de este Pacto Fundamental”, y es de esta Base de la Unión de donde se origina el Poder que ejercen los órganos Constituyentes y Legislativo de aquéllos, la que en modo alguno pueden desconocer ni relajar en la oportunidad de darse los respectivos estatutos que se enuncian.

Segunda. Habiendo la Constitución Nacional estatuido en su artículo 32, ordinal 14, que en virtud del derecho de sufragio los venezolanos mayores de veintiún años tienen aptitud para elegir y ser elegidos “sin más restricciones que las establecidas en la propia Constitución y las que deriven de las condiciones especiales de competencia y capacidad que para el ejercicio de determinados cargos requieran las leyes”, es claro que ni la edad, ni el lugar de nacimiento ni la residencia pautados en los artículos 27 y 55 impugnados de la Constitución del Estado Sucre, comprensivos de aspectos del sufragio por contraerse a elecciones de primer y segundo grados, en el respectivo acto de votación; así como tampoco la de ser seglar el candidato en quien hubiere de

recaer la designación, pueden armonizarse con la limitación que se transcribe, pues ninguna de ellas responde a características de competencia o capacidad especiales para el desempeño de aquellas funciones públicas.

Tercera. El citado canon constitucional no guarda relación directa ni indirecta con la regla contenida en el artículo 69 de la Constitución de aquel Estado. Confundir como una sola las materias de que tratan ambos preceptos es extender indebidamente el alcance de aquél. En otras palabras: las condiciones que la disposición denunciada exige para desempeñar el cargo de Secretario General del Estado no pueden tomarse como restricción ni limitación de la mencionada garantía constitucional, ya que ésta no se aplica a toda provisión de cargos públicos. Según se desprende de sus propios términos, ella contempla los de función representativa que se confieren por elección popular de primer grado (directa) o por votación que sólo se cumple en el orden político, en segundo o tercer grado, por estar encomendada a una asamblea en quien se haya delegado expresa o tácitamente la aludida función de elegir; pero si en ningún grado ésta constituye acto del sufragio popular, como ocurre a propósito de los nombramientos que compete hacer a cualquier autoridad ejecutiva, tal función, aun cuando tenga algún relieve político, queda fuera de la órbita del mismo sufragio activo o pasivo, por no asimilarse a una elección que se practica a favor de uno o más candidatos postulados, ni ser mucho menos el resultado de una pluralidad de votos.

El criterio expuesto es el que más se conforma al texto constitucional invocado del cual se deja hecha transcripción en la consideración precedente. Como se ve, no existe pues la supuesta violación del artículo 32 de la Constitución Nacional.

Cuarta. Obsérvese por otra parte que las circunstancias previstas en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Municipal del Estado Sucre condicionan eventualmente la actividad correspondiente al cargo, en cuanto precisan causales o hechos que por sí mismo ponen término al ejercicio de esa representación pública, sin que por ello impongan requisitos que deban llenarse respecto de los electores que concurren a la designación de los miembros del Concejo Municipal, ni de las personas en quienes ésta recae, como tampoco en lo relativo a la forma de efectuar la propia elección. En este sentido la referida disposición sólo tiene por objeto zanjar dificultades en el funcionamiento de la Corporación, asegurando un sistema expeditivo para llenar las vacantes que ocurran en su seno. En consecuencia, la materia así reglada, puede considerarse extraña al principio constitucional que determina la garantía del sufragio activo y pasivo.

Sin embargo, es de advertir que si la renuncia justificada del cargo, la invalidez mental o física, las circunstancias inherentes a una condena penal y la ausencia prolongada de que trata la misma disposición son cuestiones que en nada se relacionan con dicho canon constitucional, en cambio la última causal allí prevista de cesación de la representación sí puede efectuarlo con motivo de los términos generales en que tal norma ha sido concebida.

Con efecto, aunque se dijera que el impedimento creado a quienes residen habitualmente en Municipios foráneos que no están a menos de cinco kilómetros del lugar donde el Concejo Municipal celebra sus sesiones no aparenta ser una exigencia a la que dicha Ley Orgánica somete por su artículo 24 el goce de la propia garantía constitucional del sufragio, la limitación puesta con tal impedimento al ejercicio de la representación concejil viene a reflejarse en la capacidad para asumir, o cuando menos constituye seria dificultad para que aquellas personas, en el caso de ser elegidas, puedan figurar en el Concejo, lo que sólo sería compatible con el traslado de su residencia a la sede de éste, hipótesis que es necesario descartar, por no ser remunerada esa función (art. 11 de la misma Ley). Con la traba que la causal examinada opone indirectamente a cualesquiera candidatos residenciados en los dichos Municipios, por adelantado se hace caso omiso de éstos, privándolos de hecho de tomar parte en la composición del mencionado organismo, al dejarse sin efecto el señalamiento de aquellos ciudadanos representativos e idóneos que como vecinos de tales localidades foráneas podrían velar más asiduamente por sus intereses seccionales. Aparte de que con ello se falta al espíritu igualitario que debe presidir la escogencia de los candidatos postulares respecto de todo el Distrito, por hacer de la conveniencia exclusiva de su capital la integración de la Cámara Municipal, lo que puede llegar a fomentar resentimientos regionalistas, el impedimento en cuestión, manifiesto en lo referente a quienes sin ser habitantes de la cabecera distrital, tengan no obstante medios que les faciliten la asistencia a las pocas sesio-

nes que suele celebrar mensualmente la respectiva Corporación, restringe activa y pasivamente la función del sufragio, cuyo ejercicio garantiza la Constitución sin cortapisas de ningún género en lo tocante al punto examinado.

CPCA 4-12-92, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, Caso: Mirian Elena Uzcátegui de Salazar vs. COPEI, RDP N° 52, 1992, pp. 101-102.

Sentado lo anterior, pasa la Corte a examinar las denuncias de violación de derechos o garantías constitucionales, que son las relativas a los derechos políticos contenidos en los artículos 112 y 114 de la Constitución, así como al derecho a la defensa.

Violación al derecho consagrado en el artículo 112 de la Constitución: Denuncia en primer lugar la accionante que el Comité Nacional de Copei con su decisión de fecha 17 de agosto del presente año, mediante la cual designó el candidato a Alcalde por ese partido para el Municipio Guacaipuro del Estado Miranda, le violó el derecho consagrado en el artículo 112 del Texto Constitucional, como lo es su “derecho político a ser elegido por el voto a la contienda electoral de la base para optar, con otros compañeros, inclusive con el postulado por el Comité Nacional, Freddy Martínez Troya, al cargo de Alcalde por el partido Copei en esa Entidad Municipal (*sic*)”. Más adelante insiste en que la imposición de un solo candidato por el citado Comité Nacional, sin tener facultades para ello, le ha hecho perder su derecho a “ser elegido” por sus compañeros de la base copeyana del Municipio Autónomo Guacaipuro”.

Finalmente, en el escrito de corrección de libelo, consagrado en fecha 13 de octubre pasado, reitera la pretendida agraviada que el Comité Nacional le “cercena... (su)... derecho a ser elegido –artículo 112 de la Constitución Nacional vigente– por la base del partido” y que le “impide a...(ella)... y a los otros candidatos del mismo Municipio, ser elegido mediante el voto directo, universal y secreto de los militantes de Copei, al nombrar un candidato único”.

Al respecto, los apoderados del pretendido agravante niegan, en el informe consignado en autos, que el derecho a ser elegido le haya sido menoscabado a la accionante; explican que el Comité Nacional, actuando de acuerdo a la normativa interna del Partido Social Cristiano Copei, escogió como candidato al ciudadano Freddy Martínez Troya y añaden que “el hecho de pertenecer a una determinada agrupación política implica una serie de deberes y derechos, plasmados en sus estatutos internos, no pudiéndose considerar como atropello (*sic*) de nuestros derechos constitucionales, el resultar derrotados por otros compañeros, como ocurrió en el presente caso, al considerar el Comité Municipal del Municipio Guacaipuro del Estado Miranda y el Comité Nacional a Martínez Troya como el más idóneo candidato a la Alcaldía...” del citado Municipio.

Respecto de esta denuncia, considera la Corte que la accionante alega erróneamente la violación de un derecho que en realidad la Constitución no consagra en el artículo 112. Efectivamente, en esta disposición constitucional se establecen dos derechos diferentes –el derecho al sufragio pasivo y el derecho a desempeñar funciones públicas– aunque ambos referidos en realidad a la misma posibilidad que tenemos todos los ciudadanos venezolanos de optar a ser titulares de cargos públicos, ya sea por la vía de la elección, ya sea por cualquier otra forma de acceder a de destinos públicos. El derecho a participar como candidato en otro tipo de elecciones, diferentes de las destinadas a seleccionar a quienes han de ser titulares de determinados cargos públicos, no está garantizado en el citado dispositivo constitucional, independientemente de que se lo tenga por algún otro título, caso en el cual podrá discutirlo por una vía diferente a la del amparo constitucional.

En el presente caso, la elección en la que la accionante considera tener derecho a participar no está destinada a seleccionar una autoridad pública, pues se trata de un proceso electoral mediante el cual, dentro de una organización partidista, se habría podido seleccionar a quien, a su vez, participaría luego como candidato de dicho partido en una elección de aquellas a las que sí se refiere el citado artículo 112 constitucional, pues está destinada a escoger una autoridad pública, como lo es el Alcalde de un Municipio. Tal como se desprende nítidamente de las afirmaciones hechas por la accionante, antes transcritas, el derecho que en su concepto le ha sido conculcado es

el de “ser elegido por la base del partido”, derecho que –reitera la Corte– no es el garantizado en el artículo 112 de la Constitución, independientemente de que la accionante tenga o no tenga razón en afirmar que le asiste ese derecho.

Tan es evidente que se trata de elecciones diferentes en uno y otro caso, que la accionante –a objeto de fundamentar su denuncia– señaló la contravención, por parte del Comité Nacional de su partido, de determinadas normas estatutarias, que regulan elecciones internas dentro de la referida organización, normas cuya observancia daría lugar, en todo caso, a un eventual control de legalidad ajeno a la acción de amparo, como inicialmente se afirmó.

Situación diferente habría sido si, ostentando la accionante de manera indiscutida la condición–obtenido por una vía estatutaria– de candidata al cargo de Alcalde como representante de su partido, le hubiera sido desconocida tal condición, impidiéndosele sí ejercer el derecho consagrado en el tantas veces citado artículo 112, mediante su participación en las elecciones destinadas a seleccionar el Alcalde de su Municipio. Pero, no siendo ese el caso, mal podría la accionante pretender que le ha sido violado un derecho que en este caso no ostenta. Así se declara.

TSJ-SE (40) 9-3-2006, Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba, Caso: Ángel Sánchez Pérez vs. Consejo Nacional Electoral RDP N° 105, 2006, pp. 144 y ss.

Las causales de inelegibilidad, al ser mecanismos de restricción para el ejercicio de derechos constitucionales, específicamente del derecho a la participación política y al sufragio pasivo, tienen que estar expresamente previstas en la Ley, y una vez establecidas las mismas, se constituyen en materia de orden público, lo que se traduce que las mismas son de obligatorio cumplimiento y no pueden ser relajadas por voluntad o acuerdo entre particulares.

La primera denuncia que plantea el recurrente, es la relativa a que el ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN se encontraba incurrido en una causal de inelegibilidad que afectaba su postulación como candidato a Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, y en tal sentido señala que el Consejo Nacional Electoral, al decidir el recurso jerárquico que él interpuso oportunamente, incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho, toda vez que a pesar de haber quedado demostrado en el procedimiento administrativo que el ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN se encontraba ocupando un cargo de mayor rango en la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia para el momento de su postulación a Alcalde, el Consejo Nacional Electoral no apreció dicha prueba, sino que procedió a realizar un análisis de lo que significa “funcionarios de mayor rango” y haciendo un mal uso de lo que señala el Dr. Antonio De Pedro en su obra “Régimen Funcionario de la Ley de Carrera Administrativa” llegó a la conclusión de que el cargo que detentaba el ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN en la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia como Director de Proyectos de dicha Alcaldía, no entraba dentro de la categoría de funcionarios de mayor rango y que por lo tanto no estaba en la obligación de separarse de su cargo para el momento de la postulación.

Sobre esta denuncia que plantea el recurrente, relativa a que el ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN, quien resultó electo en fecha 31 de octubre de 2004 Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, se encontraba incurrido en una causal de inelegibilidad para dicho cargo, esta Sala considera necesario precisar, que las causales de inelegibilidad, al ser mecanismos de restricción para el ejercicio de derechos constitucionales, específicamente del derecho a la participación política y al sufragio pasivo, tienen que estar expresamente previstas en la Ley, y una vez establecidas las mismas, se constituyen en materia de orden público, lo que se traduce que las mismas son de obligatorio cumplimiento y no pueden ser relajadas por voluntad o acuerdo entre particulares. Este punto ya ha sido desarrollado por esta Sala Electoral en sentencias anteriores, y en tal sentido conviene citar sentencia Sentencia N° 149, de fecha 25 de octubre de 2001.

“De los anteriores razonamientos, se colige que en todos los casos que prevé la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, las impugnaciones por razones de inelegibilidad pueden

presentarse en cualquier tiempo, bien en sede administrativa o jurisdiccional, según sea el órgano ante el cual corresponda su interposición. En ese sentido, esta Sala sostuvo en decisión de fecha 10 de octubre de 2001 (caso: *William Dávila vs. Consejo Nacional Electoral*), que la referida Ley “... **fija lapsos de caducidad para la impugnación de todos los vicios contemplados en el Título VIII (...), salvo que se trate de causales de inelegibilidad del candidato, caso en el cual se prevé, expresamente, que no habrá para ello lapso de caducidad**”.

Cabe agregar, que la falta de sometimiento al lapso de caducidad de los recursos presentados por razones de inelegibilidad se debe a que la misma constituye un vicio de nulidad absoluta, lo que acarrea que el acto afectado de manera alguna pueda adquirir firmeza, ni siquiera por la falta de impugnación oportuna, pues contraviene el orden público, lo que quiere decir que afecta el interés general, trascendiendo así la esfera jurídica de los sujetos involucrados.” (negritas propias)

Como se observa en la cita jurisprudencial antes realizada, ha sido criterio de la Sala Electoral que las causales de inelegibilidad son materia de orden público, y que por lo tanto las mismas constituyen vicios de nulidad absoluta que acarrearán que el acto afectado de ninguna manera pueda adquirir firmeza y, en consecuencia, puede ser impugnado en cualquier momento.

Aprueba esta Sala Electoral, que el Consejo Nacional Electoral, en uso de las facultades reconocidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia número 2341 del 25 de agosto de 2003, entre las que se encuentra normar los procesos electorales sometidos a su control y supervisión, dictó las normas relacionadas a la postulación de candidatos para las elecciones de Alcaldes Municipales celebradas en el año 2004, lo cual hizo a través de la Resolución N° 040316-194, de fecha 16 de marzo de 2004, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 193, de fecha 29 de marzo de 2004, y estableció como una causal de inelegibilidad para los funcionarios de mayor rango que quisieran optar al cargo de Alcalde Municipal, el que los mismos debían realizar su separación del ejercicio del cargo antes del día de su postulación.

De esta manera nos encontramos que efectivamente se cumplió con el requisito antes referido, relativo a que las causales de inelegibilidad tienen que estar expresamente establecidas en la Ley.

En el presente caso, el recurrente planteó en vía administrativa al interponer su recurso jerárquico, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón se encontraba afectado por esta causal de inelegibilidad, toda vez que para el momento de su postulación a Alcalde Municipal era un funcionario de mayor rango y no se separó del mismo en cumplimiento de la normativa electoral. El Consejo Nacional Electoral sostuvo en la resolución aquí impugnada, en primer lugar, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón no se encontraba incurso en esta causal de inelegibilidad, en razón de que el cargo que detentaba dicho ciudadano para el momento de su postulación no era de los que calificaba la Resolución N° 040316-194, de fecha 16 de marzo de 2004, como funcionario de mayor rango, en razón de que la expresión “funcionarios de mayor rango” debe ser entendida conceptualmente análoga a las categorías de cargos de nivel político o de gobierno referentes al Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, los Presidentes o Directores de Institutos Autónomos, los Presidentes o Directores de Empresa del Estado, los Presidentes o Directores de entes dotados con autonomía funcional, los Gobernadores y Alcaldes, y los Secretarios de Gobierno.

Sobre esta argumentación esgrimida por el Consejo Nacional Electoral en la resolución aquí impugnada observa esta Sala Electoral, que el texto del artículo 3 de la Resolución N° 040316-194, es del siguiente tenor:

“Para ser electo gobernador de estado, alcalde metropolitano y distrital del Alto Apure y, alcalde municipal y concejal metropolitano y distrital del Alto Apure; el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los ministros, los presidentes o directores de institutos autónomos y empresa del estado o entes dotados con autonomía funcional, los gobernadores y alcaldes que se postulen a otras circunscripciones o a un cargo diferente al que detentan, Secretarios de Gobierno, y en general funcionarios de mayor rango, deberán

realizar su separación del ejercicio del cargo antes del día de su postulación en los términos del artículo 129 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; de conformidad con el artículo 126 *eiusdem*.”

Observa esta Sala Electoral en la norma antes citada, que en la misma el Consejo Nacional Electoral somete a determinados funcionarios al cumplimiento de un requisito de elegibilidad para ser electos gobernador de estado, alcalde metropolitano y distrital del Alto Apure y, alcalde municipal y concejal metropolitano y distrital del Alto Apure, identificando en primer lugar, de forma específica, a los funcionarios que deben cumplir tal requisito, como lo sería el caso de el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los ministros, los presidentes o directores de institutos autónomos y empresa del estado o entes dotados con autonomía funcional, los gobernadores y alcaldes que se postulen a otras circunscripciones o a un cargo diferente al que detentan y los Secretarios de Gobierno, para luego hacer mención a una categoría de funcionarios no específica, como lo es el caso de “en general funcionarios de mayor rango”.

Al hacer esta distinción el Consejo Nacional Electoral en el artículo 3 de la Resolución N° 040316-194, entre unos funcionarios claramente identificados o especificados, y otros funcionarios no especificados sino catalogados “en general funcionarios de mayor rango”, es claro que el Consejo Nacional Electoral sometió al cumplimiento de la obligación de separarse del ejercicio del cargo antes del día de su postulación no solamente a aquellos funcionarios que identificó, sino también a dichos “funcionarios de mayor rango”, siendo en consecuencia el dilema planteado a través del presente recurso contencioso electoral identificar quienes son estos “funcionarios de mayor rango”.

En la resolución impugnada el Consejo Nacional Electoral, citando al Dr. Antonio De Pedro Fernández, sostiene que estos “funcionarios de mayor rango”, son análogos a las categorías de cargos de nivel político o de gobierno referentes al Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, los Presidentes o Directores de Institutos Autónomos, los Presidentes o Directores de Empresa del Estado, los Presidentes o Directores de entes dotados con autonomía funcional, los Gobernadores y Alcaldes, y los Secretarios de Gobierno, sin dar una mayor claridad al respecto. Por supuesto que debe entenderse, que estos “funcionarios de mayor rango” no son los mismos que aparecen identificados o especificados en el texto del artículo 3° de la Resolución N° 040316-194, ya que de lo contrario se hubiese limitado el Consejo Nacional Electoral a señalar exclusivamente a dichos funcionarios, tal como lo hace en el artículo 4° de dicha resolución, al regular lo concerniente a la condición para ser electo legislador estatal.

Establecido lo anterior, debe en consecuencia esta Sala Electoral precisar quiénes son estos “funcionarios de mayor rango” a los solos efectos electorales.

En este punto considera esta Sala Electoral precisar, que el tantas veces mencionado artículo 3° de la Resolución N° 040316-194, cuando dispone la obligación de separación del ejercicio del cargo antes del día de la postulación, fundamenta tal obligación en lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Este artículo 126 dispone en su primer aparte lo siguiente:

“Los funcionarios públicos, excepto los que desempeñen cargos asistenciales, docentes, accidentales, académicos o de representación legislativa o municipal, no podrán ser postulados para el cargo de Gobernador de Estado o de alcalde, a menos que se separen del ejercicio del cargo antes de ser postulados.”

Esta referencia a los funcionarios públicos que realiza el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es desarrollada por los artículos 127 y 128 *eiusdem*. Así encontramos que el artículo 127 establece:

“A los efectos del presente Capítulo se considerarán funcionarios públicos a los que desempeñen cargos al servicio de la República, de las entidades Federales y de los Municipios....”

Por su parte, el artículo 128 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política dispone:

“A los efectos de las excepciones previstas en este Capítulo se consideran:

1. Cargos Accidentales, aquellos desempeñados en forma casual o eventual;
2. Cargos asistenciales, aquellos relacionados con las actividades de salud pública, siempre que no impliquen o conlleven labores de Dirección;
3. Cargos docentes, los clasificados como tales por las leyes y reglamentos en materia educativa;
4. Cargos académicos, aquellos desempeñados en alguna de las Academias Nacionales por individuo de número y de investigadores en instituciones de educación superior;
5. Cargos de representación legislativa, los senadores, Diputados al Congreso de la República y Diputados a las asambleas Legislativas; y,
6. Cargos de representación municipal, el de Concejal y miembros de las Juntas Parroquiales.

Como hemos señalado, el artículo 3° de la Resolución N° 040316-194, cuando dispone la obligación de los funcionarios de mayor rango en separarse del ejercicio del cargo antes del día de la postulación, fundamenta tal obligación en lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo que sin duda alguna estos funcionarios de mayor rango no son otros que los funcionarios públicos. Ahora bien, de conformidad con el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, los funcionarios públicos están divididos en funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción, siendo estos últimos, aquellos cuyas características, en la mayoría de las veces, conducen a la calificación de quien lo detenta como un alto funcionario.

En virtud de lo anterior, considera oportuno esta Sala Electoral hacer mención a la noción de funcionarios de libre nombramiento y remoción, en el entendido, se insiste, de que las características de este tipo de cargos en la mayoría de las veces conducen a la calificación de quien lo detenta como un alto funcionario. La jurisprudencia pacífica y reiterada del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado en torno a las características de los cargos de libre nombramiento y remoción lo siguiente:

“...los cargos de libre nombramiento y remoción son cargos que por su naturaleza son de confianza debido a las responsabilidades que ellos comportan, lo cual implica un régimen flexible que permita un amplio margen de discreción a la autoridad competente para su designación o remoción. En efecto, éstos cargos son consustanciales a la dirección de un organismo público y, por lo tanto, no pueden estar sometidos a las mismas reglas que aquellos cargos que no comportan en sí mismo potestades de decisión o planificación. De esta forma, quien asume este tipo de cargo debe soportar, al mismo tiempo, los beneficios y restricciones que le son inherentes, sin poder trasladar condiciones que en sí mismas son excluyentes a su naturaleza”. (Sentencia número 01021, de fecha 03 de mayo de 2000, Sala Político Administrativa) (negrillas propias).

En base a la jurisprudencia antes citada se puede afirmar, que los denominados funcionarios de mayor rango a que hace referencia el artículo 3° de la Resolución N° 040316-1, son aquellos que detentan cargos consustanciales a la dirección de un organismo público, esto es, los que participan en los procesos de planificación, elaboración y ejecución de las políticas de actuación y/o conducción de un organismo público. Reitera esta Sala Electoral que el presente análisis funcional se realiza a los solos efectos electorales. En este sentido es necesario destacar, que, al establecerse tanto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, como en el Estatuto Electoral del Poder Público como causal de inelegibilidad, y en consecuencia como restricción al ejercicio del derecho a la participación política y al sufragio pasivo, el que los funcionarios públicos de mayor rango están en la obligación de separarse de dicho cargo para el momento de su postulación. Lo que busca preservar en estos casos el legislador es que existan condiciones de igualdad entre los candidatos de un proceso electoral, para de esta manera cumplir con los requisi-

tos de transparencia, confiabilidad e imparcialidad, que son obligatorios dentro de todo proceso electoral. En tal sentido, la premisa de la cual parte esta Sala Electoral para la calificación de un cargo público como de mayor rango, y en consecuencia exigir a quien lo detenta su separación del cargo para el momento de su postulación, estriba en la obligación que tiene esta Sala Electoral de garantizar que los procesos electorales se desarrollen en cumplimiento de los mencionados principios de transparencia, confiabilidad e imparcialidad y que, en consecuencia, se respete la voluntad del constituyente y a la vez legislador de que se produzcan condiciones de igualdad entre los candidatos.

Ciertamente, el funcionario público que detente un cargo de mayor rango y que se le permita participar en un proceso electoral sin separarse de dicho cargo va a estar en una posición de privilegio, ya que al tener dicho funcionario la facultad de incidir en los mecanismos de actuación del organismo que forma parte, puede hacer uso en forma directa o indirecta de tal situación para favorecerse electoralmente, de allí que sea necesario evitar que esto pueda suceder y es por ello que se establece como causal de elegibilidad la obligación de separarse del cargo.

Precisado lo anterior, pasa esta Sala Electoral a verificar si el cargo que detentaba el ciudadano Fernando Loaiza Chacón era consustancial a la dirección del organismo público del cual formaba parte. En este sentido se observa que el cargo detentado por el mencionado ciudadano era el de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, el cual a juicio de esta Sala sí constituye un cargo que participa en los procesos de planificación, elaboración y ejecución de las políticas de actuación y/o conducción de la Alcaldía, toda vez que a dicho cargo le corresponde ejecutar, como su denominación lo especifica, los proyectos de obras de la Alcaldía.

En este sentido observa esta Sala Electoral, que cursa en autos las resultas de la prueba de Inspección Judicial que promovió el recurrente y que fue admitida oportunamente por el Juzgado de Sustanciación de esta Sala Electoral, de la cual se desprende con suma claridad, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia (precisamente el municipio para el cual se postuló para alcalde), tenía la facultad, conjuntamente con el Alcalde que es la máxima autoridad municipal, para confirmar órdenes de pago, apertura de fideicomiso y cualquier otra transacción relacionada con los proyectos que ejecutaba la Alcaldía.

A juicio de esta Sala Electoral, constituye una máxima de experiencia que el funcionario público que no siendo la cabeza jerárquica del organismo del cual forme parte, pero a quien se le faculta para confirmar órdenes de pago del mismo, esto es, la capacidad de comprometer patrimonialmente al organismo donde trabaja, es sin lugar a dudas, en primer lugar, un funcionario de confianza, y en segundo lugar, consustancial al proceso de planificación, elaboración y ejecución de las políticas de actuación y/o conducción del organismo público del cual forma parte, por lo que a los efectos electorales es un funcionario de mayor rango que debe separarse de su cargo para optar al cargo de Alcalde. Así se decide.

En el presente caso observa esta Sala Electoral, que de la prueba de Inspección Judicial que fue evacuada en el curso del presente procedimiento se desprende con suma claridad, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, tenía la facultad de comprometer patrimonialmente a dicha Alcaldía y así lo hizo, pues de las resultas de dicha Inspección Judicial se observa una Orden de Pago a favor de una empresa contratista de dicha Alcaldía aceptada por el ciudadano Fernando Loaiza Chacón y una Orden al Banco Occidental de Descuento, igualmente firmada por el mencionado ciudadano, ordenando cancelar dicha Orden de Pago descontándola de un Fideicomiso de la Alcaldía en dicha Institución Financiera.

En base a lo anterior concluye esta Sala Electoral que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, era un funcionario de mayor rango y por lo tanto estaba obligado a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 3° de la Resolución N° 040316-1, esto es, a separarse de dicho cargo para el momento de su postulación.

Determinado lo anterior, observa esta Sala Electoral, que se señala tanto en la Resolución aquí impugnada, como en el escrito presentado por el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de tercero interviniente en el presente proceso, que el mismo sí renunció al cargo en la oportunidad de su postulación y que tal renuncia le fue aceptada por el Alcalde. Sobre estos alegatos observa esta Sala Electoral, que efectivamente existe en el expediente administrativo la carta de renuncia y la aceptación de la misma por el Alcalde, siendo la fecha de dichas cartas el 22 de marzo de 2004. Ahora bien, toma por no válida esta Sala Electoral la alegada renuncia y la considera inexistente, toda vez que de la prueba de Inspección Judicial que fue evacuada en el curso del presente procedimiento se desprende con suma claridad, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón detentaba el cargo de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia para el 16 de junio de 2004, fecha en la que el Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia le notifica al Banco Occidental de Descuento que dicho ciudadano era el Director de Proyectos de la Alcaldía y tenía la capacidad de comprometerla patrimonialmente. Igualmente se observa de las results de dicha Inspección Judicial que para el 16 de junio de 2004 el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia aceptó una Orden de Pago a favor de una contratista de la Alcaldía por un proyecto que estaba ejecutando y ordenó al Banco Occidental de Descuento cancelar con cargo a un Fideicomiso de la Alcaldía.

Observa esta Sala Electoral, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de tercero interviniente en el presente proceso en modo alguno formuló oposición o presentó algún tipo de impugnación contra la mencionada prueba de Inspección Judicial, por lo que la misma tiene pleno valor probatorio en la presente causa, y como ya hemos señalado, las results de esta Inspección Judicial evidencian que las invocadas renuncia y aceptación de renuncia, ambas de fecha 22 de marzo de 2004, fueron inexistentes, pues el ciudadano Fernando Loaiza Chacón siguió detentando el cargo de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia después de esta fecha, que fue precisamente la fecha de su postulación. Así se decide.

Observa igualmente esta Sala Electoral que el representante del Consejo Nacional Electoral en su escrito de informe sobre los aspectos de hecho y de derecho relacionados con el recurso contencioso electoral, sostuvo el argumento de que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón no estaba obligado a separarse del cargo que detentaba para el momento de su postulación, toda vez que esta obligación la imponía el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y era el caso que tal norma se encontraba derogada por el artículo 4 del Estatuto Electoral del Poder Público, norma que no establece el supuesto de separación del cargo. Este argumento expuesto por el representante del Consejo Nacional Electoral fue acogido y ratificado por el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de tercero interviniente.

Sobre el mencionado alegato, observa esta Sala Electoral, que el mismo en modo alguno fue ventilado por el Consejo Nacional Electoral en la Resolución impugnada a través del presente Recurso Contencioso Electoral, sino que es traído a los autos en esta instancia judicial. Ahora bien, este argumento debe ser rechazado por esta Sala Electoral en razón de no ser cierto el señalamiento de que el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política fue derogado por el artículo 4° del Estatuto Electoral del Poder Público. Ciertamente, el Estatuto Electoral del Poder Público fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y en el artículo 4° del mencionado Estatuto se estableció que no tenían la obligación de separarse del cargo el Presidente de la República, Gobernadores de Estado y Alcaldes Municipales que aspiraran a la reelección para los procesos comiciales que fueron celebrados en el año 2000, así como los funcionarios de menor rango que en dichos procesos comiciales del año 2000 aspirasen a un cargo de elección popular. Ahora bien, este artículo 4° del Estatuto Electoral del Poder Público fue dictado exclusivamente para regular los procesos electorales del año 2000, por lo que en consecuencia, la vigencia de dicho artículo decayó una vez celebrados dichos procesos electorales de relegitimación de los Poderes Públicos con motivo de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Lo anterior significa, que el artículo 4° del Estatuto Electoral del Poder Público lo que hizo fue suspender temporalmente la aplicabilidad del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, exclusivamente en lo concerniente a los procesos

electorales del año 2000 para la relegitimación de los Poderes Públicos, por lo que el supuesto de hecho de dicha norma se agotó una vez que se cumplieron las elecciones del 30 de julio y 3 de diciembre de 2000, cesando en consecuencia su vigencia y produciéndose la inmediata aplicabilidad del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Considera necesario esta Sala Electoral señalar que le llama la atención este argumento presentado por el representante del Consejo Nacional Electoral en sede judicial, relativo a que el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política se encuentra derogado por el Estatuto Electoral del Poder Público, en razón de que el Consejo Nacional Electoral dicta en fecha 16 de marzo de 2004 la Resolución N° 040316-194, a los efectos de normar los procesos electorales que se estaban celebrando en dicho año para la elección de Gobernadores y Alcaldes, estableciendo en dicho instrumento las condiciones de elegibilidad para el cargo de Alcalde Municipal, y a tal efecto toma como fundamento el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y posteriormente argumenta en esta Sala señalando que la norma utilizada como base legal de su Resolución se encontraba derogada para el momento en que dictó la mencionada Resolución. Si el Consejo Nacional Electoral considera que el mencionado artículo 126 fue derogado por el Estatuto Electoral del Poder Público, no podía dictar unas normas para regular un proceso electoral, imponiendo restricciones a quienes deseen participar en dicho proceso apoyándose jurídicamente en la mencionada disposición y después invoca en esta instancia judicial, la derogatoria de la norma a través de la cual reguló el proceso electoral. Sin duda que esta argumentación del Consejo Nacional Electoral es confusa y hasta contradictoria, razón por la cual esta Sala ratifica que el artículo 4° del Estatuto Electoral del Poder Público lo que hizo fue suspender temporalmente la aplicabilidad del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, exclusivamente en lo concerniente a los procesos electorales del año 2000 para la relegitimación de los Poderes Públicos, por lo que a la presente fecha cesó la vigencia de dicha norma y tiene plena aplicabilidad el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, debiendo el Consejo Nacional Electoral considerar y aplicar esta última norma en lo que constituye su supuesto de hecho, en los futuros procesos comiciales, hasta tanto sea dictada por la Asamblea Nacional el nuevo instrumento legal que la sustituya. Así se decide.

Señalado lo anterior reitera esta Sala Electoral, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón sí estaba obligado a separarse del cargo que detentaba para el momento de su postulación. Así se decide.

Analizados todos los argumentos relativos a la presente denuncia de inelegibilidad y constatada por esta Sala Electoral que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón al momento de su postulación al cargo de Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, se encontraba incurso en la misma, toda vez que era un funcionario de mayor rango en razón del cargo que detentaba como Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, y no se separó de dicho cargo de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Resolución N° 040316-1 del Consejo Nacional Electoral, es forzoso para esta Sala Electoral declarar procedente la presente denuncia y Con Lugar el recurso contencioso electoral. Así se decide.

Como ha quedado señalado a lo largo de la presente decisión, las causales de inelegibilidad son materia de orden público, y por lo tanto las mismas constituyen vicios de nulidad absoluta que acarrear que el acto afectado de ninguna manera pueda adquirir firmeza. En consecuencia de lo anterior, se abstiene esta Sala Electoral de analizar y decidir las otras denuncias planteadas por el recurrente, ya que al constatarse la existencia del presente vicio de nulidad absoluta, su efecto inmediato es la nulidad de la Resolución impugnada. Así se decide.

Precisado lo anterior corresponde ahora a esta Sala Electoral determinar los efectos de la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 050526-263, dictada por el Consejo Nacional Electoral en fecha 26 de mayo de 2004, publicada en la *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela* N° 253, de fecha 07 de julio de 2005, por la cual se declaró Sin Lugar el recurso jerárquico interpuesto contra las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, y en tal sentido declara esta Sala Electoral, que al existir en el presente caso un vicio de nulidad absoluta que afectó la elegibilidad del ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN, se

declara la nulidad de las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación de dicho ciudadano como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia y, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 217 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política se ordena la celebración de un nuevo proceso electoral para la elección del Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia. Así se decide.

Considera igualmente necesario señalar esta Sala Electoral, que mientras se celebra el nuevo proceso electoral y toma posesión del cargo quien resulte electo como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, corresponderá ejercer el cargo de alcalde al Presidente o Presidenta del Concejo Municipal del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Así se decide.

2. *La inconstitucional aceptación de la inhabilitación política para ser electo, decretada por un órgano administrativo*

TSJ-SC (1265) 5-8-2008, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez vs. Contraloría General de la República. (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal). RDP N° 115, 2008, pp. 608 y ss.

La Sala Constitucional analiza la potestad del Contralor General de República establecida en el artículo 105 de la Ley que rige sus funciones (sanciones accesorias), con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal sentido establece que es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional, contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República.

La Sala Constitucional declara la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Para declarar esa constitucionalidad la Sala establece, entre otras cosas, que no es necesario el establecimiento de un procedimiento distinto para la aplicación de la sanción accesoria, pues tanto la sanción principal como la accesoria provienen del mismo ilícito; y que si bien el artículo 65 de la Constitución plantea la prohibición de optar a un cargo público como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto.

En el presente caso, se cuestiona el ejercicio de las facultades sancionatorias otorgadas por ley al Contralor General de la República, fundamentalmente la relativa a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

En tal sentido, la Sala observa:

El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece lo siguiente:

“**Artículo 105.** La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por

un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos, del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes...”.

En primer término, la parte recurrente alega en su escrito de alegatos, así como en audiencia oral y pública, que la aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, produjo la violación de su derecho a la defensa, al debido proceso, al principio de tipicidad, así como al principio *non bis in idem*.

En este orden de ideas, la Sala aprecia que el ejercicio de esa potestad sancionatoria solo puede verse materializada previa instauración de un procedimiento administrativo, concretamente el previsto en el Capítulo IV del Título III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual, en atención a lo establecido en el artículo 93 *eiusdem*, puede culminar con la declaratoria de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 105 de esa Ley.

El procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, está conformado básicamente por tres etapas, a saber: la primera de ellas una fase investigativa, la cual, a tenor de lo establecido en el artículo 77 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es ejercida sólo cuando existen méritos suficientes para ello, pudiendo en esta fase el órgano de control fiscal, ordenar la comparecencia de cualquier persona para tomar su declaración, solicitar declaraciones juradas de patrimonio a los funcionarios, empleados y obreros del sector público, a los particulares que hubiesen desempeñado tales funciones, a los contribuyentes o responsables, según las previsiones del Código Orgánico Tributario y a quienes en cualquier forma contraten, negocien, o celebren operaciones relacionadas con el patrimonio público o reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales.

Las investigaciones a que se refiere esta etapa tienen carácter reservado y de las actuaciones que se efectúen se formará un expediente y se dejará constancia de sus resultados en un informe en el cual el órgano de control fiscal, mediante auto motivado, podrá ordenar el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio del procedimiento previsto para la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda. Ahora bien, si en el curso de la investigación el órgano de control fiscal imputase a alguna persona actos, hechos u omisiones que comprometan su responsabilidad, éste órgano estará obligado a informarle de manera específica y clara de tales circunstancias, permitiéndosele el acceso inmediato al expediente, admitiendo la promoción de todos los medios probatorios indispensable para su defensa.

Una vez culminada la fase investigativa y en el caso de que el informe presentado por el órgano de control fiscal sugiera que existen elementos de certeza o pruebas que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas, se procederá al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en el artículo 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La segunda etapa del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades se inicia formalmente con el auto de apertura, el cual contendrá la identificación del sujeto presuntamente responsable y los correspondientes elementos probatorios, de cuyo contenido se comprometa, presumiblemente, su responsabilidad. El auto de apertura deberá ser notificado al imputado, a fin de ponerlo a derecho a los efectos del procedimiento, disponiendo de quince (15) días siguientes a su notificación, para proceder a señalar las pruebas que producirá en el acto público que se fijará mediante auto expreso el día hábil siguiente al vencimiento del plazo antes mencionado, y mediante el cual se indicará que en el décimo quinto (15°) día hábil siguiente, tendrá lugar el acto oral y público que se realizará ante el titular del órgano de control interno o su delegatario.

Luego de haberse realizado el acto oral y público, la autoridad competente (el órgano de control interno o su delegatario), procederá a decidir el mismo día o en el día hábil siguiente en

forma oral y pública, si formula reparo al imputado, declara su responsabilidad administrativa, le impone una multa, lo absuelve o pronuncia el sobreseimiento, según corresponda. Dicha decisión deberá ser consignada por escrito en el expediente dentro de los cinco (5) días siguientes después de pronunciada de forma oral.

En los casos en que se acuerde no formular el reparo o revocarlo por no existir daño al patrimonio del ente (sea en sede administrativa o jurisdiccional), el órgano contralor deberá pronunciarse sobre la existencia de alguno de los supuestos de responsabilidad administrativa establecidos en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuyo caso el órgano de control fiscal que ventiló el procedimiento deberá sin más trámites declarar la responsabilidad administrativa, lo que implicará la imposición de una multa, de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 94 *eiusdem*.

Resulta imperioso destacar que una vez acordada en esta segunda etapa del procedimiento disciplinario alguna de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, como sanciones principales obtenidas a través de la instauración de un procedimiento previo en el cual se ha garantizado el derecho a la defensa y al debido proceso del administrado-investigado, el Contralor General de la República se encuentra facultado, en atención a lo establecido en el artículo 105 *eiusdem* para acordar una sanción accesoria, que puede consistir en la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable e imponer, en atención a la irregularidad cometida, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años.

Conforme a lo anterior y luego de una interpretación concatenada del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal con las disposiciones de la misma Ley que instrumentan su aplicación, encuentra la Sala que el mismo no revela en modo alguno violación al derecho a la defensa y al debido proceso, visto que el procedimiento descrito con anterioridad ofrece todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses. Así se declara.

Con relación a la violación del principio de tipicidad de las sanciones administrativas, este órgano jurisdiccional observa, que los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX).

Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza “*administrativa*” (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina “*potestades discrecionales*”, por oposición a las “*potestades vinculadas o regladas*”. En efecto, la “*potestad discrecional*” no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.

Ahora bien, esta potestad discrecional, para ser legal y legítima es necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal (en este caso la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente. Al respecto, SANTAMARÍA expone que el poder discrecional no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa (atribuida expresamente por una norma legal).

En este orden de ideas, GARCÍA DE ENTERRÍA argumenta que “...no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico. Es falso, pues, la tesis, bastante común por otra parte, de que hay potestad discrecional, allí donde no hay norma...”.

El núcleo de esa potestad discrecional es la libertad de selección, de opción, de escogencia, entre varias alternativas, todas justas.

En tal sentido, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige que la medida o providencia a juicio de la autoridad competente debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo cual es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que es inaceptable es pretender la declaratoria de nulidad de una norma general por el solo hecho de contener una potestad discrecional.

El control jurisdiccional del acto discrecional podría implicar la nulidad del acto discrecional, si se advierte incompetencia del ente que lo dicte, incongruencia fáctica (falso supuesto de hecho), incongruencia teleológica (desviación de poder) o incongruencia formal (vicio de procedimiento).

En relación a la potestad discrecional administrativa, esta Sala, en el fallo N° 1260/2002, precisó que:

“...la discrecionalidad de la Administración sólo es admitida en la esfera del ejercicio de la potestad sancionatoria para determinar la gravedad de los hechos a los fines de la sanción, y siempre sometido a las reglas de la racionalidad y proporcionalidad. No abarca la discrecionalidad, en consecuencia, la posibilidad de tipificar el hecho ilícito, ni de desprender de una circunstancia determinados efectos en relación con los sujetos sometidos a un ordenamiento en el cual no exista una relación fija de supremacía especial.

En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina norma en blanco, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia”.

Asimismo, en sentencia N° 1394/2001 de esta misma Sala Constitucional, al aludirse a la discrecionalidad como elemento distintivo entre la actividad sancionatoria administrativa y la penal, en la que se reitera la debida sujeción al bloque de la legalidad, reproduce el fallo de la Sala Política Administrativa del 04 de agosto de 1994, que sostiene que:

“...es reiterada la diferencia que ha precisado el contencioso administrativo respecto de la jurisdicción penal. En efecto, la administración, en relación a la actividad sancionatoria, tiene como nota característica la discrecionalidad, la cual no puede equipararse en modo alguno a la que prescribe el derecho penal, pues en este ordenamiento, cuando han de aplicarse reglas para aumentar o rebajar la pena, se cuenta previamente con la clara identificación de las circunstancias que atenúan o agravan el delito cometido...

Ahora bien, esto no significa que la sanción a imponer quede al arbitrio de la administración y que en su actividad sancionatoria pueda el funcionario evadir la legalidad del acto en incurrir en abuso de poder, sino que debe someterse a los límites establecidos en el precepto a aplicar...”.

En consecuencia, de lo expuesto, al estar debidamente tipificados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tanto los hechos lícitos (artículos 91 y 92), como las sanciones administrativas (artículos 93, 94 y 105); la potestad discrecional del órgano contralor no es una “norma en blanco”, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica; y así se declara.

En la disposición cuya nulidad se pretende -se insiste- no se evidencia violación al derecho de defensa. En efecto, el Capítulo IV (arts. 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), establece un procedimiento administrativo que garantiza el derecho de defensa del imputado de responsabilidad administrativa, en armonía con el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No es necesario -como bien lo dispone el artículo 105 *eiusdem*- el establecimiento de un procedimiento distinto para la aplicación de la sanción accesoria, pues tanto la sanción principal

como la accesoria provienen del mismo ilícito demostrado durante el procedimiento de declaración de responsabilidad y el ente sancionador es siempre la Contraloría General de la República.

La situación sería diferente si el ente sancionador invocara un ilícito distinto para sustentar o aplicar la sanción accesoria, ya que en ese caso resultaría indispensable para el órgano sancionador la instauración de un nuevo procedimiento en el cual le garantizase al funcionario investigado su derecho al debido proceso y a la defensa.

En razón de lo anterior, no puede verse afectado el principio *non bis in idem*, ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el principio *non bis in idem*, esta Sala Constitucional precisó en la sentencia N° 1394/2001, cómo debe ser entendida su violación cuando se está en presencia de sanciones administrativas y penales. En efecto según este fallo:

“...se debe destacar que siendo el principio non bis in idem, un límite insuperable, no pudiendo en ningún momento la Administración imponer su potestad sancionatoria cuando el asunto debe ser conocido por un juez penal. Así en una sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 30 de enero de 1981 (Curso de Derecho Administrativo, I y II, p. 171. García De Enterría) donde dicho Tribunal deduce ... que el non bis in idem - principio general del derecho- se aplica cuando se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento entre una conducta sancionable por la vía penal y administrativa y que se ubica íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones regocidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución.

Es así, como de manera concreta se puede precisar que la violación al principio non bis in idem, se configura cuando dos tipos distintos de autoridades -autoridades administrativas que sancionan infracciones tipificadas en la legislación administrativa, y jueces que ejecutan el ius puniendi de conformidad con los delitos y faltas tipificadas en el Código Penal- a través de procedimientos distintos, sancionan repetidamente una misma conducta. Lo que significa de violentarse dicho principio, que se estaría aplicando el poder de la misma manera y doblemente, una infracción tipificada en la legislación administrativa y un ilícito tipificado en el Código penal. Situación que debe ser censurada y evitada en lo posible ya que el poder punitivo del Estado es único en base a un único ordenamiento jurídico, presidido por los principios Constitucionales, pudiendo, sin embargo, estar atribuida las conductas ilícitas al Derecho Administrativo o al Derecho Penal.

En todo caso, se hace necesario que en la aplicación de la potestad sancionatoria de la Administración se le deba exigir el cumplimiento del principio de legalidad penal, no sólo, en la tipificación de la infracción, sino en los topes de las sanciones, identificando, además, la naturaleza de la pena y la sanción sobre la idea común de la privación de un bien jurídico, en especial de rango constitucional.

Ello ocurre, sin lugar a dudas en el contenido del Código de Policía del estado Bolívar.

En definitiva, como acertadamente expone el catedrático español Alejandro Nieto: ...si el verdadero problema es de policía legislativa, lo que el Estado tiene que preguntarse, cuando decide reprimir un hecho, es si conviene tipificarlo como delito como infracción administrativa, ya que tiene en su mano ambas posibilidades, dándose por supuesto que salvo excepciones, es mejor no utilizarlas simultáneamente...”

De las consideraciones expuestas, esta Sala concluye que no existe violación al principio *non bis in idem* en la aplicación de las sanciones accesorias, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; y así se declara.

En lo concerniente a la imposibilidad de aplicar las sanciones accesorias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; es preciso indicar que el artículo 289 de la Carta Magna establece que la Contraloría General de la República, puede aplicar sanciones administrativas de conformidad con la ley (lo cual se precisa en el artículo 105 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

Al respecto, esta Sala Constitucional en su sentencia 2444 del 20 de octubre de 2004 (caso *Tulio Rafael Gudiño Chiraspó*), consideró que no podía ser destituido del cargo un funcionario de elección popular, por fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sin embargo, la sentencia *supra* fue objeto de una aclaratoria, solicitada por los representantes de la Contraloría General de la República, en decisión N° 1056 del 31 de mayo de 2005, que ratifica el fallo aclaratorio N° 174 del 8 de marzo de 2005, en los siguientes términos:

“...La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347, del 17 de diciembre de 2001, ratificó la universalidad del ejercicio de la función contralora, y precisó en el artículo 9 los órganos y personas sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, esto es, entre otros, a todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, lo que incluye a aquellos cuya investidura sea producto de la elección popular. Esta Sala Constitucional decidió en su sentencia N° 2444 del 20 de octubre de 2004, en relación con los funcionarios públicos de elección popular, que si bien la declaratoria de responsabilidad administrativa apareja ineludiblemente la aplicación de la sanción de multa junto con otras sanciones, entre ellas: la suspensión del cargo sin goce de sueldo, la destitución y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, le asistía la razón -al accionante cuando cuestiona el acto de destitución impuesto por el Contralor con ocasión a la naturaleza comicial de su investidura-.

Esta conclusión se deriva del hecho cierto de que los derechos al sufragio activo y pasivo constituyen el eje del sistema democrático estatuido en nuestra Carta Magna, y la posibilidad de que el mandato conferido se interrumpa de manera definitiva a través de una sanción de naturaleza administrativa, implicaría -un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático-. En efecto, en materia de ejercicio de derechos, en este caso políticos, muy vinculados al carácter participativo del gobierno del Estado venezolano, las excepciones y/o restricciones son de derecho constitucional estricto y nuestra Constitución sólo dispone de dos medios para terminar anticipadamente el mandato o representación (salvo, por supuesto, la muerte o la renuncia). Estos son: el enjuiciamiento por delitos comunes o políticos -artículo 266- y la revocatoria del mandato -artículo 72-, una de las innovaciones de la nueva Carta Magna que confiere, precisamente, el carácter participativo a nuestra democracia.

En consecuencia, dicho fallo concluyó que en vista de que el acto administrativo accionado en amparo, es decir la Resolución N° 01-00-019 del 23 de enero de 2004, dictado por el Contralor General de la República -no fue producto del establecimiento de una responsabilidad penal, el Contralor General de la República se hallaba impedido de declarar la destitución del mencionado ciudadano-, por lo que declaró con lugar la acción de amparo ejercida, pero sólo con respecto a la destitución del cargo.

Ahora bien, mediante sentencia N° 174 del 8 de marzo de 2005, la Sala declaró parcialmente con lugar la aclaratoria solicitada en relación al fallo N° 2444, precisando que la -inhabilitación para ejercer cualquier función pública contenida en las Resoluciones dictadas por el Contralor General de la República comienzan (sic) a surtir efectos legales

una vez vencido el período para el cual fue electo el representante popular sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones“ lo que impedía “al representante popular afectado optar a la reelección en el venidero proceso comicial-.

Esta aclaratoria es absolutamente congruente con las argumentaciones explanadas y se compadece con la naturaleza de la inhabilitación cuando se trata de cargos de investidura popular. Efectivamente, la doctrina española ha sido pacífica y conteste en el sentido de considerar la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo como una “inhabilitación especial” que priva al penado, o sancionado agrega la Sala, del derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena o, en este caso, de la sanción administrativa (Vid. Blecua Graña, R., Rodríguez-Villasante Prieto, J.L., y Otros, Comentarios al Código Penal Militar, Madrid, 1986; Días Roca, R., Derecho Penal General, Madrid, 1996; Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., y Prats Canut, M., Curso de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1996; Muñoz Conde, F., y García Aran, M., Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1996, y Vives Antón, T.S., y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996).

Teniendo en cuenta ello, no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular, por lo que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos tiene que ser entendida como inhabilitación para ejercer en el futuro cualquier función pública, sea esta originada por concurso, designación o elección; no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un máximo de quince años y la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses...”. (Subrayado de este fallo)

Es de advertir, en cuanto al fondo, que como expresa G. CABANELLAS en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII (R-S) p. 294, “la sanción administrativa puede implicar la inhabilitación para ejercer una profesión o actividad”.

Asimismo, en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución de República Bolivariana de Venezuela), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general (v *Diccionario Jurídico* Espasa LEX, pp. 776 y 902).

De igual manera, el mismo *Diccionario de la Lengua Española* (p. 1277), si bien alude en su primera acepción a la inhabilitación como la “pena o castigo que priva de algunos derechos”, lo cual podría requerir un fallo judicial; en su segunda acepción refiere a la “incapacitación para ejercer diversos empleos”, lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa.

En efecto, si bien el artículo 65 del Constitución de República Bolivariana de Venezuela señala que “...no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones...”, esta norma no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo *stricto sensu* o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.

Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma sólo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos.

En este contexto, cabe destacar que tal determinación es un asunto de política legislativa que corresponde en todo caso al legislador nacional, según la orientación que este órgano, dentro de su autonomía, decida asignarle al *ius puniendi* del Estado; por lo que negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autonómico de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.

Al respecto, esta Sala, en sentencia N° 1260 del 11 de junio de 2002 (caso *Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, párrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*) estableció que:

“...Hay quienes han pretendido establecer como diferencia el hecho de que entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo que genera las disposiciones en las cuales se sustentan, quiere decir, que será el legislador a través de la creación de las normas que se desarrollarán tanto por la Administración como por la jurisdicción penal quien clasificará la potestad como penal o administrativa.

En consecuencia, será Derecho administrativo sancionador o Derecho penal, aquello que el legislador establezca como tal, independientemente del contenido normativo de las sanciones o penas que se establezcan.

Considera esta Sala que poco provecho se obtendría al pretender generar la discusión con base al órgano que ejecuta el ius puniendi (judicial o administrativo), ya que las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho sancionador son sólo relevantes en cuanto se refieren a su ámbito de aplicación, siendo en consecuencia necesario entrar a analizar la finalidad de las mismas, pues las diferencias que pudiesen existir en ese orden, serán las que permitan establecer los parámetros de interpretación de tales ramas del derecho.

*Este ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia patria, la cual asume la tesis de la dualidad del ejercicio del ius puniendi del Estado, fijando como característica diferenciadora el fin último perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno del 9 de agosto de 1990 (caso *Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo*).*

En consecuencia, el objeto de estudio y aplicación del derecho administrativo sancionador es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad administrativa.

Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de hacer cumplir sus fines, ya que de lo contrario, la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el ius puniendi del Estado frente a la inobservancia de los particulares en cumplir con las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad...”

La actividad del Parlamento anteriormente anotada sólo podría hallar límites en la Constitución, la cual, al no prohibir esta especial manifestación sancionatoria por parte de la Contraloría General de la República, y al encontrar ésta sustento expresamente en la ley que la rige, se ajusta tanto al principio de supremacía constitucional como al principio de legalidad, como pilares fundamentales del Estado de Derecho. Así se declara.

En relación a la presunta contradicción entre el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el artículo 42 constitucional, es preciso destacar que este último está contenido en la Sección Segunda (De la Ciudadanía) del Capítulo II (De la nacionalidad y de la ciudadanía) del Título III (De los derechos humanos, garantías y de los deberes) de la Constitución.

Es decir, que esta disposición no está en el Capítulo IV, referente a los derechos políticos. Esta observación preliminar es muy importante para determinar el alcance de la norma, pues el análisis que de ella se haga debe ser sistemático y no aislado. La Sección Segunda está referida a la ciudadanía, es decir, a la condición -en principio- privativa de los venezolanos de ejercer derechos políticos como el sufragio activo y el pasivo.

Las disposiciones de la Sección Segunda precisan, entre otras cosas, la igualdad entre venezolanos por nacimiento y por naturalización a los efectos de la titularidad de los derechos políticos, salvo las excepciones contempladas en el artículo 41 –que determina los cargos que solo pueden ser ejercidos por los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad- la inhabilitación política y la interdicción civil (art. 39).

Ahora bien, de lo señalado se deduce que un venezolano puede perder total o parcialmente, temporal o permanentemente, o no ser titular de algún derecho político (como se evidencia de lo previsto en los artículos 39 y 41). Pero también los extranjeros pueden ser titulares de derechos de ciudadanía, como puede advertirse del artículo 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que extiende el derecho activo de sufragio para elecciones parroquiales, municipales y estatales a los extranjeros con más de diez (10) años de residencia en el país.

En consecuencia, de lo expuesto, la previsión contenida en el artículo 42 debe necesariamente vincularse e interpretarse en función de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. Literalmente, quien renuncia a la nacionalidad (originaria o adquirida) o la pierde (por revocatoria de la naturalización), pierde la ciudadanía, sea esta plena –en el caso de los venezolanos por nacimiento, mayores de edad, no entredichos ni inhabilitados- o parcial en el caso de naturalizados o extranjeros.

Lógicamente, la pérdida de esta nacionalidad -adquirida, pues si no es por renuncia la originaria no se pierde- debe darse por decisión judicial, así como la pérdida de los derechos de ciudadanía -parcial- que el ex-nacional detentaba antes de la revocatoria de la carta de naturaleza.

Lo expuesto se confirma en la imposibilidad de privación de nacionalidad venezolana por nacimiento, expresamente contenida en los artículos 35 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 12 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y en lo dispuesto en el artículo 36 *eiusdem* que precisa que la revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización solo puede hacerse mediante sentencia judicial, todo de conformidad con al artículo 35 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En conclusión, el artículo 42 *in fine* se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía por parte de los venezolanos por nacimiento que renuncien a su nacionalidad, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada su carta de naturaleza por sentencia judicial firme, que lógicamente implica –en virtud de dicho fallo- la pérdida de los derechos políticos. Es decir, que cuando el artículo 42 de la Constitución pauta que “*el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos, solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, en los casos que determine la ley*”, esta refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida (revocatoria de la carta de naturaleza), con fundamento en los artículos 35 de la Constitución y 36 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y así se declara.

Por lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violentar lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Sala Constitucional observa:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22-11-69 y ratificada por nuestro país el 09-08-1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.

Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

Por otra parte, en relación a los derechos políticos, el artículo 23.2, admite la “reglamentación” de los mismos mediante ley, en atención a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Esta disposición no alude a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación. En todo caso, de una manera general, el artículo 30 *eiusdem* admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Aunada a esta prescripción, el artículo 32.2 pauta que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

En función de lo expuesto, esta Sala considera que es posible, de conformidad con la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos”, restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.

Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

En tal sentido, en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más “favorable” que la normativa constitucional interna?

Es imprescindible para resolver esta antinomia, de existir, tomar en consideración lo que esta Sala Constitucional ha resuelto a través de su jurisprudencia. En concreto, en la sentencia 1309/2001, se estableció que “...la interpretación debe tener una doble justificación: la interna o coherencia con el sistema jurídico; y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica...”.

En consecuencia, la interpretación está condicionada material e ideológicamente. El derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución); y la interpretación debe comprometerse si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional, que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).

Agrega el fallo *in commento* que, “En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia) y **no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado.** Aunque la teoría moderna del Derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la

ciencia jurídica actual, la formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ello, como expresa Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde un punto de vista sistemático, **la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista**. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (Subrayado de este fallo).

Una vez más se advierte del texto de la sentencia invocada la especificidad de la interpretación de las normas constitucionales: la necesidad de asegurar la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución.

Asimismo, la sentencia 1309/2001 observa que “...la interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que **la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución** (verfassung konforme Auslegung von Gesetze)...”.

Esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) (RIPERT. *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1953, pp. 307 y ss); y otras axiológicas (**Estado social de derecho y de justicia**, pluralismo público y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el **proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano**. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por tanto, según la sentencia 1309/2001, “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (verfassungswidrig) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse *ohne naturecht* (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la **vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 *eiusdem***” (subrayado de este fallo).

En conclusión, el fallo 1309/2001 reivindica la supremacía constitucional, la soberanía y la autodeterminación nacional y la reivindicación de la tradición de cultura como fuente de interpretación y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la “*interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista*”.

Con fundamento en las consideraciones expuestas y en la jurisprudencia citada, esta Sala concluye que la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.2 de la “Convención Americana sobre derechos humanos”. Esta prescripción es en un todo

compatible con lo dispuesto en los artículos 19 y 156, cardinal 32 de la Constitución Nacional. Lo previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.

En concreto, es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 *eiusdem*); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e *“imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley”* (art. 289.3 *eiusdem*). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide.

Por último, en lo concerniente a la presunta aplicación retroactiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, por parte del Contralor General de la República, al imponerle a la recurrente la sanción de destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, cuando dichas sanciones no se encontraban vigentes para el momento en que se suscitaban los hechos objetos de investigación, esta Sala observa:

El artículo 117 de la Ley *in commento* (disposiciones transitorias) establece que *“...los procedimientos administrativos para la determinación de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la formulación de reparos, que se encuentran en curso para el momento de entrada en vigencia de esta Ley se seguirán tramitando conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995)...”*.

En el caso de autos, la apertura de la averiguación administrativa se produjo de acuerdo a lo dicho por la parte actora *“...el último día hábil de trabajo en la Contraloría General de la República en el año 2001...”*, concretamente el 21-12-2001, según se desprende del folio 65 del expediente, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, ya que la hoy vigente data del 1 de enero de 2002 (vid. artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

En razón de lo anterior, no existe duda de que la ley vigente para el momento del inicio de la investigación, tal como se ha, señalado era la ley hoy derogada del 13 de diciembre de 1995. No obstante, a pesar de que el acto emanado del Contralor General de la República (Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005), por medio del cual se confirmó la destitución y la inhabilitación impuestas a la recurrente alude al artículo 105 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el mismo también se fundamenta en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de 1995, de análogo contenido, aplicable *ratione temporis*, por lo que mal podría arribarse a la conclusión de que en el presente caso hubo una aplicación retroactiva de la ley, máxime cuando la sanción de inhabilitación impuesta no rebasó el límite establecido en la ley (derogada), aplicable en el tiempo al caso de autos. En consecuencia, no existió aplicación retroactiva de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, razón por la cual resulta forzoso para este órgano jurisdiccional desechar por manifiestamente infundado tal argumento; y así se decide.

Por las razones antes expuestas esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al encontrar que los argumentos de la parte recurrente no desvirtuaron la presunción de constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, declara sin lugar la demanda de nulidad interpuesta por la ciudadana Ziomara Del Socorro Lucena Guédez, contra la norma antes referida. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en el siguiente razonamiento:

1. Como punto previo, se observa que el artículo 20, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia preceptúa:

Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva. El Magistrado o Magistrada ponente deberá presentar el proyecto de decisión a los demás Magistrados o Magistradas, quienes deberán formular sus observaciones o manifestar su conformidad con el mismo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En caso de que surjan observaciones al proyecto de decisión, el Magistrado o Magistrada ponente deberá realizar las modificaciones formuladas que considere pertinentes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Al tercer día hábil siguiente, se volverá a presentar el proyecto de decisión corregido o los fundamentos que sostienen su criterio para mantener el proyecto original, para ser sometido a votación; el Presidente o Presidenta de la Sala será el último en votar. En caso de empate, se suspenderá la deliberación y se convocará a una segunda reunión para el día hábil siguiente. Si el empate persiste, se suspenderá nuevamente la discusión y se convocará a otra reunión para el día hábil siguiente, a fin de adoptar la decisión definitiva. De continuar el empate, el voto del Presidente o Presidenta de la Sala respectiva será considerado doble. El Magistrado o Magistrada que se encuentre en desacuerdo o disienta de la decisión, anunciará su voto salvado, que deberá consignar escrito (sic) en el que fundamente las razones, fácticas y jurídicas de su negativa, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Este escrito deberá ser firmado por todos los Magistrados o Magistradas de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia. En caso de que el proyecto no cuente con la aprobación de la mayoría de los miembros de la Sala, la ponencia deberá reasignarse a otro Magistrado o Magistrada de la Sala correspondiente, conforme al trámite previsto en el presente artículo (Destacado añadido).

No obstante, la claridad del texto de la norma se observa que, en el caso de autos, fue descatada con la divulgación de la sentencia de la que se discrepa en el sitio web de este Tribunal antes de la consignación de este voto salvado, pese a que el lapso al efecto vence el próximo 12 de agosto (3 días de despacho desde el martes 5 próximo pasado) y pese al acuerdo, al que se había llegado al respecto, con los demás miembros de la Sala.

2. Este disidente no comparte las razones de fondo que se sostuvieron en el acto jurisdiccional que precede para la declaratoria sin lugar de la demanda de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, divergentemente, considera que esa norma legal es contraria a elementales principios de nuestro Texto Fundamental, por las siguientes razones:

2.1. La mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al derecho a la defensa y al debido proceso y consideró que el procedimiento administrativo que se sigue ante la Contraloría General de la República y que culmina con la declaración de responsabilidad administrativa “ofrece todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses” frente a la sanción que, posteriormente a esa declaratoria, podrá imponer el Contralor General de la República de acuerdo con el artículo 105 que se impugnó.

El voto salvante considera, por el contrario, que la norma sí viola el derecho fundamental a la defensa y al debido procedimiento previo, por las siguientes razones:

2.1.1 El derecho fundamental al debido proceso es, por mandato del artículo 49 de la Constitución, de obligatoria observancia en *todas las actuaciones judiciales y administrativas*. De esta manera, al procedimiento administrativo han de aplicarse todos los atributos que ese precepto fundamental recoge en sus cardinales 1 al 8, como son el derecho a la defensa y asistencia jurídica, derecho a ser notificado, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser oído, derecho al juez natural, derecho a no ser obligado a confesarse culpable, prohibición de sanción sin ley previa, derecho a la cosa juzgada y derecho a la responsabilidad patrimonial ante el error, retardo u omisión en la tramitación de un proceso o procedimiento administrativo. Así lo dispone el propio artículo 49 de la Constitución, cuando afirma que “*el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente...*”.

En consecuencia, mal puede dictarse un acto administrativo que afecte la esfera jurídica de un particular sin que, previamente, se haya sustanciado el correspondiente trámite, de cuyo inicio se haya notificado a todos los interesados, especialmente, a quien se vea directamente afectado, y en el cual se haya dado a éstos oportunidad de defensa, esto es, de alegación y prueba en su favor, bajo pena de vulneración a ese derecho fundamental al debido procedimiento y, además, el derecho a la presunción de inocencia.

En la hipótesis de autos, cabe recordar que la norma cuya nulidad se demandó preceptúa que el Contralor General de la República podrá imponer las sanciones accesorias de suspensión sin goce de sueldo o de destitución, así como la de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en atención a “*la entidad del ilícito cometido*” o a “*la gravedad de la irregularidad cometida*”, a quienes hayan sido declarados responsables administrativamente, mediante decisión firme en sede administrativa; sanciones que habrán de imponerse, según el texto expreso de la norma, “*sin que medie ningún otro procedimiento*”.

Ahora bien, el derecho al debido procedimiento o al procedimiento previo es, se insiste, garantía fundamental del derecho a la defensa y, como tal, no puede ser relajado ni sustituido por otros medios de defensa. De esta manera, el control *ex post* del acto sancionador a través de las vías administrativas y jurisdiccionales que dispone la Ley no sustituye, en modo alguno, el derecho al **previo** procedimiento y a ser oído que tiene el sancionado **antes** de que se emita el acto definitivo; unos y otros son atributos esenciales de un mismo derecho fundamental, todos los que, como tales, deben ser observados a cabalidad.

En sentencia de 21 de mayo de 1996, con ocasión del juzgamiento en relación con la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia fundamental de la apertura de un procedimiento contradictorio y de la oportunidad del posible afectado para el planteamiento de sus alegatos *antes* de que se decida cualquier procedimiento administrativo –incluso constitutivo, se añade– o proceso judicial, ello como garantía inherente al derecho a la defensa y al debido proceso:

..., el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, cuya supuesta nulidad se analiza, faculta al Juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo procedimiento y sin informar previamente al presunto agravante, de la existencia de una demanda en su contra.

(...) a juicio de la Corte, ello constituye una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de la República, por cuanto éste indica que el mandamiento de amparo debe ser producto de un procedimiento, de circunstancias a las que no hace ninguna referencia en el texto del artículo 22 *eiusdem*, como condición previa y necesaria para dictar tal mandamiento.

Por otra parte, es evidente que estamos ante una grosera y flagrante indefensión, ya que el nombrado artículo 22, choca abierta y directamente con la última parte del artículo 68 de la Constitución, el cual establece que “la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso” (Subrayado añadido).

Tampoco comparte el salvante el criterio que sostuvo la mayoría sentenciadora, en el sentido de que el previo procedimiento sería aquel que se tramita antes de que se dicte el acto que declara la responsabilidad administrativa y que, en esa oportunidad, el particular puede defenderse tanto de la declaratoria de responsabilidad como de las sanciones que eventualmente impondrá el Contralor General de la República.

En efecto, se discrepa de tal opinión porque ese procedimiento administrativo tiene un objetivo específico: la determinación de la incursión o no de determinado sujeto en alguna de las infracciones que tipifican los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –propias de la responsabilidad administrativa– lo que dará lugar, en caso asertivo, a la imposición de la sanción de multa, de conformidad con el artículo 94 *eiusdem*, y a la declaratoria de responsabilidad administrativa del sujeto. En este supuesto, la defensa del interesado se dirige a la alegación y prueba en contra de la verificación de la conducta infractora que se le imputa.

A diferencia de ello, la imposición de las sanciones “complementarias” que recoge el artículo 105 *eiusdem* por parte del Contralor General de la República –unas típicamente disciplinarias y otra típicamente penal–, si bien tiene como presupuesto la previa declaratoria de la responsabilidad administrativa, procede o no según la ponderación de otros aspectos: “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*”; en consecuencia, poco importa ya la defensa que se ejerció para la demostración de la inexistencia de infracción administrativa, la cual ha sido declarada mediante acto administrativo; lo que al sancionado interesa ahora es la alegación y la prueba, con relación a la eventual imposición de una sanción, de “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*” para evitar tal nueva y adicional imposición y mal podía haberse defendido de este asunto en el curso del procedimiento que ya se sustanció, sin que con ello hubiera incurrido, inevitablemente, en una gran contradicción: la alegación de que no le es imputable una conducta ilícita y, a la par –aunque fuese de manera subsidiaria– el argumento de que, en todo caso, dicha conducta no fue “muy grave” o que el ilícito de que se trate es uno de “menor entidad”.

En consecuencia, sí sería indispensable el reconocimiento del derecho a la defensa al particular antes de que el Contralor General de la República impusiese la nueva sanción y, por ende, sí sería necesario que hubiese un nuevo procedimiento que otorgase plenamente al sancionado esa oportunidad de alegación y prueba a su favor, y así debió declararlo esta Sala. Debe añadirse, por otra parte, que ese nuevo procedimiento, además, debería satisfacer el principio de inmediación al que tanta preeminencia le dio el constituyente y que es consustancial con el sistema acusatorio por el que optaron, primero el legislador –del Código Orgánico Procesal Penal– y luego, el mismo constituyente, en materia sancionatoria penal, la cual, se insiste, es manifestación del mismo *ius puniendi* que el Estado ejerce a través de la potestad sancionatoria administrativa. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado en la audiencia preliminar, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución–, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.2. En segundo lugar, la sentencia que antecede desestimó la violación al principio de tipicidad de las sanciones administrativas, bajo el argumento de que en la norma que se impugnó están suficientemente tipificados tanto las sanciones administrativas como los hechos ilícitos que dan lugar a esas sanciones y que “*la potestad discrecional del órgano contralor no es una ‘norma en blanco’, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica*”.

Contrariamente a lo que sostuvo la mayoría sentenciadora, quien suscribe como disidente considera que sí se agravió el principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas, por las siguientes razones:

El principio de tipicidad es, junto con el principio de reserva legal, manifestación directa del principio de legalidad que debe, como tal, informar *siempre* el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sea que éste se ejerza a través de sanciones penales, sea a través de sanciones administrativas. Ello se deriva, claramente, del artículo 49, cardinal 6, de la Constitución, el cual dispone:

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

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, -faltas o infracciones en leyes preexistentes (Destacado añadido).

De esta manera, el principio de tipicidad o mandato de tipificación puede definirse como la determinación, en una norma de rango legal, de las conductas que se tildan de infracciones y de las sanciones correlativas a esas conductas, de manera tal que esa determinación normativa permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción que se impondrá.

El mandato constitucional de tipificación legal se exige, así, tanto para las conductas que se consideren infracciones administrativas como para las sanciones que a estas conductas corresponden.

Ahora bien, el incumplimiento con el principio de tipificación legal encuentra distintos grados o variantes: así, puede tratarse de una ausencia absoluta de tipificación, cuando la Ley silencia cualquier forma de ella, caso en el que la deja –inconstitucionalmente- en manos del reglamento o, peor aún, de la Administración con competencia para la aplicación de la sanción en el caso concreto. En segundo lugar, puede tratarse de una insuficiencia de tipificación legal, esto es, insuficiencia de *lex certa*, lo que se verifica cuando no hay descripción legal suficiente de los elementos esenciales de la infracción o de la sanción, imprecisión que no permite la predicción, con suficiente certeza, de cuáles son las conductas que se consideran infracciones y a qué sanción atenerse cuando estas conductas se consuman. Como afirmó ALEJANDRO NIETO “*la suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta (...) la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra*” (Cfr. *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 293).

No es el primer caso que se describió, ciertamente, el supuesto que se ha delatado, pues el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tipifica las distintas sanciones que habrán de imponerse de manera complementaria, “*según la gravedad de los hechos*”, en relación con las conductas infractoras que, a su vez, están tipificadas en los artículos 91 y 92 de la misma Ley, a los que hace alusión el artículo 105 en cuestión. De modo que puede afirmarse que sí hay tipificación en la norma jurídica; pero lo que se ha denunciado es el segundo supuesto, esto es, la insuficiencia de esa tipificación, pues, se establecería, de manera genérica, una gradación sumamente amplia de las sanciones “*accesorias*” que se pueden imponer, incluso en forma acumulada y, lo que es más grave, sucesiva –sin límite en el tiempo-, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, las cuales determina discrecionalmente el Contralor General de la República.

Debía, pues, determinarse hasta qué punto esa tipificación no exhaustiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal lesiona o no el principio de *lex certa*, esto es, la certeza y seguridad jurídica de los eventuales sancionados, al punto de que constituya o no inobservancia del precepto constitucional que recoge el mandato de tipificación legal.

Al respecto, se razonó que “...*los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se de-*

terminan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX). / Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza 'administrativa' (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina 'potestades discrecionales', por oposición a las 'potestades vinculadas o regladas'. En efecto, la 'potestad discrecional' no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad."

En efecto, según se indicó con anterioridad, la tipificación de las infracciones se preceptúa en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la tipificación de las sanciones "complementarias" (suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas) a la sanción principal, la multa, está recogida en el 105 *eiusdem*, pero en forma que, en criterio del salvante, no cumple con el principio de tipicidad suficiente respecto del vínculo o enlace entre tales infracciones y las sanciones accesorias, pues el único nexo entre ellas es la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y la gravedad que, en cada caso concreto, presente la infracción que se cometió, según lo determine, sin la sustanciación de un procedimiento para ello, el Contralor General de la República.

Así, esa correlación entre la conducta que esté tipificada como infracción y la sanción que se impondrá dependerá, siempre, como se dijo, de la valoración que, en el caso concreto, realice el órgano administrativo sancionador de conceptos jurídicos indeterminados, como son la "entidad del ilícito cometido" y la "gravedad de la irregularidad cometida", cuya apreciación ha de realizarse, como sucede cuando se analiza cualquier concepto de esta naturaleza, de manera racional; pero, en este caso, los conceptos en cuestión son de tal amplitud que impiden, *per se*, el cumplimiento con el principio de tipificación y, en consecuencia, impiden el cabal ejercicio del derecho a la defensa y del derecho a la certeza jurídica de los eventuales sancionados.

En efecto, por conceptos jurídicos indeterminados se entiende aquellos relativos a una "*esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto*" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, p. 457).

A diferencia de lo que sostuvo la mayoría sentenciadora en el fallo que antecede, en el sentido de que el artículo bajo análisis otorgó al Contralor General de la República una potestad discrecional, la doctrina administrativista venezolana y extranjera han entendido, tradicionalmente, que la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados *no implica ejercicio de discrecionalidad administrativa*, pues no se trata de la existencia de varias alternativas todas ellas igualmente válidas, que puede escoger la Administración al momento de su actuación, sino de la apreciación de ciertos conceptos jurídicos que, si bien no pueden ser determinados por la norma jurídica *in abstracto* en tiempo y espacio, *sí pueden precisarse en cada caso concreto al momento de su aplicación*, concreción que corresponde al órgano aplicador, en este caso la Administración. La consecuencia fundamental de ello es que la errónea, irracional, desproporcionada o irrazonable aplicación de tales conceptos en el marco de un caso concreto, es susceptible de revisión y control jurisdiccional pleno, al igual, por cierto, que en el caso del ejercicio de la potestad discrecional, que es controlable, no solamente respecto de los aspectos formales del acto en que se vierta y en los elementos reglados que lo integran sino, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la racionalidad y proporcionalidad de la decisión en sí.

En todo caso, aun desde esa limitada perspectiva, los actos administrativos que puede dictar el Contralor General de la República con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *sin necesidad de procedimiento previo*, violan uno de esos aspectos formales por *ausencia absoluta y total de procedimiento* en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, si la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es, como principio general, plausible en el ámbito de ejercicio de la mayoría de las formas de la actividad administrativa, es evidente que durante el ejercicio de su potestad sancionadora resulta sumamente cuestionable y, en consecuencia, debe evitarse la sustentación de sanciones administrativas en la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues ello implicaría, se insiste, a lo menos, una importante merma, si no violación al principio de certeza y seguridad jurídica, al derecho a la defensa y al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, derechos que recogió el artículo 49, en sus cardinales 1 y 6, respectivamente, de la Constitución de 1999.

En consecuencia, considera el salvante que la redacción del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal injuria el principio de tipicidad de las sanciones, pues carece de una gradación certera y concreta de correlación entre cada una de las posibles sanciones que pueden ser impuestas y las conductas ilícitas que tipifican los artículos 91 y 92 de la misma Ley, lo que implica que no está tipificado el vínculo o enlace entre la conducta infractora y la sanción graduada determinada que se imponga en cada caso. La certeza y seguridad jurídica ínsitas en la imposición de cualquier sanción, incluso aquellas de naturaleza administrativa, coliden frontalmente con la ilimitada apreciación que la norma otorgó al órgano sancionador para la determinación, en cada caso concreto, de la sanción que impondrá según la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, lo cual impide el cabal ejercicio del derecho a la defensa (artículo 49, cardinal 1, constitucional) y viola el derecho a la tipificación que otorgó el artículo 49, cardinal 6, *eiusdem* a los eventuales sancionados.

Muy lejos de la realización del análisis pertinente, la sentencia de la que se aparta el salvante se pierde en disquisiciones acerca de puntos que no fueron planteados, como una supuesta pretensión de nulidad “*por el solo hecho de contener una potestad discrecional*” que no fue planteado por los co-demandantes, como forma de elusión de resolución de los sólidos argumentos de la parte actora, no en cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la potestad discrecional sino a la violación del principio de tipicidad.

2.3 En tercer lugar, por lo que respecta a la denuncia de violación al principio *non bis in idem*, quien difiere no puede dejar de destacar que la sentencia que antecede se dedicó al análisis del supuesto de existencia o no de vulneración a este principio cardinal del derecho sancionador cuando se está en presencia de sanciones administrativas y penales pese a que, en el caso de autos, lo que se planteó fue la ilícita acumulación de varias sanciones administrativas por un mismo hecho, circunstancia que ni siquiera fue mencionada, en un nuevo ejercicio interpretativo que no se corresponde con lo que fue controvertido, de una manera que lo que busca es que se pierda de vista el verdadero objeto del proceso.

En todo caso, en criterio de quien se aparta del acto decisorio en cuestión, para que se pudiese concordar con los asertos que anteceden, el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tendría que ofrecer dos garantías que no ofrece; en primer lugar, como en materia penal, ambos tipos de sanciones habrían de ser impuestas como consecuencia del mismo procedimiento y por la misma autoridad para que pudieran ser objeto, en conjunto, del mismo control administrativo y judicial y, en segundo lugar, debería establecer con claridad la posibilidad de imposición, o no, de más de una sanción accesoria, a través de más de un acto administrativo “complementario”.

En efecto, como se razonó *supra*, pese a que la mayoría determinó que ambos tipos de sanciones –principales y “accesorias”- son producto de un mismo procedimiento administrativo, ello no es cierto. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir,

sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.4. En cuarto lugar, la mayoría sentenciadora desestimó la delación del agravio a los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Contención Americana sobre Derechos Humanos. Quien discrepa es de la opinión de que la norma que se impugnó sí contradice dichos preceptos constitucionales y considera que debió dárseles la siguiente interpretación:

2.4.1 Ya en anteriores oportunidades se ha pronunciado la Sala acerca del alcance subjetivo de la potestad sancionadora que al Contralor General de la República otorgó el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en relación con los funcionarios de elección popular. Así, ya la Sala ha expresado que esa Ley ratificó el principio de universalidad del ejercicio de la función contralora que recogen los artículos 287 y 289 de la Constitución de 1999 y que precisó, en su artículo 9, los órganos y personas sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, entre otros, todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, **“lo que incluye a aquellos cuya investidura sea producto de la elección popular”** (Sentencia N° 1056 de 31 de mayo de 2005). De esta manera, se parte de la premisa de que todos los funcionarios públicos, incluso aquellos que han sido electos popularmente, están incluidos en el ámbito de aplicación de esa Ley.

Ahora bien, esa inclusión, en modo alguno, puede significar una merma de los derechos fundamentales y de las prerrogativas que esa investidura popular confiere a ciertos funcionarios. Por esa razón, mediante fallo N° 2.444 de 20 de octubre de 2004, la Sala señaló:

*...ya ha tenido esta Sala oportunidad de pronunciarse acerca de **cómo opera el control (en el caso a que se refiere la Sala el político) sobre los cargos de elección popular**, con ocasión de la institución constitucional del referendo revocatorio, señalándose que existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución, que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde (Vid. Sent. N° 812/2003 de 15 de abril).*

En esa oportunidad, para garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala desaplicó el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio, por ser opuesto a lo preceptuado en el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución. En este caso el conflicto es de igual naturaleza (Destacado añadido).

Con fundamento en ese razonamiento, la Sala concluyó en esa oportunidad, que:

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esa circunstancia, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

Ciertamente, lo expuesto no desdice de las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, sólo que dichas potestades deben guardar una proporcionalidad no sólo con los hechos, sino además con la naturaleza popular de la investidura del cargo, pues, de lo contrario, existiría un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático. No se trata de irresponsabilidad, no. A lo que hace referencia la Sala es a la necesidad de que las consecuencias jurídicas que deriven de esa responsabilidad no rompan con el carácter representativo del gobierno (Destacado añadido).

Posteriormente, mediante decisión N° 174 de 8 de marzo de 2005, con ocasión de una aclaratoria que se solicitó respecto de la sentencia que anteriormente se citó, la Sala precisó que los límites de la potestad sancionadora que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se refieren a la suspensión y destitución de los funcionarios electos popularmente.

Asimismo, y aun cuando no fue objeto de un análisis de fondo la constitucionalidad de la sanción de inhabilitación que recoge esa norma legal, la Sala afirmó la “*plena vigencia*” de la sanción de inhabilitación y señaló que la eficacia de esa sanción quedaría en suspenso hasta cuando venciese el período para el cual hubiera sido electo el sancionado, o desde cuando cesare en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones:

...en el fallo cuya aclaratoria se solicita se hizo señalamiento expreso de cuál era el alcance del amparo concedido, esto es: sólo con respecto a la destitución o suspensión del cargo, según sea el caso, lo cual no deja margen de dudas que la inhabilitación para ejercer alguna función pública contenida en el acto administrativo accionado en amparo se encuentra plenamente vigente, pero con algunas precisiones adicionales acerca de la oportunidad en que comienza a surtir sus efectos legales. /(...)

...el mandato constitucional contenido en la sentencia N° 2444/2004 y en esta aclaratoria implica que la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones, lo cual, como es lógico, descarta cualquier posibilidad que éste opte a la reelección como consecuencia inmediata de esa inhabilitación (Destacado añadido).

Por último, en fallo N° 1056 de 31 de mayo de 2005 –con voto salvado de quien hoy también disiente–, nuevamente a través de aclaratoria, la Sala precisó que la única sanción proscrita respecto de los funcionarios de elección popular es la destitución del cargo, ratificó que la inhabilitación tiene vigencia pero con eficacia a futuro –luego del vencimiento del período para el cual se haya elegido al funcionario–, y que la suspensión temporal procederá siempre que el funcionario no goce del beneficio de antejuicio de mérito:

...no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular, por lo que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos tiene que ser entendida como inhabilitación para ejercer en el futuro cualquier función pública, sea esta originada por concurso, designación o elección; no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un máximo de quince años y la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses.

(...) respecto a la eventual suspensión de funcionarios de elección popular, con fundamento en la declaratoria de responsabilidad administrativa y en atención a la gravedad del ilícito cometido (artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), esta Sala debe hacer una distinción con fundamento en lo dispuesto en el artículo 266, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. (...)

Como quiera, en consecuencia, que la sanción de suspensión del ejercicio del cargo implica, a su vez, la imposibilidad de ejercer los derechos políticos que le corresponden a su investidura, lo cual sólo es posible, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 380 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando sean “cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento”; esta Sala considera que aquellos funcionarios de elección popular que se encuentren amparados por la institución del antejuicio de mérito; a saber: el Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los integrantes de la Asamblea Nacional, no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus cargos, hasta tanto este Tribunal Supremo de Justicia, en sala Plena, declare que hay mérito para su enjuiciamiento. Los demás funcionarios de elección popular a nivel estatal o municipal, por no gozar de esta prerrogativa, podrán ser suspendidos con base en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

En definitiva, las consideraciones que se mantuvieron en los veredictos anteriores se recogieron en el fallo N° 1581 de 12 de julio de 2005 –también con voto salvado de quien hoy disiente–, de la siguiente manera:

Para determinar el alcance del ejercicio de la potestad sancionadora que tanto la Constitución como la ley atribuyen a la Contraloría General de la República, en aquellos casos en los cuales el sujeto pasivo de dicha potestad es un funcionario que ejerce un cargo de elección popular, es menester considerar lo siguiente:

Siendo la República Bolivariana de Venezuela un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que se constituye en una democracia participativa, electiva, descentralizada, alternativa, responsable, pluralista y de mandatos revocables, según informa el artículo 6 del Texto Constitucional, resulta consustancial a ello que el Poder Público sea ejercido por ciudadanos que hayan recibido, por voluntad del pueblo, el encargo de hacerlo; a esta delegación del poder que reside intransferiblemente en el pueblo, se le denomina mandato representativo.

Así pues, los sujetos que ejercen la representación política de los ciudadanos en los diversos órganos legislativos en los ámbitos nacional, estatal y local (diputados, legisladores y concejales), constituyen instrumentos de los ciudadanos para ejercer su derecho de participación en los asuntos públicos por medio de sus representantes elegidos, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Concebida así, la representación política es, ante todo, una creación normativa, una situación jurídica o cualidad que existe siempre que el Texto Fundamental la atribuya y con las responsabilidades y limitaciones que la ley impone. En consecuencia, es el ejercicio de esta representación popular la que le permite a los sujetos que la ostentan ejercer potestades públicas en nombre de un colectivo (soberanía popular) vinculado políticamente a una entidad territorial en particular (República, Estado o Municipio).

Por lo antes dicho, para establecer los límites del ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, con respecto a dichos sujetos, en virtud de que la pérdida de su investidura y la suspensión en el ejercicio del cargo sólo puede producirse por las causas establecidas en la Constitución y en la ley, resulta ineludible el análisis del régimen constitucional y legal aplicable a esta categoría de funcionarios públicos.

En tal sentido, tenemos que, de acuerdo con el artículo 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el régimen de los integrantes de los consejos legislativos de los Estados se regirán por las normas que la Constitución establece para los diputados de la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables, y dispone que la ley nacional regulará el régimen y el funcionamiento de los aludidos órganos legislativos.

Por su parte, la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados no contempla dentro de su articulado normas que expresamente regulen dicha situación. Sin embargo, del análisis sistemático de la dogmática constitucional referida a los legisladores de los consejos legislativos de los Estados, puede inferirse que el cese en el ejercicio de los mencionados cargos de elección popular puede darse por las siguientes circunstancias: 1) la

finalización del mandato por el transcurso del tiempo, por haber finalizado el período de cuatro años previsto en el artículo 162 de la Constitución; 2) por muerte del titular del cargo; 3) por renuncia voluntaria (numeral 20 del artículo 187 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 162 eiusdem; 4) por renuncia presunta cuando el parlamentario acepta un cargo público de los no exceptuados por el artículo 7 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, siempre que no suponga dedicación exclusiva; 5) por inhabilitación judicial sobrevenida, ya sea por pérdida de la ciudadanía, por inhabilitación política por haber sido condenados por delitos durante el ejercicio de sus funciones u otros que afecten el patrimonio público, supuesto de inelegibilidad prevista en el artículo 65 de la Constitución; y, 6) por la revocatoria de su mandato en virtud del referendo previsto en el artículo 72 eiusdem.

Además de las causas que conllevan a la pérdida de la investidura como legislador, antes señaladas, del examen de las competencias que el artículo 187 del Texto Fundamental confiere a la Asamblea Nacional tenemos que entre éstas, el numeral 20 de la norma aludida, prevé la posibilidad de separación temporal de un diputado del ejercicio del cargo, es decir, que la Constitución admite la suspensión momentánea del ejercicio de los cargos de representación popular. Aunque el artículo 15 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados no contemple expresamente dicha atribución dentro de las competencias de los órganos legislativos de los Estados, sin duda, tal posibilidad resultaría conforme a la Constitución en virtud de la aplicación supletoria del régimen establecido para los diputados de la Asamblea Nacional, previsto por el artículo 162 del Texto Fundamental.

Ahora bien, es importante hacer la distinción entre los efectos que tiene la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular que no tiene suplentes elegidos en los mismos comicios (como serían el Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los alcaldes), de aquellos que si lo tienen, ya que las consecuencias jurídicas que derivan de dicha situación son diferentes.

En efecto, el numeral 5 del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prevé para la elección de diputados nominales al Congreso de la República (hoy Asamblea Nacional) y a las Asambleas Legislativas (hoy Consejos Legislativos de los Estados) que “Cada organización política postulará tantos candidatos como cargos a elegir nominalmente en la circunscripción respectiva y dos (2) suplentes por cada uno (1) de ellos”. Por su parte, el artículo 15 eiusdem dispone para los candidatos a dichos cuerpos legislativos postulados por lista que “...una vez adjudicados los candidatos principales, se asignarán los suplentes en un número igual al doble de los principales, en el orden de lista”.

De este modo, el legislador dispuso la elección, en el mismo acto comicial, del doble de suplentes por cada parlamentario principal, tanto para los elegidos por votación nominal como para los elegidos mediante listas. De manera que, las contingencias que pudieran afectar el desempeño individual en el cargo de la persona favorecida por la voluntad del soberano, no afecte, por una parte, el normal desarrollo de las funciones del órgano legislativo y, por la otra, la representación política de los ciudadanos.

Así pues, la suspensión temporal en el ejercicio del cargo de diputado, legislador o concejal, en ningún caso puede asimilarse a los efectos producidos por la pérdida de la investidura o asemejarse a las consecuencias que produciría la suspensión del ejercicio del cargo del Presidente de la República, los gobernadores de Estado o los alcaldes, por cuanto, cada uno de los diputados a la Asamblea Nacional y legisladores integrantes de los Consejos Legislativos cuentan con sus respectivos suplentes, los cuales, han sido igualmente elegidos por votación popular y, en consecuencia, también ostentan el mandato representativo de los ciudadanos. Por consiguiente, la suspensión pro tempore del ejercicio del cargo, de ninguna manera, menoscaba el derecho a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos por medio de sus representantes elegidos, previsto en el artículo 62 de la Norma Fundamental, ni implica riesgo alguno de pérdida del equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático.

Así pues, de acuerdo con el sistema electoral previsto para elegir a los integrantes de los órganos legislativos de los distintos niveles del Poder Público (nacional, estatal y municipal), en virtud de que tanto los principales como los suplentes incorporan una representatividad popular directa, dicha circunstancia supone que la sustitución de los principales por sus respectivos suplentes, no altera el nexo elección-representación que sustenta el carácter representativo de dichos cargos, ni afecta la relación derivada de la elección popular y, por consiguiente, tal sucesión tampoco menoscaba el derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de sus representantes elegidos.

En consecuencia, el criterio que ha sostenido esta Sala en relación con el alcance de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, en lo que respecta a los funcionarios de elección popular, es que tales funcionarios se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la potestad fiscalizadora de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. No obstante, en tales precedentes, la Sala no sentó criterio sobre el argumento que se trajo en esta oportunidad con relación a la violación de los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, se observa que el artículo 42 de la Constitución dispone:

Quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía. El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley (Subrayado añadido).

Quien suscribe este voto no puede menos que disentir enfáticamente de la interpretación que dio la mayoría sentenciadora a ese artículo constitucional, cuando afirmó que “... *el artículo 42 in fine se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía por parte de los venezolanos por nacimiento que renuncien a su nacionalidad, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada su carta de naturaleza por sentencia judicial firme, que lógicamente implica –en virtud de ese fallo- la pérdida de los derechos políticos. Es decir que cuando el artículo 42 de la Constitución pauta que ‘el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos, solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, en los casos que determine la ley’, está refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida (revocatoria de la carta de naturaleza), con fundamento en los artículos 35 de la Constitución y 36 de la Ley de nacionalidad y Ciudadanía*”.

Resulta sorprendente la inversión de las reglas universales de la interpretación; de las propias de la lógica formal y de las especiales atinentes a las normas constitucionales y a los derechos fundamentales.

En efecto, la mayoría, en forma difícil de entender, hizo una lectura “al revés” del articulado del Capítulo II del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículos 39 al 42), mediante la cual fue de lo particular a lo general para la restricción al máximo del ámbito de aplicación de la norma cuya violación se delató, en vez de ir de lo general a lo particular para desentrañar su sentido a través del contexto, pese a que estaba obligada a encontrar la interpretación más progresista y favorable al ejercicio de los derechos fundamentales que se encuentran en juego (derechos políticos) y, en forma inversamente proporcional, la interpretación más restrictiva del límite al ejercicio de tales derechos que recoge el artículo 42 constitucional cuando señala que el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En cambio, no ofrece dificultad alguna la comprensión de que la nacionalidad venezolana otorga a quienes la detentan la ciudadanía, la cual, a su vez, los hace titulares “*de derechos y deberes políticos*”, “*de acuerdo con el(sa) Constitución*” (artículo 39) -y no de conformidad con la ley (reserva constitucional)-, Constitución que, en el mismo artículo, sólo acepta como límites al ejercicio de la ciudadanía la inhabilitación política y la interdicción civil ¿Cuáles son esos derechos políticos? Los que se describen en el Capítulo IV “De los derechos políticos y el referendo popular”, Sección primera: de los derechos políticos y cualesquiera otros que se consideren inherentes a la persona humana.

Los artículos 40 y 41 precisan a quién y cómo pertenecen los derechos políticos (“a los venezolanos y venezolanas, salvo las excepciones establecidas en e(sa) Constitución”) y las diferencias a su respecto entre los venezolanos y venezolanas por nacimiento y por naturalización.

Por último, el constituyente cerró la sección que dedicó a la ciudadanía con el artículo 42 según el cual, como fue expuesto, quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía y el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, es decir, que la única manera de perder el derecho al ejercicio de los derechos políticos –atributos de la ciudadanía y, ésta, de la nacionalidad-, que es en lo que consiste una inhabilitación política (artículo 39), es que recaiga una sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En efecto, se insiste, para el salvante, la claridad de la norma constitucional no deja lugar a interpretaciones ambiguas: el ejercicio de los derechos políticos, esto es, de aquellos que recoge el Capítulo IV, Título III de la Constitución, como son el derecho a la participación política (artículo 62), el derecho al sufragio activo (artículos 63 y 64), el derecho al sufragio pasivo o derecho al ejercicio de cargos de elección popular (artículo 65) y todos los demás derechos que recoge ese Capítulo y que, aun cuando no estén expresamente contenidos en él, se consideren inherentes a la persona humana y sean de naturaleza política, *sólo pueden ser suspendidos por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley*, sentencia cuyo dispositivo contendrá, necesariamente, la inhabilitación política.

Esa norma se complementa, además, con los artículos 65 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero establece:

No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

Ahora bien, sostuvo la mayoría que esa norma no impide que existan otras causales de restricción, por ley, del ejercicio del derecho al ejercicio de cargos de elección popular. Por el contrario, el salvante considera que ese artículo 65 debe analizarse a la luz de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, la cual fue especialmente clara cuando dispuso, respecto de los derechos políticos, lo siguiente:

El derecho a desempeñar funciones públicas y ejercer cargos de elección popular se les otorga de manera igualitaria a los electores venezolanos y venezolanas, que sepan leer y escribir, con las solas restricciones derivadas del propio texto constitucional, o de las condiciones de aptitud exigidas por las leyes, para determinados cargos.

Como una respuesta a las demandas de los venezolanos ante las graves desviaciones del sistema político y a la corrupción desmedida, se incluye la prohibición de optar a cargos de elección popular a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos durante el tiempo en que ejercieron las funciones públicas, así como otros delitos que afecten el patrimonio público (Subrayado añadido).

En consecuencia, se concluye que las limitaciones al derecho fundamental al desempeño de funciones públicas y al ejercicio de cargos de elección popular constituyen, a no dudarlo, una típica materia de reserva constitucional que incluye una explícita proscripción al legislador de que se establezcan restricciones distintas de las que preceptuó la Constitución; por tanto, el legislador no podría disponer de mecanismos alternos al de sentencia judicial firme que implicasen la suspensión de derechos fundamentales de contenido político. La única excepción, que a este principio general admite el constituyente, es la posibilidad de que el legislador determine ciertas condiciones de *aptitud* (edad, conocimientos especializados, antigüedad, p.e.) para optar al ejercicio de determinados cargos públicos.

El incumplimiento con esa proscripción es, precisamente, la inconstitucionalidad que se verifica en el caso de autos, porque el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone, como mecanismo de limitación

y hasta eliminación del ejercicio de derechos políticos –concretamente el derecho al ejercicio de cargos de elección popular-, la imposición de las sanciones administrativas de destitución, suspensión y de inhabilitación política a través de un acto administrativo del Contralor General de la República. En consecuencia, la limitación que impone el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal al derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular y al desempeño de funciones públicas, es una limitación que no sólo viola la prohibición expresa que preceptúa el artículo 42 de la Constitución –en el sentido de que no podrá suspenderse el ejercicio de los derechos políticos por causa distinta de sentencia judicial firme- sino que, además, colide con el artículo 65 *eiusdem*, pues, como refleja la Exposición de Motivos de la Constitución, la restricción a ese derecho fundamental es de la estricta reserva constitucional.

En vez del reconocimiento de tal inconstitucionalidad, se declaró que no sólo el Contralor General de la República podría establecer una inhabilitación, sino también, en general, “*un órgano administrativo stricto sensu*” o “*un órgano con autonomía funcional*”, porque la norma “*no excluye la posibilidad*”, pese a que, en otra parte del fallo (pp. 39 y 40), había hecho suya la sencilla explicación del tratadista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto al principio de legalidad: “*no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico.*”

Así, esta Sala fue más allá en el desconocimiento de las normas fundamentales y de la interpretación que les es propia e invirtió el dogma fundamental del Derecho: a los particulares se les permite todo lo que no les esté prohibido pero el Estado, el Poder, sometido como está al Principio de Legalidad, *sólo puede hacer lo que le está expresamente permitido, no puede ejercer potestades que no le hayan sido conferidas*. Si se sacan la supremacía constitucional y el principio de legalidad del juego democrático, se decreta a muerte el Estado de Derecho; si el poder no tiene límites, el Derecho Público carece de objeto y el Derecho Constitucional sólo tendrá sentido en el marco del estudio del Derecho Comparado.

Por el contrario, es necesaria la acotación de que esa exigencia constitucional, de que la suspensión del ejercicio de los derechos políticos sólo procede mediante sentencia judicial firme, debe entenderse necesariamente como sentencia condenatoria que recaiga en proceso penal, según lo preceptúa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999, según esta Sala ya ha reconocido, entre otras, en sentencia N° 340 de 9 de marzo de 2004.

Esa misma Convención expresa, además, cuáles son esas condiciones de *aptitud* que puede regular el legislador en relación con el derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular. Así, se lee del artículo 23 de esa Convención lo siguiente:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal (Subrayado añadido).

La regulación que sobre las limitaciones a los derechos políticos asumió el Constituyente de 1999 coincide, además, con la que en esta materia se asume en el Derecho comparado. Así, cuando analizan, en su tratado, la potestad sancionatoria administrativa como expresión del *ius*

puniendi del Estado, los autores españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ señalan:

..., no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. (...) Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad (...) y las privativas de otros derechos civiles y políticos” (Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Séptima edición, Madrid, 2000, Tomo II, pp. 164 y 165).

Se trata, además, de la interpretación que en nuestro ordenamiento jurídico se ha mantenido incluso antes de la vigencia del Texto Fundamental de 1999. Mediante fallo de 11 de agosto de 1998, la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia declaró la inadmisión de la solicitud que se le planteó en el sentido de que “*declare ‘la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se aceptó la postulación del ciudadano HUGO CHAVEZ FRÍAS como candidato para el cargo de Presidente de la República de Venezuela’*”, para lo cual el Pleno sostuvo que “*...visto que de acuerdo con el artículo 1º de la Enmienda nº 1 de la Constitución de la República, en que se fundamenta la solicitud, no se llenan en este caso las exigencias contempladas en dicho Texto, por cuanto es público y notorio que el ciudadano Hugo Chávez Frías no ha sido condenado por sentencia definitivamente firme por ningún Tribunal de la República...*” (subrayado añadido).

Lo anterior abunda, entonces, en la inconstitucionalidad parcial del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en lo que se refiere a las sanciones de suspensión y destitución respecto de funcionarios electos mediante el ejercicio del sufragio y, asimismo, en lo que se refiere a la sanción de inhabilitación política *de cualquier funcionario*, pues si se tratase de un funcionario electo popularmente, la sanción injuriaría el artículo 42 constitucional respecto de su derecho fundamental al ejercicio del cargo para el cual hubiese sido elegido así como el derecho al sufragio de quienes lo eligieron, y si se tratase de la inhabilitación política de funcionarios no elegidos de manera popular, la sanción de inhabilitación política implicaría un agravio a su derecho a la participación política que recogió el artículo 62 de la Constitución y el derecho al eventual desempeño de cargos de elección popular que reconoce el artículo 65 del Texto Fundamental. A la luz de la letra del artículo 42 constitucional, debe señalarse que la norma prohíbe la suspensión del goce y no sólo del ejercicio de los derechos de contenido político; en consecuencia, aunque el sancionado no fuese, al momento de la sanción, candidato a cargos de elección popular, su inhabilitación política resultaría inconstitucional.

En sintonía con las disposiciones constitucionales que se analizaron, el artículo 285.5 de la Carta Magna establece, entre las atribuciones del Ministerio Público, “*Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.*”

El término jurídico “acción” tiene, sin lugar a dudas, una connotación judicial, en virtud de que es el derecho de acceso a los tribunales para que sea declarado el derecho (*iurisdictio*); es, en las muy sencillas palabras de la Real Academia de la Lengua Española: “*v. Derecho que se tiene a pedir una cosa en juicio.*” (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, 1992). Así, esta atribución del Ministerio Público, en el marco del sistema, de normas que se comenta, refuerza la conclusión que se explicó respecto a la expresa voluntad del constituyente con relación a las limitaciones a los derechos políticos de los ciudadanos en general y de los funcionarios públicos en particular.

En consecuencia, quien disiente considera que es inconstitucional, tal como se dispuso en los precedentes que antes se citaron, la sanción de destitución de funcionarios electos popularmente que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, asimismo, se agrega en esta oportunidad, *son inconsti-*

tucionales las sanciones administrativas de suspensión respecto de los funcionarios de elección popular y la sanción administrativa de inhabilitación política respecto de cualquier funcionario público, ambas recogidas también en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues se trata de limitaciones al ejercicio de derechos políticos mediante la imposición de sanciones administrativas, lo que contradice abiertamente la letra de los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

3. Por último, el salvante no puede menos que deplorar las consideraciones que, para la desestimación de la aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se realizaron en relación su aplicabilidad y vigencia y, en particular, con respecto a la interpretación que ha de dársele al artículo 23.2 *eiusdem*; y, asimismo, sobre la explanación de una serie de observaciones concernientes a los límites de la aplicación de las normas del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno.

En conexión con tal punto, conviene la realización de las siguientes reflexiones:

En primer lugar, el fallo del cual se difiere partió de la errónea premisa de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José) es una “*declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal*”.

El derecho internacional de los derechos humanos, pese a su corta existencia como cuerpo normativo autónomo, ha sufrido una evolución que, en palabras del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, ha marcado los límites y nuevas fronteras del Derecho Internacional en su relación con los derechos internos de una manera explosiva y expansiva. En el devenir de esa evolución progresiva, se ha desarrollado un conjunto de técnicas normativas de reconocimiento a los derechos humanos, así como de mecanismos procesales para su protección, entre ellos: declaraciones, tratados, resoluciones de las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (*soft law*), resoluciones y decisiones de los organismos especializados cuando conocen de denuncias o solicitudes de los Estados o bien de los individuos (Consejo de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre muchos otros).

En un primer momento del proceso evolutivo que se conoce como la “*internacionalización de los derechos humanos*”, que tiene su punto de inicio en la conclusión del aciago período que se vivió durante la Segunda Guerra Mundial, la comunidad de Estados en su conjunto, “*considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de creencias*” (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948), optó por el reconocimiento expreso de los derechos que la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco) simplemente había enunciado como un objetivo básico de la cooperación interestatal en el seno de la Organización.

Ese primer paso fue dado a través de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que -como su nombre lo indica- fue, *ab initio*, un instrumento enunciador de un conjunto de principios carente de fuerza vinculante y normativa, pero que -posteriormente- adquiriría una enorme relevancia en la práctica de las Naciones Unidas, así como en el contexto de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de cada uno de los Estados, de que, en muchos particulares, su contenido ha cristalizado en costumbre jurídica internacional y, en otros, ha traducido en el convencimiento generalizado de que algunos de sus dispositivos constituyen normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*).

La evolución histórica de ese proceso no acabó allí; así, posteriormente, prosiguió la convicción de los miembros de la comunidad internacional de que el simple reconocimiento a los derechos no era suficiente para el alcance de la eficaz vigencia de los derechos de la persona y que, por ende, era necesaria la profundización de los compromisos que fueron adquiridos a través de la adopción de tratados o convenciones especializados en materia de derechos humanos que crearan organismos de tutela que pudieran asistir al individuo frente a las arbitrariedades del poder estatal. En un primer momento, esa etapa de avance en la positivización internacional se produjo a nivel regional (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales [1950] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [1969]) y, luego, se expandió al ámbito universal (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con sus dos protocolos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre muchas otras convenciones especiales).

En nuestro continente, se replicó esa misma dinámica de evolución en la cobertura normativa de los preceptos de tutela de los derechos humanos; así, muy tempranamente, en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá de 1948, la comunidad de Estados americanos adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y, dos décadas después, la Organización de Estados Americanos propiciaría la adopción del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, la Convención), la cual —a diferencia de lo que la mayoría sentenciadora apuntó— es un auténtico tratado internacional de reconocimiento y protección de derechos humanos y, como tal, fuente generadora de obligaciones internacionales para los Estados parte en dicho instrumento. A este respecto, es suficiente la remisión a la letra del artículo 1.1 de la Convención, que dispone: “*Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar las libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*” (Resaltado añadido).

Esta cláusula se ha reconocido como la espina dorsal sobre la que descansa el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el fundamento para la determinación y consecuente responsabilidad internacional para aquellos Estados que incumplieren con alguna de las disposiciones de la convención.

En opinión de quien difiere del fallo que precede, la norma en referencia implica que la obligación de los Estados de cumplimiento con el pacto se mantendría inalterada aun en el supuesto de que dicho artículo no estuviere expresado en la Convención, pues éste es inmanente a todo tratado internacional ya que deviene de la suprema máxima *pacta sunt servanda*. De manera que, mal puede argüirse que el instrumento en referencia no obligue a alguna de las partes; en particular, como lo reconoce la mayoría sentenciadora, Venezuela depositó el instrumento de ratificación del tratado el 9 de agosto de 1977; así, desde ese momento, se comprometió a su ejecución de acuerdo con los principios del Derecho Internacional y dicha ejecución ha de hacerse a tenor de un comportamiento de buena fe.

En otro orden de ideas, el veredicto antecedente se fundó sobre la errónea base de que la norma del artículo 23 de la Constitución de 1999 no permitía la aplicación del artículo 23.2 de la Convención, pues su incorporación normativa al plano constitucional no es “*absoluta ni automática*”.

El salvante estima que la inteligencia del artículo 23 es precisamente la contraria. Las normas de los tratados internacionales se aplican *siempre*, pues lo contrario sería hecho generador indubitable de responsabilidad internacional. Ahora bien, el problema que entraña la aplicación del artículo 23 constitucional alude a la jerarquía normativa de los tratados internacionales y no, como ya se expresó, a si estos se aplican o no en el ámbito interno. Dispone el artículo en referencia que los tratados de derechos humanos podrán tener, incluso, una aplicación preeminente a las normas dogmáticas del Texto Magno cuando establezcan un régimen de tutela más favorable que éstas, es decir, se ubican -en ese supuesto- en un plano jerárquico superior a las normas constitucionales.

De igual manera, interesa resaltar que las normas de protección a los derechos humanos forman parte del denominado “bloque de la constitucionalidad” en alusión a las normas dispersas que, en su conjunto, deben integrarse al Texto Magno.

Así, si una norma de la Constitución fuese contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esa disposición, en sí misma, sería generadora de responsabilidad internacional en atención a lo que dispone el artículo 2 de la Convención: “...*Los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*” Asimismo, ha de tenerse en cuenta que es un principio de Derecho Internacional general que ningún Estado puede excusarse del cumplimiento con alguna obligación internacional sobre la base de las disposiciones de su derecho interno; así, cuando exista alguna contradicción entre la Constitución y la Convención, el Estado de que se trate debe procurar la reforma del Texto Constitucional para que cumpla con la obligación que asumió en razón del artículo 2 de la última y ésta ha sido la experiencia de los países democráticos en nuestra región, como aconteció con el caso de la Constitución Política de Chile desde el juzgamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de la película “*La última Tentación de Cristo*” (Caso *Olmedo Bustos y otros contra Chile*) y de la Opinión Consultiva N° 4 sobre la “*Propuesta de la Modificación a la Constitución Política de Costa Rica*”.

Asimismo, quien disiente rechaza enérgicamente el criterio conforme al cual la Convención reconoce sólo libertades civiles y políticas “*de corte clásico*” en un régimen de “*democracia formal*” y que, en consecuencia, la Constitución establece –en general– un régimen más favorable para el goce de los derechos humanos, por cuanto la garantía del Estado Social de Derecho ha superado la tutela que esa “*interpretación globalizante y hegemónica*” del régimen internacional de los derechos humanos supuestamente propicia.

La mayoría sentenciadora olvida que el reconocimiento de los derechos debe, insoslayablemente, partir de la premisa de que estos son interdependientes y de que la división que de ellos se ha hecho por “generaciones” no es más que el reflejo de realidades históricas que se van sucediendo en el tiempo. La garantía del goce de todos los derechos humanos exige que los operadores jurídicos se aproximen a ellos con el auxilio de un enfoque holístico conforme al cual las distinciones entre categorías de derechos son odiosas para su cabal protección.

Esto fue entendido por René Cassin, uno de los grandes ideólogos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando sostuvo que la supuesta escisión entre dos esferas de derechos no era más que un ejercicio académico, una vez que la Declaración Universal incluyó, junto con los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales pues, para él, el reconocimiento de los derechos se resumía en la concreción de un “*impulso continuo de lo individual a lo social*” (“*un élan continu de l’individuel vers le social*”).

Para quien rinde este voto salvado todos los derechos humanos confluyen de manera armoniosa, de tal forma que la violación a uno de ellos probablemente acarrea la negación de otros; así, de igual forma, en lo que respecta a su garantía. Piénsese un instante, por ejemplo, qué significaría el derecho a la libertad de expresión sin el derecho a la educación, del derecho a la circulación sin el derecho a la vivienda o del derecho a la participación política sin el derecho al trabajo. Esta óptica del problema de los derechos ha sido asumida por la jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso sobre la base de las disposiciones de los artículos de la Convención que reconocen los derechos que el fallo antecedente impropriadamente cataloga como de “*corte clásico*”, ello sin siquiera apoyarse en la cláusula del artículo 26 convencional.

Así, por ejemplo, se ha interpretado el artículo 4 *eiusdem* que reconoce el derecho a la vida como dimanante de una obligación de abstención para los estados que consiste en no privar arbitrariamente a nadie de su vida, pero también de una obligación positiva de garantía de las condiciones de vida que hagan propicia la dignidad humana (“derecho a una vida digna”, en palabras de la Corte); bajo la segunda perspectiva, se han tutelado derechos sociales de múltiples grupos marginados o en condiciones de vulnerabilidad que han acudido a las instancias del Siste-

ma Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y que han encontrado tutela conforme a las disposiciones de este tratado, el cual, erróneamente, según esta Sala, no sería capaz de proteger derechos sociales. (Cfr. Casos *Mayagna Awas Tigni vs Nicaragua*, *Moiwana vs. Suriname*, *Saramaka vs. Suriname*, *Yakye Axa vs. Paraguay*, *Albán Cornejo vs. Ecuador*, *Yani Bosico vs. República Dominicana*, entre tantos otros).

Asimismo, el argumento del fallo antecedente, conforme al cual la Convención no reconoce los derechos sociales, no es acertado por varias razones: i) Si bien Venezuela no es parte del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el artículo 29.d) de la Convención preceptúa que ésta no podrá interpretarse en el sentido de “*excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”, de manera que, por cuanto tanto la Declaración -como otros tratados en los que Venezuela es parte (*verbigratia*, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)- contienen normas de protección a los derechos sociales, las mismas podrían integrarse hermenéuticamente a la Convención Americana; ii) Como ya se dijo, los derechos individuales tienen también un cariz social y así lo ha reconocido expresamente la Corte Interamericana en el caso del derecho a la libertad de expresión (Cfr. caso *Ivcher Bromstein vs. Perú*) y de los derechos políticos (Cfr. caso *Yatama vs. Nicaragua*).

En otro sentido, el salvante deplora que la Sala haya considerado que “*deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos*”, como justificación para la no aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando es lo cierto que el artículo 23 de la Constitución de 1999 sólo admite la prevalencia del derecho interno cuando éste contenga normas más favorables al goce o ejercicio de los derechos fundamentales, no así más favorables al interés general o colectivo (Cfr., además, el artículo 29 de dicha Convención).

Por último, sorprende sobremanera a quien rinde esta opinión las consideraciones de la mayoría sentenciadora en relación con la vinculación de las obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno, las cuales exacerbaban -a un grado superlativo-, la más cándida posición dentro de las doctrinas dualistas del Derecho Internacional, contemporáneamente en franco abandono.

Hoy día, es indudable que la Soberanía de los Estados pervive y debe pervivir como principio fundamental del Derecho Internacional; sin embargo, a nadie escapa que la noción contemporánea de dicho principio dista de manera ingente de la concepción sobre la que se fundó el derecho internacional clásico; es decir, un ámbito de poder absoluto e irrestricto sobre las personas que eran “*súbditas*” del Estado que se tratase. El mérito del remozamiento de la concepción del dogma de la Soberanía corre a cuenta, principalmente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues en nuestro tiempo, afortunadamente, ningún Estado puede creerse con título omnímodo que lo habilite para tratar como quiera a sus “*ciudadanos*”, pues siempre habrá de hacerlo con respeto y acatamiento a los estándares mínimos del Derecho Internacional. Esa concepción humanista dentro de la esfera jurídica internacional constituye uno de los logros más preciados de la historia de la humanidad y sobre la base del mismo los gobiernos y los pueblos deben proseguir las luchas progresivas para el alcance de las metas tendientes a saldar las deudas que aún aquejan la conciencia del hombre contemporáneo. Es lamentable que la mayoría sentenciadora no se haya apercebido de esta incommovible realidad.

Pero aún más lamentable es que se haya echado mano de tan insostenibles y artificiosos argumentos para la elusión de lo ineludible: la claridad meridiana de la norma Americana -que es de rango constitucional, entre nosotros, y es más restrictiva que la nacional respecto a un límite al ejercicio de derechos fundamentales y, por tanto, más favorable a éste-, que determina que el ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos y venezolanas (que derivan de la ciudadanía que les corresponde porque detentan esa nacionalidad) sólo puede ser reglamentado por la ley, “*exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad*

civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”, lo cual, cuando se incorpora al sistema de normas aplicable al problema de los límites constitucionales a dichos derechos políticos (artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), impone la interpretación según la cual la “*sentencia judicial*” a que se refiere el artículo 42 es una que recaiga en un proceso penal; del mismo modo que, como es obvio, la “*condena por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público*” a que se refiere el artículo 65 sólo puede hacerse a través de un fallo que se pronuncie en un proceso penal.

Y como la que se describió es la única forma constitucional de inhabilitación política, cualquiera otra, administrativa o judicial no penal, es inconstitucional, como lo es la que establece el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y así debió ser fallado por esta Sala Constitucional.

En otro orden de ideas, la mayoría sentenciadora reconoció que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un conjunto de parámetros aplicables al asunto *sub examine*. Así, según el criterio que prevaleció, la norma cuya inconstitucionalidad fue delatada se compara con el artículo 23.2 de la Convención, por cuanto el artículo 30 *eiusdem* permite que se dicten leyes que restrinjan alguno de los derechos que recoge el instrumento internacional en cuestión por razones de salvaguardia del interés general.

Quien consigna esta opinión divergente estima que, en efecto, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es perfectamente posible que los Estados impongan restricciones legítimas a los derechos en ella reconocidos, tal como lo dispone el artículo 30 en mención; sin embargo, este supuesto no se cumple en el caso de autos, pues la norma del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece una restricción que excede los límites permisibles por la Convención Americana, en tanto que es frontalmente contraria a la disposición del artículo 23.2 *eiusdem*.

La Sala parte de la errónea premisa conforme a la cual existiría una especie de contradicción irresoluble entre los derechos individuales y el interés general y, de esa forma, pareciera concluirse que las restricciones a éstos son, en todos los casos, válidas, siempre que se esgriman, a su favor, razones de alguna hipotética vinculación con dicho interés general. Este equívoco argumental desconoce que las mismas razones de preeminencia del bien común, en muchos casos, podrían, muy por el contrario, exigir una lógica totalmente opuesta; es decir, que se sobreponga un determinado derecho individual sobre otros derechos individuales o incluso sociales, como podría ser el caso del derecho a manifestar públicamente y el derecho a la libertad de circulación, por ejemplo. En buen derecho, las limitaciones –en general- han de imponerse sólo por razones de estricta necesidad y conforme al principio de proporcionalidad; así, el interés general puede justificar cierta aplicación restrictiva a una exigencia subjetiva en concreto, pero, al mismo tiempo, puede, eventualmente, demandar la preferencia por otra exigencia del mismo carácter, siempre con apego a los términos de la regla convencional que define la limitación o que habilita al Estado para la restricción.

Por supuesto que la Convención reconoce a los órganos legislativos nacionales la exclusiva función del establecimiento de los límites al ejercicio de los Derechos Humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país, ya que, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana, a través de los procedimientos legislativos de este tipo se permite a las minorías:

... expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que **una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria a los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder** (Opinión Consultiva OC6-86, “*La Expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Resaltado añadido)

Quien disiente comparte la apreciación del órgano jurisdiccional de control interamericano, en cuanto a que la configuración normativa del régimen de los Derechos Humanos sólo compete al órgano legislativo nacional, conforme a los procedimientos constitucionales, pero que, al mismo tiempo, dicho desarrollo legislativo resultante debe corresponderse con los estándares y parámetros mínimos que fija la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo preceptúa el artículo 2 *eiusdem*. Así, en el supuesto de que se dicte una Ley (aún en invocación del interés general) contraria a las obligaciones que asumió el Estado a través de la Convención Americana, corresponde, en primera instancia, a los órganos jurisdiccionales nacionales (en concreto, a esta Sala Constitucional, en ejercicio del control constitucional concentrado, así como a todos los jueces de la República a través del control difuso) el ejercicio del control posterior para la supresión de dicho obstáculo para el goce de los derechos en una sociedad democrática.

Asimismo, las leyes que restrinjan derechos deben responder objetivamente a la tutela del interés general y ello significa que tales restricciones deben expedirse en función del bien común, elemento integrante del orden público en un Estado Democrático. El contenido de ambos conceptos, orden público y bien común, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los Derechos Humanos, deben ser objeto de una interpretación que se ciña a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC5-85. “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”).

Por ello, las restricciones a que se contrae el artículo 30 deben respetar el objeto y las obligaciones concretas que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así, aparece como totalmente infortunado el planteamiento según el cual el artículo 23.2 *eiusdem* no se aplica al caso *sub examine* pues supuestamente se produjo una legítima restricción a su contenido, por cuanto el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece una restricción a aquella disposición Americana que no se compadece con los estándares mínimos que se desprenden de ella, pues la habilitación que la misma hace sólo permite al legislador que opte por cualquier restricción siempre que se la haga en atención a “razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal”.

En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser declarada con lugar, con inclusión, por vía de consecuencia, de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares cuya declaratoria de nulidad también se pretendía, por ausencia de base legal.

Queda así expresado el criterio del magistrado que rinde este voto salvado.

TSJ-SC (1266) 6-8-2008, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán, Caso: Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. RDP N° 115, 2008, pp. 643 ss.

La Sala Constitucional confirma la constitucionalidad de del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Los accionantes en nulidad impugnan el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, alegando -*grosso modo*- la lesión del derecho al debido proceso, contenido en los distintos cardinales del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y el derecho al ejercicio de los derechos políticos contenido en el artículo 42 *eiusdem*.

En ambos casos, el argumento de los accionantes desarrolla distintos tópicos en torno a la forma en que la norma impugnada transgrede la Carta Magna. En el primero se adentran a considerar la trasgresión de los principios que rigen el denominado Derecho Administrativo Sanciona-

dor, tales como el debido procedimiento, la proporcionalidad, el principio de tipicidad, la presunción de inocencia y el *non bis in idem*; mientras que en el segundo, insisten en que la inhabilitación, como una manifestación de la limitación del ejercicio de los derechos políticos, específicamente el sufragio pasivo, sólo puede ser declarada por sentencia condenatoria penal.

La norma impugnada es del siguiente tenor:

Artículo 105. La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes.

En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.

Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula.

1.- Antecedentes Legislativos

El artículo 105, antes transcrito contempla que la declaratoria de responsabilidad administrativa acarrea la imposición de multa por el órgano de control fiscal; la suspensión del ejercicio del cargo o la destitución del funcionario declarado responsable; así como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impuesta por el Contralor General de la República, sin necesidad de cumplir otro procedimiento para ello.

Un estudio histórico de nuestra legislación patria evidencia que la norma impugnada se repite con un contenido originario similar, es decir, la posibilidad de que la declaratoria de responsabilidad administrativa acarree múltiples sanciones administrativas, como la multa, la destitución y/o suspensión, y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Así, la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.712 Extraordinario del 6 de enero de ese año, estipulaba en su artículo 84 lo siguiente:

Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá conducir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados.

La Ley citada fue objeto de reforma en 1984, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 3.482 Extraordinario del 14 de diciembre de ese mismo año. Entre los artículos modificados se encontraba el arriba transcrito, el cual, en esa oportunidad, quedó del siguiente tenor:

Artículo 84. Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonadamente la sanción disciplinaria que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres (3) años, que fijará el funcionario competente de acuerdo a la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados. Esta sanción de inhabilitación podrá ser aplicada, en el supuesto indicado, aun cuando el declarado responsable se haya separado de la función pública, en cuyo caso, el funcionario competente para imponerla será el máximo jerarca del organismo en el cual ocurrieron los hechos.

Sin embargo, el antecedente normativo inmediato de la disposición que hoy se impugna se encuentra en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de ese año; lo cual resulta significativo porque permite evidenciar la evolución conceptual de la norma que se mantiene en su sentido originario, conformando una tradición legislativa. Así, en los artículos 121 y 122, de la citada ley de 1995 se lee:

Artículo 121. Las averiguaciones administrativas terminarán con una decisión que podrá ser de absolución, de sobreseimiento o de responsabilidad administrativa, según el caso. Cuando la decisión fuere de responsabilidad administrativa, el inculpado será sancionado con multa de doce (12) a cien (100) salarios mínimos urbanos.

Artículo 122. Una vez firme la decisión de responsabilidad en vía administrativa y sin perjuicio del recurso jurisdiccional que pueda interponerse contra esa decisión, la Contraloría remitirá el auto correspondiente y demás documentos al organismo donde ocurrieron los hechos irregulares o en el cual esté prestando servicios el funcionario, para que la máxima autoridad jerárquica, en el término de treinta (30) días continuos, le imponga, sin otro procedimiento, la sanción de destitución.

El Contralor General de la República o la máxima autoridad del respectivo organismo, de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, podrá imponer, además, la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un período no mayor de tres (3) años.

Si el declarado responsable, se ha separado de la función pública, el Contralor podrá aplicar la sanción de inhabilitación, hasta por un período igual al señalado en este artículo.

La decisión que imponga la inhabilitación también será remitida a la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República para que surta los efectos correspondientes y sea incorporada al expediente respectivo en el registro que dicha Oficina llevará de los funcionarios y empleados públicos a que se contrae el artículo 84 de esta Ley.

En las normas reseñadas se patentiza que el legislador de 1975, de 1984 y de 1995 estableció que competía únicamente al órgano contralor declarar la responsabilidad administrativa mediante un procedimiento de control fiscal que era un proceso *«mero-declarativo»*. Las consecuencias sancionatorias de esa declaratoria eran competencia de la máxima autoridad del funcionario incurso en responsabilidad cuando dicho funcionario aún estaba en servicio, porque si el funcionario declarado responsable se encontraba separado de la función pública, correspondía al Contralor General de la República aplicar la sanción de inhabilitación.

Tal distinción se explica por el criterio doctrinario imperante para la época, según el cual la potestad sancionatoria era una manifestación del principio de jerarquía administrativa; de modo que, correspondía sancionar a la autoridad que ejercía la potestad jerárquica.

Para entonces, el Contralor General de la República aplicaba directamente las multas coercitivas, según el artículo 93 de la Ley de 1975 o, artículo 94 de la Ley de 1984; manteniendo una competencia residual para imponer la sanción de inhabilitación cuando el funcionario no

estuviera en la función pública; fuera de tales supuestos, una vez declarada la responsabilidad administrativa el jerarca del funcionario declarado responsable contraía *la obligación* de destituir al funcionario; y además, imponerle la sanción de inhabilitación que razonadamente estimase según el mérito y el grado de la responsabilidad administrativa declarada previamente por el Contralor General de la República.

El hecho es que por tratarse de la concreción de la responsabilidad administrativa declarada por el Contralor General de la República previo procedimiento, el acto de la máxima autoridad jerárquica del funcionario responsable no exigía otro procedimiento adicional.

Así era entendido pacíficamente según se desprende de lo afirmado por SILVA CIMMA (*Control Público. Filosofía. Principios*, 1976, pp. 351-352), para entonces asesor de la Contraloría General de la República:

El inciso segundo del artículo en estudio -se refiere al artículo 84 de la Ley de 1975- prescribe (*sic*) que la destitución aplicada en virtud de una declaratoria de responsabilidad decidida por la Contraloría “podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados”.

Por su parte, el N° 5 del artículo 61 de la Ley de Carrera Administrativa estatuye que es causal de destitución la condena penal que implique privación de libertad, o el “auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República”. Esto ha hecho pensar a más de alguien que la referida Ley, en consonancia con la actual disposición orgánica recién comentada, habrían dado en este caso a la Contraloría una potestad disciplinaria directa y de propia decisión. Ello no es así. El auto de culpabilidad que menciona la Ley de Carrera Administrativa no es otra cosa que el auto de responsabilidad que hemos analizado, y cuyos alcances quedan, a nuestro juicio, suficientemente bien aclarados a la luz del análisis del artículo 84 de la Ley. La Contraloría declara privativamente la responsabilidad y el jerarca competente aplica la sanción. Si resuelve “destituir”, lo estará haciendo en virtud de un auto de responsabilidad o de culpabilidad emanado de la Contraloría, y esa será la causal de destitución (artículo 61 N° 5 de la Ley de Carrera Administrativa); y si decide además disponer una inhabilitación para el ejercicio de la función pública, también podrá hacerlo en uso del artículo 84, inciso 2° de la Ley de la Contraloría, pero en ambos casos, quien resuelve y aplica la medida disciplinaria será el jerarca competente de la administración activa y no la Contraloría.

De manera que, producto de la evolución política-administrativa, fue la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, la que atribuye al Contralor General de la República por primera vez, la potestad de imponer directamente sanciones pecuniarias con ocasión de la declaratoria de responsabilidad administrativa, manteniendo también una competencia residual para la aplicación de la sanción de inhabilitación cuando el funcionario declarado responsable no estuviera en desempeño de la función pública.

Es este contexto evolutivo del régimen sancionatorio del control fiscal el que signa la redacción del artículo 105 de la hoy vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en el que aún se notan resquicios de lo que fue esta distinción de potestades que antaño signó el régimen de control fiscal en Venezuela; sólo que esta vez, esa distinción se incardina en el establecimiento del Sistema Nacional de Control Fiscal. De modo pues que la norma impugnada forma parte de la tradición republicana del país.

2.- La nueva ubicación constitucional de la Contraloría General de la República.-

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Contraloría General de la República deja de ser un órgano público de la Administración con autonomía funcional como lo eran también el Consejo de la Judicatura y el Consejo Supremo Electoral. La Constitución Nacional de 1961 establecía en su artículo 236, que “*La Contraloría General de la República es órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones*”.

Otra es la ubicación que en la estructura del Estado le asigna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

En efecto, el artículo 273 de la Carta Magna, Título V, Capítulo IV, Sección I, prevé la existencia del denominado Poder Ciudadano, el cual es ejercido por el Consejo Moral Republicano cuyos órganos integrantes son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. Esta conformación constitucional evoca el concepto del Poder Moral propuesto en 1819 en el Congreso de Angostura, que aprobara para la Gran Colombia, la Constitución promovida por el Libertador.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 274 constitucional, la existencia de esta nueva rama del Poder Público tiene entre otras atribuciones la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, y velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público.

En el marco normativo constitucional descrito *supra* se inscribe la labor de la Contraloría General de la República; y por ello es que resulta necesario destacar el nuevo rol que la Constitución le otorga al ente contralor; bien puede afirmarse que en la actualidad el organismo desempeña un doble rol, a saber: Máximo Órgano Contralor de la República e integrante del Poder Ciudadano. A esto habría que agregar el mandato del Constituyente de 1999 mediante el cual dio rango constitucional a la regulación de un único Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuyo vértice se encuentra la Contraloría General de la República.

Es de reconocer que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 fue producto de un esfuerzo institucional del máximo órgano contralor del país en pro de alcanzar una visión sistémica del control fiscal. Así, en 1997 cumplida la *vacatio legis* contenida en el artículo 137 de esa Ley, se logró la transferencia del llamado control previo a la Administración Pública activa, lo que constituyó un importante paso hacia la consolidación del futuro sistema nacional de control fiscal (el control *posteriori* y el control externo), que sin lugar a dudas significó un cambio de paradigma en la concepción del control fiscal.

Después se suceden en el país los acontecimientos político-institucionales de 1999, ampliamente conocidos, resultado de la Asamblea Nacional Constituyente y la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; acontecimientos que en el ámbito del control fiscal tuvieron como colofón la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en el año 2001.

Entre las novedades que incorpora la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal por mandato constitucional está la creación del Sistema Nacional de Control Fiscal. En el artículo 4 de la mencionada Ley se dice que el Sistema Nacional de Control Fiscal es el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, interactúan coordinadamente a fin de lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control, que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a la Ley; así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública.

De ese modo, el contexto institucional y normativo referente a la Contraloría General de la República previsto en la Constitución de 1999 y en la Ley Orgánica que lo rige, incide sobre la lectura que debe dársele al contenido y alcance del artículo 105 impugnado. En ese sentido es necesario tener en cuenta que:

- El Constituyente de 1999 atribuyó a la Contraloría General de la República un doble rol: Máximo Órgano Contralor de la República e integrante del Poder Ciudadano.
- Se adoptó la visión sistémica de la actividad contralora y prueba de ello es la elevación a nivel constitucional de la exigencia del establecimiento de un Sistema Nacional de Control Fiscal (artículo 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

- Se promulgó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en el año 2001, dando así respuesta a los imperativos constitucionales de 1999.

En definitiva, es en el contexto de la evolución constitucional, institucional y normativa antes descrita en el que debe insertarse la existencia y funcionamiento de la Contraloría General de la República.

En América Latina es posible evidenciar en algunas Constituciones Políticas, las modalidades de inhabilitación para el ejercicio de la Función Pública; así los casos de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú sirven para ilustrar el examen comparado. En ellas puede apreciarse que la actividad de control fiscal y la posible suspensión e inhabilitación de funcionarios públicos está confiada a órganos diferenciados, porque el órgano contralor es sólo de carácter auxiliar del Poder Legislativo; y además, en todos esos países es posible evidenciar la naturaleza política, administrativa o penal de dichos controles.

En el caso venezolano se confieren tales facultades de manera concurrente y simultánea a la Contraloría General de la República, que es consecuencia de la evolución normativa, institucional y constitucional que ha experimentado la actividad contralora en el País.

En definitiva, se puede concluir que en Venezuela si bien la norma atributiva de sanciones a la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario público no constituye la novedad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; sí lo es en cambio, la ubicación que adquiere en la Constitución de 1999 la Contraloría General de la República, superando con creces la noción de órgano con autonomía funcional, adscrito al Congreso de la República, que regía en el marco de la Constitución de 1961.

3.- Argumentos de los accionantes para impugnar el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de control Fiscal.-

3.1 De la lesión al debido proceso.-

Los accionantes alegan que la norma impugnada infringe el requerimiento constitucional del debido proceso (en este caso procedimiento), pues le permite al Contralor General de la República, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar la suspensión o la destitución, y además la inhabilitación del declarado responsable administrativamente.

La pretendida trasgresión del aludido requerimiento constitucional lo hallan los accionantes en el hecho de que, a su entender, la declaratoria de responsabilidad administrativa es sancionada con la multa prevista en el artículo 94, sanción para la cual se sigue el denominado “*procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades*” contenido en los artículos 96 y siguientes de la aludida Ley. Esta tesis pareciera afianzarla el hecho de que la sanción de multa es impuesta por el órgano de control fiscal, el cual, según el artículo 26 *eiusdem*, en muchas de las ocasiones suele ser un órgano distinto al Contralor General de la República.

Siguiendo este hilo conductual, a entender de los accionantes, si el Contralor General de la República aspira imponer una sanción (suspensión, destitución o inhabilitación) debe iniciar un nuevo procedimiento.

La Sala observa, tal como se describió en el apartado correspondiente, que la coletilla: «*sin que medie ningún otro procedimiento*», igual que en las leyes precedentes, alude a la atribución de declarar la responsabilidad administrativa del funcionario a través de un procedimiento de naturaleza compleja, pues la atribución de declarar la responsabilidad administrativa estaba escindida de la potestad de imponer las sanciones que se derivan de esa declaratoria. Para entonces, al igual que ahora, la concreción de la responsabilidad administrativa no exigía un nuevo procedimiento, pues se trataba precisamente de materializar la sanción derivada de la responsabilidad administrativa declarada por el Contralor General de la República, conforme al procedimiento previo estipulado en la ley.

Ahora bien, en el impugnado artículo 105 de la Ley impugnada se repite la misma situación, sólo que esa diferenciación de potestades se hace dentro del Sistema Nacional de Control Fiscal. El órgano de control fiscal sustancia y decide el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad administrativa del funcionario, y con base en ello impone la multa a que se contrae el artículo 94 *eiusdem*, única sanción que se le permite imponer al órgano de control fiscal decidir; y el Contralor General de la República, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 105 *eiusdem*, impone la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación. De esta manera, se trata de la manifestación en dos actos administrativos de la misma potestad sancionatoria, lo cual configura lo que la doctrina denomina «*procedimiento complejo*». Así entonces, tal como se ha establecido en sentencia de la Sala N° 1117/2006, el procedimiento complejo configura la manifestación de la potestad sancionatoria en dos fases vinculadas entre sí, en la cual la declaratoria de responsabilidad administrativa es presupuesto necesario de la imposición de la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación; todo tramitado en un procedimiento único aunque como se dijo de naturaleza compleja porque cada una de esas fases se cumplen de forma independiente y eficaz por sí mismos ante sendos órganos que, en su conjunto, forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Ahora bien, que ese procedimiento complejo pueda atentar contra el principio *non bis in idem* es un asunto distinto que se analizará de seguidas; pero en definitiva, la Sala considera que la norma impugnada no transgrede el derecho constitucional al debido procedimiento, el cual necesariamente debe cumplirse para establecer la responsabilidad administrativa. Las sanciones que corresponden a la declaratoria de responsabilidad administrativa no ameritan un nuevo procedimiento porque estas son consecuencias del acto que declara la responsabilidad administrativa.

Ciertamente, queda por resolver lo sostenido por uno de los accionantes en torno al derecho de los funcionarios de cuestionar la valoración realizada por el Contralor General de la República en tales actos, respecto a «*la entidad del ilícito cometido*» (para la suspensión o destitución) o a la «*gravedad de la irregularidad cometida*» (para la inhabilitación); lo cual, a entender del accionante, sólo pueden hacerlo si media un procedimiento administrativo; pero ese es un asunto que será tratado cuando se analice la pretendida trasgresión del principio de tipicidad. Respecto del alegato de la lesión al principio del debido proceso la Sala declara que las sanciones impuestas por el Contralor General de la República son consecuencia, al igual que la multa, de la declaratoria de la responsabilidad administrativa por lo cual no se amerita un nuevo procedimiento. El procedimiento se estima consumado para establecer la responsabilidad administrativa. Así se declara.

3.2. De la trasgresión al principio *non bis in idem*

Alegan los accionantes que, declarada la responsabilidad administrativa por el órgano de control fiscal, éste impone la multa a que se contrae el artículo 94 de la Ley. No obstante, el expediente pasa al Contralor General de la República para la imposición de “*nuevas sanciones*” como la de suspensión, destitución o inhabilitación del cargo público; lo cual, a criterio de los accionantes, transgrede la prohibición constitucional de ser sancionado dos veces por el mismo delito o hechos, contemplado en el artículo 49.7 constitucional, cuyo texto es del siguiente tenor:

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

(...)

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

El principio de *non bis in idem*, que comporta la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho es de arraigo penal. La traspolación de sus dos ámbitos (el sustancial y el procesal) al derecho administrativo sancionador ha ocasionado no pocas disfuncionalidades de las que apenas la doctrina y la jurisprudencia comienzan a dar cuenta; pues como se ha sostenido, los principios que rigen el *ius puniendi* del Estado en el Derecho Administrativo Sancionador ha sufrido adaptaciones que han modificado los escenarios que se perfilaron totalmente esclarecidos en el Derecho Penal, a más de doscientos años de advenimiento del principio de la legalidad penal con ocasión de la Revolución Francesa.

Para que se verifique el *non bis in idem* debe existir identidad de sujetos, de hechos y de fundamento jurídico. En época temprana, su ámbito de aplicación en el derecho administrativo sancionador fue en contraposición al derecho penal; sin embargo, en consonancia con lo que ha sido nuestra tradición republicana, la jurisprudencia de este Máximo Tribunal distinguió entre los bienes jurídicos afectados por una conducta antijurídica para afirmar que la responsabilidad civil, penal y administrativa parten de intereses jurídicos distintos, de suerte que el establecimiento de esas responsabilidades con base en los mismos hechos no implicaba la trasgresión del aludido principio.

Sin embargo, le ha correspondido a la Sala perfeccionar el aludido precedente en el fallo N° 1636/2002, en el cual se indicó, lo siguiente:

Unos mismos hechos que se imputan a una persona, como ya la Sala lo observó, pueden en principio originar sanciones disciplinarias y penales, pero para cumplir con el principio *non bis in idem*, debe evitarse una doble y coetánea persecución, debiendo darse preferencia a la persecución penal, ya que la sanción, con las penas accesorias, puede involucrar las penas disciplinarias, o resultar una cuestión prejudicial con relación a ellas, tal como lo previene la letra h) del artículo 239 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. Además, que la administración no podría desconocer los hechos probados ante los órganos de la jurisdicción penal.

Por ello, si los hechos pueden ser calificados penalmente, el proceso disciplinario debe quedar en suspenso o perder sus efectos, de estar ya decidido, a fin de evitar que se impida a la función jurisdiccional realizar su fin natural, y tal desnaturalización -que tiene que ser evitada- que pueda provenir de razones dolosas, culposas o hasta de azar, debe ceder ante la posibilidad cierta de una persecución penal.

En el derecho común se ha evitado tal duplicidad mediante la institución de la prejudicialidad, donde impera la sentencia penal condenatoria, debido a sus efectos "*adversus omnes*", sobre la de los tribunales civiles, laborales, etc.

Este principio también existe en materia disciplinaria, y no puede desnaturalizarse, aplicando primero el procedimiento sancionatorio y luego el penal. De allí que el artículo 288 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, ordene a los Consejos de Investigación, abstenerse de todo lo que puede significar decisión penal, aun en los casos que exijan medidas para restablecer la disciplina.

Ello se agrava si el procedimiento administrativo deroga un privilegio constitucional utilizable en el proceso penal posterior (cursivas y resaltado del texto citado).

El criterio transcrito luego fue ratificado en el fallo N° 384/2003, consolidándose así el criterio de la Sala de que, ciertamente, es posible que se establezca la responsabilidad penal y administrativa con base en los mismos hechos; pero es menester evitar una coetánea persecución. Si los hechos cuestionados constituyen a la vez ilícitos administrativos y penales, se hace deferencia a favor del proceso judicial penal cuyo resultado condicionará la suerte del procedimiento administrativo, pues ello, en contraposición a la circunstancia de que existiendo infracciones las mismas sean sólo administrativas y no penales, lo que no obsta para la aplicación de múltiples sanciones administrativas, ello en atención al grado de responsabilidad administrativa y a la entidad de la infracción cometida. En ese sentido, se ha indicado que la potestad sancionatoria es una potestad administrativa que si bien deriva en esencia del *ius puniendi* del Estado, la aplicación de los principios que informan el Derecho Penal está sometido a matices en el derecho administrativo sancionador. Así entonces, la aplicación del principio *non bis in idem* en la esfera estrictamente administrativa opera de distinta manera, al no contraponerla de cara al derecho penal. El contenido básico de este principio transita instituciones jurídicas sensibles y dispuestas al cometido estatal, lo que ha llevado a los ordenamientos jurídicos a admitir excepciones a esta prohibición.

En efecto, esta Sala ha sostenido desde el fallo N° 1260/2002 que «...*si bien el Derecho Sancionatorio se nutre de los principios básicos del Derecho Penal que regula el ius puniendi del Estado contra las infracciones al orden jurídico cuyo ejercicio implica la imposición de penas*

corporales y que se efectúa a través de la jurisdicción penal; sin embargo, tales principios no tienen la misma rigidez que presentan en su fuente originaria, por cuanto están adaptados a las actividades de la Administración».

Indudablemente, que lo expuesto no implica el desconocimiento del núcleo fundamental de este principio, que determina que dentro de la esfera estrictamente administrativa no es posible la imposición de dos o más sanciones de la misma naturaleza y del mismo o de distinto orden jurídico; ni dos o más procedimientos administrativos; pero ello no impide la multiplicidad de sanciones de distinta naturaleza, como las que contempla el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En efecto, sanciones contempladas por regímenes jurídicos distintos, en dos o más leyes, no pueden confluír respecto a los mismos hechos. Igualmente está prohibida la imposición de la misma sanción más de una vez, por ejemplo: dos suspensiones, dos destituciones, pero es una opción válida la acumulación de sanciones pecuniarias e interdictivas, pues en su conjunto constituyen la sanción como unidad.

En ese sentido, la sanción, como manifestación externa del *ius puniendi* de la Administración por el acaecimiento de una infracción administrativa, es de diversa naturaleza. Fundamentalmente pueden ser las sanciones pecuniarias como la multa, o interdictivas como la suspensión, la destitución o la inhabilitación. Las pecuniarias recaen sobre el patrimonio del infractor, mientras que las interdictivas le restringen o impiden el ejercicio de ciertas actividades. Ahora bien, la técnica de establecimiento de sanciones administrativas indudablemente está restringida por el principio de *non bis in idem*, pero no se encuentra completamente anulada. De ordinario, la imposición de sanciones pivota entre ambas, el legislador escoge unas u otras como materialización del principio de correlatividad numérica de la sanción; sin embargo, el principio de correlatividad numérica de la sanción no es un principio absoluto, el legislador excepcionalmente puede prescribir varias sanciones interdictivas o también establecer sanciones pecuniarias con interdictivas para sancionar las mismas infracciones administrativas.

Este escenario es el resultado de la ponderación realizada por el legislador respecto a cuál es el tipo de sanción que produce la aflicción necesaria para lograr el efecto represivo o disuasivo de la sanción. En este caso, el legislador concluye que la aflicción no se logra con la sanción única, ante lo cual añade una o varias sanciones, con el requerimiento para cumplir con el principio de *non bis in idem* de que sean de distinta naturaleza.

El bien jurídico tutelado por el legislador tras una opción de esa naturaleza se inscribe dentro de los valores de la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público. En el modelo de Estado social de Derecho y de Justicia adoptado constitucionalmente, es necesario que el legislador se proponga la eficacia del sistema nacional de control fiscal mediante el establecimiento de sanciones que garanticen coercitivamente la funcionalidad del control fiscal.

Así, en la norma cuya constitucionalidad se impugna se contemplan diversas sanciones imponibles como producto del procedimiento administrativo sustanciado para el establecimiento de una infracción legal en el ejercicio de la función pública. Se trata, por tanto, de un supuesto excepcional que debe cumplir con el test de la proporcionalidad, y ser ponderada la gravedad de la infracción, requerimiento que encuentra la Sala cumplido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; pues la imposición conjunta de multa y sanciones interdictivas es el resultado de un juicio valorativo que pondera la gravedad de la falta por parte del órgano sancionador, sin perjuicio del control jurisdiccional.

De ese modo, tratándose de múltiples sanciones de naturaleza distinta, pecuniaria e interdictivas; de conformidad con el razonamiento expuesto, la Sala considera cumplida el requerimiento constitucional para no estimar como lesionado el principio de *non bis in idem*, y por tanto, no trasgredida la norma contenida en el artículo 49.7 constitucional. Así se declara.

3.3. De la trasgresión del principio de tipicidad

Alegan también los accionantes que la norma impugnada transgrede el principio de tipicidad.

El principio de tipicidad exige una *lex certa* que ofrezca seguridad jurídica a los ciudadanos acerca de las consecuencias gravosas de la infracción administrativa. No obstante, con ocasión de la vigencia matizada del *ius puniendi* del Estado en el derecho administrativo sancionador, se ha aceptado estándares deontológicos de conducta que canalizan la verificación de la infracción administrativa a través de la descripción normativa de actos, hechos u omisiones generados de responsabilidad administrativa; de ninguna manera podrían asimilarse a lo que en el derecho penal se denominan “*leyes penales en blanco*”.

En efecto, en el régimen disciplinario, sub especie del sancionatorio, es necesario en buena medida la estimación de ilícitos que sancionan conductas que sólo pueden ser valoradas como antijurídicas aplicando criterios de *ética pública*, de *moral administrativa*, de *buena gestión* y de legalidad en el uso del patrimonio público (artículo 274 de la Constitución) y no únicamente jurídicos. Esta flexión del principio de tipicidad obedece a que en el derecho administrativo sancionador dentro del régimen de la función pública se mimetiza con la necesidad del funcionamiento regular de la Administración, lo que exige de parámetros valorativos que recaen sobre hechos que no sólo son altamente casuísticos, imposible de abarcar con una disposición específica para cada supuesto; sino que, además forman parte de un esquema de funcionamiento administrativo adecuado a la consecución del interés público en el que se incardina valores de todo tipo. Este criterio ha sido sostenido por la doctrina nacional y extranjera. Para ENTRENA CUESTA (*Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I/2, 1998, p. 331) por ejemplo:

Constituye falta administrativa cualquier incumplimiento por parte de los funcionarios de los deberes que les afectan. De aquí la dificultad de señalar en concreto cuáles sean las faltas sancionables; dificultad que corre paralela con la de enumerar los deberes funcionariales (...). Por ello, constituye un lugar común en la doctrina la afirmación de que se aplica con menor rigor en esta materia el principio *nullum crime sine lege*.

El hecho es que, en el ámbito administrativo la implementación de lo que la doctrina llama “conceptos jurídicos indeterminados” no está proscrita; antes más, son empleados para la verificación de la gradación de la sanción, pero no de la infracción en sí misma. Se trata entonces de un criterio que ofrece al órgano sancionador un margen de apreciación que no riñe con el principio de tipicidad, pues en él debe llenarse, a través de un examen pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación desde los valores comprometidos en el concepto, las máximas exigidas para justificar el por qué de la sanción impuesta.

Lo importante para que no se incurra en el quebrantamiento del principio de tipicidad es que el ilícito o la infracción se encuentren perfectamente definidos, así como también la sanción. Así lo ha sostenido la Sala en el fallo N° 1798/2005, en el cual indicó, lo siguiente:

Ahora bien, en el Derecho Administrativo Sancionatorio, ciertamente, el principio de tipicidad no tiene la misma rigidez que en el ámbito penal, cuando se permite que el propio legislador, en una norma en la que la conducta prohibida no se recoge íntegramente, delegue a otras normas la regulación de algunos elementos que completen la descripción del ilícito administrativo; no obstante, su aplicación con ciertas matizaciones, debe siempre respetar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, uno de cuyos atributos es precisamente, conforme al artículo 49, cardinal 6 de la Constitución de 1999, la garantía de tipificación legal de las infracciones y sanciones.

La matización que se acepta respecto a la aplicación de tal principio, permite, solamente, que las descripciones genéricas de las conductas sancionables a las que acuda el legislador para dejar a la Administración la determinación de ciertos aspectos de las mismas, exige, evidentemente, que se establezca en la ley cuál es esa conducta, es decir, que se tipifique, delimitando claramente el ámbito normativo conferido a la Administración, con el propósito de que las normas que esta dicte mantengan su regulación dentro de los parámetros o límites impuestos, vale decir, el reenvío será admisible siempre que sea expreso, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma, que la norma señale la sanción y contenga el núcleo esencial de la prohibición y que, además, proporcione la necesaria certeza para precisar suficientemente la conducta prohibida.

En el caso del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se estipula que la declaratoria de responsabilidad administrativa será sancionada con la multa prevista en el artículo 94 de la Ley, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados siguiendo lo dispuesto en el artículo 66 y siguientes del Reglamento de la Ley (*Gaceta Oficial* N° 37.169 del 29 de marzo de 2001); y que el Contralor impondrá la sanción de suspensión sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable en atención a *la entidad del ilícito cometido*; y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años atendiendo a la *gravedad de la irregularidad*. Los conceptos jurídicos indeterminados allí expresados ofrecen un margen de apreciación discrecional al órgano de control fiscal para la gradación de la sanción atendiendo a la entidad de la infracción y de sus efectos.

Se trata de la adecuación de las consecuencias sancionatorias. Ahora bien, como todo concepto jurídico indeterminado, la insuficiencia de los motivos de la sanción impuesta y no otra acarrearía la nulidad del acto sancionatorio; pero no la inconstitucionalidad de la norma, pues ello, es una técnica legislativa ampliamente conocida y aplicada por nuestro legislador que obedece a que los elementos disciplinarios abarcan en algunos casos conceptos meta-jurídicos que es menester valorar de forma deontológica, tal como sería el caso del artículo 100 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (“*según la gravedad de la falta*”), por tomar un ejemplo del régimen común. El régimen de control fiscal es ejemplo de ellos, el contexto en el cual se produce la conducta ilícita y los efectos finales para la administración y la transparencia de la gestión fiscal sólo pueden ser valorados a través de un margen de apreciación por parte del órgano de control fiscal. Los motivos por los cuales selecciona la norma obviamente tienen que trasladarse a la motivación del acto; y ese será el elemento a controlar judicialmente en el juicio contencioso administrativo de nulidad del acto. Por tanto, para la Sala la norma en estos términos *supra* analizados está ajustada a la Constitución. Así se declara.

3.4. De la trasgresión del principio de proporcionalidad

Alegan los accionantes que cuando la norma impugnada por un lado sanciona con multa la infracción administrativa como sanción principal; y, por el otro, sanciona con suspensión (hasta por 24 meses) destitución del cargo o inhabilitación (hasta por 15 años) como penas «*accesorias*», se está trasgrediendo el principio de proporcionalidad de la sanción.

En tal sentido, cabe afirmar que el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria implica la adecuación de la sanción impuesta a la infracción cometida; esto es, a los hechos anti-jurídicos. Como se sostuvo en párrafos precedentes, la proporcionalidad es el parámetro exigido para aquilatar el alcance de la discrecionalidad del órgano de control fiscal en la gradación de la sanción, por cuanto en su imposición, entendida como un todo, es que debe exteriorizarse o motivarse la relación que existe entre el hecho antijurídico y el *quantum* de la sanción.

Dicho esto, la Sala observa que la norma impugnada en modo alguno implica contravención al principio de proporcionalidad de las sanciones, pues las sanciones contempladas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal guardan relación con la gravedad de la conducta y la relevancia que tiene para la función pública el hecho cometido; vale decir, que para su imposición se considera tanto la entidad del daño como el grado de responsabilidad.

Por otra parte, no es válido tampoco el argumento de los accionantes de que se transgrede la proporcionalidad intra-sanción porque no existe correspondencia entre la sanción principal y lo que ellos denominan accesorias. En ese sentido, serían sanciones principales aquellas que no dependen de otras para su imposición; a diferencia de las accesorias que presuponen la imposición de una principal. La Sala observa que en el caso de la norma contenida en el artículo 105 no es exacta la relación de dependencia entre la multa y la suspensión, la destitución o la inhabilitación, como lo pretenden los accionantes; sino que esa relación de dependencia existe entre la declaratoria de responsabilidad administrativa y la multiplicidad de sanciones; que, como se ha venido sosteniendo a lo largo del fallo, son propiamente consecuencias principales todas ellas de la declaratoria de responsabilidad administrativa.

En efecto, se lee en el precepto impugnado que «[l]a declaratoria de responsabilidad administrativa (...), será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo (...) o la destitución del declarado responsable (...); e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

De la lectura del texto se desprende que ninguna de las sanciones dependen unas de las otras; por el contrario, la suspensión, la destitución y la inhabilitación pudieran no imponerse si el Contralor General de la República estima que la entidad de la infracción cometida o la gravedad de la irregularidad no lo amerita; por su parte, la multa sí es la consecuencia obligatoria de la declaratoria de la responsabilidad administrativa, pues su falta de imposición por parte del funcionario competente reñiría con el principio administrativo de la irrenunciabilidad de la competencia.

En consecuencia, por las razones *supra* expuestas la Sala considera que la disposición normativa impugnada en modo alguno vulnera el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas por cuanto su prescripción apunta a la corrección de las conductas infractoras del funcionario desde distintas aristas haciendo hincapié en la relevancia del hecho cometido, el grado de responsabilidad y la afectación al patrimonio público.

3.4. De la trasgresión a la presunción de inocencia

Alegan los accionantes que la norma impugnada estipula que declarada la responsabilidad e impuestas las sanciones, ellas serán ejecutadas por el órgano encargado de la designación del funcionario declarado responsable. Que, además tratándose de una materia sancionatoria, los actos sancionatorios de la Administración Pública, no deberían estar investidos de autotutela administrativa (ejecutoriedad), pues esos actos en modo alguno satisfacen de manera directa e inmediata un interés público o general, siendo su única finalidad castigar la infracción cometida en contra del patrimonio público. En definitiva, alegan que impuesta la sanción, su ejecución inmediata transgrede la presunción de inocencia, principio contenido en el artículo 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con el argumento expuesto, considera la Sala que los accionantes pretenden trasladar las exigencias de la cláusula constitucional contenida en el artículo 49.2 a la potestad administrativa de autotutela. El derecho a la presunción de inocencia efectivamente rige a cabalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Su contenido esencial es que a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio o disciplinario debe llevarse a cabo una actividad probatoria destinada a comprobar la culpabilidad del funcionario, sin adelantar opinión en cuanto al mérito del asunto. Se trata de un derecho que incide directamente sobre cómo se desarrolla la fase probatoria del procedimiento sancionador. De ese modo, la presunción de inocencia lo que exige es que el acto que declare la responsabilidad administrativa sea el único que determine la inculpabilidad del funcionario investigado; los actos que le preceden a la declaratoria de responsabilidad deben contar con la objetividad suficiente para que aun estableciendo los hechos, no se produzca un pronunciamiento intempestivo sobre el mérito del asunto.

En definitiva, la declaratoria de responsabilidad administrativa es el acto final que se dicta con base en el acervo probatorio demostrativo tanto de la existencia de la infracción como de la participación y de la culpabilidad del funcionario. Siendo ello así, el acto que declara la responsabilidad administrativa agotado los recursos administrativos correspondientes adquiere firmeza y por tanto se hace ejecutable inmediatamente sin perjuicio del control jurisdiccional que puede instar el interesado.

En efecto, el acto ejecutable como todo acto administrativo con control jurisdiccional mediante el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad, cuyo ejercicio permite restablecer de inmediato la situación jurídica vulnerada -a juicio del Juez-, particularmente a través de las medidas cautelares como la suspensión de los efectos del acto u otras cautelares innominadas conforme lo dispone la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, o también mediante el ejercicio conjunto del recurso de nulidad con acción de amparo constitucional.

En definitiva, el Juez contencioso-administrativo, al conocer dichos recursos, puede adoptar las medidas que juzgue necesarias para asegurar el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva infringida, conforme lo dispone el artículo 259 de la Constitución; razón por la cual, siendo que el principio de presunción de inocencia tiene incidencia sobre la actividad probatoria del procedimiento sancionador y no sobre la potestad de autotutela de la Administración, la Sala desecha este alegato. Así se declara.

3.5. De la trasgresión de los derechos políticos

En el caso que ocupa la atención de la Sala, también se ha controvertido lo dispuesto por el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal alegándose la contravención de algunas disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referidas al tema de la inhabilitación para acceder a cargos de elección popular.

En tal sentido, se observa que la cualidad de ciudadano da lugar al derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, mediante el reconocimiento de actividades destinadas a facilitar su intervención en forma democrática, a saber: el sufragio (tanto activo como pasivo), los plebiscitos, referendos, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y normativa, la revocatoria del mandato, la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, etcétera.

Así, el sufragio pasivo, derecho que los accionantes alegan como lesionados por la norma impugnada, al constituir un derecho fundamental que trae consigo el cumplimiento de los fines estatales exige que el desempeño de funciones públicas esté rodeado de garantías suficientes que provean al ejercicio del derecho, sin injerencias negativas que antepongan los intereses particulares en desmedro de los de carácter general y de sus verdaderos objetivos; pero también implica que se articule en torno al derecho un régimen de inhabilitaciones, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con la fijación de reglas que determinen los requisitos y condiciones personales y profesionales necesarios para su acceso, a fin de que dicho ejercicio sea el resultado de decisiones objetivas acordes con la función de buen servicio a la colectividad que garanticen que el desempeño del cargo público por parte de la persona a quien se designa o elige, tenga como resultado un adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, en otras palabras, que se cumpla con la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público.

Ahora bien, los artículos 42 y 65 constitucional, que los accionantes estiman como vulnerados, disponen expresamente:

Artículo 42. Quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía. El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

Artículo 65. No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

Atendiendo al contenido de las normas citadas es menester señalar que la potestad sancionatoria del Contralor General de la República está referida al ámbito administrativo; es decir, que no es una sanción política como ocurre en otros ordenamientos constitucionales latinoamericanos, en virtud de que la sanción de inhabilitación se ciñe a la función administrativa vista la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República y sus funciones constitucionales, que apuntan a la fiscalización, supervisión y control de la gestión pública, funciones que se insertan en el Sistema Nacional de Control Fiscal; ello es la garantía del postulado constitucional establecido en el artículo 141 de la Carta Magna.

En efecto, la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cualquier función pública surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indistintamente de cuál sea el origen; esto es, por concurso, designación o elección popular. De ese modo, la inhabilitación decretada en uso

de la potestad otorgada por el artículo 105 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal limita o inhabilita, durante la vigencia de la sanción, la aptitud para el manejo de la cosa pública por causa de haber incurrido en infracciones administrativas comprobadas mediante el procedimiento de control fiscal. Esta inhabilitación se extiende a toda función administrativa, incluso las que derivan del cargo de elección popular, en virtud de que la función de gobierno supone necesariamente la aptitud para el ejercicio de funciones públicas. El rol de gobernante no puede escindirse de la de funcionario, y sobre ambos recaen exigencias constitucionales en pro de la correcta gestión pública, que es menester armonizar.

Es de advertir que la sentencia penal a que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela suspende el ejercicio de los derechos políticos, la impuesta en cambio por el Contralor General de la República inhabilita para el ejercicio de funciones públicas, en uso de la facultad que le confiere el artículo 289.3 constitucional, y que desarrolla el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, que como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público, como sería la restricción derivada de la mayoría o de los extranjeros para determinados cargos públicos, debiéndose recalcar que es **cualquier funcionario público, incluso los de elección popular**, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión necesaria tampoco gobernante.

Con base en esta distinción, y entendido que son dos inhabilitaciones diferentes que dimanarían de varios preceptos constitucionales, cuales son los artículos 42, 65 y 289.3, corresponde a los órganos de la Administración Pública no permitir el ejercicio de cargos públicos a ciudadanos sancionados, es decir no designarlos o no permitir su concurso; y al Poder Electoral velar porque no se fragüe un fraude a los electores permitiendo la postulación, el concurso y la elección de un ciudadano que está impedido para ejercer las funciones administrativas ínsitas a las funciones de gobierno.

Aceptar que ello no es así, como lo pretenden los accionantes, desnaturalizaría la coercibilidad de la potestad sancionatoria del control fiscal; y burlaría por completo el cometido estatal de velar por la ética pública, la moral administrativa, la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público contenido en el artículo 274 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; pues la inhabilitación se tornaría inejecutable primero con ocasión de las aspiraciones electorales, y luego en virtud de las prerrogativas procesales de las que gozan algunos cargos, avalando una espiral de impunidad que acrecentaría los viejos vicios que han deformado la visión que tenemos los venezolanos acerca de lo que es y debe ser la cosa pública.

Así entendido, el texto de la disposición impugnada es conforme con la Constitución; y también es compatible con la vigencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala ha armonizado la sanción de inhabilitación con el ejercicio de los derechos políticos, específicamente con el diferimiento de la ejecución cuando el sancionado ejerce cargo de elección popular. Así, en el fallo N° 2444/2004, se indicó, lo siguiente:

Ya con respecto al fondo, comparte la Sala parte de lo expuesto por los representantes del Contralor General de la República. La inmunidad parlamentaria sólo es aplicable a los procesos penales y, por ende, no se puede pretender su extensión al ámbito administrativo. No obstante, le asiste la razón al accionante cuando cuestiona el acto de destitución impuesta por el Contralor con ocasión a la naturaleza comicial de su investidura.

En efecto, ya ha tenido esta Sala oportunidad de pronunciarse acerca de cómo opera el control (en el caso a que se refiere la Sala el político) sobre los cargos de elección popular, con ocasión de la institución constitucional del referendo revocatorio, señalándose que existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución,

que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde (*Vid.* Sent. N° 812/2003 de 15 de abril).

En esa oportunidad, para garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala desaplicó el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio, por ser opuesto a lo preceptuado en el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución. En este caso el conflicto es de igual naturaleza.

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objetos de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esa circunstancias, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

Ciertamente, lo expuesto no desdice de las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, sólo que dichas potestades deben guardar una proporcionalidad no sólo con los hechos, sino además con la naturaleza popular de la investidura del cargo, pues, de lo contrario, existiría un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático. No se trata de irresponsabilidad, no. A lo que hace referencia la Sala es a la necesidad de que las consecuencias jurídicas que deriven de esa responsabilidad no rompan con el carácter representativo del gobierno.

Por ello, y visto que el acto accionado en amparo no fue producto del establecimiento de una responsabilidad penal, el Contralor General de la República se hallaba impedido de declarar la destitución del mencionado ciudadano y, por tanto, declara con lugar la acción de amparo ejercida, pero sólo con respecto a la destitución del cargo.

Posteriormente, mediante aclaratoria de esa decisión, se precisó la oportunidad a partir de la cual comenzaba a regir la sanción. En esa ocasión, en la sentencia N° 174/2005, se indicó lo siguiente:

En tal sentido, la sentencia N° 2444/2004 señaló que la destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio, porque existe un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático y se rompa el carácter representativo del sistema de gobierno; sin embargo, aunque ello proscriba la posibilidad que el Contralor General de la República destituya o suspenda a cualquier ciudadano que ejerza un cargo de representación popular, se aclaró que lo expuesto no conduce a la irresponsabilidad del gobernante, sino a la debida proporcionalidad que deben guardar las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, con los hechos y con la naturaleza popular de la investidura del cargo, esto es, al hecho de que las sanciones que se impongan con ocasión de ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentren límites en la condición de representante popular del sancionado.

La consecuencia práctica de este postulado es que la sanción impuesta no puede entorpecer las funciones del representante popular en el período para el cual fue electo -así los hechos que hayan originado la sanción se hubieran producido en ese período-, con la lógica excepción del establecimiento de una responsabilidad penal. Se trata, pues, de una sanción cuyos efectos deben comenzar a verificarse una vez vencido el período.

En el caso de autos aunque el acto administrativo accionado en amparo, y el de todos los representantes populares que demostraron encontrarse en la misma situación de hecho del accionante, resolvió “(...) *la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres (03) años, contados a partir de la notificación de [esa] Resolución*” (corchetes añadido), el mandato constitucional contenido en la sentencia N° 2444/2004 y en esta aclaratoria implica que la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones, lo cual, como es lógico, descarta cualquier posibilidad que éste opte a la reelección como consecuencia inmediata de esa inhabilitación. Por tanto, se declara en estos términos parcialmente con lugar la aclaratoria solicitada.

Por los argumentos expuestos *ut supra* esta Sala considera que el artículo 105 es compatible con las normas contenidas en los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 23.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Siendo ello así, y desechados todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por los accionantes, la Sala declara la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Así se decide.

4. De la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares

Visto que esta Sala, en la sentencia N° 825/2004, declaró que sólo podía conocer de la nulidad de actos de efectos particulares con base en la ausencia legal, en virtud de que:

...el fuero atrayente de la jurisdicción contencioso-administrativa hacia la jurisdicción constitucional que permite el artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia -cuya interpretación conforme a la Constitución de 1999 debe hacerse en atención a la atribución de competencias que aquella hace en razón del rango legal o sub-legal del acto impugnado y no en razón del vicio atribuido al mismo- está limitado a un supuesto muy concreto, como es la denuncia del vicio de ausencia de base legal en el acto administrativo (acto particular), en virtud de la denunciada inconstitucionalidad de la norma legal (acto general) que le sirvió de fundamento, sin que sea posible alegar o denunciar junto con el vicio mencionado cualquier otro que afecte la validez del acto administrativo recurrido, como son la incompetencia, la ausencia total y absoluta del procedimiento establecido en la ley, la desviación de poder o el falso supuesto, ya que ninguno de éstos tendría su origen en la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada sino en otras circunstancias de hecho o de derecho, cuyo análisis en sede judicial no compete a la jurisdicción constitucional, habilitada únicamente, según el mencionado artículo 132, para declarar la conformidad o inconfirmitad del acto de rango legal impugnado con la norma constitucional, la nulidad de dicho acto de existir tal contrariedad, y, una vez efectuado lo anterior, para declarar la nulidad del acto administrativo recurrido por ausencia de base legal.

Visto que, una vez declarada la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, fundamento normativo de los actos administrativos impugnados, decae el fundamento jurídico del vicio de ausencia de base legal, la Sala se declara incompetente para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por el Contralor General de la República. Así se decide.

Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en el siguiente razonamiento:

1. Como puntos previos, se observa:

1.1 El artículo 20, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia preceptúa:

Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva. El Magistrado o Magistrada ponente deberá presentar el proyecto de decisión a los demás Magistrados o Magistradas, quienes deberán formular sus observaciones o manifestar su conformidad con el mismo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En caso de que surjan observaciones al proyecto de decisión, el Magistrado o Magistrada ponente deberá realizar las modificaciones formuladas que considere pertinentes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Al tercer día hábil siguiente, se volverá a presentar el proyecto de decisión corregido o los fundamentos que sostienen su criterio para mantener el proyecto original, para ser sometido a votación; el Presidente o Presidenta de la Sala será el último en votar. En caso de empate, se suspenderá la deliberación y se convocará a una segunda reunión para el día hábil siguiente. Si el empate persiste, se suspenderá nuevamente la discusión y se convocará a otra reunión para el día hábil siguiente, a fin de adoptar la decisión definitiva. De continuar el empate, el voto del Presidente o Presidenta de la Sala respectiva será considerado doble. -El Magistrado o Magistrada que se encuentre en desacuerdo o disienta de la decisión, anunciará su voto salvado, que deberá consignar escrito (*sic*) en el que fundamente las razones, fácticas y jurídicas de su negativa, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.- Este escrito deberá ser firmado por todos los Magistrados o Magistradas de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia. En caso de que el proyecto no cuente con la aprobación de la mayoría de los miembros de la Sala, la ponencia deberá reasignarse a otro Magistrado o Magistrada de la Sala correspondiente, conforme al trámite previsto en el presente artículo (Destacado añadido).

No obstante, la claridad del texto de la norma se observa que, en el caso de autos, fue desatada con la divulgación de la sentencia de la que se discrepa en el sitio web de este Tribunal antes de la consignación de este voto salvado, pese a que el lapso al efecto vence el próximo 13 de agosto (3 días de despacho desde el miércoles 6 próximo pasado) y pese al acuerdo, al que se había llegado al respecto, con los demás miembros de la Sala.

1.2 En segundo lugar, se pone en evidencia que la narrativa del veredicto anterior no reflejó los alegatos de quienes asistieron a la audiencia preliminar que se realizó en este proceso el 31 de julio de 2008. En esa oportunidad, tanto de forma verbal como a través de los escritos que consignaron algunas de las partes en juicio, se expusieron una serie de argumentos que, como no están reflejados en la parte narrativa del acto decisorio, no se tomaron en cuenta para la motivación del juzgamiento, todo lo cual implicó la inobservancia del artículo 243, cardinales 3 y 4, del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 244 *eiusdem*, de aplicación a las decisiones de la Sala de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

2. Este disidente no comparte las razones de fondo que se sostuvieron en el acto jurisdiccional que precede para la declaratoria sin lugar de la demanda de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, divergentemente, considera que esa norma legal es contraria a elementales principios de nuestro Texto Fundamental, por las siguientes razones:

2.1 La mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al derecho a la defensa y al debido proceso y consideró que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal “*no transgrede el derecho constitucional al debido procedimiento, el cual necesariamente debe cumplirse para establecer la responsabilidad administrativa. Las sanciones que corresponden a la declaratoria de responsabilidad administrativa no ameritan un nuevo procedimiento porque estas son consecuencias del acto que declara la responsabilidad administrativa*”.

2.1.1 Quien difiere reitera su voto salvado al acto decisorio de esta Sala N° 1265, del 5 de agosto de 2008, mediante el cual se desestimó, también, la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. En ese voto salvado se expusieron las consideraciones que llevaron a la conclusión de que esa norma sí viola el derecho fundamental a la defensa y al debido procedimiento previo, por las siguientes razones:

El derecho fundamental al debido proceso es, por mandato del artículo 49 de la Constitución, de obligatoria observancia en *todas las actuaciones judiciales y administrativas*. De esta manera, al procedimiento administrativo han de aplicarse todos los atributos que ese precepto fundamental recoge en sus cardinales 1 al 8, como son el derecho a la defensa y asistencia jurídica, derecho a ser notificado, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser oído, derecho al juez natural, derecho a no ser obligado a confesarse culpable, prohibición de sanción sin ley previa, derecho a la cosa juzgada y derecho a la responsabilidad patrimonial ante el error, retardo u omisión en la tramitación de un proceso o procedimiento administrativo. Así lo dispone el propio artículo 49 de la Constitución, cuando afirma que *“el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente...”*.

En consecuencia, mal puede dictarse un acto administrativo que afecte la esfera jurídica de un particular sin que, previamente, se haya sustanciado el correspondiente trámite, de cuyo inicio se haya notificado a todos los interesados, especialmente, a quien se vea directamente afectado, y en el cual se haya dado a éstos oportunidad de defensa, esto es, de alegación y prueba en su favor, bajo pena de vulneración a ese derecho fundamental al debido procedimiento y, además, el derecho a la presunción de inocencia.

En la hipótesis de autos, cabe recordar que la norma cuya nulidad se demandó preceptúa que el Contralor General de la República podrá imponer las sanciones accesorias de suspensión sin goce de sueldo o de destitución, así como la de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en atención a *“la entidad del ilícito cometido”* o a *“la gravedad de la irregularidad cometida”*, a quienes hayan sido declarados responsables administrativamente, mediante decisión firme en sede administrativa; sanciones que habrán de imponerse, según el texto expreso de la norma, *“sin que medie ningún otro procedimiento”*.

Ahora bien, el derecho al debido procedimiento o al procedimiento previo es, se insiste, garantía fundamental del derecho a la defensa y, como tal, no puede ser relajado ni sustituido por otros medios de defensa. De esta manera, el control *ex post* del acto sancionador a través de las vías administrativas y jurisdiccionales que dispone la Ley no sustituye, en modo alguno, el derecho al **previo** procedimiento y a ser oído que tiene el sancionado **antes** de que se emita el acto definitivo; unos y otros son atributos esenciales de un mismo derecho fundamental, todos los que, como tales, deben ser observados a cabalidad.

En sentencia de 21 de mayo de 1996, con ocasión del juzgamiento en relación con la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia fundamental de la apertura de un procedimiento contradictorio y de la oportunidad del posible afectado para el planteamiento de sus alegatos *antes* de que se decida cualquier procedimiento administrativo –incluso constitutivo, se añade– o proceso judicial, ello como garantía inherente al derecho a la defensa y al debido proceso:

“... el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, cuya supuesta nulidad se analiza, faculta al Juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo procedimiento y sin informar previamente al presunto agraviante, de la existencia de una demanda en su contra.

(...) a juicio de la Corte, ello constituye una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de la República, por cuanto éste indica que el mandamiento de amparo debe ser producto de un procedimiento, de circunstancias a las que no hace ninguna referencia en el texto del artículo 22 eiusdem, como condición previa y necesaria para dictar tal mandamiento.

Por otra parte, es evidente que estamos ante una grosera y flagrante indefensión, ya que el nombrado artículo 22, choca abierta y directamente con la última parte del artículo 68 de la Constitución, el cual establece que *“la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”* (Subrayado añadido).

Tampoco comparte el salvante el criterio que sostuvo la mayoría sentenciadora, en el sentido de que el previo procedimiento sería aquel que se tramita antes de que se dicte el acto que declara la responsabilidad administrativa y que, en esa oportunidad, el particular puede defenderse tanto de la declaratoria de responsabilidad como de las sanciones que eventualmente impondrá el Contralor General de la República.

En efecto, se discrepa de tal opinión porque ese procedimiento administrativo tiene un objetivo específico: la determinación de la incursión o no de determinado sujeto en alguna de las infracciones que tipifican los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –propias de la responsabilidad administrativa- lo que dará lugar, en caso asertivo, a la imposición de la sanción de multa, de conformidad con el artículo 94 *eiusdem*, y a la declaratoria de responsabilidad administrativa del sujeto. En este supuesto, la defensa del interesado se dirige a la alegación y prueba en contra de la verificación de la conducta infractora que se le imputa.

A diferencia de ello, la imposición de las sanciones “complementarias” que recoge el artículo 105 *eiusdem* por parte del Contralor General de la República –unas típicamente disciplinarias y otra típicamente penal-, si bien tiene como presupuesto la previa declaratoria de la responsabilidad administrativa, procede o no según la ponderación de otros aspectos: “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*”; en consecuencia, poco importa ya la defensa que se ejerció para la demostración de la inexistencia de infracción administrativa, la cual ha sido declarada mediante acto administrativo; lo que al sancionado interesa ahora es la alegación y la prueba, con relación a la eventual imposición de una sanción, de “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*” para evitar tal nueva y adicional imposición y mal podía haberse defendido de este asunto en el curso del procedimiento que ya se sustanció, sin que con ello hubiera incurrido, inevitablemente, en una gran contradicción: la alegación de que no le es imputable una conducta ilícita y, a la par –aunque fuese de manera subsidiaria- el argumento de que, en todo caso, dicha conducta no fue “muy grave” o que el ilícito de que se trate es uno de “menor entidad”.

En consecuencia, sí sería indispensable el reconocimiento del derecho a la defensa al particular antes de que el Contralor General de la República impusiese la nueva sanción y, por ende, sí sería necesario que hubiese un nuevo procedimiento que otorgase plenamente al sancionado esa oportunidad de alegación y prueba a su favor, y así debió declararlo esta Sala. Debe añadirse, por otra parte, que ese nuevo procedimiento, además, debería satisfacer el principio de inmediación al que tanta preeminencia le dio el constituyente y que es consustancial con el sistema acusatorio por el que optaron, primero el legislador –del Código Orgánico Procesal Penal- y luego, el mismo constituyente, en materia sancionatoria penal, la cual, se insiste, es manifestación del mismo *ius puniendi* que el Estado ejerce a través de la potestad sancionatoria administrativa. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado en la audiencia preliminar, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.1.2 Asimismo, en el veredicto que precede se afirmó que el procedimiento administrativo sancionador que se sigue ante la Contraloría General de la República en esos casos es un procedimiento administrativo complejo, en el que se emiten dos actos administrativos

que son manifestación de la misma potestad sancionadora. Para ello se invocó el precedente de esta Sala N° 1117/2006. Ahora bien, se advierte que en ese antecedente la Sala se refirió a lo que calificó como un “acto complejo” y frente a lo cual quien hoy disiente salvó su voto y expuso el concepto que en doctrina y jurisprudencia se asume de procedimiento complejo:

El carácter complejo del procedimiento deriva de que está conformado por dos fases, cada una de las cuales puede considerarse, a su vez, como un trámite autónomo, que concluyen con sendos actos definitivos directamente coligados entre sí, de manera que el acto posterior requiere de la existencia del anterior. Ejemplo típico de procedimiento complejo es el electoral, el cual comienza con la convocatoria a elecciones y culmina con la adjudicación del cargo al candidato ganador; no obstante, entre uno y otro se suceden una serie de actos que recaen en el marco de tramitaciones consecutivas -postulación, votación, escrutinios-, cada una de las cuales, si bien depende de las anteriores, implica la emanación de actos definitivos, todos los cuales constituyen un único procedimiento complejo: el procedimiento electoral.

Lo que caracteriza a los procedimientos complejos, concepto que ha sido desarrollado desde el Derecho Administrativo, pero aplicable a la generalidad de las tramitaciones que están legalmente dispuestas para el ejercicio de las distintas funciones públicas, es que cada uno de sus actos es independiente, eficaz *per se* y, por ende, revisable sin necesidad de que se emitan el o los actos posteriores (subrayado añadido).

De este modo quien difiere pone en evidencia que la consideración como un procedimiento complejo, del procedimiento administrativo sancionador que se tramita ante la Contraloría General de la República para la declaratoria de responsabilidad administrativa, llevaba a la conclusión de que sí se requería una nueva fase procedimental antes de que se impusiera la sanción por parte del Contralor General de la República de acuerdo con el artículo 105 que se impugnó, pues como se señaló en la cita anterior, lo que caracteriza a los procedimientos complejos es que en ellos se dictan varios actos administrativos definitivos y coligados entre sí, pero cada uno está precedido de su propia fase procedimental. Por ello, junto con la exigencia del respeto al derecho a la defensa y debido proceso, debieron concluir en la estimatoria de ese alegato de inconstitucionalidad.

2.2 En segundo lugar, se desechó la delación de injuria al principio *non bis in idem* en los siguientes términos:

En ese sentido, la sanción, como manifestación externa del *ius puniendi* de la Administración por el acaecimiento de una infracción administrativa, es de diversa naturaleza. Fundamentalmente pueden ser las sanciones pecuniarias como la multa, o interdictivas como la suspensión, la destitución o la inhabilitación. Las pecuniarias recaen sobre el patrimonio del infractor, mientras que las interdictivas le restringen o impiden el ejercicio de ciertas actividades. Ahora bien, la técnica de establecimiento de sanciones administrativas indudablemente está restringida por el principio de *non bis in idem*, pero no se encuentra completamente anulada. De ordinario, la imposición de sanciones pivota entre ambas, el legislador escoge unas u otras como materialización del principio de correlatividad numérica de la sanción; sin embargo, el principio de correlatividad numérica de la sanción no es un principio absoluto, el legislador excepcionalmente puede prescribir varias sanciones interdictivas o también establecer sanciones pecuniarias con interdictivas para sancionar las mismas infracciones administrativas. Este escenario es el resultado de la ponderación realizada por el legislador respecto a cuál es el tipo de sanción que produce la aflicción necesaria para lograr el efecto represivo o disuasivo de la sanción. En este caso, el legislador concluye que la aflicción no se logra con la sanción única, ante lo cual añade una o varias sanciones, con el requerimiento para cumplir con el principio de *non bis in idem* de que sean de distinta naturaleza.

El bien jurídico tutelado por el legislador tras una opción de esa naturaleza se inscribe dentro de los valores de la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público. En el modelo de Estado social de Derecho y de Justicia adoptado consti-

tucionalmente, es necesario que el legislador se proponga la eficacia del sistema nacional de control fiscal mediante el establecimiento de sanciones que garanticen coercitivamente la funcionalidad del control fiscal.

Así, en la norma cuya constitucionalidad se impugna se contemplan diversas sanciones imponibles como producto del procedimiento administrativo sustanciado para el establecimiento de una infracción legal en el ejercicio de la función pública.

Se trata, por tanto, de un supuesto excepcional que debe cumplir con el test de la proporcionalidad, y ser ponderada la gravedad de la infracción, requerimiento que encuentra la Sala cumplido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; pues la imposición conjunta de multa y sanciones interdictivas es el resultado de un juicio valorativo que pondera la gravedad de la falta por parte del órgano sancionador, sin perjuicio del control jurisdiccional.

En los mismos términos en que se expresó el voto salvado a la sentencia N° 1265 de 5 de agosto de 2008, se reitera que:

Para que se pudiese concordar con los asertos que anteceden, el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tendría que ofrecer dos garantías que no ofrece; en primer lugar, como en materia penal, ambos tipos de sanciones habrían de ser impuestas como consecuencia del mismo procedimiento y por la misma autoridad para que pudieran ser objeto, en conjunto, del mismo control administrativo y judicial y, en segundo lugar, debería establecer con claridad la posibilidad de imposición, o no, de más de una sanción accesoria, a través de más de un acto administrativo “complementario”.

En efecto, como se razonó *supra*, pese a que la mayoría determinó que ambos tipos de sanciones –principales y “accesorias”– son producto de un mismo procedimiento administrativo, ello no es cierto. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución–, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.3 El acto de juzgamiento que precede desestimó el alegato de injuria al principio de tipicidad de las sanciones administrativas, bajo el argumento de que, en la norma que se impugnó, están suficientemente tipificados tanto las sanciones administrativas como los hechos ilícitos que dan lugar a esas sanciones y que, si bien la norma incluye ciertos conceptos jurídicos indeterminados –como la gravedad de la irregularidad– que deberá apreciar el órgano sancionador –el Contralor General de la República–, la inclusión de los mismos no resulta –para la mayoría sentenciadora– inconstitucional, sino que, en todo caso, su incorrecta apreciación sería causal de ilegalidad del acto administrativo.

Contrariamente a lo que sostuvo la mayoría sentenciadora, quien suscribe como disidente considera, tal como expuso en su voto salvado al fallo N° 1265/08 de esta Sala, que sí se agravó el principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas, por las siguientes razones:

El principio de tipicidad es, junto con el principio de reserva legal, manifestación directa del principio de legalidad que debe, como tal, informar *siempre* el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sea que éste se ejerza a través de sanciones penales, sea a través de sanciones administrativas. Ello se deriva, claramente, del artículo 49, cardinal 6, de la Constitución, el cual dispone:

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

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes” (Destacado añadido).

De esta manera, el principio de tipicidad o mandato de tipificación puede definirse como la determinación, en una norma de rango legal, de las conductas que se tildan de infracciones y de las sanciones correlativas a esas conductas, de manera tal que esa determinación normativa permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción que se impondrá.

El mandato constitucional de tipificación legal se exige, así, tanto para las conductas que se consideren infracciones administrativas como para las sanciones que a estas conductas corresponden.

Ahora bien, el incumplimiento con el principio de tipificación legal encuentra distintos grados o variantes: así, puede tratarse de una ausencia absoluta de tipificación, cuando la Ley silencia cualquier forma de ella, caso en el que la deja –inconstitucionalmente– en manos del reglamento o, peor aún, de la Administración con competencia para la aplicación de la sanción en el caso concreto. En segundo lugar, puede tratarse de una insuficiencia de tipificación legal, esto es, insuficiencia de *lex certa*, lo que se verifica cuando no hay descripción legal suficiente de los elementos esenciales de la infracción o de la sanción, imprecisión que no permite la predicción, con suficiente certeza, de cuáles son las conductas que se consideran infracciones y a qué sanción atenerse cuando estas conductas se consuman. Como afirmó ALEJANDRO NIETO *“la suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta (...) la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”* (Cfr. *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 293).

No es el primer caso que se describió, ciertamente, el supuesto que se ha delatado, pues el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tipifica las distintas sanciones que habrán de imponerse de manera complementaria, *“según la gravedad de los hechos”*, en relación con las conductas infractoras que, a su vez, están tipificadas en los artículos 91 y 92 de la misma Ley, a los que hace alusión el artículo 105 en cuestión.

De modo que puede afirmarse que sí hay tipificación en la norma jurídica; pero lo que se ha denunciado es el segundo supuesto, esto es, la insuficiencia de esa tipificación, pues, se establecería, de manera genérica, una gradación sumamente amplia de las sanciones “accesorias” que se pueden imponer, incluso en forma acumulada y, lo que es más grave, sucesiva –sin límite en el tiempo–, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, las cuales determina discrecionalmente el Contralor General de la República.

Debía, pues, determinarse hasta qué punto esa tipificación no exhaustiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal lesiona o no el principio de *lex certa*, esto es, la certeza y seguridad jurídica de los eventuales sancionados, al punto de que constituya o no inobservancia del precepto constitucional que recoge el mandato de tipificación legal. (...)

Otro aspecto que debe puntualizarse es que, según se indicó con anterioridad, la tipificación de las infracciones se preceptúa en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la tipificación de las sanciones “complementarias” (suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas) a la sanción principal, la multa, está recogida en el 105 *eiusdem*, en forma que, en criterio del salvante, no cumple con el principio de tipicidad suficiente respecto del vínculo o enlace entre tales infracciones y las sanciones accesorias, pues el único nexo entre ellas es la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y la gravedad que, en cada caso concreto, presente la infracción que se cometió, según lo determine, sin la sustanciación de un procedimiento para ello, el Contralor General de la República.

Así, esa correlación entre la conducta que esté tipificada como infracción y la sanción que se impondrá dependerá, siempre, como se dijo, de la valoración que, en el caso concreto, realice el órgano administrativo sancionador de conceptos jurídicos indeterminados, como son la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, cuya apreciación ha de realizarse, como sucede cuando se analiza cualquier concepto de esta naturaleza, de manera racional; pero, en este caso, los conceptos en cuestión son de tal amplitud que impiden, *per se*, el cumplimiento con el principio de tipificación y, en consecuencia, impiden el cabal ejercicio del derecho a la defensa y del derecho a la certeza jurídica de los eventuales sancionados.

En efecto, por conceptos jurídicos indeterminados se entiende aquellos relativos a una “esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, p. 457).

A diferencia de lo que sostuvo la mayoría sentenciadora en el fallo que antecede, en el sentido de que el artículo bajo análisis otorgó al Contralor General de la República una potestad discrecional, la doctrina administrativista venezolana y extranjera han entendido, tradicionalmente, que la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados *no implica ejercicio de discrecionalidad administrativa*, pues no se trata de la existencia de varias alternativas todas ellas igualmente válidas, que puede escoger la Administración al momento de su actuación, sino de la apreciación de ciertos conceptos jurídicos que, si bien no pueden ser determinados por la norma jurídica *in abstracto* en tiempo y espacio, *sí pueden precisarse en cada caso concreto al momento de su aplicación*, concreción que corresponde al órgano aplicador, en este caso la Administración. La consecuencia fundamental de ello es que la errónea, irracional, desproporcionada o irrazonable aplicación de tales conceptos en el marco de un caso concreto, es susceptible de revisión y control jurisdiccional pleno, al igual, por cierto, que en el caso del ejercicio de la potestad discrecional, que es controlable, no solamente, respecto de los aspectos formales del acto en que se vierta y en los elementos reglados que lo integran sino, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la racionalidad y proporcionalidad de la decisión en sí.

En todo caso, aún desde esa limitada perspectiva, los actos administrativos que puede dictar el Contralor General de la República con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *sin necesidad de procedimiento previo*, violan uno de esos aspectos formales por *ausencia absoluta y total de procedimiento* en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, si la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es, como principio general, plausible en el ámbito de ejercicio de la mayoría de las formas de la actividad administrativa, es evidente que durante el ejercicio de su potestad sancionadora resulta sumamente cuestionable y, en consecuencia, debe evitarse la sustentación de sanciones administrativas en la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados,

pues ello implicaría, se insiste, a lo menos, una importante merma, si no violación al principio de certeza y seguridad jurídica, al derecho a la defensa y al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, derechos que recogió el artículo 49, en sus cardinales 1 y 6, respectivamente, de la Constitución de 1999.

En consecuencia, considera el salvante que la redacción del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal injuria el principio de tipicidad de las sanciones, pues carece de una gradación certera y concreta de correlación entre cada una de las posibles sanciones que pueden ser impuestas y las conductas ilícitas que tipifican los artículos 91 y 92 de la misma Ley, lo que implica que no está tipificado el vínculo o enlace entre la conducta infractora y la sanción graduada determinada que se imponga en cada caso.

La certeza y seguridad jurídica ínsitas en la imposición de cualquier sanción, incluso aquellas de naturaleza administrativa, coliden frontalmente con la ilimitada apreciación que la norma otorgó al órgano sancionador para la determinación, en cada caso concreto, de la sanción que impondrá según la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, lo cual impide el cabal ejercicio del derecho a la defensa (artículo 49, cardinal 1, constitucional) y viola el derecho a la tipificación que otorgó el artículo 49, cardinal 6, *eiusdem* a los eventuales sancionados.

2.4 En cuarto lugar, la mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al principio de proporcionalidad, para lo cual consideró que las sanciones que preceptúa el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal “*guardan relación con la gravedad de la conducta y la relevancia que tiene para la función pública el hecho cometido*”. En este sentido, el acto decisorio agregó que las sanciones que recogió esa norma no son accesorias ni dependientes de la sanción de multa, por lo que la proporcionalidad no se debe entre ellas sino de ellas frente a las conductas infractoras y afirmó:

...ninguna de las sanciones dependen unas de otras; por el contrario, la suspensión, la destitución y la inhabilitación pudieran no imponerse si el Contralor General de la República estima que la entidad de la infracción cometida o la gravedad de la irregularidad no lo amerita; por su parte la multa sí es la consecuencia obligatoria de la declaratoria de responsabilidad administrativa, pues su falta de imposición por parte del funcionario competente reñiría con el principio administrativo de la irrenunciabilidad de la competencia.

Quien difiere observa que la sentencia contradice el veredicto que suscribió la mayoría sentenciadora N° 1265/08, que antes se citó, en el que se juzgó una demanda de idéntica naturaleza a la de autos –la nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal-. En ese reciente pronunciamiento se afirmó que ese precepto no es violatorio del principio del *non bis in idem* “*ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico*”.

De esta manera, la mayoría de magistrados sostuvo, en el primero de los fallos, el carácter accesorio de las sanciones que recoge el artículo 105 que se impugnó para la desestimación de la violación al principio *non bis in idem*; no obstante, en este nuevo veredicto es el argumento diametralmente contrario –la no accesoriedad de las sanciones- el que se sostuvo como afincamiento de que las sanciones –suspensión, destitución, inhabilitación-, que impone el Contralor General de la República no son desproporcionadas frente a la sanción de multa que se impone en el auto de responsabilidad administrativa.

En consecuencia, el salvante es de la opinión que la Sala debió ser coherente y mantener una uniformidad de criterio, lo que habría derivado o bien en la estimación del alegato de agravio al principio *non bis in idem* en el primer veredicto, o bien, en la estimación de la violación del principio de proporcionalidad entre las sanciones que se imponen, tal como se alegó en la segunda sentencia y, en consecuencia, en la nulidad del precepto que se impugnó.

2.5 También desestimó la mayoría la delación de la injuria a los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Contención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, la sentencia que precede afirmó que la sanción que se impone de acuerdo con el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal no es una sanción política, sino administrativa y que “*surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indistintamente de cuál sea el origen; esto es, por concurso, designación o elección popular*”. Asimismo, el fallo expresó:

...la sentencia penal a que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República de Venezuela inhabilita para el ejercicio de los derechos políticos. En cambio el Contralor General de la República no inhabilita políticamente, sino que la inhabilitación es para el ejercicio de funciones públicas (...) es decir, que como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público, como sería la restricción derivada de la mayoría o de los extranjeros para determinados cargos públicos, debiéndose recalcar que es cualquier funcionario público, incluso los de elección popular, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión necesaria tampoco gobernante (subrayado añadido).

Ya quien rinde esta opinión divergente de la que prevaleció para la aprobación del juzgamiento antecedente, tuvo oportunidad de establecer su criterio en relación con la violación a los derechos políticos de las venezolanas y venezolanos por parte de la norma objeto de la demanda de autos, la cual reitera:

...no ofrece dificultad alguna la comprensión de que la nacionalidad venezolana otorga a quienes la detentan la ciudadanía, la cual, a su vez, los hace titulares “de derechos y deberes políticos”, “de acuerdo con e(sa) Constitución”- (artículo 39) y no de conformidad con la ley (reserva constitucional), Constitución que, en el mismo artículo, sólo acepta como límites al ejercicio de la ciudadanía la inhabilitación política y la interdicción civil ¿Cuáles son esos derechos políticos? Los que se describen en el Capítulo IV “De los derechos políticos y el referendo popular”, Sección primera: de los derechos políticos y cualesquiera otros que se consideren inherentes a la persona humana.

Los artículos 40 y 41 precisan a quién y cómo pertenecen los derechos políticos (“a los venezolanos y venezolanas, salvo las excepciones establecidas en e(sa) Constitución”) y las diferencias a su respecto entre los venezolanos y venezolanas por nacimiento y por naturalización.

Por último, el constituyente cerró la sección que dedicó a la ciudadanía con el artículo 42 según el cual, como fue expuesto, quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía y el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, es decir, que la única manera de perder el derecho al ejercicio de los derechos políticos –atributos de la ciudadanía y, ésta, de la nacionalidad-, que es en lo que consiste una inhabilitación política (artículo 39), es que recaiga una sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En efecto, se insiste, para el salvante, la claridad de la norma constitucional no deja lugar a interpretaciones ambiguas: el ejercicio de los derechos políticos, esto es, de aquellos que recoge el Capítulo IV, Título III de la Constitución, como son el derecho a la participación política (artículo 62), el derecho al sufragio activo (artículos 63 y 64), el derecho al sufragio pasivo o derecho al ejercicio de cargos de elección popular (artículo 65) y todos los demás derechos que recoge ese Capítulo y que, aún cuando no estén expresamente contenidos en él, se consideren inherentes a la persona humana y sean de naturaleza política, sólo pueden ser suspendidos por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, sentencia cuyo dispositivo contendrá, necesariamente, la inhabilitación política.

Esa norma se complementa, además, con los artículos 65 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero establece:

“No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito”.

Ahora bien, sostuvo la mayoría que esa norma no impide que existan otras causales de restricción, por ley, del ejercicio del derecho al ejercicio de cargos de elección popular. Por el contrario, el salvante considera que ese artículo 65 debe analizarse a la luz de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, la cual fue especialmente clara cuando dispuso, respecto de los derechos políticos, lo siguiente:

“El derecho a desempeñar funciones públicas y ejercer cargos de elección popular se les otorga de manera igualitaria a los electores venezolanos y venezolanas, que sepan leer y escribir, con las solas restricciones derivadas del propio texto constitucional, o de las condiciones de aptitud exigidas por las leyes, para determinados cargos.”

Como una respuesta a las demandas de los venezolanos ante las graves desviaciones del sistema político y a la corrupción desmedida, se incluye la prohibición de optar a cargos de elección popular a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos durante el tiempo en que ejercieron las funciones públicas, así como otros delitos que afecten el patrimonio público” (Subrayado añadido).

En consecuencia, se concluye que las limitaciones al derecho fundamental al desempeño de funciones públicas y al ejercicio de cargos de elección popular constituyen, a no dudarlo, una típica materia de reserva constitucional que incluye una explícita proscripción al legislador de que se establezcan restricciones distintas de las que preceptuó la Constitución; por tanto, el legislador no podría disponer de mecanismos alternos al de sentencia judicial firme que implicasen la suspensión de derechos fundamentales de contenido político. La única excepción, que a este principio general admite el constituyente, es la posibilidad de que el legislador determine ciertas condiciones de aptitud (edad, conocimientos especializados, antigüedad, p.e.) para optar al ejercicio de determinados cargos públicos.

El incumplimiento con esa proscripción es, precisamente, la inconstitucionalidad que se verifica en el caso de autos, porque el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone, como mecanismo de limitación y hasta eliminación del ejercicio de derechos políticos –concretamente el derecho al ejercicio de cargos de elección popular-, la imposición de las sanciones administrativas de destitución, suspensión y de inhabilitación política a través de un acto administrativo del Contralor General de la República. En consecuencia, la limitación que impone el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal al derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular y al desempeño de funciones públicas, es una limitación que no sólo viola la prohibición expresa que preceptúa el artículo 42 de la Constitución –en el sentido de que no podrá suspenderse el ejercicio de los derechos políticos por causa distinta de sentencia judicial firme- sino que, además, colide con el artículo 65 *eiusdem*, pues, como refleja la Exposición de Motivos de la Constitución, la restricción a ese derecho fundamental es de la estricta reserva constitucional. Así se declara.

En vez del reconocimiento de tal inconstitucionalidad, se declaró que no sólo el Contralor General de la República podría establecer una inhabilitación, sino también, en general, “*un órgano administrativo stricto sensu*” o “*un órgano con autonomía funcional*”, porque la norma “*no excluye la posibilidad*”, pese a que, en otra parte del fallo (pp. 39 y 40), había hecho suya la sencilla explicación del tratadista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto al principio de legalidad: “*no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico.*”

Así, esta Sala fue más allá en el desconocimiento de las normas fundamentales y de la interpretación que les es propia e invirtió el dogma fundamental del Derecho: a los particulares se les permite todo lo que no les esté prohibido pero el Estado, el Poder, sometido co-

mo está al Principio de Legalidad, *sólo puede hacer lo que le está expresamente permitido*, no puede ejercer potestades que no le hayan sido conferidas. Si se sacan la supremacía constitucional y el principio de legalidad del juego democrático, se decreta a muerte el Estado de Derecho; si el poder no tiene límites, el Derecho Público carece de objeto y el Derecho Constitucional sólo tendrá sentido en el marco del estudio del Derecho Comparado.

Por el contrario, es necesaria la acotación de que esa exigencia constitucional, de que la suspensión del ejercicio de los derechos políticos sólo procede mediante sentencia judicial firme, debe entenderse necesariamente como sentencia condenatoria que recaiga en proceso penal, según lo preceptúa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999, según esta Sala ya ha reconocido, entre otras, en sentencia N° 340 de 9 de marzo de 2004. Esa misma Convención expresa, además, cuáles son esas condiciones de aptitud que puede regular el legislador en relación con el derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular. Así, se lee del artículo 23 de esa Convención lo siguiente:

“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, **o condena, por juez competente, en proceso penal**” (Subrayado añadido).

La regulación que sobre las limitaciones a los derechos políticos asumió el Constituyente de 1999 coincide, además, con la que en esta materia se asume en el Derecho comparado. Así, cuando analizan, en su tratado, la potestad sancionatoria administrativa como expresión del *ius puniendi* del Estado, los autores españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ señalan:

“... no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. (...) **Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad (...) y las privativas de otros derechos civiles y políticos**”. (Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Séptima edición, Madrid, 2000, Tomo II, pp. 164 y 165).

Se trata, además, de la interpretación que en nuestro ordenamiento jurídico se ha mantenido incluso antes de la vigencia del Texto Fundamental de 1999. Mediante fallo de 11 de agosto de 1998, la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia declaró la inadmisión de la solicitud que se le planteó en el sentido de que “*declare ‘la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se aceptó la postulación del ciudadano HUGO CHAVEZ FRÍAS como candidato para el cargo de Presidente de la República de Venezuela’*”, para lo cual el Pleno sostuvo que “*...visto que de acuerdo con el artículo 1° de la Enmienda n.° 1 de la Constitución de la República, en que se fundamenta la solicitud, no se llenan en este caso las exigencias contempladas en dicho Texto, por cuanto es público y notorio que el ciudadano Hugo Chávez Frías no ha sido condenado por sentencia definitivamente firme por ningún Tribunal de la República...*” (Subrayado añadido).

Lo anterior abunda, entonces, en la inconstitucionalidad parcial del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en lo que se refiere a las sanciones de suspensión y destitución respecto de funcionarios electos mediante el ejercicio del sufragio y, asimismo, en lo que se refiere a la sanción de inhabilitación política *de cualquier funcionario*, pues si se tratase de un funcionario electo popularmente, la sanción injuriaría el artículo 42 constitucional respecto de su derecho fundamental al ejercicio del cargo para el cual hubiese sido elegido así como el derecho al sufragio de quienes lo eligieron, y si se tratase de la inhabilitación política de funcionarios no elegidos de manera popular, la sanción de inhabilitación política implicaría un agravio a su derecho a la participación política que recogió el artículo 62 de la Constitución y el derecho al eventual desempeño de cargos de elección popular que reconoce el artículo 65 del Texto Fundamental. A la luz de la letra del artículo 42 constitucional, debe señalarse que la norma prohíbe la suspensión del goce y no sólo del ejercicio de los derechos de contenido político; en consecuencia, aunque el sancionado no fuese, al momento de la sanción, candidato a cargos de elección popular, su inhabilitación política resultaría inconstitucional.

En sintonía con las disposiciones constitucionales que se analizaron, el artículo 285.5 de la Carta Magna establece, entre las atribuciones del Ministerio Público: “*Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones*”.

El término jurídico “acción” tiene, sin lugar a dudas, una connotación judicial, en virtud de que es el derecho de acceso a los tribunales para que sea declarado el derecho (*iusdic-tio*); es, en las muy sencillas palabras de la Real Academia de la Lengua Española: “*Ver. Derecho que se tiene a pedir una cosa en juicio*” (*Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992).

Así, esta atribución del Ministerio Público, en el marco del sistema, de normas que se comenta, refuerza la conclusión que se explicó respecto a la expresa voluntad del constituyente con relación a las limitaciones a los derechos políticos de los ciudadanos en general y de los funcionarios públicos en particular.

En consecuencia, quien disiente considera que es inconstitucional, tal como se dispuso en los precedentes que antes se citaron, la sanción de destitución de funcionarios electos popularmente que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, asimismo, se agrega en esta oportunidad, *son inconstitucionales las sanciones administrativas de suspensión respecto de los funcionarios de elección popular y la sanción administrativa de inhabilitación política respecto de cualquier funcionario público*, ambas recogidas también en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues se trata de limitaciones al ejercicio de derechos políticos mediante la imposición de sanciones administrativas, lo que contradice abiertamente la letra de los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

3. Por último, se observa que el veredicto antecedente, luego de la desestimación de la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, señaló que “*la Sala se declara incompetente para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por el Contralor General de la República*”, pues la competencia de la Sala para la anulación de tales actos administrativos se limita al análisis del vicio de ausencia de base legal de los mismos, vicio que no se verificó –para la mayoría– en este caso.

Quien disiente comparte el criterio que sostuvo el acto jurisdiccional en el sentido de que la posibilidad acumulación de la pretensión de nulidad de un acto administrativo a la de nulidad del acto legal que le sirve de fundamento, procede en la medida en que el motivo de impugnación

que se plantee respecto del acto administrativo sea el vicio de ausencia de base legal, lo que, además, es jurisprudencia de esta Sala como lo demuestran los precedentes N° 2193/03, N° 2706/03, N° 2794/05 y N° 1452/04, entre otras.

No obstante, en lo que se discrepa es en que la declaratoria de incompetencia de la Sala implica forzosamente la declinatoria al órgano jurisdiccional con competencia para el conocimiento del asunto, en este caso la Sala Político-Administrativa, pues lo contrario sería la ausencia de control jurisdiccional de tales actos, ante la ya evidente extinción de los plazos de caducidad para la interposición de una demanda de nulidad en contra de tales actos administrativos ante dicha Sala. En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser declarada con lugar, con inclusión, por vía de consecuencia, de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares cuya declaratoria de nulidad también se pretendía, por ausencia de base legal. Asimismo, puesto que se optó por la desestimatoria de la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, este juzgador debió declinar en la Sala Político-Administrativa el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que también fueron objeto de impugnación.

Queda así expresado el criterio del magistrado que rinde este voto salvado.

TSJ-SPA (0947) 12-8-2008, Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini, Caso: Enrique Mendoza D'Ascoli vs. Contraloría General de la República. RDP N° 115, 2008, pp.670-671.

Las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En lo relativo al argumento de la parte actora conforme al cual afirma la existencia de jurisprudencia de este Máximo Tribunal que orientan a establecer el cumplimiento de los presupuestos necesarios para otorgar la medida cautelar peticionada, se observa:

Como ya se precisó en este fallo, la procedencia de la medida cautelar de suspensión de efectos establecida en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela, exige la concurrencia en el caso concreto de los requisitos relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, “*teniendo en cuenta las circunstancias del caso*”. Ahora, la situación jurídico fáctica sobre la cual recayó decisión cautelar de suspensión de efectos de fecha 2 de mayo de 1991 (caso *Hildo Hernández*), dictada por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, es sustancialmente disímil a la del presente asunto, ya que no está de modo alguno referida a la aplicabilidad, alcances y efectos de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas establecida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que se produce como consecuencia de la previa declaratoria de responsabilidad administrativa.

En tal sentido cabe destacar, como esa misma decisión lo expresó, que la protección anticipada otorgada en esa situación respondía a “las circunstancias del caso”, que como se vio inmediatamente antes, no son análogas a la presente. Razonamientos que conducen a concluir, que dicho antecedente en nada obra a favor de la pretensión del recurrente de suspensión de efectos del acto impugnado.

En cuanto a las decisiones N° 1420 del 27 de julio de 2004 y 1116 del 29 de mayo de 2006, dictadas ambas por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, conforme a las cuales, a propósito del amparo cautelar solicitado en el recurso de nulidad ejercido contra el

artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se suspendió la aplicación de esa norma “*respecto de los recurrentes, en el marco del caso concreto que se planteó (...) hasta cuando se sentencie la pretensión principal de nulidad*”; si bien guardan aspectos sustantivamente vinculados con el presente, particularmente los referentes a los presupuestos causales, manera de aplicabilidad (desde su ámbito procedimental), y efectos que produce la sanción de inhabilitación establecida en el mencionado artículo; es preciso desestimar definitivamente, en la actualidad, que orientan a otorgar la cautela peticionada a favor del ciudadano Enrique Mendoza D’Ascoli, toda vez que por decisión de reciente data, a saber, la N° 1265 del 5 de agosto de 2008 (Exp. N° 05-1853), la misma Sala Constitucional estableció categóricamente el carácter constitucional de ese precepto normativo, por considerar, entre otros aspectos, que:

(i) El procedimiento administrativo llevado por la Contraloría General de la República para el establecimiento de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos investigados, comprende tres etapas que garantizan el derecho a la defensa y el debido proceso de los imputados administrativamente; guardando así plena y efectiva compatibilidad con lo previsto en el artículo 49 constitucional.

(ii) El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no puede reputarse como una norma penal en blanco debido a que la garantía de la tipicidad está plenamente satisfecha, en virtud de que el propio texto legal cuestionado prevé los hechos y conductas acreedoras de sanciones.

(iii) La Contraloría General de la República no debe desarrollar otro procedimiento adicional para la imposición de las sanciones accesorias como la inhabilitación, esto debido a que, con el sano desarrollo del procedimiento principal -tendente a la comprobación de la responsabilidad administrativa del imputado- se garantizan los derechos que asisten a los funcionarios públicos cuestionados.

(iv) No se ve tampoco afectado el principio *non bis in idem*, ya que no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Valga acotar, que lo proferido por la Sala Constitucional en la comentada decisión se compadece perfectamente con lo que esta Sala Política-Administrativa ha venido sosteniendo pacífica y reiteradamente con relación a los alcances del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en las sentencias siguientes: N° 00868 del 21-07-04; N° 00217 del 07-02-07; 00738 del 17-05-07; N° 00808 del 30-05-07; N° 01383 del 01-08-07; N° 00595 del 14-05-08; y 00742 del 19-06-08, entre otras; de cuyo contenido se desprende que:

(i) La imposición de las sanciones disciplinarias a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, requiere como único presupuesto la declaratoria de responsabilidad administrativa. Es decir, dichas sanciones, aparte de la pecuniaria, son consecuencias jurídicas que, según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, “*sin que medie ningún otro procedimiento*”, porque se erigen como actos-consecuencias, que resultan de un procedimiento o *iter* previo, preparatorio y necesario para su aplicación, el de la determinación de la responsabilidad administrativa, que es en el que se comprueba el ilícito administrativo y se determina dicha responsabilidad.

(ii) En tal sentido, las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

(iii) Por virtud de lo anterior, iniciar un nuevo procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones establecidas en dicha norma sería un contrasentido, pues además de que se iniciaría con base en los mismos hechos, se desnaturalizaría el tratamiento de la sanción como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad.

Con fundamento en lo señalado, debe esta Sala estimar que no existe presunción de buen derecho favorable al recurrente, en lo que concierne al aspecto analizado, ya que, como se ha visto, la jurisprudencia invocada por la representación judicial del actor no resulta aplicable a su favor. Así se establece.

3. *El derecho a la reelección*

TSJ-SC (1488) 28-7-2006, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Consejo Nacional Electoral vs. Revisión Decisión Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, RDP N° 107, 2005, pp. 86 y ss.

La reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999. La Sala Constitucional señala que los funcionarios susceptibles de ser reelegidos no están obligados a separarse de sus cargos.

Precisado lo anterior, se advierte que los representantes legales del Consejo Nacional Electoral solicitan a esta Sala la revisión de la sentencia N° 40 del 9 de marzo de 2006 por la que se declaró la nulidad de las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano Fernando Loaiza Chacón, a instancia del recurso de nulidad presentado por el ciudadano Jesús Ángel Sánchez Pérez y se ordenó la celebración de un nuevo proceso electoral.

Para fundamentar su decisión la Sala Electoral se sustentó en el análisis de la Resolución N° 050526-263 por la que el Consejo Nacional Electoral declaró sin lugar el recurso de reconsideración interpuesto por el ciudadano Jesús Ángel Sánchez Pérez contra las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano Fernando Loaiza Chacón. Así, la citada Resolución se fundamentó igualmente en la Resolución N° 040316-194 del 16 de marzo de 2004, en la que el Consejo Nacional Electoral estableció las causales de inelegibilidad para los funcionarios que optaran por ser candidatos en las elecciones municipales a celebrarse ese año.

De acuerdo con el artículo 3 de la última de las Resoluciones mencionadas, para ser Gobernador de Estado, Alcalde Metropolitano y Distrital del Alto Apure, Alcalde Municipal y Concejal Metropolitano y Distrital del Alto Apure, los funcionarios allí mencionados (Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, los Gobernadores o Alcaldes que se postulasen a circunscripciones o cargos diferentes, *interalia*) y “*en general los funcionarios de mayor cargo*” deberían realizar su separación de dichos cargos antes del día de su postulación. Termina el artículo 3 de la citada Resolución indicando que todo ello se hará según lo establecido en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de conformidad con el artículo 126 del mismo dispositivo normativo.

En la sentencia cuya revisión se solicita, a partir de la lectura de las Resoluciones indicadas, y con auxilio del Estatuto de la Función Pública, se concluye que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón, estaba incurso en la causal de inelegibilidad establecida por las normas del Consejo Nacional Electoral, al ser funcionario de “*mayor cargo*” y no haberse separado del mismo, y en consecuencia ordenó la nulidad de las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano a Fernando Loaiza Chacón como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia.

Por su parte, el Consejo Nacional Electoral, argumentó que ni las Resoluciones analizadas ni la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política eran aplicables al caso, sino lo dispuesto en el artículo 4 del Estatuto Electoral del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente.

Tal argumento fue desechado por la Sala Electoral señalando que dicho Estatuto fue dictado para normar exclusivamente dicho proceso electoral, y por tanto, luego de terminado el mismo, pasó a tener nueva vigencia la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Dado la importancia que tiene en la Constitución los Poderes Públicos, considera la Sala que es necesario hacer un análisis exhaustivo de la normativa invocada en la causa en cuestión. Así, tenemos el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, fundamento de la Resolución N° 040316-194, establece:

“Las condiciones para ser elegible Gobernador de Estado, son las establecidas en la Constitución de la República y las que, con base en ella, establece la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado. Las condiciones para ser elegible Alcalde, Concejal o Miembro de Junta Parroquial, son las establecidas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Los funcionarios públicos, excepto los que desempeñen cargos asistenciales, docentes, accidentales, académicos o de representación legislativa o municipal, no podrán ser postulados para el cargo de Gobernador de Estado o de Alcalde, a menos que se separen del ejercicio del cargo antes de ser postulados.

Los Gobernadores de Estado y los Alcaldes que aspiren a la reelección, conforme a esta Ley, deberán separarse del ejercicio del cargo antes de la postulación” (Énfasis de la Sala).

En virtud de lo previsto en el primer aparte de la norma antes transcrita, el Consejo Nacional Electoral dictó la Resolución N° 040316-194 en la cual se estableció como causal de inelegibilidad el que los funcionarios de mayor rango debían separarse del cargo por lo menos antes del día de su postulación.

En este caso nos encontramos ante la necesidad de congruencia entre las normas vinculadas a la elegibilidad para ser candidato a un cargo público. De este modo, por un lado, tenemos las disposiciones de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, adecuadas a los principios y visión de Estado comprendidos en la Constitución de 1961, y por el otro las disposiciones del Estatuto Electoral del Poder Público, dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente según los principios rectores de la nueva Carta Magna. Las diferencias, en consecuencia, no son de nombre o de forma, se trata de instrumentos normativos inspirados en visiones diferentes, y en algunos casos, encontradas, del Estado, de los derechos ciudadanos y de las relaciones entre éstos y el Estado. De ahí, que debamos recurrir a Jellinek cuando afirma que *“Toda la Ciencia del Derecho cae bajo el dominio de las ciencias del Estado en el sentido que hemos dado a esta expresión, es decir, en cuanto el derecho puede ser el producto de una asociación humana organizada”* y que *“Por consiguiente, las ciencias del Estado y las del Derecho se encuentran en una íntima conexión y hay disciplinas que necesitan ocuparse de ambas”* (Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1978, p. 5). De modo que no puede hacerse una interpretación de normas vinculadas a la constitución de los órganos de los Poderes Públicos, sin que se tenga que recurrir a un análisis de los principios que lo informan y le dan coherencia, dentro de una visión amplia que involucre todos los elementos que conforman la concepción constitucional del Estado y de los derechos ciudadanos. No debe entonces, hacerse una interpretación aislada de los elementos que conforman el aparato del Estado, pues se correría el riesgo que al determinar una solución particular para una coyuntura se pierda la visión que los principios rectores de la Constitución hayan establecido para darle coherencia y sustento a dicho aparato estatal. Es esta visión integradora la que da sentido al Derecho Constitucional, pues en la intrincada fragosidad de normas de rango legal y sublegal, no es difícil sacrificar los principios por lo práctico o lo inmediato.

De ahí la importancia y el carácter integrador del Derecho Constitucional, pues como lo señala Pérez Royo:

“El derecho constitucional es el único derecho que contempla los dos polos indispensables para que el derecho exista en cuanto tales y no en sus diversas formas de manifestación. Es el único cuyo objeto de estudio es exclusivamente el ciudadano y sus derechos y

el estado y sus poderes. El objeto del derecho constitucional es el estudio de aquello que hace que los individuos sean ciudadanos y de aquello que hace que el poder político sea el estado, así como de las relaciones entre ambos polos en los que la existencia del derecho descansa". (Pérez Royo, Javier, "El Derecho Constitucional en la Formación del Jurista", REDC N° 46, CEC, Madrid 1996, p. 57).

Por ello, y dado ese carácter integrador, no puede esta Sala considerar aspectos estructurales del modo en que se forman los Poderes Públicos, sin atender a los principios en los que éstos deben inspirarse y los condicionantes que la propia evolución social impone, pues de lo contrario, se caería en el error de sistemas políticos previos en los que se tomaron medidas aisladas y sin contexto, a los meros efectos de superar situaciones coyunturales, cuya solución individual nada aporta al desarrollo de los principios que tienden al bien colectivo, o peor aún, respondiendo a la necesidad de resolver problemas de particulares o del momento sin considerar su apego o no a los principios constitucionales o su coherencia con los mismos.

En este sentido, el autor Eduardo García De Enterría expone: "*La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un -orden de valores- materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al interprete judicial, en la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada -y todas lo son para la Constitución- podrá desconocer el cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores*" (*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1994. pp. 97-98).

Tenemos de este modo, que la Constitución de 1961 en materia de sufragio pasivo, tenía más limitaciones respecto a la posibilidad de reelección de los funcionarios, partiendo del propio Jefe del Estado quien tenía la imposibilidad de reelección hasta pasado dos periodos constitucionales. Esto, aunque aparentemente fue cambiado con la posibilidad de reelección de Gobernadores, en realidad tal reelección estaba limitada por el corto período a que estaban sometidos los Gobernadores que era de tres años, por lo que en realidad la reelección no tenía consecuencias mayores a las de un período presidencial de la época. No era pues, el sistema de elecciones de la Constitución anterior, proclive a la reelección, salvo, como se verá más adelante, en aquellos casos en que el mismo servía a intereses de partidos o particulares.

Tales premisas, sin duda influyeron en el legislador a la hora de la discusión y aprobación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo que la misma estableció, tal y como se ha visto en el presente fallo, la obligación en el artículo 126, parte *in fine*, que los Gobernadores y Alcaldes, para ser reelegidos, debían separarse del cargo. Todo ello, como se ha dicho, está vinculado a una visión del Estado reluctante al principio de reelección, visión que en la Constitución de 1999 ha cambiado en razón de los nuevos principios y valores que informan la misma y retoma ideas originarias de las ideas fundacionales de Venezuela como país independiente.

Dada la influencia que en el modelo de un sistema político tiene el tratamiento de la reelección presidencial, deben hacerse algunos señalamientos sobre dicha figura, pues el tratamiento a ésta configura los principios a aplicar para el resto de los cargos de elección popular.

Así, la Constitución de 1819, inspirada parcialmente en las ideas del Libertador Simón Bolívar (recuérdese la negativa de los Constituyentes de Angostura en consentir en la petición de liberación de los esclavos hecha por el Padre de la Patria), estableció la posibilidad de reelección inmediata, ya que de acuerdo con el artículo 3, sección primera del Título Séptimo, "*(...) la duración del Presidente será de cuatro años, y no podrá ser reelegido más de una vez sin intermisión*", planteando la visión del Padre de la Patria a la par de las del gran pensador norteamericano Alexander Hamilton, quien en "*El Federalista*" expuso una defensa a la reelección como modelo de gobernabilidad legítimo dentro de un contexto democrático. Cabe hacer un análisis de las

ideas de Hamilton, pues a pesar de haber transcurrido más doscientos años de haber sido emitidas, las mismas tienen una actualidad que llama a la reflexión y que todavía se invocan en las discusiones que se generan con este motivo.

En este sentido, Hamilton señalaba que la reelección era necesaria para que el pueblo pudiera prolongar una administración positiva en su propio beneficio y aprovechando las virtudes del gobernante reelegido, pues la exclusión de éste a pesar de su buen gobierno, sólo traería más males que beneficios a la sociedad y perjudicaría el conducir del gobierno. Igualmente, consideraba que el impedir la reelección provocaría que disminuyeran los incentivos para el correcto proceder de los gobernantes al no tener el aliciente en la continuidad de su gestión, facilitando la tentación de actuaciones no adecuadas dada la inexistencia del incentivo que implica la aprobación de la gestión a través de la reelección, y además, privaría a la sociedad de una persona con experiencia y conocimiento en el manejo del cargo y que facilitaría por esta misma causa el mantenimiento del sistema político, de modo que su ausencia también tendría consecuencias para dicho sistema (Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México 1994, artículo 72, pp. 308 y ss.).

Modernamente, Sartori, luego de analizar varios escenarios a favor y en contra de la reelección, llega a la conclusión que “(...) *el argumento fundamental a favor de la reelección es que los presidentes que gobiernan bien deben ser recompensados, y que desperdiciar a un buen presidente es indudablemente un grave desperdicio. No se puede negar que ambos bandos tienen razones válidas. No es un problema que tenga la misma solución para todos los países*”. A esto agregaba “(...) *también es cierto que negar la reelección es negar la recompensa, y que esto constituye una grave falla*” (Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 191 y 192). Este refuerzo de las ideas de Hamilton y de Bolívar, hechas por un investigador contemporáneo da fe de la vigencia de las mismas y de lo aplicables que son todavía a nuestra realidad.

No se trata entonces, de una discusión interesada o circunscrita a las coyunturas del momento, es por el contrario, una discusión que ha mantenido su vigencia a lo largo del tiempo y que plantea la necesidad de una solución de acuerdo con las necesidades y realidades de cada sociedad, discutidas y planteadas por el poder originario del mismo y que se concretan en el Texto Constitucional, de ahí su trascendencia y la necesidad de verla en el todo del sistema jurídico y en relación con persona alguna.

Además, puede apreciarse la implantación, en el Derecho Comparado, de la figura de la reelección, en diferentes países de nuestro entorno latinoamericano, en diversas manifestaciones. Así en el siguiente cuadro podemos ver los países americanos que en la actualidad tienen esa figura:

País	Reelección	Reelección inmediata	Reelección luego de 1 o más períodos	No reelección
Argentina	x	x		
Bolivia	x		x	
Brasil	x	x		
Chile	x		x	
Colombia	x	x		
Costa Rica	x		x	
Ecuador	x		x	
El Salvador	x		x	
Haití	x		x	

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

Honduras				x
Guatemala				x
México				x
Nicaragua	x		x	
Panamá	x		x	
Paraguay				x
Perú	x	x		
Rep. Dominicana	x	x		
Uruguay	x		x	
Venezuela	x	x		

En el cuadro expuesto se evidencia la aplastante mayoría a favor de la reelección que puede observarse en el Derecho Constitucional latinoamericano, pues de un total de diecinueve países, quince tienen como norma la reelección, es decir, más del 75% de Latinoamérica se encuentra a favor de dicha figura, mientras otros cuatro (Guatemala, Honduras, México y Paraguay) prohíben de forma absoluta la reelección. A esto debe agregarse que desde una perspectiva de evolución del Derecho Constitucional comparado, la tendencia es de incorporar la figura de la reelección al sistema democrático, y así tenemos el ejemplo de Colombia y de Costa Rica, países que por distintos medios y con circunstancias también diferentes establecieron la figura dentro de su sistema constitucional, armonizándose en ambos casos, dicha introducción, con el sistema democrático que en ellas se ha establecido, tomando en consideración sus propias realidades.

Por lo que puede entonces concluirse que la tendencia en nuestro ámbito continental es a favor de la figura de la reelección.

En el mismo sentido, debe destacarse la valiosa contribución, aún considerando las diferencias con la Constitución venezolana, que respecto del tema de la reelección aportó el Tribunal Constitucional de la República de Colombia, que en su fallo C-1040/05 del 19 de octubre de 2005 al referirse al alegato presentado a su consideración respecto a que la inclusión de la reelección en la Constitución constituía un cambio en la estructura del Estado, señaló lo siguiente:

“Los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continua operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho. No cabe señalar, para establecer la presencia de una sustitución de la Constitución, que el Presidente abusaría de su poder, el cual se vería ampliado por la posibilidad de hacer política electoral y que ello conduciría a un régimen de concentración de poder en el que, por otra parte, el Congreso perdería la independencia para el ejercicio de la función legislativa y de control político, porque en su elección habría podido tener juego el Presidente en ejercicio, con lo cual se habría modificado el sistema de separación de poderes. Como se ha dicho, tales cuestionamientos no apuntan a mostrar la inviabilidad del diseño institucional, sino que reflejan el temor de quienes los plantean, de que contrariando las previsiones expresas de la Carta en materia de límites y controles al ejercicio del poder, este se desbordase en el sentido que anticipan.”

Se trata de consideraciones de tipo práctico sobre las consecuencias que estiman previsibles de la reforma, pero no un resultado que pueda ser atribuido necesariamente al nuevo diseño institucional”.

Esto ratifica lo expuesto anteriormente respecto a la necesidad que la inclusión de la reelección no sirve de nada si no se hace dentro de un sistema democrático que garantice la justicia y los derechos inherentes a la persona humana, pues en tal contexto, junto con la existencia de elementos institucionales que hagan los controles necesarios, dicha medida resulta cónsona con la democracia y con las libertades que ésta debe defender.

Luego, la Corte Constitucional agrega lo siguiente:

“En relación con la forma de Estado se tiene que, con o sin reelección presidencial inmediata, Colombia sigue siendo un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Ninguno de esos elementos definitorios de la forma que adopta el Estado colombiano puede tenerse como suprimido, subvertido o integralmente sustituido en razón a que, por virtud del acto legislativo acusado, hoy en Colombia se permite la reelección presidencial, eventualidad que estaba proscrita en la Constitución de 1991”.

Y concluye señalando que:

“En dirección contraria a la presentada por la demandante, cabría señalar que el Acto Legislativo 2 de 2004 no solamente no conduce, desde el punto de vista del diseño institucional, a una supresión de los elementos democráticos de la Constitución de 1991, sino que, desde una perspectiva diferente, que puede plantearse legítimamente en el contexto de una democracia pluralista, podría sostenerse que los reafirma, en la medida en que permite que el electorado se pronuncie de manera efectiva sobre la gestión de sus gobernantes, posibilidad que estaba excluida en el diseño previo a la reforma. Se trata de visiones contrapuestas, una que hace énfasis en las oportunidades que deben brindarse a los sectores diversos de la sociedad que no se encuentren en el gobierno para constituirse en alternativas efectivas de poder, y otra que privilegia las bondades de la continuidad en el gobierno de un proyecto político que ha sido encontrado exitoso por el electorado en un libre juego democrático.

No obstante, las diferencias que sobre el diseño institucional, los mecanismos de participación y las condiciones de equilibrio plantean las dos visiones, no puede señalarse que una de ellas conlleve una sustitución del Estado social, democrático y pluralista de derecho”.

Concluye entonces el Tribunal Constitucional de la hermana República que la reelección no constituiría un cambio en el sistema constitucional de su país, sino que por el contrario se convertiría en un medio de reafirmación democrática. Responde igualmente dicho órgano jurisdiccional a los temores respecto de las consecuencias prácticas que puede acarrear la reelección y en tal sentido pone en evidencia que los mismos se presentarían tanto en cuanto no se cuente con los mecanismos que permitan controlar las acciones del Ejecutivo, y que por estar éstas, lo mismo que en nuestra Constitución, expresamente establecidos, sólo habría que velar por su cumplimiento, de modo que la figura en sí no sería la responsable de irregularidad alguna, sino que ello sería responsabilidad de la equilibrada ejecución del sistema de contrapesos y de controles que tenga el Texto Constitucional, por lo que su falta o no de ejecución no queda al arbitrio de una persona, sino de los poderes que al efecto tengan dichas responsabilidades.

Mención aparte merece el caso costarricense, donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema de esa nación centroamericana, mediante sentencia N° 02771 del 4 de abril de 2003 hubo de pronunciarse respecto a la nulidad de la reforma constitucional de 1969 por la que se suprimió el artículo de la Constitución que permitía la reelección presidencial luego de dos períodos alternos, afirmando lo siguiente:

*“El derecho de elección, como derecho político, también constituye un derecho humano de primer orden, y por ende, es un derecho fundamental. **La reelección tal y como se pudo constatar en el considerando V, estaba contemplada en la Constitución Política de 1949 y constituye una garantía del derecho de elección, pues le permite al ciudadano tener la facultad de escoger, en una mayor amplitud de posibilidades, los gobernantes que estima convenientes. Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección.** De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece: ‘1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades (...) b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, (...)’; y que no admite mayores limitaciones, que las siguientes: ‘2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.’ De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados.*

La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena”. (Énfasis de la Sala).

Como puede apreciarse, en este caso el Alto Tribunal de Costa Rica, no concibe la reelección sólo como un derecho individual por parte del pasible de serlo, sino que además constituye un derecho de los electores a cuyo arbitrio queda la decisión de confirmar la idoneidad o no del reelegible, y que al serle sustraída dicha posibilidad mediante una reforma realizada por un poder no constituyente, se realizó un acto de sustracción de la soberanía popular, quedando dicha posibilidad de forma exclusiva, y dentro de los límites que impone a todo poder los derechos humanos, inherentes a la persona humana, al poder constituyente, el cual basado en razones de reestructuración del Estado puede imponer condiciones o modificar el ejercicio de derechos en razón de la evolución de toda sociedad así como de la dinámica social.

No puede entonces, alterarse la voluntad del soberano, por medio de instrumentos parciales y que no tengan su origen en el propio poder constituyente, es a él al cual corresponde la última palabra, teniendo como se ha dicho como único límite, los derechos inherentes a la persona humana y derivados de su propia dignidad.

En consecuencia, esta Sala comparte los criterios expuestos, pues lo mismo que en los dispositivos citados, la reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999. De igual manera, la reelección, amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. Negar lo anterior, es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción. Es pretender concebir el Derecho Constitucional como un derecho pétreo e inmovible, ajeno a las necesidades sociales. Mas aún, en nuestras sociedades, donde estas necesidades sociales son tan ingentes, los cambios constitucionales son más necesarios en la medida en que se constate su existencia para mejorar las condiciones de los ciudadanos en peor situación socioeconómica, pues la norma constitucional sólo debe estar a su servicio.

Hoy la Constitución dentro de nuestro sistema y de todos los que se comprenden universalmente en el Derecho Comparado, se ha aportado definitivamente de un “puro concepto ideal”, y actualmente es un texto jurídico lleno de contenido determinado con efectos sobre los jueces y los ciudadanos, donde su sustantividad sólo tiene sentido en la eficacia de los valores que encarna, para proteger con su aplicación al bienestar colectivo y bien común. Es este el “Derecho de la Constitución” según García De Enterría (*op. cit.* p. 31), ya no es un Derecho “institucional”, sino “relacional” que, como en los orígenes, incluye las “libertades y los derechos fundamentales”

Por tales razones no puede afirmarse que la reelección no sea un principio compatible con la democracia, y por el contrario, puede señalarse que el mismo, dentro de un Estado de Derecho que garantice la justicia y los derechos de los ciudadanos, puede ser una herramienta útil que garantice la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que beneficien a la sociedad, o simplemente sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que considere no ha realizado sus acciones en consonancia con las necesidades sociales.

En nuestra evolución constitucional, ante la inexistencia de sistemas de gobierno que dieran a los ciudadanos elementos y condiciones que permitiesen el establecimiento de la justicia y el derecho, se optó en las sucesivas constituciones en negar la reelección como medio de contención de voluntades individuales dentro de un sistema clientelar o de favoritos. Prueba de ello es que, *gratia exempli*, el principio de no reelección no era aplicable a los Diputados y Senadores de acuerdo con la Constitución de 1961, justamente donde residían, por lo general, los representantes y dirigentes de los aparatos partidistas a quienes sí interesaba en estos estamentos la existencia de esta figura.

Así, desde la Constitución de 1830 hasta la de 1947, se prohíbe de forma absoluta la reelección, sin que tal medida, aislada y sin la determinación de un sistema de gobierno que lo hiciera viable, en realidad, no sólo no impidió la existencia de gobiernos no democráticos, sino que sólo sirvió para disfrazar a través de subalternos, la verdadera continuidad de gobiernos con intereses ajenos al bienestar de la sociedad. De este modo, por ejemplo, las Constituciones gomecistas, de 1909 (artículo 84), 1914 (artículo 83), 1919 (artículo 83), 1928 (artículo 103) y 1931 (artículo 103), prohibieron la reelección inmediata con los resultados que han quedado para la historia, por lo que se evidencia que no puede haber divorcio entre una medida individual en el método de gobierno y la concepción general de justicia de un Estado. De ahí que la Constitución de 1999, retomando la idea de la Constitución de Angostura, y en plena armonía con los principios garantistas a favor del ciudadano y de su rol protagónico en la empresa de desarrollo del Estado, permitió la reelección presidencial, pero dentro de un marco de políticas públicas en el que ello no es una medida aislada de inspiración caudillista, sino que constituye un elemento más dentro de una visión progresista en el que la separación de poderes, los derechos de los ciudadanos y los mecanismos de participación de los mismos, pueden generar los contrapesos y la colaboración necesarios para la satisfacción de los intereses del Estado que no son otros que los de los propios ciudadanos. Luego de las consideraciones anteriores, queda clara la incongruencia de principios que animaron a las legislaciones electorales previas a la Constitución vigente, por lo que la interpretación de las mismas ha de hacerse, haciendo prevalecer los principios constitucionales actuales.

De ahí que si bien es cierto que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 126, transcrito *supra*, ordenaba la separación de cualquier funcionario, con excepción de aquellos con cargos asistenciales, docentes, accidentales, académicos o de representación legislativa o municipal, de su cargo para la poder ser elegible como Alcalde o Gobernador, dicha norma debe ser contrastada por lo dispuesto en la Constitución, y así tenemos que el artículo 189 cuando establece las situaciones de inelegibilidad para Diputados o Diputadas, no hace referencia como impedimento para la reelección el que los mismos deban separarse de sus cargos. En idéntico sentido, se pronuncia la Constitución en el caso de Alcaldes o Alcaldesas (artículo 174).

Lo mismo ocurre en el caso del artículo 229 cuando establece las condiciones de inelegibilidad para ser Presidente de la República, pues no establece la obligación de separación del cargo. Además debe indicarse que tal figura, la separación del cargo, de aplicarse al Presidente de la República, a tenor de lo dispuesto en el artículo 233, no está contemplada, pues la separación para

este supuesto sería la absoluta en razón de la norma legal antes mencionada y, consecuencia, sería susceptible de ser declarada como tal por la Asamblea Nacional como abandono del cargo, lo cual no parece ser el ánimo de la norma constitucional, por lo que dicha posibilidad no está en consonancia con lo establecido en el Texto Constitucional ni con la intención del Constituyente, el cual de haberlo querido habría establecido este supuesto, por lo que aún en el caso que el Presidente quisiera utilizar la medida de separación del cargo, por imperativo constitucional, se encuentra impedido de hacerlo, pues tal figura no fue considerada por el Constituyente y, en consecuencia, mal podría introducirla una norma previa a la Constitución actual.

Si a esto se agrega, que efectivamente el Estatuto Electoral del Poder Público estableció, entre otras cosas, que los funcionarios que se iban a reelegir podían continuar en sus cargos (artículo 4), se puede determinar con claridad una evidente *mens constitutionis*, que incorpora como principio que en caso de reelección no procede la separación del cargo.

Esto, además, debemos concatenarlo con otro principio introducido por la Constitución en su artículo 19, que es el de progresividad, y que tiene su origen en el Derecho Internacional de los derechos humanos y ha sido introducido en nuestro máximo texto normativo por el Constituyente de 1999. Sobre las consecuencias de tal principio, debemos citar a Villán Durán cuando afirma que la doctrina destaca “(...) como caracteres específicos de este sector del ordenamiento su progresividad, pues su ámbito, tanto material como formal, se extiende de modo continuado e irreversible.” (Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo 1995, p. 52).

Esta progresividad en consecuencia no debe ser confundida con cierta idea de progresividad en los mal llamados derechos prestacionales, en los que algunos pretenden ver como de cumplimiento progresivo, o mejor aún, de incumplimiento parcial, pues la obligación del Estado respecto de los derechos inherentes a la persona son de cumplimiento inmediato y no sometidos a plazo o condición. De ahí el reto de un sistema basado en el Derecho y la justicia de cumplir con lo que expresa el autor antes citado:

“En lo que respecta a los caracteres que son propios del derecho internacional de los derechos humanos, recordemos con K. VASAK que se trata de un derecho ideológico, por cuanto se basa en la superioridad de los valores que son inherentes a la persona humana y aspira a expresar la ideología común de la humanidad. Además, es un derecho derivado de los derechos nacionales, desempeñando al mismo tiempo un papel unificador de las distintas legislaciones nacionales y un derecho mínimo, pues los tratados de derechos humanos representan un estándar mínimo de normas que son susceptibles de ampliación”. (Villán Durán, Carlos, *Ob.cit.*, p. 51, Énfasis de la Sala)

En consecuencia, la Constitución al establecer el carácter progresivo de los derechos humanos, no sólo establece la necesidad de optimizar en relación a su respeto por parte del Estado y de su cabal ejercicio por parte de los ciudadanos, sino que además, establece un fin del Estado, de modo que su incumplimiento no sólo afecte a un individuo en particular, sino que exprese el fracaso de un elemento trascendente en nuestra concepción como sociedad organizada.

Por ello, la progresividad debe ser entendida como la irreversibilidad en el campo de acción de un derecho humano, así como la obligación de ampliar y optimizar dicho campo de acción. Es la determinación irrenunciable del ámbito de ejercicio del mismo, y cualquier limitación a dicho ámbito, que vulnere el mismo injustificadamente, viola dicho principio, y, por ende, el derecho humano de que se trate.

Así, lo que en materia de escolaridad parecía en el siglo XIX como de avanzada, esto es, la educación primaria, en la actualidad no lo es, y por ello, no pueden menoscabarse los derechos de las futuras generaciones, disminuyendo lo que generaciones anteriores pudieron tener y realizar. El hecho que efectivamente haya personas que por diversas razones no pudieron tener acceso ni siquiera a este nivel de cumplimiento del derecho, no implica que como hecho social, el Derecho haya aumentado su rango de acción y, en consecuencia, pueda ser impetrado como exigible dentro de un ámbito mayor a aquel en que fue reconocido en su momento. Esto no es otra cosa que el reconocimiento de la propia evolución humana y es su consecuencia natural, aunque por razones

históricas o políticas, en algunos casos se vean más desarrollados los derechos en unos países que en otros, y aún en ese supuesto, el cumplimiento en otras realidades lo que hace es reafirmar su posibilidad de ejecución.

Esto, adicionalmente, es consecuencia directa del carácter evolutivo de toda sociedad, en la que siempre ha de tenderse a buscar el beneficio de la persona humana en la interpretación de toda norma, y ejemplo de ello es el propio hecho de los derechos de la persona humana, pues en un primer momento pudieron concebirse como una gracia dada por el soberano, como el caso de la Carta Magna inglesa de 1215 donde se reconocían y para una clase de personas (pues no se trataba sino de un movimiento a favor de un estamento de la sociedad inglesa y no de toda ella) ciertos derechos que en la actualidad no pueden sino concebirse como reconocidos por parte del Estado. Es decir, el Estado no crea derechos inherentes a la persona humana, los reconoce, pues justamente la evolución en la concreción de mecanismos jurídicos de protección ha llevado a la conclusión que la naturaleza de esos derechos inherentes obliga a que el Estado se limite a su reconocimiento sin buscar paternidad alguna, por lo que el mismo no puede ni menoscabarlos ni muchos menos eliminarlos por acto normativo alguno, pues el Estado no puede destruir lo que no ha creado, y en el caso de los derechos inherentes a la persona, no puede manipularse o alterarse algo derivado de la intrínseca dignidad del ser humano.

Por ello puede invocarse, como señala el Piza Escalante, respecto de los derechos humanos, que los mismos “(...) no pueden estar a disposición de ellos (de los Estados), por el principio elemental de que en ninguna relación bilateral, que en este caso sería la relación Estado-ser humano, la suerte de esa relación puede estar en manos de una sola de las partes” (Piza, Rodolfo y Gerardo Trejos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Juricentro, San José 1989, p. 65) y, en consecuencia, al tratarse de una condición inherente a la persona, no está sujeto, siquiera a la voluntad de esta última, quien puede o no ejercer su derecho, pero no lo puede desconocer.

Todo ello debe concatenarse con la tradición constitucional comparada, en la que los funcionarios susceptibles de ser reelegidos no están obligados a separarse de sus cargos, como sería el caso de España, Colombia, Estados Unidos y Gran Bretaña, entre otros. De modo que debe concluirse que lo dispuesto en la parte *in fine* del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es contraria a la Constitución y en consecuencia es inaplicable en el supuesto citado, y así se decide.

Análisis **aparte merece la obligación de separarse del cargo en casos diferentes a la reelección**, pues se trata, evidentemente, de un supuesto de hecho diferente al referido *supra*, por lo que no necesariamente deben serle aplicado los mismos elementos de interpretación.

Del mismo modo en que la propia Constitución señala su intención de establecer como principio la no separación de cargos en caso de reelección, en el caso de ser elegidos para una función pública diferente a la que se posee, es el propio Texto Constitucional el que nos indica en su artículo 179 que para poder ser elegido como Diputado o Diputada, tanto el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras, y otros funcionarios que allí se mencionan deben separarse, de forma absoluta de tales cargos, para poder optar a ser elegido como parlamentario. Esto es reiterado por el artículo 229 cuando señala como causal de inelegibilidad para ser Presidente de la República “(...) *quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministro o Ministra, Gobernador o Gobernadora y Alcalde o Alcaldesa, en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección*”. Igualmente, el artículo 124 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política cuando expresa que “*Para postularse para el cargo de Presidente de la República, los funcionarios públicos que ocupen cargos de dirección ejecutiva, deberán separarse del cargo en forma absoluta antes del acto de postulación, y en los demás casos, la separación será del ejercicio del cargo*”.

Tales restricciones tienen sentido en la medida en que mientras el que aspira a la reelección, en el caso de ser reelegido, puede continuar con sus labores y garantizar la continuidad administrativa, en el otro supuesto, la elección impediría la continuación de las labores en el cargo

previo, por lo que en razón del principio de eficacia y eficiencia que debe caracterizar a la Administración Pública de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución, deben traspasarse las responsabilidades del cargo previo ante la contingencia de la posible elección. A esto se debe agregar el potencial peligro que significaría el utilizar el cargo que se detenta antes de la postulación con fines electorales, lo cual, si bien puede alegarse también en los supuestos de reelección, en este último caso puede ser regulado con la normativa que al efecto se dicte, mientras que en el supuesto de ejercicio de otros cargos, las posibilidades de manejo con fines políticos pueden ser tan diferentes que su regulación es casi imposible, por lo que se prefiere usar la figura de la inelegibilidad por ser la más práctica y transparente a la vista de los electores. Debe aclararse que este tratamiento es desigual pero no discriminatorio, por cuanto se trata, como se ha dicho antes, de supuestos de hecho diferentes.

Así, organismos especializados como el Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL) ha afirmado que “(...) *ciertos requisitos legales no pueden considerarse actualmente como discriminación electoral. Los límites de edad (18 años normalmente), requisitos de residencia, de nacionalidad, impedimentos de orden psíquico o penal, no se consideran discriminatorios*” (CAPEL, *Diccionario Electoral*, San José 1988, p. 251), y antes bien, son comunes en los ordenamientos de derecho comparado.

Sirva de ejemplo el caso español, donde la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en su Capítulo II, referido al sufragio pasivo, establece tres tipos de inelegibilidad, la llamada inelegibilidad absoluta (artículo 6), que cubre aquellas situaciones en las cuales mientras el sujeto presente el supuesto de hecho de la norma, estará impedido de ser considerado como candidato a cargos de elección (vgr. El Defensor del Pueblo, el Fiscal General de Estado, los militares activos, etc.) y hay un caso en particular donde dicha situación es permanente, dada la existencia de la institución monárquica en ese país (es causal de inelegibilidad ser parte de la familia real), la inelegibilidad temporal (aparte 2 del artículo 6), constituida por aquellos casos donde los órganos jurisdiccionales hayan dictado medidas de inhabilitación, sea por condena a pena privativa de libertad (literal a) o por haber sido condenado por delitos de rebelión, de terrorismo o contra las instituciones del Estado y el tribunal los haya condenado a inhabilitación por el tiempo de la pena (que puede ser hasta de veinte años de acuerdo con el artículo 40 del Código Penal español), y por último, la denominada inelegibilidad relativa (aparte 3 del artículo 6), que permite a los sujetos que ellas estén contemplados (funcionarios de ámbito provincial) ser elegidos en algunos cargos de elección, siempre que el cargo en el que quiera ser postulado esté fuera del área territorial del cargo que causa la inelegibilidad (vgr. Delegados territoriales de Radio Televisión Española, delegados provinciales de la oficina del Censo Electoral).

En todos estos casos, la causal de inelegibilidad, de acuerdo con el artículo 7 de la ley, deberá ser subsanada, en los casos en que proceda, hasta el día de la presentación de la candidatura, aunque existe una causal de inelegibilidad, que ya hemos indicado, que no es posible modificar.

En nuestro país, la causal de inelegibilidad en razón de tenerse un cargo diferente al que se aspira, puede remontarse a la candidatura para Presidente de la República del General Ignacio Andrade en las elecciones efectuadas en septiembre de 1897, pues al mismo tiempo de ser candidato ejercía la presidencia (lo que ahora se conoce como gobernación) de lo que entonces se conocía como Estado Miranda, cuyos límites geográficos son diferentes al actual, y que por tal razón fue denunciado por sus adversarios, completamente en vano, pues dicho candidato estaba auspiciado por el caudillo de la época, General Joaquín Crespo, lo que se evidencia con su porcentaje de votación a favor (99,3% de los votos), demostrándose una vez más que las medidas individuales, en este caso la prohibición de reelección para el General Crespo (artículo 73 de la Constitución de 1893), de nada sirvieron para que el mismo continuase ejerciendo su influencia, si dicha medida no está acompañada de una estructura institucional y democrática que haga efectiva la voz del soberano.

Por ello, la persistencia de nuestros constituyentes de negar la reelección, no puede ser vista como una oposición a priori respecto de la figura, sino una reacción natural a un estado de cosas y a la situación política de la época. Otros ejemplos respecto de la inutilidad de la prohibición los tenemos en el caso de los hermanos Monagas de 1848 a 1858, quienes se alternaron el

poder buscando su hegemonía, o la más clara de todas las evasiones a la prohibición de continuidad, dada por Juan Vicente Gómez, quien gobernó a través de lugartenientes, y éstos a pesar de que nominalmente tenían el título de Presidentes (y cuyo nombre queda para el oprobio de la historia), no tenían la menor duda, lo mismo que sus conciudadanos en relación a donde verdaderamente residía el Poder Ejecutivo.

Todo ello debido a la inexistencia de instituciones, y sobre todo, por la carencia absoluta de canales de participación que permitieran la estructuración de la sociedad en detrimento del poder por medio de un sistema democrático. Con estos ejemplos, queda de manifiesto lo poco provechoso que ha resultado para nuestro desarrollo político e institucional la prohibición de no reelección, pues la misma no ha servido sino para enmascarar las realidades que pretendía prevenir.

Sin embargo, este ejemplo evidencia, que a pesar de contarse con el peso del poder, si se tiene un cargo público, se puede utilizar el mismo con fines electorales, por lo que se hace necesaria la desincorporación de dicho cargo de modo de garantizar, como se ha dicho, la continuación de las labores de la Administración Pública, por un lado, y por el otro, la imposibilidad de ejercer las potestades inherentes al cargo con fines distintos a los que la Constitución y la ley señalan.

De lo expuesto se manifiesta que es connatural con todo sistema de elecciones, la existencia de situaciones que impiden a los ciudadanos el postularse como candidatos a determinados cargos, y en virtud de las competencias que esta Sala le ha reconocido al Consejo Nacional Electoral en la sentencia N° 2.341 del 25 de agosto de 2003, tiene éste la potestad de establecer dichas condiciones dentro del marco de nuestra Constitución.

En razón de lo expuesto, debe concluir esta Sala que el Consejo Nacional Electoral, actuó dentro del marco de sus competencias y apegado a los principios constitucionales cuando dictó la Resolución N° 040316-194 del 16 de marzo de 2004, por la que estableció como causal de inelegibilidad, además de ser titular de los cargos que allí expresamente se mencionan, el de ser funcionario de “mayor rango”.

Coincide en este caso la Sala con la apreciación hecha por la Sala Electoral respecto, a la incongruencia que supone, por parte del Consejo Nacional Electoral, que luego de haber dictado esta Resolución, posteriormente señale que la misma no es aplicable, sino que por el contrario la norma a aplicar es el Estatuto Electoral del Poder Público, pues si ésta era su interpretación de dicha situación, no se entiende entonces por qué dictó la Resolución que ahora pretender desconocer.

Por otro lado, si bien el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, no hace distinción entre funcionarios y por el contrario exige que todo funcionario, con la excepciones que puntualiza posteriormente, debe separarse de su cargo para ser considerado como candidato para optar al cargo de Gobernador o Alcalde, no es óbice para que el Consejo Nacional Electoral desarrolle dicha norma y haga precisiones como la determinación de que tipo de funcionario puede además ser considerado como inelegible, por lo que la determinación realizada en la Resolución N° 040316-194 respecto a los funcionarios de mayor rango, está apegada a las reglas de un sistema electoral fundado en principios democráticos, y así se decide.

En idéntico sentido, debe señalarse que la utilización que hizo la Sala Electoral del Estatuto de la Función Pública, a los efectos de determinar qué es un funcionario de “mayor rango”, es perfectamente válida y está lo suficientemente motivada para que se entienda racionalmente las consideraciones que llevaron a dicha Sala a estimar lo que entiende, a los efectos electorales, como un funcionario de mayor rango.

De ahí que resulte ajustada a derecho la interpretación dada por la Sala Electoral respecto a la validez de la Resolución citada, lo mismo que la interpretación utilizada por ésta para determinar la calidad de funcionario de “mayor rango” que ostentaba el ciudadano Fernando Loaiza Chacón, por lo que resulta ajustada a los principios constitucionales analizados a lo largo de este fallo y no tiene, en consecuencia, lugar en derecho la solicitud de revisión constitucional solicitada. Así se decide.

4. *Mayorías y escrutinio*

CFC – SPA 7-2-39, M. 1940, pp. 147-149

La mayoría absoluta es la que alcanza más de la mitad de los votos, así como la relativa es el mayor número de votos obtenidos por uno o más candidatos frente a otros.

Entrase, ahora, a examinar si existe la violación de la Constitución del Estado Guárico en los puntos aludidos. Obsérvese, al efecto, que las Constituciones de los Estados incluyen entre las atribuciones de las Asambleas Legislativas la de elegir Presidente del Estado, salvo cuando hubiesen delegado esta atribución en el Presidente de la República; y establece que se declarará electo al ciudadano que hubiere obtenido la mayoría de votos de los miembros presentes. La Constitución del Estado Carabobo califica expresamente esta mayoría de absoluta. Con respecto al Estado Guárico, estos principios están contenidos en el ordinal 79, artículo 39 y artículo 56, respectivamente.

Ahora bien, al declararse en la Asamblea empate de la votación que arrojó seis votos en favor del doctor Zamora Arévalo y 5 votos en favor del doctor Morales, siendo 11 los miembros presentes votantes, se cometió, sin duda, la infracción de la definición misma de “mayoría absoluta”, contenida en dichos preceptos constitucionales del Estado Guárico, comunes, como se ha dicho, a mayor abundamiento, a los demás Estados.

Con efecto si “mayoría” es, generalmente la superioridad de una cosa con respecto a otra, o el mayor número de votos en una votación, o la reunión de votantes que componen mayoría, la “mayoría absoluta” es la que alcanza más de la mitad de los votos, así como la “relativa” es el mayor número de votos obtenidos por uno o más candidatos frente a los otros.

Por manera que la mayoría absoluta se deduce del número de votantes, mientras que la “relativa” se deduce de los votos mismos logrados por los candidatos; tratándose de un número par de votantes el mínimo de la “mayoría absoluta” resulta de la mitad de dicho número más un voto. Así la mayoría absoluta en una votación de veinte votantes la tiene el candidato que logre once, por ser esta cifra igual a la mitad del número de votantes, más una unidad, indivisible como es el “voto”. Si la votación diere, por ejemplo, este resultado: ocho votos para un candidato, cinco para otro, tres por otro, repartiéndose los cuatro votos restantes entre igual número de candidatos, entonces no se habría logrado la mayoría absoluta, y se declararía elegido a quien obtuvo ocho votos, que es el mayor resultado de éstos frente a los demás candidatos, si en Ley debe declararse electo a quien obtuviere la “mayoría relativa”. Pero si la Ley se refiriese a la mayoría absoluta para la declaratoria de la elección, como sucede en el caso concreto, entonces para lograrla se concretará la votación a los candidatos que han logrado mayoría relativa de acuerdo con la Ley. Si se tratase de un número impar de votantes, como ocurrió en la elección a cuya nulidad se refieren los autos (11), siguiendo los textos que definen dicha hipótesis, los cuales, sin excepción alguna, exponen que al par inmediatamente inferior al impar de que se trate (10), se le toma la mitad, y al resultado (5) se le agrega un voto, lo que equivale matemáticamente a agregarle al impar de que se trate (11) esta unidad (1) y tomarle la mitad al resultado (6). De modo, pues que en la elección impugnada fue infringido el artículo 56 de la Constitución del Estado Guárico, cuando se declaró empatada la votación que dio por resultado seis votos en favor del doctor Zamora Arévalo y cinco en favor del doctor Morales, siendo así que la mayoría absoluta mínima de once es seis. Por lo demás, en el caso concreto coincidieron la mayoría absoluta y la relativa, por donde se ve que también por la mayoría relativa habría ganado la elección el candidato que obtuvo los seis votos, si la Constitución hubiera pautado esta mayoría en vez de la absoluta que ella define con entera claridad. En efecto, la cifra de seis es la mitad del número par inferior al de votantes, más una unidad, según la regla expuesta, y es al mismo tiempo el número de votos (6) obtenido por uno de los candidatos mayor que el número de votos (5) obtenido por el otro candidato. En atención a los alegatos del doctor Morales, se establece, en primer término, que no es posible aceptar que en una Asamblea de votantes pueda considerarse miembro presente, a los efectos de la votación, a quien no tenía el derecho de votar y que no votó efectivamente. Es de advertirse que no debe equiparar-

se el caso de un miembro de la Asamblea de votantes que se abstiene de votar por imposición legal con el que echa en la urna una papeleta en blanco: aquél no está presente en la votación puesto que la Ley se lo impide, mientras que el otro sí está presente en el acto, pero su votación es negativa, o mejor, inexistente, por propia voluntad. Por lo demás, el hecho consignado es que la elección se efectuó con sólo once miembros, y este hecho es indestructible jurídicamente y en lógica común. En el caso concreto, pues, si doce eran los miembros de la Asamblea con el doctor Morales, y éste se abstuvo de votar por prohibición legal, debe juzgarse que sólo once fueron los miembros presentes votantes, y que, en atención a este número de votantes, era que debía deducirse la mayoría absoluta exigida por el artículo 56 de la Constitución del Estado. Además, la regla del doctor Morales, conduce a manifiestos absurdos, puesto que según ella resultaría que en una votación de once votantes la mayoría absoluta sería siete, y tal cosa es axiomáticamente inaceptable. Con efecto, esta cifra, que es la mayoría absoluta de doce, sería también la mayoría absoluta de once; y es fácil observar que siendo indivisible la unidad “voto” si el número de votantes disminuye la supuesta mayoría absoluta tiende a confundirse con dicho número de votantes, confundiéndose absolutamente en el número 3 de votantes, cuya mayoría absoluta sería 3 mismo, es decir, más de su mitad (2), más un voto. Resultaría que en la Corte Federal y de Casación, la mayoría absoluta sería cinco y en las Cortes de Apelación de la República, de tres miembros, sería tres mismos, y serían nulas las sentencias de aquélla con tres votos salvados y nulas las de estas últimas con un voto salvado, a pesar de que así vienen dictándose desde tiempo inmemorial con toda normalidad y validez. Además, en el caso concreto no se puede contemplar la hipótesis de un empate impropio, o sea el previsto en presencia de mayorías desiguales, porque justamente se trata, según queda dicho, de una mayoría absoluta que soluciona un empate de igualdad de votos. Si la Ley de Censo Electoral y de Elecciones fuese aplicable, no podría serlo sino dándole en el punto el sentido que queda establecido en esta sentencia, en virtud de la regla de hermenéutica de que toda interpretación que conduce a un absurdo debe rechazarse, ello en vista de lo confuso del texto de dicha Ley al respecto.

De modo pues, que habiéndose establecido que, violada la Constitución del Estado, que debió observarse religiosamente en la materia eleccionaria, por mandato de la Nacional, queda violada *ipso jacto* esta última, es forzoso establecer, por lo mismo, que el acto mediante el cual se cometió tal violación, debe considerarse nulo absolutamente; y así se declara.

CFC – SF 27-6-47, M. 1948, pp. 88-89

El acto de escrutinio final, que es un acto público y solemne, no puede ser realizado sino una sola vez, y viene a ser la expresión concreta y definitiva de la voluntad del cuerpo electoral, por lo que es irrevocable e inmodificable.

Analizado en su estructura y funcionamiento el sistema electoral promulgado por el Decreto número 216, se presenta como una operación jurídica minuciosamente regulada en cada uno de sus variados momentos, a tal punto de constituir un verdadero proceso que debe realizarse y desenvolverse en los lugares y condiciones previstos por el Estatuto, bajo pena de nulidad. El proceso electoral allí previsto alcanza su culminación con el acto del escrutinio final realizado por la Junta Principal de la respectiva circunscripción, en el cual se hace el cómputo definitivo de los votos se adjudican los puestos entre las diversas planchas, se proclaman los candidatos electos para representantes Principales y Suplentes, de lo cual se levanta por duplicado acta en la que se hace constar todo el desarrollo del proceso y la suscriben todos los miembros de la Junta y los testigos presentes (Art. 79).

Este acto del escrutinio final se realiza en forma pública, y, como solemne que es, debe reunir todos los requisitos esenciales establecidos por el Estatuto para su existencia y validez en derecho. Ese acto de escrutinio final, que debe efectuarse después de haberse esperado el tiempo razonable a que se contrae el artículo 80 del Estatuto, en las condiciones allí previstas, viene a ser la expresión concreta y definitiva de la voluntad del cuerpo electoral de la respectiva circunscripción, y es irrevocable e inmodificable después de realizado formalmente por el Organismo competente. Los resultados electorales que arroje ese acto de escrutinio final hacen derecho en el caso,

y sólo queda abierto a las impugnaciones que se dirijan contra él por la vía de las acciones de nulidad que se intenten ante la Corte Federal y de Casación (Art. 87). Es tan final y definitiva el acta que relacione el resultado del escrutinio practicado, que el Estatuto manda que se lo publique en el respectivo órgano de publicidad oficial, y establece que el Consejo Supremo Electoral ordene la publicación de los resultados en la *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, dentro de los diez días siguientes a la proclamación de los candidatos electos (Art. 82).

Es necesario que en todo proceso electoral (como en todo proceso en general) se alcance un momento que venga a establecer la certeza y la seguridad jurídica de la situación real, y este no es otro, en el sistema del Estatuto, que el del escrutinio final realizado por la Junta Principal de la respectiva circunscripción electoral. Admitir la posibilidad de que el resultado de ese escrutinio final pueda ser alterado posteriormente a la firma del acto que lo relaciona, independientemente de toda sentencia judicial, sería ir contra aquel supremo principio de seguridad jurídica que es menester a su efectividad, por más atendibles y de buena fe que sean las razones aducidas para alterarlo.

Todo acto posterior a la realización del escrutinio final, que no se realice en las condiciones señaladas por el Estatuto, particularmente si ese acto está desprovisto de los requisitos formales de publicidad y de concurrencia del respectivo órgano electoral, estará manifiestamente afectado de vicio de ilegitimidad que lo hará írrito en su esencia misma, y como tal no puede tomarse en consideración para derivar de él consecuencia alguna en derecho.

CSJ-PA 26-6-74, G.O. N° 1700 Extr, 29-10-74, p. 13.

Los órganos representativos deben estar conformados de acuerdo a la proporción resultante de las elecciones.

La Constitución del Estado Bolívar en su artículo 33 siguiendo la orientación establecida por el constituyente nacional, dispone que durante el receso “de la Asamblea Legislativa funcionará una Comisión Delegada integrada por seis miembros, quienes con sus respectivos suplentes serán elegidos en la sesión anterior a la clausura del primer período de sesiones ordinarias, de modo que reflejen en lo posible la composición política de la Asamblea Legislativa...”

De acuerdo con esta disposición es jurídicamente imposible que la Comisión Delegada de la Asamblea Legislativa del Estado Bolívar, esté integrada por Diputados que representen una misma organización política, cuando otro partido tenga representación en la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, consta de autos que con arreglo a las Disposiciones de la Ley Orgánica del Sufragio y a los resultados de los comicios realizados el 9 de diciembre de 1973, la Asamblea Legislativa del Estado Bolívar está integrada por trece (13) Diputados de los cuales nueve (9) fueron postulados en las planchas del partido Acción Democrática y cuatro (4) en la del partido Social Cristiano (COPEI). De consiguiente la representación de dichas organizaciones en la Comisión Delegada debe ser proporcional al número de Diputados que tienen en la Asamblea Legislativa. Sin embargo consta de la copia certificada del acta de la sesión de la Asamblea Legislativa del Estado Bolívar correspondiente al día 30 de abril de 1974, que en esa sesión fueron electos para integrar la Comisión Delegada con el carácter de miembros principales los ciudadanos: Edgar Simón Vallé Vallé, Jorge Martínez, Armando Rodríguez León, Carlos José Lee Guerra, Mauro Ghinaglia y David Natera Febres, pertenecientes todos a la Fracción Parlamentaria del partido Acción Democrática, lo cual constituye una flagrante violación del artículo 33 de la Constitución del Estado Bolívar, con menoscabo del principio de la representación proporcional de las minorías consagrado en el artículo 112 de la Constitución Nacional.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara la nulidad de la elección de la Comisión Delegada, efectuada el día 30 de abril de 1974 por la Asamblea Legislativa del Estado Bolívar, la cual deberá reunirse nuevamente para elegir dicha Comisión, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución de dicha entidad federal.

5. *Nulidad de elecciones***CFC – SPA 30-9-37, M. 1938, pp. 289-292**

Las causales de nulidad de votación son taxativas; por lo tanto, si el hecho denunciado no está dentro de los contemplados en la Ley, no procederá la nulidad.

Primera: Esta Corte, después de haber practicado un prolijo y minucioso examen de las 39 tarjetas o boletas de votación acompañadas a estos autos, encuentra que realmente en casi todas ellas fue efectuada por mano desconocida hasta hoy, en hora que tampoco puede precisarse aún, una serie de alteraciones, consistentes en la generalidad de los casos, en transformar por aditamentos de letras y por enmendatura de otras, el nombre primitivamente escrito en un nombre distinto. En algunas se agregó un nombre suplementario.

Segunda: Se observa que, en ninguna de las dos actas de escrutinio levantadas por la Junta Distrital del Departamento Vargas, se explican las diversas operaciones que debieron efectuarse para el cómputo. La razón natural aconsejaba como conveniente hacer constar en esas actas, o por lo menos en la del escrutinio de los votos de cada candidato, los nombres de los demás que tuvieron votos y el número de éstos con que cada uno fue favorecido. En el caso de autos, el acta de escrutinio general del número de votantes, se limita a decir que se encontraron en la urna de Naiquatá ochenta y cuatro tarjetas o boletos, en conformidad con lo que resulta del respectivo libro de votaciones y el acta de escrutinio especial de los favorecidos, se limita a expresar que el doctor Izquierdo fue elegido por veinticuatro votos, sin que conste quien más obtuvo votos para principal, ni en qué número, y nada se dice allí de haberse encontrado al abrir la urna tarjetas adulteradas o al menos de dudosa lectura, ni tampoco que por tales motivos se descartaron del cómputo esas tarjetas. Debido a la ausencia de estas menciones por dichas actas, no es posible saber si hubo error en la computación. La Junta Estadal del Distrito Federal en el escrutinio de control que practicó cinco días después del que hizo la Junta Distrital, llenó aquellos vacíos expresando en el acta haber encontrado en la urna tres paquetes de tarjetas inutilizadas en la votación para Concejal Principal: uno conteniendo los votos correspondientes al candidato doctor José Izquierdo, que alcanzaron a veinticuatro; otro conteniendo los votos correspondientes al candidato León Manuel Romero, que alcanzaron a veintiuno y el último, o sea el tercero, conteniendo treintinueve tarjetas, que son precisamente aquellas en que se realizó la obra de adulteración. Si en los autos hubiera una prueba idónea de que la urna inmediatamente después de terminado el escrutinio en La Guaira fue nuevamente sellada en debida forma para enviarla a Caracas, y una afirmación expresa de la Junta Estadal de haberla recibido aquí con tal sello de garantía intacto, podría sostenerse haber llegado a manos de esta última Junta exactamente como fue sellada en La Guaira y concluirse de éstos que las condiciones y forma en que la Junta Estadal encontró las tarjetas dentro de la urna cinco días después, son exactamente las mismas en que las mandó la Junta Distrital. Pero ante la posibilidad de haber viajado esa urna sin una clausura suficientemente eficaz, habiendo pasado además durante cinco días por diversas manos y cambiado varias veces de sitio antes de ser abierta por la Junta Estadal, resultaría aventurado que esta Corte admitiese como inconcluso que las alteraciones encontradas por la Junta Estadal en treinta y nueve tarjetas existían ya todas o al menos algunas, desde antes de ser abierta la urna por primera vez en La Guaira.

Ciertamente que las declaraciones de los miembros de la Junta Electoral de Naiquatá sobre que el papel que sellaba la urna cuando llegó a La Guaira no es el mismo con que ellos la sellaron al terminarse la votación, indican que la urna fue violada antes de ser abierta por la Junta Distrital en el Teatro Lamas; pero de esta primera violación aun si fuere cierta, no se deduce necesariamente, sino tan solo puede presumirse, que en ese entonces se llevó a cabo la alteración de las tarjetas o boletos de votación; ello bien pudo haber ocurrido en otra posible violación posterior en los cinco días que mediaron entre la apertura de la urna en La Guaira y su nueva apertura en Caracas.

A pesar del valor moral que puedan tener, no puede esta Corte concederles pleno valor jurídico a las declaraciones testimoniales de autos, no rendidas en juicio ante Juez alguno y para obtener las cuales no se cumplieron los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil.

Tercera: Por otra parte, sea de todo esto lo que fuere, la causal 4ª de nulidad de elecciones en que se basa la sentencia de la Corte Suprema, sólo se contrae, por lo que respecta al error y al fraude, a los que cometieren la misma Junta escrutadora o alguno de los funcionarios al hacer la computación de los votos. Nada dice dicha causal del fraude cometido por otras personas extrañas a dicha Junta, antes o después del escrutinio. En cuanto al error en la computación de los votos, esta Corte encuentra que la Junta Distrital escrutadora no incurrió en él. Si se sostuviese que fue un error de computación no haber tomado en cuenta las 39 tarjetas en que ocurrieron las alteraciones, consideradas, así como a tarjetas en blanco, habría que concluir forzosamente que la Junta Distrital debió hacer entrar esas tarjetas alteradas en la cuenta de los votos por cada candidato. Pero es el caso que para hacerlo así tropezaba con una dificultad insuperable, a saber: ¿en favor de cuáles candidatos contaría esas tarjetas? No era posible ni legal que esa Junta, apartándose de su función meramente escrutadora, asumiese durante el cómputo la función judicial y por sí y ante sí sin ninguna averiguación previa, sin experticia que esclareciesen cuál fue el verdadero nombre primitivamente escrito en dichas 39 tarjetas, atribuyese esos votos ni a León Romero ni a Izquierdo ni a ningunos otros de los nombres que allí se leen a simple vista. Y si la Junta Distrital no estaba facultada legalmente para hacer eso, mal podría sostenerse que ella incurrió en error al no tomar en cuenta esas tarjetas en la computación de los votos de cada candidato. La Junta procedió correctamente, en la única forma que le correspondía hacerlo. Y es que son dos cosas muy distintas, lo que prevé la Ley en la causal 4ª o sea la computación o cuenta errada de los votos, y la imposibilidad legal de computar o contar una parte de las tarjetas contenidas en la urna: en el primer caso que es una cuestión de Aritmética, hay la posibilidad de evitar el error o de corregirlo si se advierte oportunamente en el acto mismo del escrutinio, porque se trata solamente de una cuenta u operación equivocada, y se conoce de antemano el medio o la forma de corregir tal error. En el segundo caso, esto es, en el de imposibilidad legal de hacer entrar en el cómputo todas las tarjetas no se puede decir que hubo equivocación o error en descartar como inutilizables, inservible una parte de ellas, ya que era lo único posible y legal en tal coyuntura. Ahora bien, la Ley no incluyó esta circunstancia entre las causales de nulidad de las elecciones. El caso actual no tiene según la Ley más consecuencias que las que surgirían si en el momento de abrir la urna se le hubiese derramado un tintero sobre varias tarjetas cubriendo con una mancha de tinta los nombres de los candidatos, antes de ser leídos por la Junta. De esto resultaría que votos válidos cuando se emitieron han quedado inutilizados contra la voluntad de los electores y sin fraude ni error de la Junta escrutadora; pero no se pueden contar a favor de ningún candidato porque no llegó a saberse a quién fueron dados esos votos. No podría decirse que en el caso de este ejemplo se incurrió en un error en la computación, sino que forzosamente se prescindió de votos inutilizados antes del escrutinio, circunstancia que la Ley, no consigna como causal de nulidad de las elecciones.

Nada tiene que ver el que en el caso de autos la inutilización de unos votos o boletos no haya sido obra del acaso, como el volcamiento de un tintero, sino el resultado de un fraude cometido por persona ignorada antes de procederse al escrutinio, ya que el fraude que la Ley considera en la causal 4ª del artículo 68 es el que se hubiere cometido, como ya se dijo, por los mismos escrutadores al hacer la computación, como sería si algunos de los miembros de la Junta, o todos de acuerdo, escamoteasen tarjetas o votos válidos o leyeren intencionadamente un nombre distinto del escrito en la boleta de votación. Es sensible que la Ley no haya previsto en esa causal de nulidad relativa al escrutinio el fraude de otras personas extrañas a los funcionarios escrutadores. Pero es el caso que la Ley del Censo Electoral y de Elecciones sólo trae causales taxativas de nulidad y ella misma se encarga de decir, en el artículo 71, último aparte, como para impedir toda interpretación judicial extensiva, que la demanda de nulidad de elecciones no puede basarse en ninguna otra causal fuera de las que se consignan expresamente en el artículo 68. Cuando el artículo 69 habla de los fraudes que se cometieren en el curso del proceso electoral, no ha sido la intención del legislador consignar una causal nueva además de las del artículo 68, sino que se refiere a las mismas causales anteriores, porque son fraudes también el cohecho, el soborno o presión, ejercidos sobre los electores o sobre las mismas mesas electorales, durante las elecciones, y en ninguno de estos casos encaja el de las alteraciones de boletas, contemplado en el presente asunto.

CFC – SPA 31-12-38, M. 1939, pp. 405-406

No se pueden considerar auténticas las boletas de votación que no reúnan todos los requisitos previstos por la Ley Electoral.

La Corte tiene que establecer que no se pueden considerar auténticas dichas boletas de votación faltándoles el sello del Consejo Supremo Electoral, pues según la Ley de Sellos, en general, y particularmente, en conformidad con el ordinal T de la Ley de Censo Electoral y de Elecciones dichas boletas deben ser preparadas por ese Supremo Cuerpo Electoral y remitidas, debidamente selladas y numeradas, a las Juntas Estadales, con un mes de anticipación por lo menos, a la fecha en que deban comenzar las elecciones. Esta disposición legal imperativa, en combinación con la citada Ley de Sellos, coloca en la condición de no auténticas a las mencionadas boletas de votación.

Pero en el caso concreto es forzoso establecer, sin embargo, que dichas boletas a pesar de carecer de la autenticidad absoluta que les da el expresado sello de la autoridad de la cual emanan, tienen una cierta autenticidad relativa que les viene de esa misma autoridad por la explicación de ella que queda copiada, juzgada no como pieza jurisprudencial sino antes bien como elemento de especial valor probatorio. Efectivamente, esta Corte establece como cierto que la fuerza mayor aludida en la expresada declaración del Consejo Supremo Electoral, impidió a este Alto Cuerpo la selladura de las boletas de votación, de cuyo hecho se desprende la deducción imperiosa de que a la Junta Estatal fueron remitidas boletas en blanco procedentes del Consejo Supremo. Ahora bien, ante la posibilidad de que estas boletas en blanco puedan ser más fácilmente que las selladas objeto de los fraudes y faltas a que se alude, es procedente establecer que la omisión de los sellos viene a constituir un indicio vehemente en contra de la sinceridad de los votos a que dichas boletas se refieren, indicio que aunado a otros elementos de certidumbre y probabilidad de acierto, resulta suficiente a establecer la convicción plena de la correspondiente causal legal de nulidad, total o parcial, del proceso electoral.

CFC-SPA 18-4-39 M. 1940, p. 203

La falta de proclamación de las elecciones no es causa de nulidad, ya que no es uno de sus requisitos.

El Acta de una sesión de Asamblea, Junta o Colegio, constituye una prueba literal, firmada que sea por los concurrentes al respectivo acto o reunión, o bien aprobada en la subsiguiente reunión. Pero tal prueba escrita se refiere más bien a hechos propios de testigos antes que a confesiones de los otorgantes, y tienen un valor especial por la naturaleza y estructura del juicio político; por lo cual no son admisibles, en relación al Acta eleccionaria impugnada por acción principal en el caso de autos, las reglas que para la impugnación de documentos públicos y privados consignan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil. Contra dicha Acta proceden los elementos que han sido promovidos por el actor y admitidos por el Tribunal a quo, puesto que no se discute entre los interesados, y antes bien es aceptado, el hecho mismo de la omisión en el acta de lo relativo a la primera de las dos elecciones efectuadas a que se contrae el juicio. ..

Débase advertir que la proclamación de la elección no es solemnidad que debe cumplirse so pena de nulidad. De donde se deduce que de no ser nula la elección recaída en el doctor Lares Martínez, su falta de proclamación, que está demostrada por el Acta misma impugnada por el actor, no la afectaría de ninguna nulidad. Débase advertir, además, que tratándose de una elección declarada judicialmente, tal declaración judicial es la proclamación misma, haciéndose innecesaria por ociosa la del cuerpo elector, mayormente cuando, como sucede en el caso de autos, aparte de no proceder, es imposible ya la reunión de la Asamblea de Concejos Municipales, que hizo las dos votaciones mencionadas, puesto que la proclamación no es sino un obligado corolario de la votación.

CFC-SPAcc 17-4-41, M. 1942, pp. 194-196

Cuando la ley establece una serie de requisitos para ser electo diputado del Congreso Nacional, si la persona electa no las reúne, la elección es nula.

Este Alto Tribunal es el competente, efectivamente, para conocer de la solicitud en referencia; porque la nulidad pretendida por el postulante se funda, como se ve, en una infracción constitucional, cometida, según se denuncia, en la elección del ciudadano doctor Luis Beltrán Prieto Figueroa para Diputado al Congreso Nacional por el Distrito Federal, es decir, en un acto emanado de Poder Público, siendo de consiguiente, la mentada competencia federal oriunda del ordinal 11, artículo 123 de la Constitución. Además, este criterio ha sido establecido por esta misma Sala Política en diversos precedentes.

Por tanto, la Corte se abstiene de conocer de la presente solicitud en segundo grado, esto es, decidiendo el recurso de apelación interpuesto contra la mencionada sentencia de la Corte Suprema del Distrito Federal, y antes bien avoca desde luego, y de oficio, el conocimiento de la susodicha solicitud, en única y exclusiva instancia, como le compete en fuerza del razonamiento expuesto. Y para ello considera, además, tanto la naturaleza política del asunto como el principio de la brevedad y economía de la justicia.

Y como el citado artículo 56 de la Constitución exige que el elegido Diputado al Congreso Nacional debe haber cumplido veinticinco años y “haber residido” en el lugar de la elección, si no fuere nativo de él, por lo menos los tres años anteriormente inmediatos a la elección, es preciso, por tanto, dilucidar, en presencia de la verdad procesal establecida, la única cuestión por estudiar en la decisión de esta demanda, esto es, si tal ausencia del doctor Prieto de su domicilio estante en esta ciudad, constituye un cambio o mutación capaz de impedirle alegar que no ha dejado de residir en esta ciudad durante los tres años inmediatamente anteriores a su elección. Consta en los autos, además, por prueba aportada por la defensa del elegido, que éste para el 21 de octubre de 1940 tenía ciertamente su domicilio y residencia en esta ciudad por más de ocho años. Pero en el parecer de esta Corte, tal residencia no continuó en esta ciudad a partir de dicha fecha (21 de octubre de 1940), en la cual se ausentó aquél de su domicilio y residencia expresados para Margarita. Se residió, sin duda, en esa Entidad Política el doctor Prieto por el tiempo necesario a la realización de los menesteres que lo llevaron a ello: actividades eleccionarias, dirección de un periódico. En el criterio de la Corte no se juzga dicha estada del doctor Prieto en Margarita, como precaria y momentánea, puesto que no se puede tener idea exacta acerca de si su intención era tener su residencia en Margarita y su domicilio en esta ciudad, por lo menos durante un tiempo más o menos largo.

La residencia se halla en el lugar en que se está, aun cuando este lugar no sea el centro de los negocios e intereses propios del residente, pero que, en dicho lugar, deba tener éste su morada habitual. Por lo demás, la residencia puede ser más o menos larga, siempre que involucre habitualidad en mayor o menor tiempo.

Pero observa este Tribunal que la acepción de residencia empleada en el precepto constitucional aplicable al caso no es de derecho civil, sino más bien de derecho político. Efectivamente, en tal concepto, no hay que contemplar sino el ejercicio de derecho político, antes que el ejercicio de derechos civiles. En textos legales extranjeros entre otros requisitos para los electores y para los elegidos se exige cierta residencia en el lugar de la elección. Y para evitar confusión sobre la habitualidad que integra el término genérico de residencia se determina previamente esta habitualidad por una duración precisa de dos, tres, o cuatro años.

En Venezuela, la regla se refiere a los elegibles Diputados al Congreso Nacional, cuya residencia debe ser de tres años anteriores a la elección.

Sin duda quiso exigir el Constituyente al candidato una residencia que estuviera caracterizada, como es de rigor jurídico, por el hecho de permanecer en el lugar respectivo, sin cambio, ni mutación, durante el expresado periodo de tiempo. Permanencia, sin cambio ni mutación. He aquí la residencia consagrada en lo político. Además, lo está por el léxico. Lo que es preciso subrayar, pues, es si la permanencia habitual del candidato en el lugar de la elección ha sufrido o no cambio o mutación en los términos del precitado precepto constitucional.

CFC-SF 28-2-45, M. 1946, pp. 158-159

El solo hecho de haberse escrito menores de edad en el Registro Electoral no implica la existencia de cohecho.

Es de observarse en primer término que aun si se llegara a tener certeza de que tales inscripciones en el Censo Electoral hubieran sido prematuras, en cuanto correspondiesen a personas todavía por su edad carentes de aptitud constitucional para ejercer el sufragio, el hecho así supuesto no envolvería, por sí solo, cohecho alguno, pues para que tal anomalía fuera ocasión de esa figura jurídica, delictiva por lo demás, sería preciso que hubiera mediado dádiva u ofrecimiento de dinero o de otra cosa, como retribución directa o indirectamente obtenible por el funcionario interviniente, de las que exceden una simple excepción ilegal, por haberse convenido efectuar el acto respectivo en fraude de la ley, esto es, de la fe pública.

No estando pues, hecha en tal sentido la imputación formulada en el libelo a propósito de las supuestas inscripciones de menores, ya ello bastaría para negar al hecho que se dice ocurrido, el que pueda servir de base a la acción que se ejerce.

En cuanto a las mencionadas boletas ilegibles que se dice aparecieron en el escrutinio efectuado en el Municipio Santa Rita, siendo eso la habitual y corriente, por no faltar en las votaciones personas casi analfabetas que con suma dificultad escriben su propio nombre y con mucha más el de otras, se necesitaría haberse alegado que a pesar de su inelegibilidad esas boletas se computaron en favor de los candidatos que triunfaron, en forma tal que ello envolviese fraude o error manifiesto, al constituir un despojo de la condición de triunfadores que correspondiera a otro u otros candidatos. Pero en tal sentido nada se pretende sostener en el libelo, que deje suponer el que éste estuviese fundado implícitamente en la causal 4º del expresado artículo 79. Muy por el contrario, esa simplemente enunciada ilegibilidad presume mayor pureza del sufragio que cuando se habla de estar todas o casi todas las boletas escritas con claridad.

Por lo que respecta a la omisión, si es que la hubo, de extender el acta correspondiente a las votaciones del Caserío “Campo Grande”, el mismo demandante refiere que varias personas (él entre ellas) presenciaron cuando la urna fuera cerrada (resellada ha debido decirse, ya que el contenido se supone estaba entonces bajo llave) con la respectiva constancia escrita sobre su abertura, luego de conducirla uno de los miembros de la Junta (Mesa Electoral), acompañado por tales testigos hasta el local del Cuartel de Seguridad Pública del Municipio, y tal proceder, si ocurrió en los términos relatados por el denunciante, sólo podría considerárselo como un modo de subsanar la supuesta irregularidad que se da por cometida al terminar la votación, sin que ello indique fraude o error que, por otra parte, no se apunta como ocurrido; y no pudiendo presumirse sin elemento inicial suficiente a que no se alude en la exposición de los hechos, han de tomarse éstos como suficiente garantía de la legalidad del proceso.

Por lo demás, la fijación que se dice hecha de planchas, en la Mesa Electoral, de candidatos cuya filiación no se precisa, si bien dejaría suponer un exceso de tolerancia por parte de la autoridad allí constituida, no podría tomársela como violencia ejercida sobre el ánimo de los electores, pues éstos, aun en el caso así imaginado y por no decirse nada en contrario, bien pudieron consignar sus votos en secreto, con suficiente separación de las demás personas que estaban en el local de votaciones y con libertad de prescindir, si querían, de la misma propaganda que en tal forma se hubiese permitido ni el no pertenecer a partido alguno el funcionario de la Mesa a quien se ha aludido y el no estar otros partidos representados, según se hace suponer, con el de “Acción Democrática” en las personas de los demás miembros y testigos de la misma Mesa, nada arguye en el sentido de haberse cometido entonces algún soborno; pues ni vagamente se hace sospechar que para determinar tal situación se hubiera puesto en acción algún móvil de lucro; ni tampoco las supuestas ofensas de palabra de que hubieran sido víctimas de la Junta Escrutadora podría traducirse en presión ni violencia para obtener la votación, ya efectuada para el momento de actuar dicha Junta; pues solamente a la violencia o presión que se ejerzan sobre los electores, para inclinarles en un sentido dado o impedirles consignar su voto, es a las que se refiere la mentada causal de nulidad.

CF 9-4-59, G.F. N° 24, 1959, pp. 30-31

La nulidad de las elecciones generales de un país requiere causas de extrema gravedad y pruebas decisivas.

En el libelo se demanda, de manera subsidiaria, la nulidad de todas las elecciones celebradas el 7 de diciembre de 1958, por estar viciadas de fraude y soborno. Al efecto, el demandante adjuntó a su libelo varias hojas, manuscritas unas y otras en máquina, contentivas de sendas declaraciones firmadas por personas residentes en distintas regiones del país, las cuales, con ligeras variantes, son del tenor siguiente: que el día anterior a las elecciones se le acercó al declarante una persona desconocida para él, y le propuso votara por la tarjeta blanca, ofreciéndole cien bolívares; que aceptado el ofrecimiento recibió al día siguiente los cien bolívares y entregó al desconocido las tarjetas de los otros colores.

Con relación a esta acción de nulidad por fraude y soborno, cabe hacer la siguiente observación previa: la nulidad de las elecciones generales de un país, de las cuales han surgido sus poderes Nacionales, Estadales y Municipales, es un acontecimiento de tal trascendencia que requiere causas de extrema gravedad y pruebas decisivas, máxime cuando, como en el caso presente, es de pública notoriedad que las elecciones impugnadas fueron el resultado de un proceso libre y honesto, proclamado así por la opinión pública y particularmente por los Partidos Políticos que en ellas intervinieron.

Ahora bien, en el caso que se examina el demandante no ha producido prueba alguna durante el lapso probatorio ni en ninguna otra oportunidad, ya que las declaraciones aludidas carecen de autenticidad y provienen, además, de personas incursoas en el propio delito acerca del cual declaran. En el caso más favorable al demandante -de ser cierto lo que dicen los declarantes-, podría únicamente anularse el voto de cada uno de ellos. Sólo existe en el expediente, como elemento auténtico, una copia certificada expedida por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia del Estado Yaracuy que fue acompañada al libelo, la cual se refiere a la solicitud del representante regional de un Partido Político para que supusiera constancia de irregularidades cometidas en algunas Actas de Escrutinio de la población de Nirgua. Como resultado del examen practicado, el Juez hizo constar que en varias Actas de totalización de las Juntas Electorales existen enmendaduras. Pero acerca de estas enmendaduras no se ha traído a los autos dato alguno de su entidad, por lo cual la Corte no puede deducir consecuencia alguna de ellas, tanto más, cuanto que las enmendaduras por sí mismas no son causa de nulidad de un acto eleccionario, ni, en general, del contenido de un documento. En casos determinados, como los previstos en la Ley de Registro Público, sólo impiden la protocolización del documento cuando versan sobre el nombre de los otorgantes, sobre cantidades o linderos.

En conclusión, acerca del fraude y soborno alegados, no existe prueba alguna en los autos, por lo cual la acción subsidiaria de nulidad basada en tales delitos es improcedente.

CF 9-4-59, G.F. N° 24, 1959, pp. 33-35

No se puede pedir la nulidad de elecciones realizadas de conformidad con la Ley, sin que se solicite también la nulidad de esa Ley conforme a la cual aquellas fueron realizadas.

Primero: La nulidad de las elecciones procede bien porque sean violatorias de la Ley Electoral, en cuyo caso la acción para obtener la declaratoria de nulidad debe basarse en alguna de las causales previstas en el artículo 131 de la propia Ley; o bien, porque la Ley Electoral o los artículos pertinentes de ella, sean violatorios de la Constitución Nacional, caso en el cual debe pedirse la nulidad de la Ley y, consecuencialmente, de las elecciones.

Ahora bien, en la demanda examinada no se ha ejercitado ninguna de estas acciones, sino que se ha intentado la de nulidad de la elección de Senadores en razón de que fue hecha por votación directa y no, como lo pautó el artículo 70 de la Constitución Nacional, por las Asambleas Legislativas de los Estados.

Pero ha de advertirse al respecto, que las elecciones tienen que efectuarse forzosamente de acuerdo con la Ley Electoral que es la que fija las pautas para ello y, si efectuadas de acuerdo con sus normas, resultan ser inconstitucionales, es porque la Ley misma lo es, y entonces debe procederse a pedir la nulidad de la Ley como base imprescindible para obtener consecuentemente la nulidad de las elecciones. El demandante, por el contrario, se ha limitado en el presente juicio a pedir directa y exclusivamente la nulidad de las elecciones, sin impugnar de nulidad la Ley en virtud de la cual fueron hechas, motivo éste fundamental para que su demanda sea rechazada. No se puede, en efecto, declarar la nulidad de unas elecciones efectuadas conforme a la Ley correspondiente sin que se pida y declare la nulidad de la Ley misma.

Segundo: No obstante, lo expuesto, es de advertir además que la Junta de Gobierno al promulgar la Ley Electoral que cambió el sistema de elección de los Senadores lo hizo en ejercicio de atribuciones que efectivamente le correspondían. En efecto, de acuerdo con el artículo 2° del Acta Constitutiva de la Junta de Gobierno, ésta asumió todos los Poderes del Estado, inclusive el Constituyente, con la finalidad expresada en el artículo 1°, de establecer en el país un Estado democrático de derecho. En el artículo 3° del Acta se proclama la vigencia del ordenamiento jurídico nacional, pero se hace la salvedad de todo aquello que se oponga a los fines del nuevo Gobierno, a cuyo efecto “la Junta de Gobierno dictaría, mediante Decreto refrendado por el Gabinete Ejecutivo, las normas generales y particulares que aconsejare el interés de la República, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público”.

En ejercicio de estas atribuciones y a fin de cumplir su propósito primordial, de establecer en el país un Estado democrático de derecho, la Junta de Gobierno promulgó la Ley Electoral, la cual derogó el sistema de elección indirecta pautado en el artículo 70 de la Constitución Nacional, y lo sustituyó por el de votación directa de los electores y estableció, además, el sistema del cociente electoral, por considerarlo más equitativo y democrático, todo en ejercicio del poder constituyente que asumió de acuerdo con su Acta Constitutiva.

CSJ-SPA 6-2-69, G.F. N° 63, 1969, p. 189

Nadie puede hacerse parte en un juicio de nulidad comicial, ni asumir la representación de un núcleo de población, aun cuando sí puede solicitar la nulidad de dicho acto o de adherirse a una solicitud.

El artículo 133 de la Ley Electoral dice que todo ciudadano mayor de veintiún años inscriptos en el Registro Electoral y en uso de sus derechos civiles y políticos, pueden intentar las acciones y recursos en ella establecidos. Pero, como se infiere del contenido normativo del artículo siguiente, sólo los solicitantes, la persona o personas de cuya elección se trate, los organismos electorales y el Representante del Ministerio Público, pueden promover y evacuar pruebas, o lo que es lo mismo intervenir como partes en lo que constituye propiamente el proceso de nulidad de unas elecciones.

De consiguiente la Ley no autoriza a ningún ciudadano para hacerse parte en estos procesos ni para asumir en su propio nombre la representación de ningún sector de la población, ni aún tratándose de un profesional del derecho, aunque no veda a nadie el derecho de solicitar la nulidad de un acto comicial, por alguna de las causales señaladas en la Ley, o de adherir a una solicitud oportunamente presentada.

Es evidente, por lo tanto, que en estos juicios no pueden hacerse parte otras personas que las indicadas en el artículo que se acaba de hacer referencia, siendo ellas, las únicas que, con tal carácter, pueden ejercer los recursos procesales que les otorgue la Ley.

Y como el recusante manifiesta en su escrito que procede en su propio nombre y como abogado de la República, es obvio que carece de la cualidad legalmente requerida, para hacerse parte en el juicio de que trata y, de consiguiente, para intentar la recusación que motiva estas actuaciones.

IV. DERECHO A POSTULAR CANDIDATOS

Artículo 67 C. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público.

1. *Las postulaciones*

TSJ-SE (59) 6-6-2000, Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi, Caso: José G. Mujica M. vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 82, 2000, pp. 336-337.

Las organizaciones políticas tienen el derecho de modificar sus postulaciones, no obstante, hayan sido admitidas por los organismos competentes.

Ahora bien, observa esta Sala que las organizaciones políticas están en el deber de seleccionar mediante métodos democráticos los candidatos que postulen ante los órganos del Poder Electoral para ocupar cargos de elección popular, y a su vez, conforme a lo previsto en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen el derecho de que sean los candidatos seleccionados de esta manera los que sean postulados por ellas. Asimismo estas organizaciones tienen el derecho de modificar sus postulaciones no obstante hayan sido admitidas por los organismos competentes, pues resultaría ilógico imponerle a una organización política un candidato que si bien para el momento de realizar la postulación constituía su voluntad de proponerlo como tal, posteriormente y dentro del lapso fijado legalmente para modificaciones de las postulaciones, decide cambiar por cualquier motivo su voluntad, y sustituir al postulado por otro candidato.

La modificación de las postulaciones cuando esta referida a cargos unipersonales, consiste en dejar sin efecto una postulación presentada inicialmente, y sustituirla por otra propuesta posteriormente por la misma organización política que realizó la primera. Esta figura está regulada en el artículo 150 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto a los candidatos a cuerpos deliberantes, sin embargo, resulta aplicable al caso de los alcaldes por vía analógica, pues la mencionada Ley y el Reglamento Parcial N° 1 de Postulaciones dictado por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución N° 000306-137, de fecha 6 de marzo de 2000, no regulan la modificación de las postulaciones en estos casos, lo que configura la situación que torna procedente la aplicación analógica del mencionado dispositivo normativo, tal como lo preceptúa el artículo 4 del Código Civil Venezolano.

Cabe advertir que ese derecho de las organizaciones políticas de modificar sus postulaciones sólo puede ser ejercido hasta el fenecimiento del lapso de modificación de las postulaciones, fijado legal o reglamentariamente, lo que supone que el acto correspondiente emana de la autoridad de la agrupación con fines políticos facultada para postular, quedando plenamente demostrado que es la voluntad de la organización política realizar tal modificación.

En el caso concreto de las elecciones a celebrarse en el año 2000, se observa que el cronograma elaborado para tal fin por el Consejo Nacional Electoral no prevé un lapso para las modificaciones, sin embargo la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política conforme a lo previsto en su artículo 150, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 139 *ejusdem*, prevé la posibilidad que se haga inclusive dentro del lapso de admisión de las postulaciones, por lo que debe entenderse que las modificaciones de postulaciones para este proceso podían válidamente presentarse inclusive dentro de dicho lapso.

En el presente caso, el ciudadano Reyes MENA PÉREZ postuló en fecha 15 de marzo de 2000 al ciudadano José Gonzalo MUJICA HERRERA como candidato por la organización política Movimiento Quinta República para el cargo de alcalde del Municipio Falcón del Estado Cojedes (folio 94 del expediente administrativo), no obstante, el día 16 de marzo del mismo año el ciudadano José HERRERA, representante de la mencionada organización política “invalidó” dicha postulación (folio 23 del expediente administrativo), y el día siguiente Omar PARRA, también representante de dicha organización política, facultado para postular, procedió a nominar al ciudadano Dimas Ramos como candidato al mencionado cargo (folio 24 del expediente administrativo), el cual fue seleccionado en su seno, según consta a los folios 25, 26, 27, 28, 29, 75 y 76 del expediente administrativo; de lo cual se evidencia que la organización política Movimiento Quinta República dejó sin efecto el día 16 de marzo de 2000 la postulación que presentó el día 15 del mismo mes y año del ciudadano José Gonzalo Mujica, al cargo de alcalde del Municipio Falcón del Estado Cojedes, para luego postular el día 17 de marzo de 2000 al ciudadano Dimas Ramos en sustitución de aquél, todo ello dentro del lapso de presentación de postulaciones, por lo cual quedó claramente demostrada la voluntad de la organización política Movimiento Quinta República de que su candidato a ese cargo fuera este último ciudadano. En consecuencia, la organización política mencionada lo que hizo fue modificar la postulación que presentó inicialmente para el cargo de alcalde del Municipio Falcón del Estado Cojedes, dentro de la oportunidad legal para hacerlo. Aunado a esto observa esta Sala que según se desprende de autos el ciudadano Reyes MENA PÉREZ no estaba legítimamente facultado para presentar la postulación del candidato del Movimiento Quinta República al cargo mencionado.

Ante tal situación, el Consejo Nacional Electoral mediante el acto impugnado, admitió la postulación de Dimas Ramos y en consecuencia, revocó la postulación inicial que hiciera el Movimiento Quinta República respecto a su candidato al cargo de alcalde del Municipio Falcón del Estado Cojedes, pues el órgano electoral no podía admitir la postulación del ciudadano Dimas Ramos y a la vez dejar firme la admisión de la postulación del ciudadano José Gonzalo Mujica, por cuanto ambas resultarían excluyentes por haber sido presentadas por la misma organización política y para el mismo cargo de elección popular.

De lo anterior se evidencia que la revocatoria de la admisión de la postulación del ciudadano José Gonzalo Mujica, no se debió a la impugnación de que fue objeto por parte del ciudadano Omar Parra, por cuanto la misma, tal como lo señala el acto impugnado, era extemporánea, sino que se produjo como consecuencia de la modificación de la postulación que realizó la mencionada organización política, la cual fue admitida, por lo que esta Sala considera sobre este particular que la decisión del Consejo Nacional Electoral está ajustada a derecho. Así se decide.

TSJ-SE (61) 14-6-2000, Magistrado Ponente: José Peña Solís, Caso: Carlos L. Duarte M. vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 82, 2000, pp. 337 y ss.

Los candidatos para optar a cargos electivos pueden ser postulados bien por una organización con fines políticos, o por iniciativa propia. Para que un ciudadano pueda ser considerado como postulado por un partido político, y admitido como candidato por el órgano electoral competente, resulta esencial que éste compruebe plenamente la voluntad de la organización política, expresada por escrito, de postularlo.

Esclarecido el punto anterior, corresponde examinar el fondo del asunto y al respecto la Sala advierte que la pretensión del recurrente radica en la nulidad de una Resolución, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral, considerando que el ciudadano Francisco Ender Montero

había ejercido un recurso de revisión, y basado en la potestad de autotutela administrativa revocó una Resolución que había dictado anteriormente, decisoria del recurso jerárquico interpuesto por el hoy recurrente contra el acto de la Junta Electoral Municipal, que condujo a la admisión de su candidatura a Alcalde por el Movimiento Quinta República (MVR), lo que configura una situación jurídica compleja, por lo que resulta necesario formular algunas consideraciones previas atinentes a la regulación en el Derecho Electoral Venezolano de la metodología para postular y admitir candidatos a los órganos de elección popular de acuerdo con la normativa jurídica aplicable a las elecciones que habían sido convocadas para el 28 de mayo del presente año. Así pues, de los artículos 139 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, 14 del Reglamento Parcial N° 1, sobre las Postulaciones para el proceso electoral convocado para el 28 de mayo de 2000, publicado en la Gaceta Electoral N° 56 de fecha 8 de marzo de 2000, y en especial el artículo 67 de la Constitución, el cual señala: “(Omissis) *Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos y candidatas...*” se desprende que, en nuestro país los candidatos pueden ser postulados para optar a cargos electivos bien por una organización con fines políticos, y por iniciativa propia.

Ahora bien, en cuanto a la metodología de la postulación de la candidatura por una organización de las mencionadas, no cabe duda que es a ella a quien corresponde exclusivamente presentar (postular) el candidato ante el órgano electoral, atendiendo lógicamente a las razones ideológicas que inspiran a la agrupación y la sintonía que con ellas pueda tener el posible candidato, así como a los factores tácticos que las circunstancias electorales imponen, pero sobre todo acatando el sistema establecido en el citado artículo 67 constitucional (elecciones internas).

De allí que resulte fundamental, esencial, para que un ciudadano pueda ser considerado como postulado por un partido político, y admitido como candidato por el órgano electoral competente, que éste compruebe plenamente la voluntad de postularlo, expresada por escrito, por la organización política. Si esa voluntad no está demostrada, obviamente que no puede existir postulación y mucho menos candidato de un partido político, independientemente de las razones que pueda esgrimir la Administración Electoral para tramitar la postulación y admitir una candidatura en nombre de una organización política, que -se insiste- no ha manifestado su voluntad en ese sentido. Por supuesto que la situación es totalmente diferente cuando la postulación se hace por iniciativa propia.

Ahora bien, en el presente caso, el mismo recurrente reconoce que la Doctora Raiza Durán Centeno, delegada por el Movimiento Quinta República (MVR) para realizar y consignar las postulaciones en el Municipio San Francisco del Estado Zulia, le manifestó que su inscripción estaba suspendida en razón de que en ese momento se celebraba una reunión de los miembros regionales y nacionales del Movimiento, en la que se reconsideraba su postulación a la Alcaldía del referido Municipio. Asimismo reconoce que personalmente tomó la decisión de trasladarse a la Junta Municipal a inscribir su candidatura en nombre del Movimiento Quinta República (MVR), pese a que en la planilla de Postulación y Aceptación para Candidatos o Candidatas a Alcalde o Alcaldesa del Consejo Nacional Electoral que utilizó para realizar su postulación, no aparecían los nombres ni apellidos, cédulas de identidad, cargos y firmas de las personas autorizadas para postular en representación de la mencionada organización política.

Igualmente aceptó que posteriormente la Doctora Raiza Durán Centeno procedió a inscribir ante la Junta Electoral Municipal de San Francisco, al ciudadano ENDER MONTERO como candidato a la Alcaldía del Municipio San Francisco del Estado Zulia por el Movimiento Quinta República (MVR), todo lo cual permite evidenciar -de las propias afirmaciones del recurrente- la inequívoca voluntad de la referida asociación con fines políticos de no postularlo (al recurrente) como candidato a Alcalde de dicho Municipio, y por el contrario de postular a otra persona para el referido cargo. Así se decide...

...En efecto, esta Sala para poder realizar la anterior afirmación tiene muy en cuenta que la fase de postulación de candidatos en un proceso comicial, conforme a la Constitución y en general al Ordenamiento Electoral, únicamente incumbe a las organizaciones políticas y a los propios ciudadanos, de tal suerte que pueden acudir ante la Administración electoral a postular candidatos las referidas organizaciones y los propios ciudadanos (iniciativa propia).

La diferencia esencial entre ambas modalidades radica en que en el caso de las postulaciones por iniciativa propia, admitidas por el órgano electoral, el vínculo entre el elector y el candidato es directo y exclusivo, es decir, los electores se limitan a considerar la oferta electoral que hace el candidato únicamente sobre la base de las condiciones personales de éste y de su programa de gestión. En cambio, cuando se está en presencia de un candidato postulado por una organización política, la decisión del cuerpo electoral tenderá a tomar en consideración no solamente las características del candidato individualmente considerado, sino también su inserción dentro de la oferta electoral global (sea local, regional o nacional), que plantea la organización política postulante, por lo que es evidente que, en este último supuesto, debe considerarse entonces que en la relación planteada existen tres sujetos: elector, candidato, y organización política. Precisamente son estos distintos tipos de relación o vinculación elector elegido los que justifican la combinación de los sistemas de nominalidad y de representación proporcional, ambos coexistentes en nuestro ordenamiento electoral de acuerdo con la previsión constitucional contenida en el artículo 63.

TSJ-SE (83) 12-7-2000, Magistrado Ponente: José Peña Solís, Caso: Integración, Representación, Nueva Esperanza (I.R.E.N.E) vs. Consejo Nacional Electoral, RDP N° 83, 2000, pp. 190-191.

Sin el derecho a postular candidatos no resulta posible lograr ni la participación ciudadana ni la elección de representantes para gestionar los asuntos públicos.

Debe la Sala precisar -en primer término- que el derecho a postular candidatos en los procesos electorales que asiste tanto a las organizaciones políticas como a los particulares, constituye una expresión concreta que torna operativo el derecho político de participación ciudadana en los asuntos públicos (artículos 62 y 67 constitucional), y a la vez forma parte también del derecho al sufragio, tanto en su modalidad activa -derecho a elegir representantes- como pasiva -derecho a ser elegido (art. 63 constitucional), cuya desagregación lo configura como un “*prius*”, ya que sin derecho a postular candidatos, no resulta posible lograr ni la participación ciudadana ni la elección de representantes para gestionar los asuntos públicos, los cuales -no está demás advertir- son en definitiva dos de los medios principales previstos por la Carta Fundamental para lograr la operatividad de los principios democrático y participativo, así como el referente al ejercicio de la soberanía popular, consagrados en el Preámbulo y en las Disposiciones Fundamentales (artículos 1, 2, 3, 5 y 6), principios básicos y hasta de orden civilizatorio que deben presidir todo ordenamiento constitucional en el mundo actual, y que encuentran expresa y amplia recepción en nuestra novísima Ley Máxima (*cfr.* Sentencia del 10 de febrero de 2000, caso *Cira Urdaneta de Gomez vs. Consejo Nacional Electoral*).

TSJ-SC (661) 22-6-2010, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán, Caso: Juan Pablo Torres Delgado y otros vs. Mesa de la Unidad Democrática, RDP N° 122, 2010, pp. 141-144.

La elección interna no es la única forma válida de postular candidatos o candidatas para un cargo de elección popular, pues nuestro vigente esquema jurídico electoral, desde la vigencia de la Constitución y a diferencia del extinto esquema de democracia representativa de la anterior Constitución Nacional de 1961, permite otras formas de postulación -radicadas en el hecho constitucional de que la participación política no es monopolio de los partidos políticos- ampliándose hasta la postulación por iniciativa propia.

Sin embargo, se observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la supuesta omisión de la denominada “Mesa de la Unidad Democrática” de realizar elecciones internas en la selección de los candidatos que se postularán para el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, omisión que implicó, en el criterio de los accionantes, la lesión de lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, dicho precepto señala, lo siguiente:

Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público.

Para los accionantes, el hecho de que el proceso de elecciones primarias en el seno de la denominada “Mesa de la Unidad Democrática” esté circunscrito a ocho Entidades federales y al Distrito Capital, implica que “...se está materializando al margen. A espaldas de la participación de una mayoritaria y significativa parte de sus asociados o asociadas y omitiéndose el correspondiente proceso electoral interno”.

Al respecto cabe indicar que, ciertamente, el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, orientada por uno de los principios que la conforman como lo es el de participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, reconoce a los ciudadanos y ciudadanas el derecho de asociarse con fines políticos, exigiéndose que la estructura de las asociaciones políticas garanticen métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección; y a tal fin, sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular deben ser seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

Por obra de este mandato constitucional, las asociaciones políticas deben dictar los cuerpos normativos internos que contenga todas las normas y procedimientos correspondientes para desarrollar el contenido normativo del precepto constitucional en referencia, es decir, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a los fines de garantizar que la voluntad de sus respectivos colectivos se expresen en forma transparente para evitar con ello que se convierta en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular. Asimismo, tal cuerpo normativo debe contar con la aprobación del Consejo Nacional Electoral, quien, como máximo órgano de la Administración Electoral, debe garantizar la participación de los ciudadanos a través de procesos comiciales transparentes, imparciales y confiables que se celebren, entre otros, dentro de las mismas organizaciones sociales, así lo dejó ver esta Sala, mediante sentencia N° 1003/2000 del 11 de agosto (caso: *Luis A. Doria, Ángel Manuel Caraballo y otros*), cuando sostuvo lo siguiente:

...la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de aplicación preferente a la antes citada ley, creó en sustitución del Consejo Supremo Electoral, al Consejo Nacional Electoral hoy de rango constitucional, al cual define como el órgano superior de la administración electoral, con jurisdicción en todo el territorio nacional y competencia administrativa para dirigir, organizar y supervisar los procesos electorales contemplados en dicha ley, con plena autonomía, atribuyéndole, además, competencia para conocer de los recursos previstos en la misma pero con la limitación de que su participación en los procesos internos de los partidos y organizaciones políticas, de selección de sus directivos y representantes, está restringida a prestar apoyo técnico y logístico y a colaborar, cuando tales organizaciones así lo soliciten. No obstante, con relación a la selección interna de candidatos para optar a cargos de elección popular, la citada Ley Orgánica establece que la postulación solo pueden hacerla los partidos políticos inscritos y los grupos de electores a que se refiere la

misma, y crea, para los partidos políticos, la obligación de establecer un Reglamento Interno de campaña y selección de candidatos que deberá ser entregado, antes del inicio de cada proceso, al órgano de control, es decir al Consejo Nacional Electoral, en el entendido de que dicho reglamento debe cumplir con el principio consagrado en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir obedecer a criterios democráticos de selección.

De acuerdo con dicha Ley Orgánica, el Consejo Nacional Electoral, es el órgano que detenta la potestad reglada de inscribir o negar la inscripción, o incluso cancelar la ya acordada a un partido político, y de aceptar o no la postulación de candidatos a optar a cargos públicos de elección popular y en consecuencia, es el órgano que debe considerar, al aceptar o rechazar una postulación, si el postulado ha sido o no, seleccionado con apego a los estatutos y reglamentos del partido, y si el reglamento interno de campaña y selección de candidatos responde o no, a la previsión constitucional, es decir si el candidato postulado ha sido o no, seleccionado con métodos democráticos con la participación de sus integrantes. El acto por el cual el Consejo Nacional Electoral acepta o no la postulación de un candidato para optar a cargos de elección popular es un acto administrativo, que, de acuerdo con la Ley Orgánica citada, podrá ser impugnado en sede judicial mediante el Recurso Contencioso Electoral, “medio breve, sumario y eficaz para impugnar los actos, las actuaciones y las omisiones del Consejo Nacional Electoral y para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionados por éste en relación a la constitución, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, al registro electoral, a los procesos electorales y los referendos.

Sin embargo, es menester recalcar que los mecanismos democráticos de la participación política no se agotan con la elección interna de la directiva y de los candidatos o candidatas postulados a cargos de elección popular de las Asociaciones y Partidos Políticos, en virtud de que en el esquema democrático venezolano la participación política no se canaliza exclusivamente a través de las asociaciones y partidos políticos; muestra de ello lo constituye la denominada “Mesa de la Unidad Democrática”, calificada por los accionante como un ente en el que: “...*los partidos políticos de la oposición política venezolana, Acción Democrática, COPEI, Un Nuevo Tiempo, Alianza Bravo Pueblo, Primero Justicia, Proyecto Venezuela, PODEMOS, Movimiento al Socialismo, Bandera Roja, diversas organizaciones políticas, asociaciones civiles, grupos de opinión y organizaciones no gubernamentales, se han agrupado-unido-asociado, en un ente de facto, con características corporativas, sin personalidad jurídica propia, a los fines de ‘lograr mediante consenso para las próximas elecciones para Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional, la escogencia de los candidatos y candidatas que han denominado ‘MESA DE LA UNIDAD DEMOCRÁTICA’*”.

Así, el propio artículo 67 constitucional refiere que “*Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia,, y las asociaciones con fines políticos ,tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas...*” (resaltado añadido). En desarrollo de este enunciado constitucional, el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.928 Extraordinario del 12 de agosto de 2009, señala que tendrán derecho a postular candidatos y candidatas: las organizaciones con fines políticos, **los grupos de electores y electoras, los ciudadanos y las ciudadanas por iniciativa propia** y las comunidades u organizaciones indígenas. En tal sentido,.. el grupo de electores y electoras,, está definido en el artículo 49 *eiusdem* como: “...*organizaciones conformadas por ciudadanos y ciudadanas debidamente inscritos o inscritas en el Registro Electoral, los cuales tienen como única finalidad postular candidatos o candidatas a un determinado proceso electoral...*” Mientras que para el caso de las postulaciones por iniciativa propia la aludida Ley, esta vez en su artículo 52, exige que sea para cargos de elección popular electos mediante la vía nominal.

Como se constata de lo hasta aquí reseñado, la elección interna no es la única forma válida de postular candidatos o candidatas para un cargo de elección popular, pues nuestro vigente esquema jurídico electoral, desde la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana y a diferencia del extinto esquema de democracia representativa de la anterior Constitución Nacional

de 1961, permite otras formas de postulación -radicadas en el hecho constitucional de que la participación política no es monopolio de los partidos políticos- ampliándose hasta la postulación por **iniciativa propia**, nota que se acentúa para los cargos de elección popular de los órganos deliberantes, en el que puede coexistir un sistema electoral mixto de personalización del sufragio para los cargos nominales, y de representación proporcional para los llamados cargos de la lista.

Lo importante a retener aquí es que la participación política se ejerce mediante múltiples mecanismos democráticos en el que cada uno de los ciudadanos y ciudadanas y demás actores políticos que configuran la Sociedad venezolana hagan valer sus intereses bien sea mediante elecciones, alianzas, consensos y demás mecanismos políticos que son reconocidos por nuestro ordenamiento constitucional y legal en la medida en que se mantengan dentro del esquema constitucional.

En torno al mandato constitucional que los accionantes consideran como lesionado, la diferencia radica en que la exigencia contenida en el encabezado del artículo 67 está destinada a los partidos políticos, entendidos como agrupaciones permanentes cuya finalidad es participar en la dinámica política de la Nación, en cualesquiera de sus ámbitos -artículo 48 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales-; por ser ese, para el caso de las Asociaciones Políticas, la forma de controlar que los mecanismos políticos de estas Asociaciones no se distorsionen, y deriven en meros custodios de intereses político-partidistas secuestradoras de la voluntad popular.

Al ser ello así, la Sala estima que no existe lesión constitucional alguna, razón por la cual declara improcedente *in limine litis* la acción de amparo por derechos e intereses difusos interpuesta por los ciudadanos JUAN PABLO TORRES DELGADO, NEBLET NAVAS GÓMEZ y ENRIQUE RAFAEL TINEO SUQUET contra la Mesa de la Unidad Democrática. Así se decide.

TSJ-SE (165) 5-10-2017, Ponencia Conjunta, Caso: Omar Ávila Hernández. Interpretación del artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales “...el cual regula el derecho de las organizaciones con fines políticos de sustituir o modificar las postulaciones de candidatos en un proceso electoral”, RDP N°151-152, 2017, pp. 299-301.

...Así, el solicitante señala que “(...) las distintas organizaciones políticas postulantes en el proceso comicial de Gobernadores y Gobernadoras convocado para el 15 de octubre de 2017, han denunciado que el Consejo Nacional Electoral ha impedido las sustituciones de candidatos y candidatas postulados por aquellos que resultaron electos en elecciones primarias de la Mesa de la Unidad Democrática, visto que el sistema de postulaciones se encuentra inhabilitado. Esta situación generada por el Poder Electoral ocasiona una incertidumbre en los electores y electoras de estar informados sobre la oferta electoral para dichos comicios en ejercicio del derecho constitucional al sufragio”.

Agrega el solicitante que “(...) se aprecia que la Ley Orgánica de Procesos Electorales, en su artículo 63 dispone que se podrán modificar las postulaciones **hasta 10 días antes de ocurrir el acto electoral y que a tales efectos el CNE tomará las medidas para informar a los electores y las electoras sobre la modificación o sustitución realizada**” (negritas de la cita).

En sentencia de la Sala Constitucional número 2.855 del 20 de noviembre de 2002, [Véase *Revista de Derecho Público* N° 89-90/91-92, Enero-Diciembre 2002, p. 375 y ss.] se estableció que “...el esfuerzo interpretativo encuentra su justificación en la necesidad de armonizar el texto legal con la Constitución; de manera que, entre diversas posibilidades interpretativas, debe elegirse aquella interpretación acorde con el máximo texto normativo que no devenga en infracción del orden constitucional o cuya interpretación ofrezca dudas razonables...”.

De este modo, la resolución de la duda planteada exige tomar como imprescindible parámetro constitucional de referencia el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en su tercer párrafo establece:

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas.

Al respecto, la norma constitucional contempla el derecho a la participación de las organizaciones con fines políticos en los procesos electorales de cargos de elección popular por medio de la postulación o inscripción de sus candidatos o candidatas. El ejercicio de este derecho se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Procesos Electorales publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.928 Extraordinario, de fecha 12 de agosto de 2009.

Ahora bien, la norma legal cuya interpretación se solicita establece en su primera parte, lo siguiente:

Artículo 63. Las organizaciones postulantes podrán modificar las postulaciones que presenten y, en consecuencia, sustituir candidatos o candidatas hasta diez días antes de ocurrir el acto electoral.

Aprueba la Sala en primer lugar que la norma legal transcrita dispone el derecho de las organizaciones postulantes en un proceso comicial, entre ellas, las organizaciones con fines políticos, de modificar o sustituir las postulaciones de candidatos o candidatas que presenten ante los órganos del Poder Electoral.

Asimismo, establece que, hasta diez (10) días antes de la realización del acto electoral de votación, se puede modificar o sustituir la postulación presentada; ello significa que bajo ningún concepto dichas modificaciones o sustituciones pueden realizarse más allá del límite máximo señalado.

En ese sentido, observa esta Sala que dicha disposición legal prevé una condición de orden temporal para la presentación de modificaciones o sustituciones de las postulaciones realizadas, lo cual es de particular interés para el planteamiento del solicitante, por lo que esta Sala estima que la interpretación de la norma en cuestión no puede hacerse de forma aislada, y sólo puede verificarse dentro de un contexto muy particular como lo es el actual, de orden político y social, e integrarse a los principios que preconizan la nueva fisonomía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de tal manera que la labor interpretativa se realice de manera concatenada con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico.(...)

De dicho cronograma se observa que el Consejo Nacional Electoral dispuso la fase de “*Sustitución y Modificación de las Postulaciones Nominales*” por el término de un día (16 de agosto de 2017), estableciendo como fundamento los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, y 162 de su Reglamento.

El referido artículo 63 otorga, por una parte, el derecho de las organizaciones postulantes de sustituir o modificar las inscripciones de candidatos o candidatas presentadas, y de otra, el mandato del legislador al órgano rector electoral de no exceder el límite máximo temporal de “*hasta diez días antes de ocurrir el acto electoral*” para la fijación de la mencionada fase en el cronograma electoral respectivo.

Por ello, debe precisar la Sala que la sola previsión del legislador en cuanto al límite de orden temporal no condiciona al Consejo Nacional Electoral para establecer el transcurso del período de la fase de sustitución y modificación de las postulaciones nominales. La fijación de la oportunidad para el cambio o modificación de postulación de candidatos o candidatas corresponde al órgano rector electoral, el cual podrá establecerla mediante lapso o término que apreciará de acuerdo a las particularidades y requerimientos técnicos de cada proceso electoral, siempre y cuando no sobrepasen los diez días anteriores al acto de votación.

De tal manera que el ejercicio del derecho a realizar modificaciones a las postulaciones establecido por el legislador en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales se encuentra precedido por la fijación en el cronograma electoral correspondiente de la temporalidad de la mencionada fase del proceso electoral.

Así, si bien el examen o análisis del cronograma electoral para la elección de gobernadores y gobernadoras de los estados publicado por el Consejo Nacional Electoral no constituye el objeto de la presente causa, debe advertir que el mismo contiene la oportunidad cierta para ejercer el derecho de modificar o sustituir las postulaciones realizadas por las organizaciones participantes.

Expuesto lo anterior, circunscribiéndose la Sala a la solicitud planteada por el recurrente, se debe afirmar que el artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales debe interpretarse en el sentido que el Consejo Nacional Electoral puede establecer la oportunidad para la ejecución de la fase de sustitución y modificación de las postulaciones nominales, siempre y cuando no exceda el límite máximo temporal de diez días anteriores a la ocurrencia del acto electoral, atendiendo a las particularidades y requerimientos técnicos del proceso electoral de que se trate. Así se declara.

2. La sustitución de postulaciones

TSJ-SE (51) 16-5-2001, Magistrado Ponente: Luis E. Martínez Hernández, Caso: Ángel A. Arraez A. vs. Junta Electoral del Municipio Miranda del Estado Carabobo, RDP N° 85-86/ 87-88, 2001, pp.146 ss.

El ejercicio del derecho a postular en el marco de un proceso electoral necesariamente ha de estar sometido a límites temporales, dados los principios de preclusión que informan a todos los procedimientos y, especialmente, a los de tipo comicial.

Se presenta entonces la oportunidad para esta Sala de pronunciarse sobre un punto que no ha sido tratado con demasiada prolijidad ni por la doctrina ni por la jurisprudencia nacional, a saber, el referido a la figura de la renuncia de un candidato cuya postulación ha sido admitida, así como los efectos de ésta, en relación con el candidato y la organización política o grupo de electores que lo postulen (si es el caso), así como sobre el proceso electoral en general en cuyo ámbito se produce dicha renuncia. Así las cosas, antes de entrar a dilucidar el caso aquí planteado, considera conveniente este órgano judicial esbozar de una manera esquemática -sin pretensión alguna de exhaustividad- el marco conceptual regulador de la figura de la renuncia en el Derecho Electoral, con especial referencia a algunas legislaciones extranjeras que se aproximan en sus lineamientos fundamentales a la nacional, para luego describir -también de una manera esquemática- la evolución histórico legislativa que ha tenido dicha figura en el régimen electoral venezolano. Establecido este marco conceptual, pasará entonces a dilucidar el problema específico planteado en autos, sobre la base de los principios que informan la institución cuya aplicación al caso concreto está siendo cuestionada.

Con relación al Derecho Comparado, lo primero que hay que señalar es que el tratamiento legislativo en este punto no es del todo uniforme, aun cuando sí existen algunos lineamientos comunes en las diversas legislaciones hispanoamericanas. Así por ejemplo, se presentan casos en que no existen previsiones legislativas al respecto (Guatemala, República Dominicana y Uruguay).

En otros, la posibilidad de sustitución está sujeta a fuertes restricciones subjetivas y temporales (Costa Rica, Nicaragua), y en otras legislaciones, la sustitución sólo se admite ante el cumplimiento de supuestos de hecho sobrevenidos taxativos (muerte, renuncia o inhabilitación del candidato) (Cfr. Fernández Segado, Francisco, “La candidatura electoral: plazos, calificación, recursos, proclamación”, en la obra colectiva: *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, pp. 369-371, Fondo de Cultura Económica, México, 1998), como sucede en Perú, Paraguay, y Colombia.

Por otra parte, como regla general, existe la tendencia a fijar un límite temporal a la renuncia de candidaturas si ésta pretende producir la sustitución del renunciante por otra, al punto que “...la pauta más generalizada es que, aun posibilitando la innovación de la candidatura, ésta tiene límites

temporales más allá de los cuales es imposible llevarla a cabo...” (Fernández Segado, Francisco, *op. cit.* p. 371), plazo que comienza a transcurrir a partir de la notificación de la renuncia, o bien, se fija como límite un lapso mínimo de antelación a la celebración de las votaciones.

El caso de la legislación española evidencia, por ejemplo, que la sustitución de candidaturas se concibe como una figura excepcionalísima. En efecto, de acuerdo con el mandato del artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, las candidaturas no pueden ser objeto de modificación una vez presentadas, salvo en el plazo habilitado para la subsanación de irregularidades (plazo que le concede la Administración Electoral a los postulantes al verificar la existencia de defectos en la postulación de que se trate), y sólo por causales taxativas, a saber, fallecimiento o renuncia del titular (candidato) cuya postulación ha sido objetada por la propia Administración (y por efecto de la propia subsanación).

Las anteriores referencias legislativas demuestran, en lo que respecta a algunos ejemplos de Derecho Comparado, que el Derecho Positivo es proclive a limitar la posibilidad de sustitución de postulaciones, determinando su procedencia sólo ante ciertas causales, y fijando un plazo para la verificación de éstas, de lo que resulta que se concibe a dicha figura (la sustitución de postulación o de candidatura, de acuerdo con la terminología más común) como un medio excepcionalísimo. Ello tiene como justificación legal y práctica el hecho de que una sustitución de candidato, cuando la postulación de éste ya fue debidamente admitida por el órgano electoral (con la consiguiente incorporación como tal a los instrumentos electorales), pone en conocimiento del electorado la existencia de una oferta electoral específica con características determinadas, respecto tanto a las características personales del candidato, como de la organización política o grupo de electores que lo respalda o patrocina, lo cual, sin duda influye en las preferencias electorales del cuerpo electoral, al producir un vínculo entre el partido o grupo postulante, el candidato y los electores.

Ahora bien, ese vínculo fáctico que produce el efecto jurídico de la escogencia de un determinado candidato en la fase de votación, y que evidentemente determinará los resultados electorales, resulta alterado unilateralmente por la organización postulante o por el candidato, según sea el caso, cuando se produce la figura de la renuncia del candidato original y su sustitución. En ese caso, es evidente que la voluntad de una de las partes en la relación jurídico-electoral antes esbozada bien puede modificar la situación planteada originalmente en la fase de postulación, determinando cambios en la voluntad de los potenciales electores. Siendo así, en respeto a los principios de transparencia y de respeto a la voluntad de los electores, resulta necesario rodear de una serie de garantías sustantivas y procesales al mecanismo de sustitución de postulaciones, a los fines de evitar posibles maniobras que vayan en desmedro del respeto a la voluntad del electorado, toda vez que ésta, en definitiva, constituye un mecanismo de expresión de la voluntad del soberano. Y no podía ser de otra manera, ya que las modificaciones en las candidaturas (sustitución de postulaciones en el presente caso), podrían amenazar la finalidad que se cumplió en la fase previa de postulaciones, a saber, haber dado a conocer a los electores quiénes son los candidatos y quiénes sus postulantes, que van a participar en el proceso comicial, ofreciendo al electorado sus propuestas en concreto. (Cfr. La obra colectiva: *Comentarios a la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*, p. 421, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1986).

La anterior tendencia a considerar la sustitución de postulaciones como excepción frente a la regla general (inmutabilidad de las mismas), en modo alguno puede considerarse una limitación injustificada al derecho a postular candidatos que tienen las organizaciones políticas y grupos de electores (artículo 67 constitucional), manifestación del derecho al sufragio pasivo, toda vez que, de lo que se trata, es de ponderar -y armonizar- el binomio derecho a postular (manifestación del sufragio pasivo), con derecho a conocer con antelación la oferta electoral (manifestación del sufragio activo). En ese sentido, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, aun consagrado constitucionalmente en términos muy amplios: “*Los ciudadanos y las ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos y candidatas...*” (Artículo 67 *segundo aparte*), como corresponde a una Carta Fundamental que se inscribe en las líneas del constitucionalismo moderno, lo cierto es que no puede concebirse tampoco el derecho a postular en términos absolutos, sino que estarán implícitos en su ejercicio los condicionamientos legales que requerimientos de justicia, seguridad y

razonabilidad le imponga el legislador, sin afectar su “núcleo esencial” (en términos de la doctrina española). En ese sentido, el ejercicio del derecho a postular en el marco de un proceso electoral, necesariamente ha de estar sometido a límites temporales, dados los principios de preclusión que informan a todos los procedimientos, y especialmente, a los de tipo comicial. De tal manera que, aun cuando en el ordenamiento constitucional español el derecho al sufragio pasivo, en sus diversas manifestaciones, se regula de manera distinta, no existe mayor inconveniente en adoptar como propio un criterio del Tribunal Constitucional de ese país, quien señala “(...) el art. 23.3 de la Constitución consagra y protege el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, pero no el acceso indiscriminado, sino que, como se ha dicho, “con los requisitos que señalen las leyes”, entre los que está la presentación de las candidaturas dentro del plazo señalado para ello. Reiteradamente este Tribunal ha afirmado que la exigencia de los plazos legales no puede tenerse por exigencia irrazonable, y más aún en los procesos electorales” (STC 72/1987, Fundamento Jurídico 1º, tomado de Rubio Llorente, Francisco y otros: *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales. Doctrina Jurisprudencial*, p. 250, Editorial Ariel S.A, Barcelona, España, 1995).

En ese marco de razonamiento, en el ordenamiento jurídico venezolano, las diversas leyes electorales han admitido la posibilidad de modificación de postulaciones, por diversas causas y con sujeción a determinados lapsos. Así, por ejemplo, y también sin pretensiones de realizar un examen pormenorizado del punto en cuestión en todas nuestras leyes electorales, puede señalarse que la Ley Orgánica del Sufragio de 1964 preveía la “*modificación de listas*” (no regulaba el caso de la elección Presidencial, que era la única uninominal) hasta quince (15) días antes de las votaciones, por “*causas suficientemente justificadas a juicio de la junta respectiva*” (artículo 81).

La reforma ocurrida en 1970 reguló con mayor detalle el punto, al agregar a la fijación de un plazo para la realización de postulaciones, una disposición que expresamente establecía que las sustituciones resultaban admisibles por “*muerte, renuncia o incapacidad física o mental*” del candidato cuya postulación había sido admitida, con lo cual estableció causales taxativas para la admisión de sustituciones en caso de candidatos uninominales (artículo 98). Para el supuesto de los candidatos las listas, el régimen se mantuvo análogo al ya comentado de la Ley de 1964, pero con el añadido de que la sustitución de los candidatos por listas podría hacerse en cualquier momento, en caso de “*muerte de algún postulado o de pérdida de alguno de los requisitos de elegibilidad*” (artículo 107), con lo cual se evidencia la tendencia a concebir como un supuesto excepcional la posibilidad de sustitución por causas voluntarias del candidato u organización política postulante. Dicha redacción se mantuvo casi inalterada en la reforma de 1973, con excepción del hecho de que se agregó como causal de admisión de sustituciones “*...cualquier otra causa derivada de la aplicación de normas constitucionales o legales...*” (artículo 98), lo que se mantiene en la reforma de 1977.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sufragio de 1988 se amplía el plazo para realizar las postulaciones en los casos de candidatos postulados por lista, y se fijan cincuenta (50) días para la modificación de las postulaciones de candidatos a cuerpos deliberantes producto de la voluntad del postulante, dejándose inalterada la posibilidad de sustitución por muerte o inelegibilidad (artículo 109). La reforma de 1989 mantuvo el mismo régimen, adaptando los plazos al hecho de la innovación producto de la elección libre y directa de los Gobernadores y Alcaldes, y ampliando aún más (setenta y cinco días) el lapso para hacer modificaciones voluntarias de candidatos por lista (artículo 110).

Las sucesivas reformas de 1992, 1993 y 1995 no alteran la solución legal ya referida, y es con la vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que parece unificarse el tratamiento aplicable, tanto a candidatos postulados de forma uninominal, como aquellos incorporados a las listas. De forma resumida el régimen legal es el siguiente: Las modificaciones de postulaciones de candidatos para cuerpos deliberantes deben hacerse hasta noventa (90) días antes de las votaciones.

Vencido ese plazo, la Junta Electoral respectiva debe emitir un Acta en la cual se indiquen las modificaciones realizadas y remitirla al Consejo Nacional Electoral o a la Junta Electoral correspondiente, en un plazo de setenta y dos (72) horas a partir de su emisión (artículo 150).

En cuanto al acaecimiento de causas sobrevenidas a la admisión de la postulación, se mantiene el mismo régimen, es decir, las causales de muerte, renuncia, incapacidad física o mental, o cualquier otra derivada de la aplicación de normas constitucionales o legales que obliguen al retiro de la candidatura, determinan la admisibilidad de las sustituciones de postulaciones (artículo 151), con una omisión que resulta trascendente: no se hace distinción entre los casos de candidatos a cuerpos deliberantes, sean uninominales o no, y los candidatos a cargos unipersonales (siempre uninominales), ni tampoco se establece distinción en cuanto a plazos para la sustitución de postulaciones. Ello traería como consecuencia adicional, visto que el texto legal vigente se aparta en ese punto de las leyes precedentes, en una interpretación determinada por el marco histórico, que pareciera que debería prescindirse de las antiguas distinciones entre las sustituciones según los candidatos fueran o no por lista, así como entre aquellos productos de renuncia voluntaria, o de causas sobrevenidas que obliguen a la sustitución (muerte, inelegibilidad, o cualquier otro impedimento legal).

Sin embargo, una interpretación literal no resulta plausible en este caso concreto, en lo concerniente a que la falta de fijación de plazo específico para realizar la sustitución, puesto que la misma conduciría a la absurda tesis de que la misma pueda hacerse en cualquier momento. En efecto, aun cuando el aparte único del artículo 151 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política introduce un supuesto novedoso en lo que respecta a las sustituciones, al permitir la sustitución de postulaciones en una oportunidad posterior a la elaboración de los instrumentos de votación (lo cual podría producirse en una fecha relativamente próxima a la celebración de las votaciones, y sin duda posterior a aquella en que resulte solventado cualquier tipo de problema en relación con las postulaciones), ello debe entenderse como un supuesto a todas luces excepcionalísimo, pues de lo contrario, con dicha posibilidad se estaría atentando contra la seguridad jurídica, la transparencia del proceso electoral, y en última instancia, el derecho constitucional al sufragio activo, al permitir a las organizaciones y grupos participantes en el proceso electoral realizar maniobras de último momento, de acuerdo con situaciones coyunturales, que alteren sustancialmente la oferta electoral sin el debido conocimiento por parte de los electores. En efecto, si bien es cierto que las organizaciones y grupos postulantes tienen el derecho a postular (y sustituir) candidatos que compartan la orientación ideológica de dichos entes, a la vez que resulten convenientes “electoralmente” (es decir, que tengan posibilidades de contar con el apoyo del electorado) obedeciendo a razones estratégicas, también lo es el hecho de que los electores, para ejercer de manera cabal y libre su derecho constitucional al sufragio, tienen el derecho de conocer, con la debida antelación, los candidatos y partidos que conforman la oferta electoral en el respectivo proceso comicial. De allí la garantía de publicidad que rodea al régimen de postulación de candidaturas, y que, aun flexibilizado, también debe considerarse en el proceso de sustitución de postulaciones. Téngase en cuenta al respecto, la necesaria armonización que debe hacerse entre el derecho a postular candidatos (manifestación del derecho al sufragio pasivo) y el derecho a conocer la oferta electoral (manifestación del sufragio activo), sobre el cual ya se han hecho algunas consideraciones *ut supra*.

Así lo ha entendido el propio Consejo Nacional Electoral, el cual, con buen criterio, y haciendo uso de su potestad reglamentaria que le asigna el artículo 293, numeral 1, de la Constitución, ratificada y ampliada para los procesos electorales que tuvieron lugar el pasado año de acuerdo con el contenido del artículo 28 del Estatuto Electoral del Poder Público, que le confiere la competencia para “...adaptar los procedimientos y recursos electorales, así como los actos e instrumentos de votación, establecidos en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política a los comicios previstos en el presente Estatuto Electoral...”, mediante Resolución N° 00412-547 del 12 de abril de 2000, publicada en la *Gaceta Electoral* del 5 de mayo de 2000, número 62, fijó como fecha límite para la aceptación de las sustituciones por renuncia, el 14 de abril de 2000. En ese sentido, resulta emblemático uno de los “Considerandos” expuestos por el máximo órgano electoral para justificar la emisión de dicho acto, plenamente compartido por este órgano judicial, el cual expresa que “el mantenimiento ilimitado de sustituciones por vía de renuncia, en cuya causa interviene o bien la autonomía de la voluntad, o que son inducidas por asociaciones con fines políticos con el objeto de alterar el cuadro electoral, afecta la seguridad jurídica de los actos administrativos inherentes al proceso”.

Agrega esta Sala que la implantación de un lapso para realizar las correspondientes sustituciones, resulta sin duda un mecanismo conveniente no sólo desde el punto de vista práctico, sino también jurídico, a los fines de garantizar la debida transparencia y seguridad jurídica en la información que se brinda al cuerpo electoral, a los fines de que éste realice su escogencia con pleno y cabal conocimiento de los candidatos intervinientes en un proceso comicial determinado, todo ello en acatamiento y salvaguarda de los principios de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia que deben orientar los procesos electorales, a tenor de lo preceptuado en el artículo 293, *in fine*, de la Constitución, que, en última instancia, sirven también como mecanismo tuitivo del pleno ejercicio del derecho al sufragio en sus facetas activa y pasiva, consagrados en los artículos 63 y 67 del texto constitucional.

Abundando en lo antes expuesto, pasa ahora la Sala, esclarecidas las líneas interpretativas que han de adoptarse en esta materia, a pronunciarse sobre el caso particular que aquí está planteado, vale destacar que la referida norma contentiva de la fijación de un plazo para la sustitución de postulaciones, se encontraba plenamente vigente y por tanto resultaba aplicable a los comicios que en última instancia tuvieron como fecha de votación el 30 de julio de 2000, de acuerdo con lo dispuesto por la Resolución N° 000630-1362 del 30 de junio de 2000, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 68 del 14 de julio de 2000, acto dictado en acatamiento al mandato dictado por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia en su decisión de fecha 25 de mayo de 2000, cuyo texto íntegro fue publicado en fecha 29 de ese mismo mes y año y que ordenó la suspensión de las votaciones cuya celebración estaba pautada para el 28 de mayo de 2000 “...con los mismos candidatos postulados sin admitirse nuevas postulaciones, ya que las etapas cumplidas en el proceso electoral permanecerán inalterables...”.

Por ello, sobre la base del principio de autovinulación de la Administración, el cual no es más que una manifestación en el ámbito administrativo del principio de legalidad que informa toda la actividad del Poder Público (artículos 137 y 141 constitucionales), es evidente que dicha norma resultaba obligante para todos los órganos que conforman el Poder Electoral, en el sentido de no aceptar sustituciones de postulación presentadas con posterioridad al 14 de abril de 2000.

Siendo así, y en vista de que la renuncia presentada por los candidatos ELIO AGUIAR (candidato de las organizaciones políticas MIPC, CAUSA R., OPINA Y CADECIDE y FELIPE JIMÉNEZ (candidato de las organizaciones políticas URI Y USTED), a favor de FERNANDO JIMÉNEZ, fueron recibidas por la Junta Electoral Municipal en fecha 17 de julio de 2000 según las Resoluciones correspondientes, así como que las manifestaciones de la voluntad de formalizar tal sustitución por las organizaciones postulantes fueron recibidas el 15 del mismo mes y año (como consta a los folios 55 al 58, y 63 al 64, 66 al 68 de la pieza contentiva de los antecedentes administrativos del presente procedimiento), resulta evidente que las Resoluciones dictadas por la Junta Electoral del Municipio Miranda del Estado Carabobo en fecha 17 de julio de 2000, aceptando dichas sustituciones, resultan emitidas en contravención a la referida Resolución N° 00412-547 del 12 de abril de 2000, publicada en la *Gaceta Electoral* del 5 de mayo de 2000, número 62, por lo cual, en virtud del principio conocido en la doctrina como de inderogabilidad singular de los actos generales, positivizado en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cabe concluir que las mismas resultan NULAS, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 *eiusdem*. Así se decide.

V. EL DERECHO DE ASOCIARSE POLITICAMENTE (PARTIDOS POLITICOS)

1. *El régimen de los partidos*

CSJ – PA 30-1-73, G.O. N° 30112, 26-05-73, pp. 225-496

Los partidos políticos son asociaciones de derecho público de origen constitucional.

Ante el planteamiento de la parte actora en el sentido de que ha sido contraria a derecho la decisión del Consejo Supremo Electoral, de fecha 29 de enero de 1970, en virtud de la cual se “abre la posibilidad de que terceras personas, que no figuran como adherentes o socios, en tanto en cuanto miembros de la comunidad en donde el partido actúa, pueden vigilar y efectivamente lo hagan, la actividad de los partidos políticos, dentro del margen que ésta pueda incidir sobre la propia comunidad”, e interpretación ésta que los recurrentes consideran errada, ya que ella permitiría la intervención de terceros en asuntos que sólo interesan al partido, como ente moral, y a sus miembros, como militantes del mismo, y que no tiene ninguna relación con cuestiones de derecho público, ni con infracciones e incumplimiento de la Constitución, Códigos y Leyes Nacionales, considera la Corte necesario pronunciarse, también como punto previo, sobre tan importante materia, ya que de prosperar tal alegato, habría que llegar necesariamente a la declaratoria de inadmisibilidad del escrito presentado ante el Consejo Supremo Electoral y que motivó la decisión de este organismo, contra la cual se ha intentado el presente recurso.

Al efecto, la Sala observa: en el Informe de la Comisión de Legislación Electoral y Registro y Control de los Partidos Políticos, de fecha 22 de enero de 1970, aprobado por el Consejo Supremo Electoral en su sesión de fecha 29 de enero de 1970 y el cual cursa en autos, (folios 20 al 37), se realiza un análisis acerca de la naturaleza de los partidos políticos, especialmente en Venezuela, del cual extractamos los siguientes párrafos:

“Antes de entrar a analizar el fondo mismo del problema propuesto sería necesario determinar la naturaleza de los partidos políticos en forma general y luego, particularizando la situación en Venezuela; todo ello con el fin de precisar la amplitud de sus intereses y así determinar la posibilidad de que terceras personas, ajenas a la organización, puedan válidamente, impugnar sus actos de manera genérica o particular, en su totalidad o en parte de alguno de ellos”.

“En la sociedad moderna el partido político tiende a convertirse cada día más en una fuente de poder lo cual pareciera ser válido no solamente en los países de estructura democrática tradicional, o representativa, sino también en aquellos que se orientan de acuerdo con tesis o filosofías diferentes, en cuanto se refiere a la concepción misma del Estado. Esta situación, cuya interpretación evidentemente envuelve más un sentido histórico y sociológico que puramente jurídico, es necesario tomarla en cuenta al analizar el asunto sobre el cual debe decidir el Cuerpo porque la naturaleza misma de los partidos políticos, su gestión su orientación y las consecuencias de esto y aquello abarcan en forma global la estructura misma de la sociedad en la cual actúan”.

“En líneas generales podemos indicar que la casi totalidad de los tratadistas de Derecho Constitucional están acordes en considerar a los partidos políticos como asociaciones de Derecho Público que, de una manera u otra, de acuerdo con la orientación del Estado, constituyen fuentes de poder”.

“Por lo que se refiere a Venezuela debemos partir del hecho de que el partido político tiene un origen constitucional. Su existencia y su gestión la establece expresamente la Constitución Nacional en su artículo 114, al reconocer como un derecho de todos los venezolanos su asociación en partidos políticos con la sola limitación de que: a) sean actos para el voto, y b) que dichos partidos utilicen en su actuación métodos democráticos.

La segunda parte de ese mismo artículo constitucional permite que se aclare mejor la conformación de ese ente jurídico, pues remite al legislador ordinario la obligación de reglamentar todo lo referente a la constitución de ellos y a la forma como deberán realizar su actividad, la cual, en todo caso, tendrá que tener “carácter democrático y garantiza su igualdad ante la Ley”.

“Y en efecto, en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, que es el instrumento especial regulador de la actividad de los partidos, se determina o precisa mejor la naturaleza de éstos, cuando en su artículo 2º, textualmente, establece que: “Los partidos políticos son agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos”.

“Esta definición que hace la Ley nos parece suficientemente explícita para poder considerar a nuestros partidos políticos claramente encuadrados en lo que los tratadistas de Derecho Constitucional, como antes hemos mencionado, han denominado “asociaciones políticas”.

“Es evidente, que en el caso nuestro, el partido político, una vez cumplidas todas y cada una de las formalidades que la ley exige para obtener su inscripción como tal en el Consejo Supremo Electoral, adquiere su propia personería jurídica, se hace sujeto de derechos y de deberes, siendo del caso indicar que, dentro del ámbito del puro Derecho Privado, se adquieren bienes y contraen obligaciones sin que para ello haya requerido cumplir las disposiciones contenidas en el Código Civil o en el Código de Comercio”.

“De acuerdo con nuestra legislación positiva, la personalidad jurídica del partido es clara y precisa, distinta a la de sus miembros en particular y a la de sus organismos directivos o representativos”.

“Un partido político en Venezuela es, pues, un ente cuyo origen arranca de la propia Carta Fundamental, pero cuya gestión no se cumple o se desarrolla en forma arbitraria, sino más bien sujeta a un conjunto de normas especiales que la regulan. Ese conjunto de normas, evidentemente de orden público, hacen que su cumplimiento no sólo se haga obligatorio para todos, sino que ello interesa a toda la comunidad; lo cual, dicho en otras palabras, o argumentando a contrario, podríamos sintetizar afirmando que todo ciudadano está interesado en que las normas que rigen esas asociaciones sean cumplidas, tanto en la porción en que ellas están regidas por Leyes y Reglamentos como en aquellas que se regulan por sus propios estatutos o actas constitutivas”.

“Como consecuencia de todo lo anteriormente analizado, esta Comisión considera que el partido político en Venezuela, en tanto en cuanto es un ente de carácter público por su origen, por su naturaleza y por su gestión, necesariamente genera una serie de actos que directamente interesan a toda la comunidad. Este interés abre la posibilidad de que terceras personas, que no figuran como adherentes o socios, en tanto en cuanto miembros de la comunidad en donde el partido actúa, puedan vigilar y efectivamente lo hagan, la actividad de los partidos políticos dentro del margen que esta pueda incidir sobre la propia comunidad.

Un caso concreto y muy específico de esta situación la encontramos claramente establecida cuando la Ley le otorga al Consejo Supremo Electoral, las funciones de control y vigilancia de determinados actos y gestiones de los partidos políticos, como en efecto lo tiene establecido, margen ese que, en todo caso, tendrá que tenerse como medida que precisa la amplitud que ese interés de terceros pudiere llegar a tener”.

De la doctrina contenida en los párrafos anteriores, y que la Sala comparte, se desprende que el partido político constituye un ente jurídico de Derecho Público, cuya existencia y fines están expresamente previstos en la Constitución y la ley; y si al Consejo Supremo Electoral, en virtud de sus atribuciones, le corresponde velar porque se cumplan las exigencias legales, en cuanto a la constitución y funcionamiento de los partidos, es lógico concluir que a cualquier ciudadano le corresponde el derecho de denunciar ante el superior organismo electoral, las infracciones, en que a su juicio haya podido incurrir un partido determinado, ejemplo de lo cual encontramos en el aparte segundo del artículo 12 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, en el cual se reconoce, expresamente, el “derecho de cualquier ciudadano para revisar... y para impugnar el uso indebido de algún nombre”.

En consecuencia la Sala considera, y así lo declara, que cualquier ciudadano hábil puede denunciar ante el Consejo Supremo Electoral las infracciones a la Ley, y a sus propios estatutos, en que incurriese un partido político y aquel organismo está en la obligación de admitir la denuncia y pronunciarse acerca de ella, pronunciamiento que podrá, a su vez, ser apelable para ante la Corte, en conformidad con su jurisprudencia a la cual se ha hecho referencia, si la decisión del Consejo Supremo Electoral, afecta la existencia misma del partido, o su normal funcionamiento.

CPCA 26-8-89, Magistrado Ponente: José A. Catalá, RDP N° 39, 1989, pp. 149 y ss.

Los Partidos Políticos son personas jurídicas de derecho privado, cuyos actos no son susceptibles de ser calificados como actos administrativos, no fiando, por tanto, recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A los fines de determinar la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo de anulación, lo cual será analizado en primer término, esta Corte estima necesario establecer la naturaleza jurídica del acto sometido a su control, y al efecto observa:

Como se ha señalado en la parte narrativa del presente fallo, el acto impugnado fechado el 5 de abril de 1989, emana del Tribunal Disciplinario Nacional del Partido Acción Democrática. Dicho acto acordó la expulsión del recurrente de las filas del citado Partido Político, así como la de sus “compañeros” que menciona en los anexos del libelo.

El primer problema a dilucidar lo constituye, por tanto, determinar si los partidos políticos pueden dictar actos administrativos y, en consecuencia, ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Tal determinación requiere un examen previo acerca de la naturaleza jurídica de los Partidos Políticos. Para ello es necesario precisar si los Partidos Políticos se inscriben en la categoría de las personas jurídicas de derecho público, o si, por el contrario, son personas jurídicas de derecho privado.

La configuración de un esquema que permita establecer tal distinción constituye uno de los problemas más debatidos en la literatura jurídica. Al efecto, se han manejado diversos criterios como el de los *finés públicos o privados* que realizan. La insuficiencia de este criterio ha sido, empero, puesta de relieve por la doctrina. Ferrara ha resaltado como un mismo fin puede hacer surgir, según las circunstancias, un organismo para estatal de naturaleza pública, o una persona jurídica privada.

Un segundo criterio manejado por la doctrina ha sido el de la existencia de prerrogativas. Según esta tesis, la persona jurídica de derecho público se caracteriza por *participar de la potestad de imperium*, típica del Estado. Esta teoría que tiene su origen en Jellinek ha sido seguida en Italia por varios civilistas como Coviello y Ferrara. Conforme a ella, las personas jurídicas públicas deben participar de aquellas características que son exclusivas y esenciales del Estado, y que, como tales, las colocan en una posición de preeminencia sobre los sujetos privados. Empero, también ha sido cuestionada por algunos autores como criterio único.

En tercer lugar, se encuentra el criterio de la *integración de la persona jurídica dentro de la organización del Estado*. En este sentido se ha dicho que la persona pública, a diferencia de la privada, es parte de la administración pública, criterio que también ha sido cuestionado ya que existen personas jurídicas de derecho público a las cuales el legislador expresamente califica de tales sin que formen parte de la estructura general del Estado, como los Colegios Profesionales.

Un cuarto criterio lo constituye el de la *creación del ente por un acto de poder público*. Es el criterio del origen de la entidad al cual se refiere Renato Alessi al reconocer el carácter público solamente a las entidades que tienen su origen directamente en un acto del poder estatal. En este sentido puede decirse que en nuestro país, sin temor a equívocos, son personas jurídicas de derecho público los Institutos Autónomos, el Banco Central de Venezuela y el Banco Industrial de Venezuela, ya que son creados directamente por el Legislador.

Y, por último, la doctrina ha hecho referencia al *criterio de la forma*, y según la cual, en esta teoría sedan personas jurídicas públicas las que adopten una forma propia en esta rama del derecho (Derecho Público); y las privadas, las que adopten una forma que corresponde al derecho privado, como por ejemplo las Asociaciones Civiles, las Sociedades Civiles y las Sociedades Mercantiles, las cuales conservan su naturaleza jurídica privada ano cuando formen parte de la administración pública.

Como se observa, más que un criterio único, la doctrina ha hecho hincapié acerca de los signos o índices reveladores de la personalidad jurídica de derecho público, que pueden ser concurrentes.

A juicio de esta Corte, entre los índices mencionados existen tres que son fundamentales para determinar la naturaleza jurídica-pública de un determinado organismo a saber: su ubicación dentro de la administración pública, el disfrute de prerrogativas inherentes al Estado o su creación por un acto del poder público.

Sentado lo anterior, es preciso determinar, bajo los razonamientos precedentes, si los partidos políticos reúnen alguno de los índices mencionados para que se les pueda calificar como personas jurídicas de derecho público, y al efecto la Corte observa:

Nuestra Carta Fundamental establece, dentro de los derechos políticos, el de todos los venezolanos aptos para el voto, de asociarse en partidos políticos para participar por métodos democráticos en la orientación de la política nacional. A tal efecto, es la misma Carta Magna la que prescribe que la Ley debe reglamentar la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la Ley (art. 114); razón por la cual fue promulgada, en diciembre de 1964, la *Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones*. Esta ley en su artículo 20 define a los partidos políticos como agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos.

Como se observa, ni la previsión constitucional ni la definición misma que da de Partidos Políticos nuestro derecho positivo, en modo alguno permite configurarlos como personas jurídicas de derecho público.

En efecto, de acuerdo a los índices de publicidad antes mencionados, los partidos políticos ni forman parte de la estructura de la administración pública, ni han sido creados por actos de poder público. Por lo que respecta al disfrute de prerrogativas, no existe disposición alguna en la ley que se las haya acordado. Tampoco nos encontramos frente al supuesto de personas jurídicas de derecho privado, a las cuales el legislador las haya habilitado para dictar actos administrativos, como ocurre excepcionalmente en el supuesto previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por lo que respecta a las fundaciones y empresas del Estado las cuales, no obstante tratarse, por su forma, de personas jurídicas de derecho privado, se encuentran habilitados expresamente para dictar las decisiones correspondientes en materia de averiguaciones administrativas. Tal prerrogativa en virtud del carácter aislado no es susceptible de convertirlas en personas de derecho público.

Todo lo anterior lleva a esta Corte a la conclusión de que los Partidos Políticos, no obstante, la muy importante y decisiva participación en la vida pública del país, son personas jurídicas de derecho privado, cuyos actos no son susceptibles de ser calificados como actos administrativos. Cualquier divergencia que surja con motivo de una decisión del partido político o de uno de sus órganos, y la cual dé lugar al menoscabo de los derechos o intereses de un particular, debe ser sometida a la consideración del Consejo Supremo Electoral de conformidad con las previsiones correspondientes establecidas en la Ley de Partidos Políticos.

En consecuencia, el acto administrativo será, precisamente, la decisión que la respecto adopte el Consejo Supremo Electoral y éste sería el acto impugnabile por la vía del contencioso administrativo, sujeto al control judicial de constitucional y de legalidad por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Esta Corte debe entonces concluir que los partidos políticos no son personas jurídicas de derecho público, ni pueden considerarse que ejercen potestades de poder público, pues el papel que la Constitución les asigna a los efectos de canalizar la participación de los ciudadanos en la orientación política nacional no es susceptible de calificar de prerrogativa lo que simplemente es una función, aunque sí, de gran relevancia para el desarrollo de la vida pública del país.

Por las razones expuestas, al no poder calificarse como actos administrativos los impugnados ante esta instancia jurisdiccional, por tratarse de un acto emanado de un partido polí-

tico, esta Corte debe declarar improcedente el recurso contencioso administrativo de anulación intentado ya que sólo contra los actos administrativos procede el ejercicio del mencionado recurso, y así se decide.

CPCA 10-10-90, Magistrada Ponente: Hildegard Rondón de Sansó, RDP N° 44, 1990, pp. 108 y ss.

La norma transcrita (artículo 114 de la Constitución), señala el derecho de asociación en partidos políticos, el cual no se limita a consagrar con un simple enunciado, sino que lo califica y le establece sus fines. En efecto, la asociación en partidos políticos ha de efectuarse mediante “métodos democráticos” y su objetivo es “orientar la política nacional”. De allí que no puede hablarse del derecho de asociación en partidos políticos, sin que ello implique la exigencia de que tales organizaciones se estructuren y operen mediante los métodos democráticos, esto es, la ausencia del autoritarismo, el sometimiento a la ley, el predominio de la voluntad mayoritaria. Esta regla la repite el constituyente en el aparte del artículo 114 como un mandato al legislador que habrá de reglamentar la actividad de los partidos políticos, al cual le señala que asegure en los mismos el carácter democrático y garantice la igualdad ante la ley.

Por las consideraciones que anteceden es necesario concluir que el derecho político de asociarse en partidos, contemplado en el artículo 114 de la Constitución, puede ser protegido a través del amparo constitucional por cuanto el mismo implica: 1) La facultad de incorporarse a la militancia política; 2) La facultad de que sea aceptada tal incorporación si se llenan los dos requisitos que al efecto se señalan: ser venezolano y ser apto para el voto; 3) El derecho de que se garantice el método democrático en la organización y actuación de los partidos; 4) El derecho de que se controle a través de los medios administrativos y jurisdiccionales el respeto a las garantías precedentemente enunciadas.

En consecuencia, de lo anterior puede ser válidamente alegada la lesión del derecho contemplado en el artículo 114 de la Constitución, en los casos en los cuales se denuncien como conculcados por parte de los órganos de decisión de los partidos políticos cualquiera de los supuestos que la misma implica. Debe al efecto señalarse que los derechos políticos establecidos en el Capítulo VI del Título Tercero (de los Deberes, Derechos y Garantías de la Constitución), enunciados como: el derecho al voto que implica la elegibilidad activa y la elegibilidad pasiva, la libertad y el secreto del voto y el derecho de representación proporcional de las minorías; el derecho de asociación en partidos políticos; el derecho de manifestación y el derecho de asilo, tienen características particulares porque están vinculados con los fines esenciales del Estado, ubicándose de lleno en la esfera del Derecho Público.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a extender estos derechos en relación con las asociaciones que, por ser de naturaleza política como es el caso de los partidos, contribuyen a la integración de los órganos representativos del Estado. De allí que es una labor innecesaria el detenerse en el examen de la naturaleza jurídica (pública o privada de los partidos políticos), por cuanto lo determinante en su actuación es que forman parte del engranaje con base en la cual se estructuran los órganos representativos de las instituciones del Estado.

Hechas las anteriores consideraciones, pasa esta Corte a determinar si en el caso presente, con base en las denuncias formuladas y a las pruebas constantes en los autos, aparece demostrada que la actuación de los órganos dirigentes de la Dirección Política Nacional del Partido Movimiento Electoral del Pueblo se ubicó en alguno de los supuestos que conforman las garantías acordadas a través del artículo 114 de la Constitución, lesionando así la esfera jurídica de los presuntos agraviados.

La denuncia concreta que ha sido formulada es que la Comisión Electoral del Partido, órgano al cual le corresponde todo lo concerniente al proceso electoral interno del mismo, estimó que los listados para las elecciones se encontraban viciados por cuanto adolecían de irregularidades en un porcentaje elevado de los mismos (aparecían nombres de personas difuntas; falta de identificación de los votantes y otras cuestiones análogas).

Con base en la constatación de los hechos fue ordenada la revisión de los listados, la suspensión de las elecciones y se procedió a la fijación de una nueva fecha para su celebración. Esta decisión, de la cual disiente el Presidente y la Secretaria de la Comisión Electoral Nacional, es apelada por ellos ante la Dirección Política Nacional. Apelan igualmente ante dicho organismo varios dirigentes del partido; al efecto, Jesús Paz Galarraga, Vice-Presidente; Adeldo González Urdaneta, Secretario General; César Olarte, Alvaro Silva Calderón, Evencio Gallardo, Blas Torres, Humberto Anzola y Roque Díaz Borges, Secretarios Políticos; Antonia Granados, Secretaria Femenina; Cato Gil Rivera, Secretario Sindical, y Juan Urbina, Secretario Agrario.

Todos los apelantes son miembros de la Dirección Política Nacional, es decir, que estaban apelando ante un organismo del cual formaban parte, organismo este que se reúne, tal como ha sido demostrado por la inspección judicial que fuera presentada, sin el quórum reglamentario.

No puede alegarse, como lo hacen valer los presuntos agraviantes en su escrito contentivo del informe, que el artículo 46 de los Estatutos prevé un quórum especial, ya que por el contrario, el texto de dicho artículo es muy claro al señalar efectivamente un quórum especial en el supuesto que el mismo prevé pero deja a salvo una serie de materias para las cuales rige el quórum ordinario. Estas materias son, entre otras, las cuestiones de alta política nacional o partidistas. Es indudable que la fijación de las elecciones es materia de alta política partidista. Al efecto cabe transcribir los artículos 45 y 46 de los Estatutos del Partido Movimiento Electoral del Pueblo (MEP), cuyo texto es del tenor siguiente:

“Artículo 45. El quórum de instalación de los órganos colectivos del Partido será la mitad más uno de sus integrantes y sus decisiones las tomarán con el voto favorable de la mayoría absoluta de los asistentes, sin perjuicio de las disposiciones establecidas en estos mismos Estatutos y los Reglamentos”.

“Artículo 46. Cuando los órganos colectivos del Partido tengan fijados lugar, fecha y hora para sus sesiones, podrán constituirse y funcionar con los presentes, cualquiera sea el número de éstos, pasados media hora fijada para iniciar la reunión; tomarán sus decisiones de acuerdo con el artículo anterior, *salvo en las materias siguientes, para cuya decisión se requerirá que el órgano respectivo cuente con el quórum de la mitad más uno de sus miembros* (Subrayado de la Corte).

1. Asuntos de carácter disciplinado
2. Intervención a órganos
3. Designaciones, nombramientos o postulaciones, y
4. *Cuestiones de alta política nacional o partidista*” (Subrayado de la Corte).

De allí que, por una parte, los recurrentes contra el acto son integrantes del organismo decisorio; y por otra, este organismo no llegó a constituirse con el quórum reglamentario. Estas dos circunstancias son significativas de la violación de la democracia interna del partido, por cuanto implica una confusión de intereses en lo que debería ser el elemento fundamental de la legalidad interna.

Ahora bien, lo más grave es el contenido de la decisión, ya que la misma, al revocar lo dispuesto por la Comisión Electoral Nacional, se sustituye en dicho órgano para ejercer las funciones propias del mismo.

Atendiendo al esquema fundamental que se trazara sobre el contenido ideológico del artículo 114 de la Constitución, se puede apreciar que con una decisión como la que fuera objeto del amparo, esto es, que faculta para la realización de las elecciones cuya fase preparatoria adolece de vicios, se estaba afectando la democracia interna del partido por las siguientes razones: a) Porque se está ignorando la voluntad del órgano competente en la materia electoral; b) Porque se está forzando la asunción de decisiones con base en una representación numérica que no llena el quórum reglamentario; c) Porque se está sustituyendo la voluntad del órgano de control electoral por la del órgano de decisión política.

CSJ-SPA (239) 21-05-91, Magistrada Ponente: Cecilia Sosa Gómez, RDP N° 46, 1995, pp. 93 y ss.

El derecho de asociarse en partidos políticos con fines lícitos y el ejercicio de tal derecho político se reconoce a todos los venezolanos aptos para el voto (art. 111 de la constitución), con la única limitación impuesta por la Constitución, de que la participación sea por métodos democráticos.

Consecuentemente se constata, en el específico, que el artículo 114 de la Constitución se relaciona con el artículo 70 *ejusdem*.

El texto del artículo 114 de la Constitución es la siguiente: “Todos los venezolanos aptos para el voto tienen el derecho de asociarse en partidos políticos para participar por métodos democráticos, en la orientación de la política nacional.

El legislador reglamentará la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la ley”.

El derecho de asociarse en partidos políticos con fines lícitos y el ejercicio de tal derecho político se reconoce a todos los venezolanos aptos para el voto comprendidos en el artículo 111 de la Constitución. El objeto de la asociación en partidos es el participar en la orientación de la política nacional. La única limitación que impone la Constitución es que esta participación sea por métodos democráticos, y para ello el único aparte del artículo 114 reserva al legislador la reglamentación de la disposición constitucional referida a los partidos políticos. Por ello la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones regula su naturaleza, finalidades, estatutos, régimen de afiliación, constitución, obligaciones, requisitos de existencia, de cancelación, de disolución, entre otros. E, igualmente, regula la actividad que pueden realizar y cómo han de hacerlo, en particular su participación en los procesos electorales.

La sentencia del *a quo*, considera que “no puede hablarse del derecho de asociación en partidos políticos, sin que ello implique la exigencia de que tales organizaciones se estructuren y operen mediante los métodos democráticos, esto es, la ausencia del autoritarismo, el sometimiento a la ley, el predominio de la voluntad mayoritaria”. Por ello, concluye que el derecho político de asociarse en partidos, contemplado en el artículo 114 de la Constitución, “puede ser protegido a través del amparo constitucional”. Es como consecuencia de ello, que la sentencia considera que puede ser válidamente alegada la lesión del derecho contemplado en el artículo 114, “en los casos en los cuales se denuncien como conculcados por parte de los órganos de decisión de los partidos políticos cualquiera de los supuestos que la misma implica”.

De estos supuestos generales pasa la sentencia a examinar el caso para concluir que se ha violado la democracia interna del Partido, por cuanto la revocatoria de lo dispuesto en la Comisión Electoral Nacional se sustituye en dicho órgano para ejercer las funciones propias del mismo, dado que se estaba afectando la democracia interna al ordenarse realizar unas elecciones cuya fase preparatoria adolece de vicios, y para llegar a esa conclusión, la sentencia se fundamenta en lo siguiente:

1. Se está ignorando la voluntad del órgano competente en la materia laboral.
2. Se está forzando la asunción de decisiones con base en una representación numérica que no llena el quórum reglamentario; y
3. Se está sustituyendo la voluntad del órgano de control electoral por la del órgano de decisión política.

Observa esta Sala que en el caso concreto, no existe correspondencia entre la norma constitucional 114, el derecho que ella garantiza y las conclusiones de la sentencia para entrar a examinar asuntos que corresponden a la esfera estatutaria del partido “Movimiento Electoral del Pueblo” y concluir que ha sido violado el derecho de asociación en partidos políticos, más cuando los mismos solicitantes del amparo, consideran que la actuación de los órganos del partido constituyen una violación a normas de carácter estatutario.

Por otra parte, si la sentencia examinó los Estatutos para entrar a interpretar qué debe o no entenderse por cuestiones de alta política nacional y cuál es el quórum que debe o no regir las decisiones de sus órganos, ha debido también tener presente cómo regulaba la materia electoral y la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, la cual constituye el desarrollo de la reserva legal establecida en el artículo 114, y donde expresamente se establecen los principios democráticos a que hace referencia la Constitución, como antes se señalara, reconociéndolas como “agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos”.

De la misma manera el artículo 3 de la ley citada, consagra que los partidos políticos garantizarán en sus estatutos los métodos democráticos en su orientación y acción política, así como la apertura de afiliación sin discriminación de raza, sexo, credo o condición social; y asegurarán a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido y en la fiscalización de su actuación.

La ley desarrolla la condicionante constitucional de que el derecho de asociación en partidos políticos es para participar en la orientación de la política nacional, consecuentemente, ésta se garantiza mediante la reglamentación de su constitución y actividad. En función de tal finalidad, la disposición transcrita exige a los partidos que en los estatutos se garantice en forma fehaciente, tres exigencias:

1. Los métodos democráticos en su actuación;
2. Apertura de afiliación; y
3. Participación directa o representativa en el gobierno del partido y en la fiscalización de su actuación.

Los partidos políticos han necesariamente de tener un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que incida en el sistema democrático consagrado en ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Igualmente los partidos políticos deben abstenerse de realizar cualquier actividad que directa o indirectamente constituya una amenaza al régimen constitucional, al sistema democrático y a su institucionalizada, es decir, acciones que vulneren la plena vigencia de la Constitución por mecanismos o actuaciones que contradigan lo establecido en ella.

En virtud de ello, el artículo 4 de la Ley de Partidos Políticos, impone a los partidos el deber de establecer en su declaración de principios o en su programa, el compromiso de perseguir siempre sus objetivos a través de métodos democráticos, acatar la manifestación de la soberanía popular y respetar el carácter institucional y apolítico de las fuerzas armadas.

La apertura de filiación está referida a dar cumplimiento al principio constitucional de que no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social.

La democracia interna del partido se garantiza asegurando a los militantes la participación directa o representativa en el gobierno del partido, para que de esta manera asuman la responsabilidad y la carga de fiscalizar la actuación de éste y sean garantes de su carácter democrático y su participación por medios democráticos en la vida del país, todo de acuerdo a lo establecido en los Estatutos de la organización.

Debe tenerse presente que un partido político para adquirir personería jurídica tiene que registrar sus estatutos, pero para que proceda la publicación de su registro es imprescindible que el Consejo Supremo Electoral haya aprobado la inserción del partido en el registro que al efecto lleva, siempre que se haya cumplido con los extremos constitucionales y legales para su inscripción.

De allí que cuando el Consejo Supremo Electoral autoriza la inscripción del partido político, es porque considera que ha cumplido con las exigencias de existencia para la participación en la vida política del país, y entre muchos requisitos que se requiere haber cumplido, está precisamente que los estatutos del partido político garanticen la participación directa o representativa de sus afiliados en el gobierno del partido y en la fiscalización de su actuación.

Por lo señalado, esta Sala comparte el criterio sostenido en el voto salvado de la sentencia que se apela, en el sentido que en el artículo 114 de la Constitución, “pueden distinguirse dos supuestos bien diferenciados. Así la primera parte protege constitucionalmente el derecho de asociarse en partidos políticos por parte de los venezolanos aptos para el voto. En modo alguno se ha vulnerado a los presuntos agraviados el derecho de asociarse en partidos políticos... “El segundo párrafo del artículo 114..., se reserva al ámbito de la ley, la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático. Si conforme al primer párrafo el partido debe participar por métodos democráticos en la orientación de la política nacional, so pena de violación de la Constitución, en el segundo se reserva a la ley aquellas actividades que aseguren su carácter democrático. Entre tales actividades se encuentra, obviamente, la elección de sus autoridades internas.

No puede entonces confundirse “los métodos democráticos”, con el “carácter democrático” de los partidos políticos y, por ello, el artículo 5 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones obliga a estos organismos a asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del Partido”.

CPCA 04-12-92, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, Caso: Miriam Elena Uzcátegui de Salazar vs. COPEI, RDP N° 52, 1992, pp. 100-101.

Violación del derecho contemplado en el artículo 114 de la Constitución. El mismo acto señalado del Comité Nacional del Partido Social Cristiano Copei configura, según afirma la accionante, una violación al artículo 114 de la Constitución “que consagra el derecho de todo venezolano de asociarse en partidos políticos, cuya actividad está regida por la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, y en la cual se nos garantiza (Artículo 02) que los partidos políticos son agrupaciones de carácter permanente, cuyos miembros conviene (*sic.*) en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país de *acuerdo con programas y estatutos libremente acordado por ellos.* Pues bien –continúa la pretendida agraviada– esos estatutos han sido ignorados por el Comité Nacional, y con su acto del 17 de agosto de 1992, ya señalado, viola dichos estatutos como lo hemos descrito... El Comité Nacional toma la decisión respecto a las elecciones de base en el Municipio Guacaipuro en total inconformidad con el estatuto (Artículo 81 y 53 del Reglamento Orgánico) lo que configura el supuesto de violación constitucional primero y luego, estatutaria y reglamentaria después...”

Frente a tal afirmación, los apoderados judiciales del pretendido agraviante analizan las dos maneras contempladas en la normativa interna del partido para la escogencia de los candidatos a los cargos por elección popular –la consulta a la base y a la escogencia por una mayoría calificada del Comité Nacional o de los Comité Regional y Municipal– concluyendo en su informe que la elección del ciudadano Freddy Martínez Troya no viola ninguno de los presupuestos estatutarios ni reglamentarios.

Respecto de este punto, es evidente para la Corte que la denuncia formulada por la accionante reposa única y exclusivamente en su afirmación de que la decisión del pretendido agraviante fue tomada en contravención a diferentes normas estatutarias y reglamentarias existentes en la normativa interna del Partido Social Cristiano Copei referente a la selección de los candidatos para participar en nombre de ese partido en las elecciones nacionales, regionales o municipales.

No hay, pues, relación alguna entre tales normas, pretendidamente violadas, y el derecho consagrado en el artículo 114, cuya infracción se denuncia como resultado de aquella pretendida violación, que no es otro que el derecho a asociarse a partidos políticos, en las condiciones y con las finalidades previstas en dicho artículo.

Para la Corte es claro que a la accionante, según sus propias afirmaciones, no se le ha violado el derecho de pertenecer al Partido Social Cristiano Copei, ni a participar en la vida interna del mismo. La lesión que a su juicio se le ha producido es la de que un órgano del partido, en su criterio, ha tomado una decisión con desapego a ciertas normas internas, las cuales, por el contrario han sido respetadas, según lo que afirma la contraparte. Para resolver cuál de las dos posiciones tiene razón en derecho, tendría esta Corte que examinar la conducta del Comité Nacional a la luz, no del artículo 114 constitucional, sino de diversos artículos de los estatutos y reglamentos internos del partido. Ello es totalmente ajeno a la institución del amparo, como ya antes se dejó establecido, lo que obliga a la Corte a desestimar la presente denuncia.

CSJ-SPA (654) 30-11-93, Magistrada Ponente: Cecilia Sosa Gómez, Caso: Aura Loreto de Rangel vs. Partido Acción Democrática, RDP N° 55-56, 1993, p. 178.

Un partido político efectivamente está regulado en particular en materia electoral, como es el caso que nos ocupa, por la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, la cual constituye el desarrollo de la reserva legal establecida en el artículo 114, y donde expresamente se les establece y reconoce como agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos.

De la misma manera, el artículo 3 de la Ley citada, consagra que los Partidos Políticos garantizarán en sus estatutos los métodos democráticos en su orientación y acción política, así como la apertura de afiliación, sin discriminación de raza, sexo, credo o condición social, y asegurarán a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido y en la fiscalización de su actuación.

Por eso la democracia interna del partido se garantiza asegurando a los militantes la participación directa o representativa en el gobierno del partido, para que de esta manera asuman la responsabilidad y la carga de fiscalizar la actuación de éste y sean garantes de su carácter democrático y su participación por medios democráticos en la vida del país, todo de acuerdo a lo establecido en los Estatutos de la Organización. (Véase sentencia de esta Sala. Caso: *Movimiento Electoral del Pueblo -MEP-* de fecha 21 de mayo de 1991).

TSJ-SE (38) 28-4-2000, Magistrado Ponente: Antonio J. García García, Caso: Arsenio Henríquez y otro vs. Movimiento al Socialismo (MAS), RDP N° 82, 2000, pp. 333 y ss.

El artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la asociación en organizaciones con fines políticos, cuya estructura debe garantizar métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección.

La presente acción tiene por objeto la nulidad del Reglamento para la elección de precandidatos del Movimiento al Socialismo (MAS) a las elecciones del año 2000, aprobado por la Dirección Nacional de dicha organización política, en fecha 5 de febrero de 2000, cuyo fundamento está referido a la violación por parte de la mencionada normativa de lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Observa esta Sala que el único vicio alegado por los recurrentes para impugnar el acto normativo recurrido es el de inconstitucionalidad, limitado exclusivamente a la supuesta violación del artículo 67 constitucional, por considerar que la aprobación del citado Reglamento infringe su contenido, y particularmente porque el artículo 3 del citado Reglamento, establece un sistema de segundo hasta cuarto grado de elección.

No obstante, la ausencia de tales señalamientos observa la Sala que el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, categóricamente dispone:

“*Artículo 67.- Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.*”

En tal sentido, se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela orientada por uno de los principios que la informan, como lo es la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, consagró el derecho a la asociación en organizaciones con fines políticos, cuya estructura debe garantizar métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. A tal fin las organizaciones políticas que se crearen deberán incluir en su ordenamiento interno aquellas normas que desarrollen y garanticen el cumplimiento de este mandato, de igual modo, las ya existentes, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a esta exigencia constitucional, en caso de que los dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, no garanticen el derecho constitucional referido, y la participación de sus integrantes en su organización y funcionamiento. Ello, con el apoyo del recién creado Poder Electoral que tiene a su cargo, por mandato constitucional, garantizar la participación de los ciudadanos, a través de procesos comiciales transparentes, imparciales, eficientes y confiables, que se celebren, entre otros, en las mismas organizaciones con fines políticos.

Los partidos políticos han de tener, entonces, necesariamente un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Tales principios deben estar garantizados en su seno, es decir, dichas, organizaciones deben asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido.

Así pues, en atención al derecho consagrado en el artículo 67 de la Constitución y, con el objeto de respetar los principios democráticos y dar cumplimiento a lo dispuesto en el referido artículo, en cuanto a que los “*organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes*”, los partidos políticos pueden dictar la normativa pertinente que regule esa forma de elección. El nuevo esquema impone a estos organismos, en el ejercicio de tal facultad, el recato y prudencia necesaria que garantice que la voluntad de sus respectivos colectivos se exprese en forma diáfana, evitando con ello la tentación de convertirse en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular, en consecuencia, los candidatos deben ser seleccionados de conformidad con el proceso eleccionario interno instaurado en el que participen sus integrantes.

Ahora bien, observa esta Sala que la norma reglamentaria citada por los recurrentes -artículo 3- dispone:

“Las elecciones primarias serán aprobadas en el nivel respectivo con el voto favorable de la mitad más uno del quórum del organismo:

Convención Nacional

- *Presidente de la República*
- *Comité Ejecutivo Regional*
- *Gobernadores*
- *Asamblea Nacional*
- *Asamblea Regional*
- *Alcaldes*
- *Concejales*
- *Juntas Parroquiales*

En este orden de ideas, la norma transcrita refiere las “elecciones primarias” que deberán realizarse en el Partido Político Movimiento al Socialismo, lo que supone la participación de la militancia perteneciente a los distintos niveles (se entiende, político-territoriales) para elegir los cargos allí mencionados. A tal efecto la norma establece la aprobación a los fines de la convocatoria a tales elecciones “en el nivel respectivo con el voto favorable de la mitad más uno del quórum del organismo”, distinguiendo para el caso de la elección del Presidente de la República, que la misma está a cargo de la Convención Nacional, con la participación en la elección de toda la militancia y, que para la elección de los demás candidatos en los cargos públicos señalados, le corresponde al Comité Ejecutivo Regional, con la participación en cada una de esas elecciones de la militancia que corresponda al nivel a que se refiera el cargo a ser seleccionado.

Observa esta Sala que al señalar los recurrentes que el artículo 3 del Reglamento impugnado establece un “sistema de segundo hasta cuarto grado de elección” atribuyen al contenido del mismo una interpretación o consecuencia errónea, derivada de la evidente confusión en que incurren, al asimilar la convocatoria y el organismo de dirección encargado de su aprobación, con la realización misma del proceso comicial primario, que en su condición de tal, sólo se verificaría con el derecho a la participación efectiva de la militancia de dicha organización política en el nivel (político-territorial) al que corresponda el cargo a elegir. La previsión contenida en el citado artículo 3 no hace más que concretar el principio consagrado en el artículo 2 del Reglamento que establece que “*la elección de los candidatos de MAS será por elecciones primarias abiertas*”, y para el caso de que las elecciones primarias no se realicen, el mismo reglamento estableció mecanismos de elección distintos, destinados a garantizar la participación de los integrantes en cada uno de los organismos internos de los que formen parte y que por disposición reglamentaria y estatutaria están llamados a celebrar la elección respectiva en cada cargo.

En el caso de autos, la Comisión Electoral Nacional del MAS, en atención a lo dispuesto en las dos normas reglamentarias citadas, fijó el “Cronograma para la elección de precandidatos del MAS”, consignado por ambas partes y que cursa a los folios 12 al 14 del expediente, en el que se indicó la fecha de los distintos actos preparatorios para celebrar las elecciones primarias, la fecha en la que efectivamente se celebrarían y la fecha de la Convención Nacional, actos entre los cuales se encuentran mencionados: “REUNIÓN DE LOS COMITÉS EJECUTIVOS REGIONALES PARA LA ELECCIÓN DE PRIMARIAS”; “CONVOCATORIA A PRIMARIAS POR LA COMISIÓN ELECTORAL NACIONAL”; “POSTULACIONES DE CANDIDATURAS PARA LAS ELECCIONES PRIMARIAS ANTE LAS COMISIONES ELECTORALES REGIONALES”.

Igualmente, constata esta Sala que el Reglamento impugnado, fue aprobado por la Dirección Nacional del Partido sin contrariar, como lo señala la parte recurrida, las normas estatutarias de esa organización política, pues efectivamente el articulado contenido en el Reglamento obedece y desarrolla el imperativo previsto en el artículo 9 de los Estatutos del Partido, el cual dispone:

“Art. 9 -La soberanía interna del Movimiento reside en la militancia, la cual la ejerce mediante la libre discusión y el voto en los organismos que se integran de acuerdo a los presentes Estatutos.

El Movimiento desarrolla los mecanismos adecuados para proporcionar las garantías políticas, informativas, estructurales y funcionales a fin de que los miembros puedan participar en la elaboración y desarrollo de la línea política, en la elección de los miembros encargada de llevarla a cabo, en su control y evaluación; así como para que las opiniones minoritarias tengan oportunidad de influir sobre el colectivo de militantes y de poder convertirse en opiniones mayoritarias y, en general, para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en los presentes Estatutos.”

Ahora bien, cabe destacar que el artículo 67 constitucional, invocado como violado por los recurrentes, no ha limitado a un esquema único eleccionario la escogencia de los candidatos que serán postulados por las asociaciones con fines políticos para los cargos de elección popular, sólo ha establecido que tales organizaciones incorporen en su normativa mecanismos de consulta democráticos que aseguren la participación de todos sus integrantes en dicha selección, por ello

considera esta Sala que la exigencia prevista en el referido precepto constitucional ha sido cumplida por el Reglamento impugnado, pues estableció, como se señaló anteriormente, un sistema de elección para los precandidatos en el MAS que garantiza la participación de sus integrantes.

En virtud de las razones expuestas, esta Sala considera que no se verifica la violación constitucional denunciada, y al ser éste el único fundamento invocado por los recurrentes para impugnar el Reglamento para la elección de los precandidatos del Movimiento al Socialismo declara sin lugar el presente recurso de nulidad. Así se decide.

TSJ-SE (87) 5-6-2012, Magistrado Ponente: Jhannett María Madríz Sotillo, Caso: Partido Político Patria Para Todos (PPT), RDP N° 130, 2012, pp. 485-494.

Las organizaciones con fines políticos han de tener, necesariamente, un carácter democrático, y su actividad, en todo momento, debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución. En tal sentido, la Sala Electoral señala que aun cuando la Ley Orgánica del Poder Electoral y la de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, no establecen normas que regulen la organización de estas elecciones, ello no es óbice para que el Consejo Nacional Electoral, en aplicación directa del artículo 293.6 constitucional, proceda a organizar los procesos electorales que se celebren en el seno de las organizaciones con fines políticos.

...Ahora bien, la Asamblea objeto de impugnación a través de los recursos interpuestos, se trata de una Asamblea mediante la cual se llevó a cabo la elección de las autoridades de la organización con fines políticos Patria Para Todos (PPT).

De allí, que esta Sala considera necesario hacer las siguientes anotaciones:

La Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* bajo el número 27.725 del 30 de abril de 1965, señala que los partidos políticos son las agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con los programas y estatutos libremente acordados por ellos.

En dicha ley se establece que los partidos políticos garantizarán en sus estatutos, los métodos democráticos en orientación y acción política, mientras que el artículo 67 constitucional expresa que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección.

En este sentido, la referida norma constitucional exige que sus organismos de dirección sean seleccionados en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

A propósito de ello, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia señaló (Véase: Sentencia N° 38 de 28-4-2000 en *Revista de Derecho Público* N° 82 de 2000, pp. 333 y ss).

...Véase, entonces, que a juicio de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, las organizaciones con fines políticos han de tener, necesariamente, un carácter democrático, y su actividad, en todo momento, debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano.

En igual sentido, el artículo 5 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, prevé que las organizaciones políticas garantizarán en sus estatutos los métodos democráticos en su orientación y acción política, así como la apertura de afiliación sin discriminación de raza, sexo, credo, o condición social; y asegurarán a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido y en la fiscalización de su actuación.

A este respecto, la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia 1003 /2000, precisó:

“Los partidos políticos son asociaciones con fines políticos, es decir que se originan en la voluntad de aquellos que convienen ‘en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos’, tal como lo define la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones. La participación de los ciudadanos en la vida política de la República es materia que interesa a todo el ordenamiento jurídico e impregna el orden constitucional. La constitución de un partido político está sujeta a limitaciones y requisitos establecidos por la misma Constitución de la República y por las leyes, y su cumplimiento o incumplimiento incidirá en el reconocimiento estatal de la existencia de cada partido, mediante su inscripción como tal en los registros establecidos al efecto, o su no inscripción o la cancelación de su inscripción.

*Como quiera que los fines primordiales de los partidos políticos son su participación en la orientación de las políticas del Estado (...) todo lo concerniente a la elección de sus autoridades (...), **aunque de libre creación por cada partido, debe ajustarse al precepto constitucional** conforme al cual el derecho de asociación con fines políticos exige métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, y exige que la selección de los integrantes de sus organismos de dirección, (...) se efectúen en elecciones internas con la participación de sus integrantes.*

(...)

*Es así como la Ley de Partidos Políticos referida supra, establece una serie de requisitos y procedimientos para la inscripción de un partido político, controlados por el entonces Consejo Supremo Electoral, desde la solicitud de inscripción, y posteriormente, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de aplicación preferente a la antes citada ley, creó en sustitución del Consejo Supremo Electoral, al Consejo Nacional Electoral hoy de rango constitucional al cual define como el **órgano superior de la administración electoral, con jurisdicción en todo el territorio nacional y competencia administrativa para dirigir, organizar y supervisar los procesos electorales contemplados en dicha ley, con plena autonomía atribuyéndole, además, competencia para conocer de los recursos previstos en la misma pero con la limitación de que su participación en los procesos internos de los partidos y organizaciones políticas, de selección de sus directivos y representantes, está restringida a prestar apoyo técnico y logístico y a colaborar, cuando tales organizaciones así lo soliciten (...).**”*

De las normas y jurisprudencias citadas, resulta claro que las organizaciones con fines políticos deben establecer en sus estatutos los **métodos democráticos** que definan no solo su orientación y acción política, sino también la selección de sus organismos de dirección. (Resaltado de la Sala).

Así las cosas, es necesario indicar que el artículo 293.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que el Consejo Nacional Electoral tiene la función de organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos en los términos que señale la Ley. Mientras que el numeral 2 del artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, prevé que el Consejo Nacional Electoral tiene la competencia para organizar las elecciones de organizaciones con fines políticos. (Resaltado de la Sala).

Sin embargo, aun cuando la Ley Orgánica del Poder Electoral y la de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, no establecen normas que regulen la organización de estas elecciones, ello no es óbice para que el Consejo Nacional Electoral, en aplicación directa del artículo 293.6 constitucional, proceda a organizar los procesos electorales que se celebren en el seno de las organizaciones con fines políticos. En abono a esta tesis, es menester señalar que la Sala Electoral tiene sentado el criterio, según el cual, las normas constitucionales son de inmediata y directa aplicación, por lo que no se requiere la intermediación de la legislación para su aplicación, (Véase: Sentencia N° 51 del 19-5-2000 en *Revista de Derecho Público* N° 82 del 2000, pp. 232 y ss).

De allí, que el Consejo Nacional Electoral debería dictar las normas electorales que regularan las elecciones de las organizaciones con fines políticos, así como lo hizo en los casos de las organizaciones sindicales y gremios profesionales; aunque es necesario advertir, que la Sala Electoral, mediante sentencia 90/2010, indicó:

“...esta Sala Electoral entiende que el término ‘organizar’ las elecciones de las asociaciones con fines políticos en el marco de la competencia constitucional y legalmente atribuida al Consejo Nacional Electoral, se contrae al suministro de apoyo técnico y logístico para la realización de tales procesos, siempre que medie una solicitud motivada de los entes respectivos ante esa instancia. En tal sentido, véanse al respecto las consideraciones expuestas en la sentencia número 1003 dictada por la Sala Constitucional en fecha 11 de agosto de 2000...”

Así pues, no existe duda que el Consejo Nacional Electoral tiene competencia para participar en el proceso de elección de autoridades de las organizaciones con fines políticos, siempre que se solicite su intervención.

De otra parte, resulta necesario advertir que la celebración de elecciones internas en el ámbito de las organizaciones con fines políticos debe cumplir con los parámetros básicos del procedimiento electoral a través del establecimiento de un cronograma electoral que regule de una manera general y simultánea sus fases o etapas.

Ello significa que debe haber una convocatoria previa al proceso electoral, un registro electoral conformado únicamente por los militantes de la organización con fines políticos, sin posibilidad alguna de incluir en dicha etapa un proceso de inscripción o censo de la militancia partidista, una fase de postulaciones, un período de propaganda electoral, y las etapas correspondientes a la votación, escrutinio, totalización, adjudicación y proclamación de los militantes vencedores en la contienda electoral. (50 /2010).

Bajo este marco conceptual, la Sala para decidir el mérito del presente asunto, observa que el punto central de la presente controversia es la nulidad de la Asamblea realizada el 15 de octubre de 2011, en la cual se llevó a cabo la elección de las autoridades de la organización con fines políticos Patria Para Todos (PPT). De allí, que el presente recurso será analizado y decidido conforme a las denuncias invocadas por los recurrentes para lograr la nulidad peticionada.

Al respecto, se evidencia que los recurrentes del expediente 2011-000089, ciudadanos Luis Alejandro Tellería Dorante y José Manuel López denuncian que la citada Asamblea presenta los siguientes vicios:

PRIMERO: *La falta de formalidad y legitimidad en la Convocatoria a la Asamblea Nacional y principalmente a las elecciones de las nuevas autoridades del Partido Patria Para Todos (PPT), celebradas los días sábado y domingo 15 y 16 de octubre de 2011, en el hotel Ávila, de esta ciudad de Caracas Distrito Capital, violando el artículo 10 de los Estatutos del PPT (...) Sumado a que la convocatoria no fue hecha por la persona idónea nos encontramos que tampoco se les anuncio o notifico previamente a los Delegados los puntos y los temas a tratar en dicha Asamblea Nacional, violentando de esa manera una vez más las garantías y los derechos de los participantes, tal como públicamente lo han denunciado públicamente algunos de los participantes en dicha Asamblea.*

SEGUNDO: *Se violentaron todos y cada uno de los literales del Artículo 11 de los Estatutos del partido, al nombrar secretario General Nacional al ciudadano **Simón Calzadilla**, y al equipo Nacional de Dirección quienes son personas ajenas a nuestra organización política; igualmente, cambiaron la línea política al presentar la candidatura presidencial **Henrique Capriles Radonski**.*

TERCERO: *No se cumplió con lo establecido en el Artículo 12 de los Estatutos, que dice: “Para la validez de las decisiones de la Asamblea Nacional será necesaria la asistencia de al menos sesenta (60%) de los miembros.”; de conformidad con el listado de Delegados que reposan en el CNE, ninguna de estas personas asistieron a dicha Asamblea; los*

asistentes a ese evento son personas ajenas al PPT, como bien lo ha denunciado el ciudadano Rafael Uzcátegui, que la mayoría de los asistentes fueron llevados por los gobernadores **Henry Falcón y Liborio Garulla**.

CUARTO: se violentó el Artículo 13 de los Estatutos, que contempla que de cada asamblea se levantará un Acta, en el expediente del Partido que se encuentra en el CNE, no riel **Acta** alguna alusiva a la Asamblea Nacional celebrada el 15 y 16 de octubre del presente año, lo que se corresponde con lo expresado por el ciudadano **Rafael Uzcátegui**, quien a todo evento era a quien le correspondía levantar este documento, y él ha dicho que no existe Acta.

QUINTO: Se violentaron flagrantemente los Artículos 32, 33 y 34 de los Estatutos del Partido, ya que en su Artículo 32, establece que le corresponde al Secretario de Organización, conducir y ordenar las reglas del proceso para la escogencia de candidatos que representen al PPT; esta norma fue violentada porque dicha Asamblea Nacional fue conducida y coordinada por una figura que **NO EXISTE** en los estatutos, como fue la Comisión Electoral, la cual fue presidida por el ciudadano **José Luis Pírela**, tal como públicamente y comunicacionalmente fue conocido, todo ello, hace Nulo todo ese proceso Electoral...” (sic) (Negritas del original).

Por su parte los recurrentes del expediente 2011-000095, ciudadanos Rafael Uzcátegui, Ilenia Medina, Eduardo Oviedo, Lissett Sabino, Carlos Martínez, Osbaldo Chirinos, Henry Morales y Ramón Humberto Urbina, denuncian que la Asamblea realizada los días 15 y 16 de octubre de 2011, presenta los siguientes vicios:

“De tal manera que, una vez convocada la Asamblea Nacional Extraordinaria y llegado el día fijado para la verificación de la misma, **se dio inicio al acto a realizarse el debido establecimiento del quórum reglamentario, lo cual constituye un primer vicio de la Asamblea que la afecta de nulidad**, dado que los presentes desconocían cuál era el número de asistentes esperado y en consecuencia, cuál era el número de votos que determinaban la validez de las decisiones, a tenor de lo previsto en el artículo 12 de los Estatutos (circunstancia que no consta del ‘Acta de la Asamblea Extraordinaria’ Que fuera consignada por ante el Consejo Nacional Electoral en fecha 21 de octubre de 2011.

Se dio inicio así a la Asamblea de cuya nulidad se trata, con la lectura del orden del día, de conformidad con la Convocatoria prefijada; **sin embargo, en el desenvolvimiento de la misma se violentaron no sólo lo que fue la agenda previamente pautada, desconociéndose las decisiones generadas a la luz de la discusión y por consenso, sino además, se incluyeron puntos en la agenda desconocidos hasta ese momento por los miembros de Patria Para Todos, obligando a la toma de decisiones que no estaban previstas** y generándose en los presentes una confusión tal que obligó a suspender la misma (...) suponía la concreción de la violación de los derechos de las bases que nunca tuvieron conocimiento de las materias que serían objeto de decisión por la Asamblea (...)

(...) respecto a aceptar o no la renuncia del Secretario general José Albornoz, **se procedió a la elección de un nuevo Secretario General mediante votaciones, produciéndose postulaciones sobrevenidas, las cuales nunca fueron conocidas por las bases del partido en vista que la ‘elección’ no había sido objeto de la Convocatoria y en consecuencia, no había sido considerada por las bases**, todo lo cual consta de la propia Acta consignada el 21 de octubre de 2011; por lo que, se violentó con ello el derecho a la participación de los afiliados de PPT en la escogencia de sus directivos, tanto a su derecho a elegir como a ser elegidos (artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), así como el derecho a participar en las mismas condiciones que todos los miembros al acceder de información (artículo 7 del Estatuto).” (Resaltado de la Sala).

.....Ahora bien, esta sala de los vicios invocados por los recurrentes para solicitar la nulidad de la Asamblea celebrada el 15 de octubre de 2011, observa que ambos recursos delatan el mismo vicio en la convocatoria a esa Asamblea, señalan que la citada convocatoria violó lo previsto en el artículo 10 de los Estatutos, los ciudadanos Luis Alejandro Tellería y José Manuel

López (recurrentes del expediente 2011-000089), alegan “... la falta de formalidad y legitimidad en la Convocatoria a la Asamblea Nacional y principalmente a las elecciones de las nuevas autoridades del Partido patria Para Todos (PPT) celebradas los días sábado y domingo 15 y 16 de octubre de 2011...”; los ciudadanos Rafael Uzcátegui, Ilenia Medina, Eduardo Oviedo, Lisett Sabino, Carlos Martínez, Osbaldo Chirinos, Henry Morales y Ramón Urbina (recurrentes del expediente 2011-000095), alegan que “la Convocatoria se correspondía con la necesidad de expresar el respaldo a la actual Dirección Nacional del PPT, la cual ha sido objeto de agresivos ataques respecto a su legitimidad, no teniendo nunca el fin de realizar una elección de las autoridades, dado que la convocatoria a tal elección de nuevas autoridades del PPT supondría primero, el vencimiento del período de las actuales autoridades, que no se producirá sino hasta el 10 de abril de 2012; y segundo, el cumplimiento de las formalidades necesarias para garantizar la democracia interna en el partido (cargos a elegir, requisitos para la postulación, entre otros)”.

Asimismo, observa la Sala que los recurrentes del expediente 2011-000089 señalan que “...tampoco se les anunció o notificó previamente a los delegados, los puntos y los temas a tratar en dicha Asamblea Nacional, violentando de esa manera una vez más las garantías y los derechos de los participantes...”. Igualmente, los recurrentes del expediente 2011-000095, manifiestan que en la Asamblea impugnada “se violentaron no sólo lo que fue la agenda previamente pautada, desconociéndose las decisiones generadas a la luz de la discusión y por consenso, sino además se incluyeron puntos en la agenda desconocidos hasta ese momento por los miembros de Patria Para Todos, obligando a la toma de decisiones que no estaban previstas y generándose en los presentes una confusión tal que obligó a suspender la misma; quedando pendientes la solución de las irregularidades que ya fueron referidas, dado que cerrar la Asamblea Nacional Extraordinaria de PPT del 15 de octubre de 2011, en los términos desarrollados hasta ese momento, suponía la concreción de la violación de los derechos de las bases que nunca tuvieron conocimiento de las materias que serían objeto de decisión...”.

A los fundamentos de ambos recursos se opuso el ciudadano José Simón Calzadilla, defendiendo la validez de la asamblea celebrada el día 15 de octubre de 2011, señalando que “la convocatoria fue pertinente, legal y absoluta; además de la asistencia masiva que se mostró en el acto celebrado en el Hotel Avila...”, y que “...todos los documentos que conforman nuestro expediente reposan oficialmente en el Consejo Nacional Electoral del cual no hemos recibido quejas ni reclamos, por lo que esperamos que a petición formal de esta Sala se haga llegar a este organismo la solicitud de presentación del referido expediente para obtener mayor respaldo legal...”.

Asimismo, el mencionado ciudadano desconoció la Asamblea realizada el 27 de septiembre de 2011, señalando que la misma no fue convocada conforme a lo previsto en el artículo 10 de los Estatutos, indicando además que los asistentes de esa asamblea no forman parte de la organización con fines políticos Patria Para Todos (PPT).

Ahora bien, esta Sala a fin de decidir considera necesario precisar que en materia electoral constituyen vicios de nulidad absoluta aquellos supuestos legales que acarrearán la nulidad de la elección, es decir, los previstos en la Ley Orgánica de Procesos Electorales (artículo 215), así como también los previstos en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 19).

Dentro de estos vicios de nulidad absoluta se habla de “ausencia de convocatoria previa”. De allí, que esta Sala considera que cuando la Ley Orgánica de Procesos Electorales establece en el numeral 1° del artículo 215 de la citada Ley, que la elección será nula cuando se realice sin la convocatoria a elecciones, lo hace atendiendo al propósito y razón de la Ley electoral que establece como uno de los principios del proceso electoral, la participación. Así, la convocatoria a elecciones es necesaria en todo proceso electoral para su realización, ya que ella va dirigida a la publicidad del acto, para lograr la mayor participación en el mismo.

En ese contexto, se aprecia que según afirma el recurrente en el expediente número 2011-000089, ciudadano Luis Alejandro Tellería Dorante, el 27 de septiembre de 2011, se celebró una asamblea en la cual fue electo Secretario General de la organización con fines políticos Patria para Todos, no obstante, no consta en autos que esa asamblea haya sido debidamente convocada.

El artículo 10 de los Estatutos de la organización con fines políticos Patria Para Todos, establece que la máxima autoridad de esa organización es la Asamblea Nacional y que su convocatoria corresponde al Secretario General o a una mayoría simple de la Dirección Nacional, integrada por los miembros del Secretariado Nacional, los Secretarios Generales Regionales y los que sean designados por la Asamblea Nacional (artículo 14 de los Estatutos).

Asimismo, contempla ese dispositivo legal, que la Asamblea Nacional está integrada por los miembros de la Dirección Nacional del Partido, los delegados de los estados, otros miembros de la organización hasta un máximo de veinte (20) y por los miembros del Consejo de Dirección, cuando sean invitados por la Dirección Nacional.

De las actas que conforman la presente causa, esta Sala observa que cursa a los folios 30 al 32 de la primera pieza del expediente anexo distinguido con la letra “A”, contentivo de copia del acta de asamblea celebrada el 27 de septiembre de 2011, en la cual señala que la misma se realizó “*previa convocatoria por escrito a todos los delegados regionales*”. Sin embargo, de la revisión del expediente administrativo remitido por el Consejo Nacional Electoral, se evidencia que en autos no consta convocatoria alguna para la celebración de la citada asamblea.

Asimismo, observa la Sala que en la referida Asamblea se procedió a la elección del nuevo Secretariado Nacional del Partido, por tal razón no existe duda para esta Sala que ha debido cumplirse con la convocatoria para la realización del acto electoral, por lo que su incumplimiento acarrea la nulidad de la elección allí realizada, en atención a lo previsto en la Ley Electoral. Así se decide.

Igualmente, es preciso destacar que el artículo 10 de los estatutos señala claramente que la convocatoria a la Asamblea Nacional corresponde al Secretario General o a una mayoría simple de la Dirección Nacional.

De allí, dado que no consta en autos la convocatoria para la realización de la asamblea a celebrarse el 27 de septiembre de 2011, no es posible determinar el cumplimiento de tal disposición, sin embargo, no existe duda para esta Sala que a la asamblea realizada el 27 de septiembre de 2011, no asistieron ninguna de las autoridades electas en la Asamblea Nacional Ordinaria celebrada el 10 de abril de 2010, cursante a los autos, lo que demuestra que ciertamente la referida asamblea no cumplió con lo previsto en el artículo 10 de los Estatutos de la organización política Patria para todos (PPT), razón por la cual, las autoridades allí electas no son válidas y así expresamente se decide.

Ahora bien, respecto a la nulidad de la Asamblea celebrada el 15 de octubre de 2011, objeto principal de los dos recursos que conforman la presente causa, observa la Sala que ambos recurrentes señalan que los puntos tratados en la Asamblea impugnada fueron distintos a los planteados en la convocatoria. De allí, que esta Sala, a fin de decidir el anterior alegato, observa que cursan en el anexo 8 del expediente, contentivo del expediente administrativo de la organización con fines políticos Patria Para Todos, consignado en autos por el Consejo Nacional Electoral, convocatorias dirigidas a Secretarios Generales Regionales, cuyo texto es el siguiente:

“Me dirijo a usted para informarle, en su condición de (...), que he convocado una Asamblea Nacional Extraordinaria a celebrarse el día 15 de octubre de 2011, en el Hotel Ávila, San Bernardino, Caracas, con sujeción a lo establecido en el encabezamiento del artículo 10 de los Estatutos del Partido. Igualmente le informo que de conformidad con el literal B del mismo artículo 10, en concordancia con el artículo 16 de nuestros estatutos, (...) En la pre señalada Asamblea Nacional Extraordinaria se propondrá la siguiente agenda: 1.- Inicio del debate sobre lo programático; 2.- La política electoral; 3.- Lo organizativo (incluido la ratificación, y ampliación del Equipo Nacional de Dirección y el Secretariado así como considerar la renuncia y sustitución del Secretario General.” (Negritas del Original).

Cabe destacar, que de la transcripción anterior se evidencia que las convocatorias libradas a los delegados regionales, no establece elección de nuevas autoridades de la organización con fines políticos Patria Para Todos, no fue convocada incluyendo en la agenda el tema relativo a la

elección de autoridades de dicha organización, ni contenía esa agenda un cronograma electoral, por lo que cualquier decisión allí tomada respecto a la escogencia de los dirigentes partidistas es nula, así como las autoridades allí designadas. Así se declara.

Esta Sala desestima el argumento esgrimido por la parte recurrida en el sentido de que “...se demostró a través de la prueba testimonial que los actores -Uzcátegui y otros- participaron convalidando la asamblea...”, toda vez que la asamblea celebrada el 15 de octubre de 2011, tal como se señaló anteriormente está viciada de nulidad absoluta dada la ilegalidad de su convocatoria, porque la misma no incluyó mención alguna de las elecciones que presuntamente se celebraron allí, lo que no resulta validable por el hecho de que quien recurra su nulidad haya participado en ella. Así se declara.

Aunado a esto observa la Sala, que la Asamblea del 15 de octubre de 2011, tal como lo denunciaron los recurrentes, vulneró el debido proceso, ya que no consta en el acta de dicha asamblea que cursa a los folios 302 al 306 de la pieza 1-A del expediente, el cumplimiento de los pasos previstos en los artículos 31, 32 y 33 de los estatutos de la organización con fines políticos Patria Para Todos, para la elección de los candidatos a cargos de elección popular, asimismo, no se menciona en la respectiva acta el cumplimiento del quórum reglamentario previsto en el artículo 12 *ejusdem*, solo alude a la asistencia de trescientos cinco (305) delegados, cuyas firmas en respaldo de la referida acta no aparecen acompañando la misma, por tanto esta Sala declara nula dicha asamblea y así se decide.

Vistos los argumentos anteriores, esta Sala debe declarar la nulidad de las dos (2) Asambleas realizadas por militantes de la organización con fines políticos Patria Para Todos (PPT), en fechas 27 de septiembre de 2011 y 15 de octubre de 2011. Así se declara.

Por otra parte se aprecia que conforme a lo previsto en el artículo 14 de los Estatutos de la organización política Patria Para Todos “...Los miembros del equipo Nacional de Dirección durarán dos años en sus funciones...”, y es el caso que el día 10 de abril de 2010 se celebró una Asamblea Nacional donde fueron electos los miembros del referido equipo Nacional de Dirección, de manera que debían esperar al vencimiento de ese período de mandato (2 años) para celebrar nuevas elecciones por lo que éstas se reputan válidas al no constar en autos que hayan sido anuladas. Por tal razón, los dirigentes partidistas electos en la Asamblea Ordinaria celebrada el 10 de abril de 2010, que no hayan renunciado o abandonado sus cargos deben continuar ejerciendo sus funciones hasta tanto se celebre un nuevo proceso electoral, y así se declara.

Vistas las anteriores declaratorias, urge la designación de nuevas autoridades en la organización política Patria Para Todos, dada la renuncia del Secretario General y la renuncia o abandono de sus cargos de otros de los miembros del equipo de Dirección Nacional, así como la inminencia del vencimiento del período de dos (2) años de las autoridades electas en fecha 10 de abril de 2010, todo lo cual se desprende de las actas de las Asambleas realizadas el 27 de septiembre de 2011, 15 de octubre de 2011, y del acta de la reunión del equipo nacional de dirección realizada el 11 de junio de 2011, se ordena la celebración de un nuevo proceso electoral para la escogencia de las autoridades de la organización política Patria Para Todos, el cual deberá desarrollarse dentro de un lapso de noventa (90) días consecutivos, contados a partir de que conste en autos la última notificación a las partes de la presente decisión. Así se declara.

Asimismo, esta Sala ordena que la convocatoria para la elección de la Comisión Electoral que regirá el proceso electoral que se ordena realizar, se haga en un lapso de quince (15) días continuos y que en la misma se deberá convocar a los militantes que participaron en las Asambleas del 27 de septiembre de 2011 y 15 de octubre de 2011.

Así se declara.

Por otra parte, se ordena a la Comisión Electoral que resulte electa que elabore un cronograma electoral que contenga las siguientes fases preclusivas:

- 1.- Publicación de la convocatoria a elecciones.
- 2.- Publicación del registro electoral preliminar con inclusión del cronograma.

- 3.- Impugnación del registro electoral preliminar.
- 4.- Decisión de recursos contra el registro electoral preliminar.
- 5.- Publicación del registro electoral definitivo.
- 6.- Presentación de las postulaciones.
- 7.- Subsanción de recaudos de postulaciones.
- 8.- Admisión o rechazo de postulaciones.
- 9.- Interposición de recursos en contra de la decisión, admisión, rechazo o no de la presentación de las postulaciones.
- 10.- Admisión de los recursos contra la admisión o rechazo de postulaciones.
- 11.- Publicación de la admisión de los recursos contra las postulaciones en medio idóneo que garantice su comunicación a la militancia.
- 12.- Presentación de pruebas.
- 13.- Resolución sobre el recurso en contra de las postulaciones.
- 14.- Publicación de acta de cierre de postulaciones, con inclusión de la lista definitiva de postulados.
- 15.- Elaboración de la boleta de votación.
- 16.- Campaña electoral.
- 17.- Acreditación de testigos.
- 18.- Designación de miembros de mesa electoral.
- 19.- Publicación de los cuadernos electorales en las correspondientes mesas y centros.
- 20.- Instalación y constitución de las mesas electorales.
- 21.- Acto de votación.
- 22.- Escrutinio.
- 23.- Totalización y adjudicación.
- 24.- Proclamación y juramentación.

Finalmente, esta Sala en razón a la falta de consenso de los ciudadanos Simón Calzadilla, Rafael Uzcátegui y Alejandro Tellería, para asumir la dirección de la organización política Patria Para Todos (PPT), deja sin efecto las medidas cautelares decretadas mediante sentencia número 137 del 24 de octubre de 2011. Así se decide.

Ahora bien, la Sala Electoral, a los fines de buscar una solución a la crisis de la organización con fines políticos Patria para Todos, para garantizar el ejercicio del derecho de participación política de dicha organización en las próximas elecciones Presidenciales, dada la renuncia del secretario general de dicha organización política, en atención a que el ciudadano Rafael Uzcátegui, es Secretario Nacional de Organización, el cual según lo previsto en el artículo 18 de los Estatutos, tiene dentro de sus funciones: coordinar la ejecución de las políticas a nivel nacional, mediar en los conflictos internos que pudiera presentar la organización, cooperar en la organización del partido y velar por el estricto cumplimiento de los estatutos, actuando de conformidad con los artículos 26 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, designa al Secretario Nacional de Organización, para que cumpla con las atribuciones conferidas por los estatutos al Secretario General y para la ejecución de todo lo ordenado en el presente fallo. Así se declara.

TSJ-SC (1) 5-1-2016, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Recurso de interpretación del artículo 67 de la Constitución en el marco de los artículos 10, 16 y 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, RDP N° 145-46, 2016, pp. 177-178.

A tenor de lo establecido en el artículo 67 constitucional, todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección.

De allí que los partidos políticos sean agrupaciones de **carácter permanente**, cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país (véase, artículo 2 de la Ley de Partidos, Reuniones Públicas y Manifestaciones).

Los partidos políticos se constituyen en razón de la convicción y de la ideología que los mueve, entendiéndose por ésta “...a la representación que un grupo se hace de la estructura interna de la sociedad y de su situación en la misma, representación en la que se anticipan los intereses de ese grupo, y que proporciona un criterio de acción”. (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XIV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, p. 794).

Los partidos políticos que hacen vida en la democracia directa no son más que la voz de ese colectivo que los conforma; esa democracia definida como “*el sistema ideológico sustentado en la transferencia del poder real al pueblo*”.

Esto se traduce en que la comunidad, de manera organizada, elabore sus planes de desarrollo, administre sus recursos económicos, estimula la autogestión y establezca sus propias normas de convivencia social” (Democracia Directa. Hacia una plataforma unitaria, Izarra William E., II Edición, Caracas, marzo 2006, p. 26).

Ahora bien, ese **carácter permanente** de un partido político requiere legitimidad, la cual se determina en dos aspectos fundamentales; el primero, referido a una regla *sine qua non* como lo es la manifestación de voluntad del ciudadano para integrar o pertenecer a un partido político (numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones); y el segundo, lo orienta (con igual importancia) la base poblacional, de acuerdo a la cual se exige un mínimo porcentual según la población inscrita en el Registro Electoral, para poder continuar participando, legal y legítimamente, en la forma en que se constituyó, esto es, como partido político; toda vez, que el crecimiento demográfico de un país incide directamente en el potencial del Registro Electoral, con las personas que han alcanzado su mayoría de edad y, por ende, han obtenido la condición de electores para el ejercicio político del voto.

**TSJ-SC (1160) 10-8-2023, Magistrada Ponente: Michel Adriana Velázquez Grillet
Caso: Carlos Figueroa, Griseldys Herrera y otros. Elvis Amoroso, presidente del RDP N°175-176, 2023, pp. 336-337.**

...Declarado el presente caso como un asunto de mero derecho, la Sala procede a resolver el mérito del amparo y, a tal efecto, observa:

El artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone lo siguiente

“Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

El derecho a la asociación política forma parte de las bases axiológicas e institucionales para profundizar la democracia en Venezuela, al completar las tradicionales formas e instancias representativas de los sistemas democráticos contemporáneos, con novedosos y efectivos mecanismos y medios de participación a través de los cuales los ciudadanos y ciudadanas pueden asociarse para intervenir organizadamente en los asuntos políticos de la Nación.

De tal manera que, desde el punto de vista subjetivo, es un fin en sí mismo, ya que forma parte de los derechos ciudadanos y políticos que deben ser garantizados de forma conglobada y por otro lado, es una de las piedras fundacionales del régimen democrático a que se refiere el artículo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual, el pueblo políticamente hábil tiene el derecho a ejercer los distintos mecanismos que reconoce el ordenamiento para garantizar el protagonismo de cada ciudadano en los asuntos públicos.

Se trata así de un derecho fundamental que reconoce al ciudadano la posibilidad de formar agrupaciones de interés político común, las cuales deben crearse, organizarse, dirigirse y actuar conforme a los principios democráticos.

Entre los principios democráticos que informan al derecho de asociación política se encuentra el principio de alternabilidad, según el cual, deben realizarse periódicamente elecciones que den lugar a cambios en los gobernantes y para el caso de las organizaciones políticas, en los dirigentes de las mismas, para así evitar que se desnaturalice el propósito o esencia con el cual fueron concebidas las organizaciones.

En efecto, la denominada alternabilidad o intermitencia en el ejercicio del derecho de asociación es una garantía sobre el carácter democrático de las organizaciones políticas y constituye un antidoto a los procesos fascistas de apego, veneración y obediencia a quien toma la posición de líder indiscutible y necesario en una organización.

Significa entonces que, la alternabilidad está concebida para obstaculizar los procesos de culto e idealización de los representantes y para ello, reconoce que la dirección de las organizaciones políticas no debe ser ejercida a perpetuidad, sino para un período determinado.

En otras palabras, la alternabilidad que forma parte inmanente del derecho a la asociación política es uno de los mecanismos de interdicción del fenómeno del sultanismo que se manifiesta en las organizaciones políticas a través del secuestro que hacen algunos de sus integrantes en desmedro de los demás.

2. Requisitos de constitución

CSJ – SPA 29-4-63, G.F. N° 40, 1963, pp. 163-164

Para la legalización de un Partido Político es necesario que su Acta Constitutiva esté firmada por más de 280 personas.

Para decidir, la Corte encuentra que, efectivamente, en el Decreto N° 120 del 18 de abril de 1951, que regula el derecho de asociación y reunión, no se determina con precisión el número de adherentes que han de integrar un partido político en formación. En este Decreto, al referirse a

los documentos que deben acompañarse a la solicitud, el ordinal 1° del Artículo 2° del mismo, prescribe y ordena únicamente que se anexe: “el Acta Constitutiva de la Organización, con la firma de todos los asistentes a la reunión”. Esta alusión a la firma de todos los asistentes a la reunión sugiere: por una parte, la idea de que el número de personas que se reúna para constituir un partido político debe ser de alguna consideración, lo cual es razonable por tratarse de la creación de un organismo importante, cuyo objeto es intervenir en la vida pública de la Nación; y, por la otra, implica y así lo interpreta la Corte, un cierto grado de autenticidad en los firmantes del Acta Constitutiva o la presentación de documentos adecuados de identificación, que acrediten tal autenticidad, ante la autoridad administrativa. En consecuencia, se impone por la trascendencia del asunto, la averiguación de cuál es en el caso la voluntad del legislador, siguiendo para ello la norma del Artículo 4° del C. C, según la cual: “cuando se trate de aplicar la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”.

En concepto de este Supremo Tribunal, la intención del legislador que promulgó el Decreto N° 120 en 1951, viene a quedar complementada por la Ley Electoral de 1959, al establecerse, en su artículo 69, la cantidad mínima de doscientos (200) electores mayores de veintiún (21) años que sepan leer y escribir y que estén debidamente inscritos en siete (7) circunscripciones electorales por lo menos. De esta manera el propio legislador confirma la importancia cuantitativa que le atribuye a los organismos o grupos que actúan de manera permanente o accidental como representantes de sectores de la opinión pública en la vida política del país, y por ello ha impuesto, de manera expresa, que los grupos electorales no podrán ser menores de doscientos (200) inscritos en siete (7) jurisdicciones para postular candidatos; y de ello es lógico concluir que los partidos políticos, cuyo objeto al formarse es básicamente su ascenso al poder en virtud del ejercicio del sufragio, por medio de la presentación de candidatos, requiera, para su constitución, el número mínimo de adherentes que impone al artículo 69 al grupo de electores, Considera la Corte, por tanto, que sería contraria a la voluntad misma del legislador pretender constituir una organización política integrada, como en el caso examinado, por sólo diez (10) personas, y que, en consecuencia, la Gobernación del Distrito Federal ha aplicado rectamente en la decisión recurrida el Artículo 69 de la Ley Electoral.

CSJ – SPA 6-5-63, G.F. N° 40, 1963, pp. 191-195

Es necesario que el Acta Constitutiva de un partido político esté firmada por más de 200 personas para que se le pueda conceder la legalización.

En escrito de fecha 5 de marzo de 1963 los ciudadanos P.S.F. y R.L.I., debidamente asistidos de abogados, apelaron para ante esta Corte de la Resolución dictada por la Gobernación del Distrito Federal en la cual se les niega la legalización del Movimiento Independiente Campesino Obrero (M.I.C.O.).

La Gobernación del Distrito Federal basó su Resolución en que el número de personas inscritas en la proyectada organización es inferior a doscientas, cantidad fijada como mínima en el artículo 69 de la Ley Electoral, aplicable por analogía, a juicio del funcionario, a la inscripción de agrupaciones y partidos políticos.

Alegan los solicitantes que la expresada Resolución es ilegal y discriminatoria. Ilegal, porque los fundamentos en que se apoyó no son precedentes, ya que los funcionarios públicos deben someterse exactamente a las normas previstas en la ley especial sobre la materia y no traer, por vía de analogía, requisitos que exige otra ley para la postulación de candidatos a la Presidencia de la República, a fin de resolver un planteamiento sobre la constitución de un partido político; y discriminatoria, porque en otros casos similares no se exigió el requisito de que el Acta Constitutiva estuviese firmada por doscientas personas.

Con fecha 14 de marzo del corriente año se ordenó solicitar de la Gobernación del Distrito Federal el envío de los recaudos relativos al caso, los cuales fueron recibidos el día 3 de abril del corriente año.

La Sala entra a decidir la referida apelación a cuyo efecto observa:

Las disposiciones legales invocadas por la autoridad administrativa, que han servido de fundamento a la Resolución, son textualmente las siguientes:

Artículo 2° del Decreto sobre Garantías de Asociación y Reunión: “Quienes aspiren a constituir partidos u organizaciones políticas presentarán ante la Primera Autoridad Civil de la jurisdicción correspondiente una solicitud por duplicado, anexa a la cual enviarán los siguientes documentos: 1° Copia del Acta Constitutiva de la organización con la firma de todos los asistentes a la reunión; 2° Un ejemplar del Programa y otro de los Estatutos que definan las bases, finalidades y orientación del Partido o Agrupación Política”.

Artículo 69 de la Ley Electoral; Podrán postular candidatos para la Presidencia de la República las organizaciones o partidos políticos constituidos en siete circunscripciones electorales por lo menos. Igualmente podrán hacer dicha postulación grupos de electores mayores de veintiún años, que sepan leer y escribir y que estén debidamente inscritos en siete circunscripciones por lo menos, siempre que su número no sea menor de doscientos en cada una de ellas.

Como se ha aplicado por analogía el artículo 69 de la Ley Electoral, argumento que rechazan los recurrentes por las razones que exponen, procede precisar si existe realmente la analogía invocada por el funcionario, y si la hay, determinar entonces si su aplicación corresponde al caso contemplado.

En recientes fallos dictados con motivo de apelaciones en asuntos similares, estableció esta Sala que sí había estrecha vinculación entre el artículo 69 de la Ley Electoral y el mencionado Decreto N° 120 sobre Garantías de Asociación y Reunión, pues este último Decreto reglamenta la formación de partidos o agrupaciones políticas cuya meta es, como la de la Ley Electoral, el ejercicio del sufragio.

En lo referente a la procedencia de la aplicación analógica del expresado artículo 69 a la constitución de los partidos, la Sala observó que si bien al referido Decreto no incluye en su texto la exigencia del número de adherentes que han de integrar el partido en formación, sin embargo la alusión que hace en el ordinal 1° de su artículo 2° al referirse a los documentos que deben acompañarse a la solicitud entre los cuales figura “el Acta Constitutiva de la organización con la firma de todos los asistentes a la reunión”, induce a pensar que el número de personas reunidas con la finalidad de constituir un partido político debe ser de alguna consideración, lo cual es obvio y razonable pues se trata de la creación de un organismo cuyo objetivo principal es intervenir en la vida política de la Nación, y su legalización conlleva señalados derechos tales como el otorgamiento por parte del Consejo Supremo Electoral de color y distintivos para la tarjeta electoral y el nombramiento de representantes de sus filas para integrar las mesas electorales.

Por otra parte se observa, que existiría flagrante contradicción en la misma norma del artículo 69, si se entendiera que ciudadanos reunidos en partidos u organizaciones políticas constituidos en siete circunscripciones electorales, aunque su número de componentes sea ínfimo, puedan postular candidatos a la Presidencia de la República; y que, en cambio, grupos de ciudadanos con idénticos derechos políticos, no puedan ejercer aquel derecho sino mediante el cumplimiento de la inscripción en siete circunscripciones por lo menos y siempre que su número no sea menor de doscientos en cada una de ellas.

Ahora bien, en vista de que, como se ha dicho, el Decreto guarda silencio respecto del número de personas necesario para la constitución de un partido político, se impone averiguar cuál ha sido la intención del legislador, atendiendo para ello a la disposición del artículo 4° del C. C, según la cual “cuando se trate de aplicar la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas”.

En concepto de este Supremo Tribunal la intención del legislador, al exigir de manera expresa a los grupos electorales el requisito de la cantidad mínima de doscientos inscritos en siete circunscripciones por lo menos para postular candidatos a la Presidencia de la República, ha sido destacar la importancia cuantitativa que a su juicio deben tener los organismos que actúan de manera permanente o accidental como representantes de sectores de la opinión pública, de lo cual es lógico concluir que los partidos políticos, cuyo objeto al formarse es, precisamente, el ejercicio del sufragio por medio de la presentación de candidatos, requieran para su constitución el número de adherentes que impone el artículo 69 al grupo de electores.

En cuanto a la nómina de firmantes que posteriormente fue acompañada por los interesados con motivo del recurso de apelación —la cual corre en el expediente—, se observa: que dichas firmas no están integradas dentro del Acta Constitutiva de la organización que se pretende legalizar, y, en todo caso, gran parte de esas firmas carecen del elemento legal de identificación.

Por estas razones, considera la Corte que sería contrario a la voluntad del legislador pretender constituir una organización política integrada, como en el caso examinado, por sólo diez personas, y que, por tanto, ha sido aplicado rectamente en la decisión recurrida el artículo 69 de la Ley Electoral.

TSJ-SC (1) 5-1-2016, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Recurso de interpretación del artículo 67 de la Constitución en el marco de los artículos 10, 16 y 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, RDP N° 145-146, 2016, pp. -174-177.

El artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, categóricamente dispone:

Artículo 67.- Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionados en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

El artículo antes citado regula varios aspectos en torno a la participación política de los venezolanos y venezolanas, a saber:

En su inicio, la disposición constitucional objeto de interpretación, consagra —expresamente— el derecho a agruparse y constituir un partido o movimiento político, a través del sistema democrático, que cumpla con los parámetros legales para su integración, organización, funcionamiento y dirección.

Cabe destacar que los partidos políticos juegan un papel fundamental en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia como el que propugna la Constitución en su artículo 2. En efecto, “(l)a integración realizada por cada partido político se lleva a cabo a través de un proceso general de integración del pueblo en el Estado que se compone de los siguientes momentos, siguiendo al Profesor García Pelayo:

- a) **En su base se encuentra el pueblo**, que es una realidad histórico social, incapaz por sí mismo de tener presencia política y de tomar decisiones de orden político, pero titular de la soberanía.
- b) **Los partidos constituyen el momento intermedio de dicho proceso integrador**, pues están compuestos de elementos políticamente activos de la sociedad.
- c) **El momento superior de este proceso integrador es el Estado mismo**, en el cual el proceso de integración de la sociedad políticamente amorfa y dispersa se canaliza a través de los partidos”. (González Rivas, Juan José. Derecho Constitucional, *Manuales Jurídicos de Bolsillo*, J. M. Bosch Editor, p. 113).

En la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela bajo el número 27.725 del **30 de abril de 1965**, se señala en el artículo 2, que “*los partidos políticos son las agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con los programas y estatutos libremente acordados por ellos*”. Disposición que se encuentra incluida en los mismos términos, en la Ley de Reforma Parcial de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela bajo el número 6-013 del 23 de diciembre de 2010.

En la Ley Orgánica de Procesos Electorales, se define a las organizaciones con fines políticos, como “*aquellas agrupaciones de carácter permanente, lícitamente conformadas por ciudadanos y ciudadanas, cuya finalidad es participar en la dinámica política de la Nación, en cualquiera de sus ámbitos. De igual forma, pueden postular candidatos y candidatas en los diversos procesos electorales*” (artículo 48).

Ahora bien, en la Ley de Reforma Parcial de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones se establece que los partidos políticos garantizarán en sus estatutos, los métodos democráticos en orientación y acción política, mientras que el artículo 67 constitucional expresa que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. En este sentido, se desprende de la referida norma constitucional, la exigencia de que sus organismos de dirección sean seleccionados en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

En torno a su carácter, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley mencionada supra, “*(l)os partidos podrán ser nacionales o regionales*”, resaltando el artículo 10 que los partidos políticos regionales se constituirán mediante su inscripción en el registro que al efecto llevará el Consejo Nacional Electoral, y consagrando como recaudos que deben acompañar a dicha solicitud de inscripción, los siguientes:

1) Nómina de los integrantes del partido en número no inferior al cinco por ciento (0,5%) de la población inscrita en el registro electoral de la respectiva Entidad.

La nómina especificará sus nombres y apellidos, edad, domicilio y Cédula de Identidad.

2) Manifestación de voluntad de los integrantes del partido de pertenecer a él.

3) Tres ejemplares de su declaración de principios, de su acta constitutiva, de su programa de acción política y de sus estatutos.

Uno de los ejemplares se archivará en el expediente del Consejo Nacional Electoral, otro se enviará al Ministerio de Relaciones Interiores y el tercero será remitido a la Gobernación correspondiente.

4) Descripción y dibujo de los símbolos y emblemas del partido.

5) Indicación de los supremos organismos directivos del partido, personas que los integran y los cargos que dentro de ellos desempeñan.

Parágrafo Primero: Los integrantes del partido que aparezcan en la nómina a que se refieren en el ordinal 1 de este artículo, deberán estar domiciliados en la respectiva Entidad.

Parágrafo Segundo: Los directivos del partido autorizarán con su firma las actuaciones precedentes, de acuerdo con sus disposiciones estatutarias.

Parágrafo Tercero: La solicitud de inscripción podrá ser tramitada por los interesados directamente ante el Consejo Nacional Electoral o por intermedio de la Gobernación de la respectiva Entidad.

Y por su parte el artículo 16 de la misma Ley, establece que:

Artículo 16. Los Partidos políticos nacionales se constituirán mediante su inscripción en el registro que al efecto llevará al Consejo Nacional Electoral. La solicitud de inscripción debe ir acompañada de los siguientes recaudos:

1. Dos ejemplares de su acta constitutiva, de su declaración de principios, de su programa de acción política y de sus estatutos. Uno de estos ejemplares se archivará en el respectivo expediente del Consejo Nacional Electoral y el otro será remitido al Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de Relaciones Interiores y Justicia.
2. Constancia auténtica de que el partido ha sido constituido en por lo menos doce de las Entidades Regionales, conforme a las normas de la presente Ley.
3. Descripción y dibujos de los símbolos y emblemas del partido.
4. Indicación de los organismos nacionales de dirección, las personas que los integran y los cargos que dentro de ellos desempeñan.

Parágrafo Único: Los directivos del partido autorizarán con su firma las actuaciones precedentes, de acuerdo con sus disposiciones estatutarias.

Sobre los partidos políticos, su naturaleza y constitución, se ha referido la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 38 del 28 de abril de 2000, en la cual señaló lo siguiente:

Los partidos políticos han de tener, entonces necesariamente un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Tales principios deben estar garantizados en su seno, es decir, dichas organizaciones deben asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido.

Así pues, en atención al derecho consagrado en el artículo 67 de la constitución y con el objeto de respetar los principios democráticos y dar cumplimiento a lo dispuesto al referido artículo, en cuanto a que los ‘organismos de dirección (...) serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes’, los partidos políticos pueden dictar la normativa pertinente que regule de esa forma de elección. El nuevo esquema impone a estos organismos, en el ejercicio de tal facultad, el recato y prudencia necesaria que garantice que la voluntad de sus respectivos colectivos se exprese en forma diáfana, evitando con ello la tentación de convertirse en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular en consecuencia, los candidatos deben ser seleccionados de conformidad con el proceso eleccionario interno instaurado en el que participen sus integrantes (...).

(...) cabe destacar que el artículo 67 constitucional (...) no ha limitado a un esquema único eleccionario la escogencia de los candidatos que serán postulados por las asociaciones con fines políticos (...) sólo ha establecido que tales organizaciones incorporen en su normativa mecanismos de consulta democráticos que aseguren la participación de todos sus integrantes en dicha selección (...).

Sobre este mismo tema, esta Sala en sentencia N° 1003 del 11 de agosto 2000, sostuvo lo que, a continuación, se cita:

Los partidos políticos son asociaciones con fines políticos, es decir que se originan en la voluntad de aquellos que convienen ‘en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos’, tal como lo define la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones. La participación de los ciudadanos en la vida política de la República es materia que interesa a todo el ordenamiento jurídico e impregna el orden constitucional. La constitu-

ción de un partido político está sujeta a limitaciones y requisitos establecidos por la misma Constitución de la República y por las leyes, y su cumplimiento o incumplimiento incidirá en el reconocimiento estatal de la existencia de cada partido, mediante su inscripción como tal en los registros establecidos al efecto, o su no inscripción o la cancelación de su inscripción.

Como quiera que los fines primordiales de los partidos políticos son su participación en la orientación de las políticas del Estado (...) todo lo concerniente a la elección de sus autoridades (...), aunque de libre creación por cada partido, debe ajustarse al precepto constitucional conforme al cual el derecho de asociación con fines políticos exige métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, y exige que la selección de los integrantes de sus organismos de dirección, (...) se efectúen en elecciones internas con la participación de sus integrantes. (...)

Es así como la Ley de Partidos Políticos referida supra, establece una serie de requisitos y procedimientos para la inscripción de un partido político, controlados por el entonces Consejo Supremo Electoral, desde la solicitud de inscripción, y posteriormente, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de aplicación preferente a la antes citada ley, creó en sustitución del Consejo Supremo Electoral, al Consejo Nacional Electoral hoy de rango constitucional al cual define como el órgano superior de la administración electoral, con jurisdicción en todo el territorio nacional y competencia administrativa para dirigir, organizar y supervisar los procesos electorales contemplados en dicha ley, con plena autonomía atribuyéndole, además, competencia para conocer de los recursos previstos en la misma pero con la limitación de que su participación en los procesos internos de los partidos y organizaciones políticas, de selección de sus directivos y representantes, está restringida a prestar apoyo técnico y logístico y a colaborar, cuando tales organizaciones así lo soliciten (...)

3. *Los métodos democráticos en los partidos*

CSJ – PA 3-10-63, G.O. N° 27262, 3-10-63, pp. 202-690

La Corte declara la invalidación de las inscripciones de partidos políticos que han actuado al margen del ordenamiento constitucional.

Los representantes de los partidos ilegalizados argumentaron en informes sobre los siguientes puntos fundamentales:

- 1°) La incompetencia de esta Corte para conocer de la presente acción;
- 2°) La ilegitimidad del actor;
- 3°) La caducidad semestral del recurso interpuesto;
- 4°) La nulidad por vía de excepción del expresado Decreto 752 de 9 de mayo de 1962.

Incompetencia de esta Sala para conocer de la acción deducida.

Se ha cuestionado la competencia de esta Corte para conocer de la acción propuesta por el Ejecutivo Nacional, y en consecuencia debe hacerse pronunciamiento previo al respecto.

Al efecto se observa, que la acción deducida se dirige contra los actos de inscripción o autorización de los Partidos Comunistas de Venezuela y Movimiento de Izquierda Revolucionaria. Estos son actos administrativos Estadales, no Nacionales, por cuanto se otorgaron por ante Gobernadores de Estados.

El petitorio es que se declare la invalidación de dichos administrativos, porque sus titulares han violado el texto constitucional.

Ahora bien, las normas que en esta materia rigen la competencia de esta Corte, están contenidas en los ordinales 6º, 7º y 11º del artículo 215 de la propia Constitución y en los ordinales 8º y 9º del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953, aplicable al caso por mandato de la Disposición Transitoria Décimo-quinta de la misma Constitución.

Dichas normas expresan lo siguiente:

Constitución Nacional de 1961

“Artículo 215. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

6º) Declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional, cuando sean violatorios de esta Constitución.

7º) Declarar la nulidad de los actos administrativos del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

11º) Las demás que le atribuye la Ley”.

Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953

“Artículo 7º. Son atribuciones de la Corte Federal:

8º) Declarar la nulidad de todos los actos del Poder Público que sean violatorios de la Constitución Nacional, así como la de aquellos a que se refiere el artículo 41 de la misma, cuando ello no fuere atribuido por la Ley a otra autoridad.

9º) Conocer en juicio contencioso de las acciones y recursos por abusos de poder y otras ilegalidades de las Resoluciones Ministeriales y en general de los actos de la Autoridad Administrativa, en cualquiera de sus ramas Nacionales, Estatales y Municipales. Dichas acciones y recursos caducarán en todo caso a los seis meses contados a partir de la fecha de la publicación del acto en el órgano oficial respectivo o de la fecha de notificación del acto al interesado, cuando ésta fuere procedente y si aquélla no se efectuare. La ilegalidad del mismo acto puede oponerse siempre como excepción, salvo que la Ley disponga lo contrario”.

Conforme a los preceptos citados, en concepto de esta Corte, los actos administrativos pueden ser atacados por inconstitucionalidad o por ilegalidad, según que violen el mismo texto constitucional o el texto de una norma legal de inferior jerarquía, respectivamente. A lo primero se refieren la disposición 6º del artículo 215 de la Constitución Nacional y en concordancia con ella, la disposición 8º del artículo 1º de la Ley Orgánica de la Corte Federal. A lo segundo se refieren por su parte la disposición 7ª del artículo 215 constitucional y conforme a ella la disposición 9ª del artículo 7º de la expresada Ley Orgánica. Se observa sin embargo que la Ley en ambos casos, en la misma forma y con el mismo propósito, amplía la competencia de la Corte no sólo a los actos del Ejecutivo Nacional, que son los previstos en el texto de la Constitución Nacional, sino a “todos los actos del Poder Público”, como dice el ordinal 8º del artículo 7º *ejusdem*, o “en general de los actos de la Autoridad Administrativa, en cualquiera de sus ramas Nacionales, Estadales o Municipales”, como dice el ordinal 99 del mismo artículo 7º *ejusdem*.

De acuerdo con lo expuesto la acción deducida sí es la competencia de esta Sala Político-Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo previsto en los ordinales 6º y 11º del artículo 215 de la Constitución Nacional y en la atribución 8º del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953, aplicable a esta Sala por mandato de la Disposición Transitoria Decimoquinta de la misma Constitución.

La circunstancia de que la acción haya sido calificada por el actor como de invalidación y no de nulidad, en concepto de la Corte no despoja de la competencia a esta Sala, porque aunque los fundamentos de la nulidad se refieren al acto mismo y los de la invalidación a sus consecuencias jurídicas, en última instancia son de iguales resultados prácticos. Por lo demás conforme al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, invalidar es “hacer inválida, nula o de ningún valor y efecto una cosa”.

Ilegitimidad del personero de la acción

La antedicha acción de nulidad ha sido incoada ante esta Corte por el ciudadano Ministro de Relaciones Exteriores, como órgano que es del Presidente de la República y en acatamiento de la Resolución tomada en Consejo de Ministros el día 13 de octubre de 1962.

La referida acción es de aquellas denominadas “popular”, la cual, por su naturaleza misma puede ser intentada por cualquier ciudadano venezolano en nombre del interés público.

Además, en el presente caso, conforme a la normativa constitucional que rige las funciones del Presidente, quien reúne la doble condición de Presidente de la República en su carácter de Jefe de Estado y Jefe del Ejecutivo (artículo 181 de la Constitución Nacional), puede éste, en su condición de Jefe de Estado y como defensor de la existencia y seguridad del mismo que le impone la Constitución, proponer al Órgano Jurisdiccional la expresada acción de nulidad, tanto más cuanto que la potestad del Presidente aparece robustecida con la decisión del Consejo de Ministros, cuyo consentimiento no era requisito fundamental para intentar la acción.

Más, el ciudadano Presidente de la República ocurre a uno de sus órganos inmediatos, el ciudadano Ministro de Relaciones Exteriores, para instaurar la acción, conforme al texto del artículo 193 de la Carta Fundamental.

Ciertamente que hubiera podido hacerlo también a través del Procurador General de la Nación, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 9° de la Ley de Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público de 1955, pero la circunstancia de no haber adoptado el Presidente de la República este procedimiento no descalifica en forma alguna el que decidió escoger, para plantear, directamente ante esta Corte, las violaciones constitucionales denunciadas.

Caducidad de la acción deducida

Se ha alegado igualmente la caducidad semestral de la acción propuesta, de conformidad con lo dispuesto en la atribución 9° del artículo 7° de la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953 que dispone lo siguiente: “Dichas acciones y recursos caducarán en todo caso a los seis meses contados a partir de la fecha de la publicación del acto en el órgano oficial respectivo o de la fecha de notificación del acto al interesado, cuando ésta fuere procedente y si aquella no se efectuar”.

Esta defensa se basa en la circunstancia de que la demanda de invalidación propuesta es de fecha 15 de octubre de 1962 y los actos de inscripción o autorización del Movimiento de Izquierda Revolucionaria son de 1960 y los del Partido Comunista son todavía anteriores; en consecuencia, se alega que ha transcurrido el lapso dentro del cual la acción podía ser intentada.

Ahora bien, al decidir la cuestión de competencia, ha quedado establecido que el recurso interpuesto se basa en violaciones constitucionales y no en vicios de ilegalidad, esto es, con fundamento en atribución 8° del artículo 7° y no en la 9° del mismo artículo T de la Ley Orgánica de la Corte Federal por lo cual se declara improcedente la defensa de caducidad opuesta por los representantes de los partidos ilegalizados.

Nulidad del Decreto Ejecutivo N° 752 de 9 de mayo de 1962

En informes los apoderados del Movimiento de Izquierda Revolucionaria solicitaron expresamente por vía de excepción la nulidad del Decreto Ejecutivo N° 752 de fecha 9 de mayo de 1962 que inhabilita a los partidos Comunista de Venezuela y Movimiento de Izquierda Revolucionaria.

Dicha defensa pretenden fundarla en la misma disposición 99 del artículo 79 de la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953, al establecer en su parte final que “la ilegalidad del mismo acto -de la Autoridad Administrativa en cualquiera de sus ramas Nacionales, Estatales y Municipales- puede oponerse siempre como excepción, salvo que la Ley disponga lo contrario”.

Se ha observado la inaplicabilidad al caso de autos del expresado aparte 99 del Artículo 79 *ejusdem*, pero además la Corte considera improcedente la excepción de nulidad alegada del expresado Decreto Ejecutivo N° 752 en razón de que la demanda que inicia este proceso no se fundamenta en tal instrumento, ni hace siquiera alusión a él.

Como ya se ha expuesto la expresada atribución de la Ley Orgánica de la Corte, en la cual basen su alegato los representantes de las aludidas organizaciones políticas, se refiere a las acciones de nulidad de los actos administrativos por vicios de ilegalidad, las cuales caducan en el lapso de seis meses, pero permitiéndoseles en este supuesto al interesado alegar la ilegalidad por vía de excepción. En el caso presente se demanda la invalidación de los actos de inscripción de los citados partidos por atribuírseles a estos hechos violatorios de la Constitución, lo que no implica necesariamente relación jurídica con el Decreto que inhabilita los partidos, ya que esta demanda ha podido ser intentada sin la existencia del expresado Decreto 752.

Además, la excepción de nulidad de ese acto del Poder Público ha sido opuesta en el propio acto de informes, lo que imposibilita dar conocimiento de tal planteamiento al ciudadano Procurador de la República, cuyo dictamen requiere la Ley. Por otra parte, la excepción de nulidad de los actos administrativos debe lógicamente oponerse sólo en aquellos juicios contenciosos-administrativos en los que se pretenda hacer valer dichos actos, lo cual no ocurre en el presente caso. Resueltas como han sido las cuestiones previas precedentes pasa la Corte a pronunciarse sobre el fondo mismo del asunto y al efecto observa:

En el libelo que inicia este proceso, el demandante después de hacer una amplia exposición del problema de autos, concluye solicitando que como consecuencia de las trasgresiones a la Constitución Nacional que les atribuye a las agrupaciones políticas Partido Comunista de Venezuela y Movimiento de Izquierda Revolucionaria, declare la Corte la invalidación de sus inscripciones o autorizaciones para funcionar como tales organizaciones políticas, con todas las consecuencias que de ello se deriven.

Y en sus informes manifiesta el apoderado del demandante que por tratarse en este juicio de hechos violatorios del derecho regulador de los partidos, considera que el fallo que se dicte no deberá crear una situación irreversible, en el sentido de que los Partidos afectados queden definitivamente proscritos de la vida política del país.

En síntesis, estima la Corte que el planteamiento sustancial de la solicitud del Ejecutivo Nacional es la declaratoria de invalidación de las inscripciones de los Partidos ya nombrados.

Ahora bien, la invalidación o falta de valor de los actos del Poder Público puede provenir de su nulidad o de su falta de vigencia para producir los efectos que le son propios, de acuerdo con las leyes; aspectos éstos que la Corte pasa a examinar.

Desde el punto de vista de la nulidad de las inscripciones, en sí mismas, es de observar previamente que los actos del Poder Público son impugnables por violación de la Constitución, por no haberse cumplido en su formación algún requisito esencial a su validez, o por haber sido autorizados por funcionarios incompetentes. Aplicando estos principios al caso examinado, se advierte que el demandante no le imputa directamente a los actos de inscripción de violación de la Constitución, si no que lo hace de manera indirecta a través de los hechos perpetrados por los Partidos, que éstos están en capacidad de efectuar por estar legalmente inscritos. De lo expuesto hay que concluir que no habiendo sido impugnadas las inscripciones a causa de ninguno de los vicios señalados, la invalidación o nulidad solicitada no puede afectarlas en sí mismas, esto es en cuanto a su existencia; lo cual hace necesario examinar dichos actos en cuanto a su valor y eficacia para producir los efectos que de acuerdo con la Ley les son propios, que es el otro aspecto de la invalidación anteriormente señalado.

Al efecto observa la Corte:

El Ejecutivo Nacional dictó con fecha 9 de mayo de 1962 el Decreto N° 752, en virtud del cual declara inhabilitados los Partidos Comunistas de Venezuela y Movimiento de Izquierda Revolucionaria, a causa de la actividad subversiva que, según el Decreto, han asumido estas organizaciones, pretendiendo derrocar por la violencia el Gobierno legítimamente constituido, violan-

do así reiteradamente la norma del artículo 114 de la Constitución que prescribe que “todos los venezolanos tienen el derecho de asociarse, para participar, por métodos democráticos en la orientación de la política nacional”; y agrega al artículo que “el legislador reglamentará la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la Ley”.

La reglamentación prevista y ordenada en esta disposición no ha sido dictada por el legislador; pero en cuanto a su efectividad el precepto es claro y terminante al ordenar que el derecho de asociarse para orientar la política nacional debe ejercitarse por métodos democráticos. En tales circunstancias, el Presidente de la República como Jefe del Poder Ejecutivo, para hacer cumplir la Constitución y en defensa de las instituciones dictó el mencionado Decreto, el cual no ha sido derogado ni anulado por ninguno de los Poderes del Estado y que, por tanto, está en vigencia. No obstante, es de observar que dicho instrumento no tiene previsión expresa acerca de su alcance con relación a los actos de inscripción de los partidos que inhabilita, materia ésta que por tal circunstancia ha sido debatida en Organismos Públicos, y que constituye el objeto principal del actual proceso.

Considera la Corte al respecto que para el debido cumplimiento del Decreto que inhabilita las nombradas organizaciones políticas, se requiere de manera necesaria que los efectos de la inhabilitación allí acordada se extiendan a los actos de inscripción de dichos partidos, no para afectarlos en cuanto a su existencia, sino para impedir con efecto temporal que sirvan de inmediato fundamento al funcionamiento de los partidos en su actividad política. Toda otra interpretación del Decreto Ejecutivo conduciría a desvirtuar o a restringir su verdadero alcance.

Considera asimismo la Corte que tal como ha sido planteado el problema de autos, se hace inconducente, por innecesario, el examen de las pruebas promovidas por las partes contendientes en este juicio.

Considera finalmente que la solicitud del libelo en el sentido de que se haga declaración expresa acerca de las consecuencias legales que se desprendan de la invalidación, no es procedente por tratarse de un pedimento formulado en términos generales y abstractos.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que los actos de inscripción de los Partidos Comunista de Venezuela y Movimiento de Izquierda Revolucionaria no están viciados de nulidad; pero carecen de valor o vigencia para producir los efectos que de acuerdo con la Ley les son propios. En consecuencia, ninguna autoridad puede conceder autorizaciones basadas en dichos actos para que los referidos partidos efectúen actividades políticas, hasta tanto la inhabilitación de que son objeto dichas agrupaciones no sea derogada o revocada.

CSJ-SPA 28-1-70, G.O. N- 29335, 3-10-70, pp. 219-193

El Consejo Supremo Electoral, es competente para decidir si quienes representan a los partidos políticos frente a dicho Consejo tienen efectivamente ese carácter, de acuerdo a las normas de los Estatutos de los Partidos.

La parte demandante sostiene que el Consejo Supremo Electoral carece de competencia para decidir si tiene o no validez el fallo del Tribunal Disciplinario Nacional de un partido para expulsar a militantes del mismo y en el caso de autos a los ciudadanos Luis Damiani, Rómulo Moneada e Isolda Medina de Méndez, quienes son directivos nacionales de Cruzada Cívica Nacionalista, y el primero de ellos Presidente de dicha organización política.

En el acto administrativo cuya nulidad se pide, dictado por el Consejo Supremo Electoral el 20 de julio de 1969, con base al informe del 17 del mismo mes y año y de la Comisión de Legislación Electoral y Registro y Control de Partidos Políticos de dicho Consejo, se sostiene todo lo contrario en efecto, se reitera en dicho informe que: “El Consejo Supremo Electoral en su sesión del 16 de noviembre de 1967 aprobó un informe de 15 de noviembre de 1967 de esta Comisión de Legislación Electoral y Registro y Control de Partidos Políticos, en la cual estableció lo siguiente:

“Establece el artículo 25, numeral 69 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, que éstos estarán en la obligación de participar al Consejo Supremo Electoral “los nombres de las personas que integran los supremos organismos directivos del Partido y los cargos que dentro de ellos desempeñan”.

Entiende esta Comisión que la razón de ser de la disposición transcrita radica en la circunstancia de que es indispensable que el Consejo Supremo Electoral, a quien de acuerdo con la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones está encomendado el registro y control de los partidos políticos tanto nacionales como regionales que operen en la República, sepa a quien representa a dichas organizaciones en cuanto a las Relaciones que el Consejo Supremo Electoral deba mantener necesariamente con dichos Partidos en aplicación a la Ley Electoral y de la propia Ley de Partidos Políticos, reuniones Públicas y Manifestaciones.

En efecto, el artículo 71 de la Ley Electoral establece en su numeral 1º que las postulaciones para candidatos a la Presidencia de la República deberán hacerse ante el Consejo Supremo Electoral en forma de representación escrita con los siguientes datos: “1º) Identificación y carácter con que actúa la persona o personas que suscriben la representación.” El artículo 72 *ejusdem* establece que: “Al recibir las postulaciones, el Consejo Supremo Electoral, previas las verificaciones del caso, declarará candidato a la Presidencia de la República a aquellos ciudadanos en que y con respecto a quienes hayan cumplido las formalidades establecidas por esta Ley.. .”

Pueden verse, en igual sentido, Parágrafo 2º del artículo 10; Parágrafo único del artículo 16; Ordinal 5º del artículo 25; artículo 26, ordinales a) y d) del artículo 27, todos ellos de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones.

Considera la Comisión de Legislación Electoral y Registro y Control de Partidos Políticos que es indispensable por lo tanto que el Consejo Supremo Electoral sepa quienes son los representantes legítimos de un partido a fin de poder, en cualquiera de los casos como los anotados, requerir la comprobación y verificación del carácter con que procedan los postulantes o quienes se dirijan a nombre de un determinado partido al Consejo Supremo Electoral, y tener la certeza de dicho carácter en los archivos correspondientes a cada Partido, y tal es, repetimos, a juicio de esta Comisión, la razón de ser de las disposiciones de la Ley, de registro y control de partidos que impone la obligación de éstos de participar al Consejo Supremo Electoral los cambios que ocurren en sus cuerpos directivos.

Dentro de las consideraciones anteriores, estima la Comisión de Legislación Electoral y Registro y Control de Partidos Políticos que es necesario, ante el conflicto que se plantea en relación a la representación que se atribuyen diversas personas de un mismo partido político, que el Consejo Supremo Electoral determine a quien reconoce como tal a fin de evitar duplicidad de personería a saber, a ciencia cierta, a quien debe tenerse como representante, tanto a los efectos de la aplicación de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones como de la propia Ley Electoral.

La competencia del Consejo Supremo Electoral, no puede ir más allá de esa determinación, en el sentido de que, previo análisis de las Leyes que lo rigen, así como de los Estatutos y demás documentos que reposan en el seno del Consejo Supremo Electoral, debe verificar la regularidad de las modificaciones y participaciones que le sean hechas en cumplimiento de los propios Estatutos del Partido y de las atribuciones que en ellos se otorgan a sus diferentes medidas e incidentes que internamente puedan haberse suscitado dentro del problema cuestionado”.

Y con base a esa reciente pero reiterada jurisprudencia o criterio administrativo se considera que “es necesario que el Consejo Supremo Electoral determine si la decisión del Tribunal Disciplinario Nacional del Partido Cruzada Cívica Nacionalista, al expulsar a los referidos ciudadanos, fue o no tomada conforme a los estatutos del Partido para precisar si el Dr. Luis Damiani es o no Presidente del Partido Cruzada Cívica Nacionalista”.

La Corte considera que el Consejo Supremo Electoral, es competente, conforme a los señalados artículos de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones y de la Ley Electoral, para decidir si quienes se presentan como personeros o representantes de los Partidos tienen efectivamente ese carácter por haber sido designados, de acuerdo a las normas de los Estatutos.

TSJ-SC (793) 7-6-2012, Magistrado Ponente Juan José Mendoza Jover, Caso: Didalco Antonio Bolívar Graterol (Solicitud de Revisión Constitucional), RDP N°130, 2012, pp. 494-497.

Con el fin de salvaguardar el derecho de participación en la elección de representantes y de asociación con fines políticos mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, la Sala Constitucional suspende cautelarmente los efectos del acto de la asamblea de la Organización con fines políticos PODEMOS, de fecha 19 de marzo de 2011.

...La parte actora solicitó a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión de la decisión N° 53, del 28 de marzo de 2012, dictada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual declaró inadmisibles el amparo interpuesto el 21 de marzo de 2012, por la abogada Glesis Johana Machado Fernández, actuando con el carácter de apoderada judicial del ciudadano Didalco Antonio Bolívar Graterol, en su condición de Secretario General Nacional Adjunto de la organización con fines políticos **MOVIMIENTO POR LA DEMOCRACIA SOCIAL (PODEMOS)** a fin de que:

(...) se permita la Consulta General de la Militancia en todas las instancias, para la postulación de cargos de Elección Popular (...) Convocar Elecciones Internas en todas las instancias del Partido a Nivel Nacional (...) Revisar cualquier Decisión que haya sido tomada sin consultar a la Base del Partido, revocando el respaldo de candidaturas que carezcan de legitimidad (...) Prohibición de Enajenar y Gravar sobre Bienes del Partido hasta tanto se defina el escenario de las nuevas autoridades (...) Anular la Asamblea Nacional de Podemos VI, efectuada el 19 de marzo de 2011.

Ahora, el artículo 133, en sus numerales 2 y 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone lo siguiente:

Artículo 133. Se declarará la inadmisión de la demanda: (...) 2.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la demanda es admisible. 3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre, respectivamente.

En el caso de autos, la abogada Glesis Johana Machado Fernández, diciendo actuar en su carácter de apoderada judicial del ciudadano Didalco Antonio Bolívar Graterol, solicitó la revisión constitucional de la sentencia N° 53, dictada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia el 28 de marzo de 2012. Sin embargo, en el presente expediente no consta el poder del cual deriva tal mandato, así como tampoco consta la copia certificada del fallo cuya revisión se solicita, solo una impresión de la misma contenida en el escrito contentivo de la solicitud.

Con base en lo anterior, aprecia esta Sala que, en el presente caso, se configuran las causas de inadmisibilidad contenidas en los citados numerales 2 y 3 del artículo 133 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia -referida a la falta de representación y al documento fundamental-, razón por la cual, la presente solicitud de revisión debe ser declarada inadmisibile. Así se decide.

No obstante, esta Sala observa de los alegatos expuestos por la solicitante de revisión, que en su escrito advierte lo siguiente:

Cabe destacar que no reposa en el seno de la dirección de partidos políticos del CNE (Órgano Coordinador en Materia Electoral) ningún Acta de Asamblea, ni Documentos, ni Escrito, ni Manifestación de Voluntad alguna que indique el respaldo a la candidatura del ciudadano HENRIQUE CAPRILES RADONSKY.

El ciudadano **ISMAEL CONCEPCIÓN GARCÍA** (...), se ha dado la tarea de **vulnerar la voluntad de los Militantes de PODEMOS**. Si bien el Militante aludido forma parte de la Dirección Nacional del Partido, también es cierto que su facultad nunca podrá establecer criterios por encima de la Militancia, de las bases y de la Dirección General del Parti-

do, ya que toda decisión deberá ser consultada previamente, sobre todo si **el candidato a respaldar pertenece a una Organización Política ajena al MOVIMIENTO POR LA DEMOCRACIA SOCIAL (PODEMOS)**, y cuyo “Plan de Gobierno” es incompatible con el espíritu que identifica a nuestra Organización (...) [Mayúsculas y negritas del escrito].

Además, del contenido del escrito presentado el 10 de mayo de 2012, por el ciudadano Ismael García, en su carácter de Secretario General Nacional del Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS), quien textualmente señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

En efecto esa demanda de amparo constitucional se fundamentó en peticiones que se referían todas **a solucionar problemas o diferencias internas entre dirigentes de un partido político**, respecto de la autoridad de cada uno y de decisiones previamente tomadas. Concretamente, pedía la parte demandante la declaratoria de nulidad del acuerdo suscrito por los participantes de la VI Asamblea Nacional del partido PODEMOS, y a revisión de “cualquier decisión que haya sido tomada sin consultar a la Base del Partido, revocando el respaldo de candidaturas que carezcan de legitimidad...”.

Ahora bien, frente a tales supuestos de hecho lo procedente era acudir a las vías procesales ordinarias, mediante las cuales **se lograra la solución jurídica a esa discordia interna de dicho ente corporativo, como lo es la organización política PODEMOS**, de modo de establecer si se verificó o no el incumplimiento de sus normas estatutarias y si procede o no la nulidad de algún acto de Asamblea (Mayúsculas y negritas del escrito).

De esta manera, de los contenidos antes citados, se desprende un conjunto de argumentos que permiten advertir la existencia de una potencial lesión a una serie de derechos de significativo carácter constitucional, además de evidente trascendencia nacional, pues, en particular, refieren a derechos políticos reconocidos en los artículos 62, 63 y 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y a la materia electoral, que es de eminente orden público, como lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala (v. entre otras, sentencia N° 23 del 22 de enero de 2003), lo cual, de ser así, requiere la intervención de oficio de la máxima autoridad constitucional a través de la potestad extraordinaria de revisión constitucional, por ser la llamada a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales. En consecuencia, se procede de oficio a conocer de la revisión constitucional formulada contra la sentencia N° 53, dictada el 28 de marzo de 2012, por la Sala Electoral de este Alto Tribunal. Así se decide.

En ese sentido, y dado que esta Sala puede, en cualquier estado y grado del proceso, acordar, aún de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes como garantía a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en concordancia con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acuerda, de oficio, **SUSPENDER** los efectos de la decisión N° 53, dictada el 28 de marzo de 2012, por la Sala Electoral de este Máximo Tribunal, hasta tanto sea resuelta la presente causa. Así se decide.

También, de la revisión efectuada a los recaudos acompañados al presente expediente, la Sala estima que existen suficientes elementos de convicción acerca de posibles lesiones graves o de difícil reparación que se le estarían ocasionando al colectivo que se ve involucrado en el ejercicio y garantías de sus derechos políticos, respecto a los efectos que se reflejan de la vigencia de algún acuerdo de postulación de candidatos realizado por la dirigencia del partido Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS), en virtud de lo cual, con el fin de salvaguardar el derecho de participación en la elección de representantes y de asociación con fines políticos mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, esta Sala **SUSPENDE**, hasta tanto sea resuelta la presente causa, los efectos del acto de la asamblea de la Organización con fines políticos PODEMOS, de fecha 19 de marzo de 2011. Así se decide.

Asimismo, como consecuencia de lo anterior, ante la presunción de transgresión del derecho a la participación política de los miembros que conforman el colectivo de PODEMOS como organización política, de acuerdo a lo señalado en las citas reproducidas en este fallo, esta Sala **ACUERDA** el nombramiento de una Junta *ad hoc*, la cual estará integrada, provisionalmente,

hasta tanto se resuelva el fondo de la presente causa, por los ciudadanos: Didalco Bolívar y Baudilio Reinoso, quienes ejercerán, en el mismo orden en que son mencionados, los siguientes cargos: Presidente y Vicepresidente, cumpliendo las funciones directivas y de representación de la organización política PODEMOS. Así se decide.

De igual forma, se **ORDENA** al Consejo Nacional Electoral abstenerse de aceptar cualquier postulación que derive de los acuerdos realizados por la Organización con fines políticos PODEMOS, posteriores a los del acto de asamblea que este fallo ordena suspender; salvo aquellos que sean acordados, conforme a los procedimientos de rigor, por la Junta *ad hoc* nombrada en este fallo. Así se decide.

Del mismo modo, esta Sala para salvaguardar derechos de los miembros y de la propia Organización política, **ORDENA** la prohibición de Enajenar y Gravar sobre la Casa Nacional del Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS). Así se decide.

De igual manera, esta Sala estima pertinente señalar que, conforme al artículo 25, numeral 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, anteriormente citado, cualquier pronunciamiento sobre el fondo del presente asunto de índole constitucional, requiere del conocimiento respecto a una serie de elementos que reposan en el expediente de la causa que da origen a la presente solicitud de revisión, motivo por el cual, esta Sala **ORDENA** requerir a la Sala Electoral de este Máximo Tribunal, el envío, en copia certificada, de todas las actuaciones contenidas en el expediente N° AA70-E-2012-000020. Así se decide.

Asimismo, esta Sala, en virtud de lo antes señalado, **ORDENA** al Consejo Nacional Electoral (CNE), remitir información respecto, a la existencia o no, de algún documento relacionado con la manifestación de voluntad por parte del Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS), mediante la cual acuerden respaldar la candidatura del ciudadano Henrique Capriles Radonsky, para el evento electoral de carácter presidencial fijado para el próximo siete (07) de octubre de 2012. Así se decide.

TSJ-SC (1) 5-1-2016, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Recurso de interpretación del artículo 67 de la Constitución en el marco de los artículos 10, 16 y 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, RDP Mo 145-146, 2016, pp. 182-186

En **cuarto lugar**, el recurrente pretende se disipe la pregunta: “¿Un Partido Político debidamente legalizado en el Consejo Nacional Electoral (CNE) de acuerdo a lo establecido en la Ley, puede sumar su nómina de inscritos y manifestaciones de voluntades a otro Partido Político sin dejar de existir?”.

Para abordar la interrogante planteada, esta Sala debe referirse a un valor necesario para el sano ejercicio de la política, a saber, **la ética política**, que impide que se produzca **la doble militancia**.

Hay una confianza del ciudadano (elector) depositada en el partido político en el cual milita, y para la cual otorgó inclusive hasta datos de su identidad personal que no pueden ser dispuestos más allá que para el fin al cual están destinados (artículo 10, numerales 1 y 2, y 16, numerales 2 y 4 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, y 30 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales).

Disponer de la identidad personal de un militante, simpatizante o integrante de un partido político, que suscribió una manifestación de voluntad exclusiva de pertenecer al mismo, constituye no solo una flagrante violación al derecho a la intimidad de ese ciudadano (artículos 28 y 60 de la Constitución), sino un abuso de confianza, de una transgresión ética a las reglas de funcionamiento democrático e institucional de un país, y a un verdadero fraude electoral. Esto se conoce como **la doble militancia**, que se puede convertir en una ilegal práctica de muchos partidos políticos, que se constituyen a la sombra de la legalidad, utilizando la identidad de militantes de otras organizaciones con fines políticos, sin la debida legitimación y cumplimiento de procedimiento alguno. No se puede pertenecer, legalmente, a dos partidos políticos a la vez, y su ocurrencia debilita la democracia, su transparencia y su integridad electoral.

La prohibición de la doble militancia no es más que la respuesta a la necesidad de fortalecer a los partidos políticos y a la promoción de la ética, respeto y disciplina en los mismos. Esta prohibición desde el punto de vista de los militantes como partidarios de una determinada organización, significa que no pueden aparecer en la nómina de dos partidos, pues ello indefectiblemente genera la afectación de nulidad por ilegitimidad de una de las dos organizaciones, al poner en duda no sólo el hecho de la debida autorización o manifestación de voluntad de esos electores, la cual es requisito *sine qua non* para su existencia, sino el que realmente cuente con el porcentaje requerido para la conservación del partido que impone el encabezado del artículo 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones.

La data de los electores inscritos de un partido político debe estar a la orden del órgano rector electoral para evitar que la identidad de esos ciudadanos sea vulnerada y manipulada por alguna organización política, con el fin de agregarse como nómina de otro partido político, pues ello supondría una violación a la manifestación de voluntad del ciudadano/a de pertenecer al partido político de su preferencia, y su uso inadecuado, doloso y sin la autorización del elector inscrito en el partido político constituye un verdadero fraude a la ley.

En la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010, encontramos que los artículos 16 y 17, disponen:

Artículo 16. Los partidos políticos nacionales se constituirán mediante su inscripción en el registro que al efecto llevará el Consejo Nacional Electoral. La solicitud de inscripción debe ir acompañada de los siguientes recaudos:

...*Omissis*...

Constancia auténtica de que el partido ha sido constituido en por lo menos doce de las Entidades Regionales, conforme a las normas de la presente Ley (...).

Artículo 17. A los efectos del artículo anterior, cuando se tratase de partidos regionales que hubieren acordado su fusión para constituir una organización nacional, así se expresará en la respectiva acta constitutiva, acompañándose constancia fehaciente del voluntario consentimiento expresado por cada una de las organizaciones regionales, de acuerdo con sus estatutos, para convertirse en partido nacional.

Como se desprende de tales disposiciones, en la República Bolivariana de Venezuela no puede militar en dos partidos políticos al mismo tiempo, pues los intereses de uno y otro podrían coincidir en algunos aspectos, pero siempre habrá distinciones, que hacen antiético e inoperante, pertenecer a dos partidos políticos aun cuando tengan una línea de pensamiento similar en términos generales. Por lo que hay que distinguir las alianzas que tienen carácter temporal, de estos supuestos de doble militancia, así como de la fusión de partidos regionales, donde la unión apareja la desaparición de los mismos, para dar nacimiento al partido nacional constituido de esa suma de voluntades.

Ello es así, por cuanto los principios que informan a cada partido son propios de su constitución y creación, atendiendo al sector al cual prestarán mayor atención, según sus convicciones.

Esta prohibición a la doble militancia está regulada en otros países, en forma bastante similar, a saber:

En **Colombia**, por ejemplo, “*quienes aspiren al Congreso de la República 2014-2018, antes de inscribir sus candidaturas, deberán revisar si incurren en las situaciones que configuran la doble militancia para sus casos, conforme al artículo 107 de la Constitución Política, el artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 y la sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional*”, a saber:

a) *Si era miembro de alguna corporación pública de elección popular y la nueva aspiración la patrocinará una organización política distinta (incluidos grupos significativos de ciudadanos, según la Corte), debió renunciar al cargo al menos 12 meses antes del primer día de inscripciones, es decir, a más tardar el 9 de noviembre del año pasado*[6].

b) Si participó en las consultas de un partido o movimiento político, no podrá inscribirse por uno distinto (o por un grupo significativo de ciudadanos, dice la Corte).

Además de lo anterior, los candidatos que vienen de corporaciones distintas al Congreso, deben tener en cuenta la inhabilidad por coincidencia de períodos[7], la cual, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se supera con la renuncia al cargo y la aceptación de la misma, antes de la elección” (tomado de la página web: <https://inhabilidades electorales colombia.wordpress.com/2013/10/15/estrenando-doble-militancia/>).

En el caso de **Ecuador**, vale la pena destacar lo dispuesto sobre los afiliados a los partidos políticos en el artículo 320 de la Ley Orgánica Electoral y de Organización Política de la República de Ecuador, Código de la Democracia, dada por Ley s/n, publicada en Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril del 2009, que dispone:

Artículo 320.- El registro de afiliados del partido político estará compuesto, por copias certificadas de las fichas de afiliación correspondientes al menos al uno punto cinco por ciento del registro electoral utilizado en la última elección pluripersonal de carácter nacional.

Cada ficha de afiliación será individualizada y contendrá la identidad, firma, declaración de adhesión a los principios ideológicos, al estatuto del partido y de no pertenecer a otra organización política.

El Consejo Nacional Electoral verificará la autenticidad de las fichas de afiliación.

Del total de afiliados y afiliadas únicamente el sesenta por ciento deberá provenir de las provincias de mayor población y el cuarenta por ciento, obligatoriamente provendrán de las provincias restantes.

En **Bolivia**, la Ley de Partidos Políticos en su artículo 65, consagra como infracción de los militantes de los partidos políticos, en el literal a) “La militancia simultánea en dos o más partidos políticos”, y la sanciona el artículo 66 con inhabilitación por dos años; en **Perú** la Ley de Partidos Políticos, obliga en su artículo 18 a presentar una declaración jurada de no pertenecer a otro partido político; y en **Argentina**, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos en su artículo 25, establece: “...No puede haber doble afiliación. Es condición para la afiliación a un partido la renuncia previa expresa a toda otra afiliación anterior”.

En **España**, la Ley Orgánica 6 del 27 de junio de 2002, de Partidos Políticos, en su artículo 9, dispone lo siguiente:

Artículo 9. Actividad.

1. Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.

2. Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:

a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.

b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.

c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

3. Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes:

...(Omissis)...

d) Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o **mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones** o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión. (...).

Por su parte, en relación a este tema, el Código Electoral de **Panamá**, de 2013, dispone que:

Artículo 77. Todo ciudadano es libre de inscribirse en cualquier partido en formación o legalmente reconocido, así como de renunciar, de forma expresa o tácita, en cualquier momento, a su condición de miembro.

La renuncia será expresa cuando el ciudadano manifiesta que renuncia a su condición de miembro de un partido constituido o en formación, independientemente de si se inscribe o no en otro partido; y será tácita, en los casos en que el ciudadano se inscriba en otro partido político constituido o en formación, sin haber renunciado previamente al que estaba inscrito. En ambos casos, el ciudadano deberá presentarse ante un Registrador Electoral, con su cédula de identidad personal, y le suministrará, bajo gravedad de juramento, los detalles necesarios para la respectiva diligencia.

En los casos de renuncia expresa, el Registrador entregará una copia de la renuncia al ciudadano.

Las renunciaciones expresas se realizarán exclusivamente en las oficinas del Tribunal Electoral.

Artículo 78. Sin perjuicio del derecho de renuncia y del derecho de inscripción a que se refiere el artículo anterior, cuando se trate de partidos políticos en formación, el ciudadano sólo podrá inscribirse en un partido durante cada período anual de inscripción de miembros, salvo que el partido en el cual se inscriba desista de su solicitud.

Atendiendo a lo antes expuesto, esta Sala debe concluir que nuestro Texto constitucional y a la normativa vigente en materia electoral, en la República Bolivariana de Venezuela **está prohibida la doble militancia**, por lo que un Partido Político debidamente inscrito en el Consejo Nacional Electoral (CNE) de acuerdo a lo establecido en la Ley, no puede sumar su nómina de inscritos a la de otro Partido Político sin perder su existencia, y deberá correr con las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 32 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Políticas y Manifestaciones, ello en resguardo a la legitimidad democrática, a la ética política y al respeto de los electores. Así se decide.

Por ello, a los fines de aplicar el criterio expuesto en este fallo, el cual tiene carácter vinculante conforme al artículo 335 de la Constitución, y garantiza el ejercicio del derecho establecido en el artículo 67 *eiusdem*, a través de la legitimación real y efectiva de los partidos políticos constituidos en la República Bolivariana de Venezuela, se ordena al Consejo Nacional Electoral para que, en el lapso de sesenta (60) días siguientes a la publicación del presente fallo, regule la verificación de la nómina de inscritos de cada partido político, para lo cual deberá adecuar las normas sobre renovación de los partidos e implementar mecanismos de seguridad (electrónica e informática) sobre la verificación de la manifestación de voluntad de los inscritos en los mismos, atendiendo a los requisitos señalados en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales. Así se decide.

TSJ-SC (53) 25-1-2018, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, RDP N° 153-154, 2018, pp. 335-337.

(...) Ahora bien, esta Sala como máxima instancia de la jurisdicción constitucional:

Visto que, en el Decreto Constituyente para la Participación en Procesos Electorales, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.308, publicada el 27 de diciembre de 2017, la Asamblea Nacional Constituyente estableció la obligación de renovación de las organizaciones con fines políticos que no hayan participado en los procesos electorales inmediatamente anteriores.

Visto que es un hecho notorio comunicacional que el 17 de enero de 2018, el Consejo Nacional Electoral, en atención al Decreto Constituyente antes citado, publicó aviso en la página oficial de ese órgano rector electoral, en el cual participó a los representantes de las organizaciones con fines políticos que allí se señalan, que deben renovar su nómina de inscritos a fin de mantener su vigencia legal, y que la solicitud de renovación se realizará en el lapso comprendido entre el 18 y 19 de enero de 2018 (ambas fechas inclusive), a través del formato aprobado por el Consejo Nacional Electoral, está disponible en la página web del Consejo Nacional Electoral (www.cne.gov.ve), estableciendo el procedimiento a seguir, en los siguientes términos textuales:

1. Solicitar la renovación a través del formato aprobado por el Consejo Nacional Electoral, suscrito por la autoridad máxima de la organización con fines políticos nacional.
2. Consignar por ante la Oficina Nacional de Participación Política del Consejo Nacional Electoral, el listado contentivo de las máximas autoridades de la organización con fines políticos, de acuerdo a su estructura estatutaria, así como el listado (físico y magnético) de los nombres y las cédulas de identidad de las personas que fungirán como testigos en el proceso de recepción de manifestaciones de voluntad pautado para los días 27 y 28 de enero de 2018.
3. Realizar el proceso de recepción de manifestaciones de voluntad, de acuerdo al cronograma establecido, el Consejo Nacional Electoral, realizará las revisiones pertinentes y de existir algún reparo, la organización con fines políticos deberá subsanarlo.
4. La información, los formatos, así como la equivalencia del número de manifestaciones de voluntad por cada entidad, requeridas y para validar, estarán disponibles en la página web: www.cne.gov.ve del Consejo Nacional Electoral, la Oficina Nacional de Participación Política y en las Oficinas Regionales Electorales.

Visto que en dicho aviso del Consejo Nacional Electoral aparecen indicadas las siguientes organizaciones políticas:

1. “ACCIÓN DEMOCRÁTICA” (AD)
2. “MESA DE LA UNIDAD DEMOCRÁTICA” (MUD)
3. “MOVIMIENTO PRIMERO JUSTICIA” (MPJ)
4. “PARTIDO UNIÓN Y ENTENDIMIENTO” (PUENTE)
5. “VOLUNTAD POPULAR ACTIVISTAS” (VPA).

Visto que, en el contexto del próximo proceso electoral de carácter nacional ordenado para la elección del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional está llamada a resguardar los derechos a la participación política a través de las organizaciones constituidas legal y legítimamente para tal fin, para lo cual la Sala Constitucional ha fijado los parámetros del proceso previo de validación de las organizaciones políticas, en respeto irrestricto de los postulados y principios fundamentales para el mantenimiento del orden constitucional de la República.

Visto que el proceso de renovación convocado actualmente por el Consejo Nacional Electoral, como ya antes se ha apuntado, es demostrativo del proceso democrático como sistema de gobierno imperante en la República Bolivariana de Venezuela y, a su vez, ello es la garantía de que los ciudadanos y las ciudadanas puedan ejercer los derechos a la participación y a la asociación política, como expresamente se indicó en la sentencia N° 1 de esta Sala del 5 de enero de 2016 [Véase *Revista de Derecho Público* N° 145-146, 2016, pp. 182 y ss.] y, de manera concurrente, en el Decreto Constituyente para la participación de los Procesos Electorales, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.308 del 27 de diciembre de 2017.

Visto que dicha renovación no puede incluir a una organización política que se haya constituido con violación flagrante a la prohibición de la doble militancia, tal como lo ha interpretado esta Sala Constitucional en la sentencia N° 1 del 5 de enero de 2016, en la cual expresamente se indicó que dicha prohibición:

(...) no es más que la respuesta a la necesidad de fortalecer a los partidos políticos y a la promoción de la ética, respeto y disciplina en los mismos. Esta prohibición desde el punto de vista de los militantes como partidarios de una determinada organización, significa que no pueden aparecer en la nómina de dos partidos, pues ello indefectiblemente genera la afectación de nulidad por ilegitimidad de una de las dos organizaciones, al poner en duda no sólo el hecho de la debida autorización o manifestación de voluntad de esos electores, la cual es requisito *sine qua non* para su existencia, sino el que realmente cuente con el porcentaje requerido para la conservación del partido que impone el encabezado del artículo 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones.

...(Omissis)...

Como se desprende de tales disposiciones, en la República Bolivariana de Venezuela no puede militar en dos partidos políticos al mismo tiempo, pues los intereses de uno y otro podrían coincidir en algunos aspectos, pero siempre habrá distinciones, que hacen antiético e inoperante, pertenecer a dos partidos políticos aun cuando tengan una línea de pensamiento similar en términos generales. Por lo que hay que distinguir las alianzas que tienen carácter temporal, de estos supuestos de doble militancia, así como de la fusión de partidos regionales, donde la unión apareja la desaparición de los mismos, para dar nacimiento al partido nacional constituido de esa suma de voluntades.

...(Omissis)...

Atendiendo a lo antes expuesto, esta Sala debe concluir que nuestro Texto constitucional y a la normativa vigente en materia electoral, en la República Bolivariana de Venezuela **está prohibida la doble militancia**, por lo que un Partido Político debidamente inscrito en el Consejo Nacional Electoral (CNE) de acuerdo a lo establecido en la Ley, no puede sumar su nómina de inscritos a la de otro Partido Político sin perder su existencia, y deberá correr con las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 32 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Políticas y Manifestaciones, ello en resguardo a la legitimidad democrática, a la ética política y al respeto de los electores.

En consecuencia, visto lo anteriormente expuesto, esta Sala Constitucional, en su condición de máxima garante del texto fundamental, en ejercicio de sus atribuciones de protección al mismo y en aplicación de los principios de transparencia y certeza jurídica; y consecuente con el espíritu del Decreto Constituyente para la Participación en Procesos Electorales publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.308 del 27 de diciembre de 2017, la sentencia N° 1 de fecha 5 de enero de 2016 sobre la doble militancia, el dispositivo N° 3 de la sentencia del 28 de abril de 2016 y la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010 (artículo 16); **ANULA PARCIALMENTE** la convocatoria efectuada por el Consejo Nacional Electoral el 17 de enero de 2018 para la renovación de la nómina de inscritos en las organizaciones con fines políticos nacionales; y, en consecuencia, **SE ORDENA** al Consejo Nacional Electoral la exclusión de la “MESA DE LA UNIDAD DEMO-

CRÁTICA” (MUD) en el proceso de renovación convocado, en razón de que su conformación obedece a la agrupación de diversas organizaciones políticas ya renovadas y otras pendientes de renovación que podrán participar en el proceso electoral de carácter nacional, lo cual contraría abiertamente la prohibición de la doble militancia; todo de conformidad con lo establecido en el dispositivo número 4 de la sentencia N° 1 del 5 de enero de 2016 y en el artículo 32 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones. Así se decide.

Publíquese, regístrese y notifíquese al Consejo Nacional Electoral conforme lo dispone el artículo 91 numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Remítase copia certificada al Consejo Nacional Electoral. Cúmplase lo ordenado.

4. *La financiación de los partidos políticos*

“Artículo 67. [...] La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización. [...]

TSJ-SC (780) 8-5-2008, Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López, Caso: Recurso de Interpretación del artículo 67 de la Constitución interpuesto por Patria para Todos (P.P.T.) y por la Democracia Social (PODEMOS), RDP N° 114, 2008, pp. 126-132.

El contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 67 de la Constitución, respecto a la proscripción de aportar fondos públicos a las asociaciones políticas, no limita que en el marco del proceso electoral y como gasto inherente a una fase esencial del mismo, el Estado (de acuerdo con el principio de legalidad presupuestaria y observando el principio de reserva legal que impera en materia de elecciones, según dispone el artículo 156.32 de la Carta Fundamental), destine fondos con el objeto de financiar el desarrollo de las campañas electorales, de los partidos y asociaciones políticas inscritos ante el ente comicial.

..Concretamente, la solicitud de interpretación se refiere, al alcance de la prohibición de financiamiento público de asociaciones políticas, para lo cual, es necesario hacer las siguientes consideraciones:

Esta Sala ha desarrollado de forma inveterada, que la hermenéutica constitucional, debe realizarse de un modo sistemático, donde las normas deben ser analizadas a la luz de todo el bloque de la constitucionalidad, pues tal como se desprende de la decisión N° 1581, dictada el 12 de julio de 2005 (caso: *Ángel Rafael Ávila y otros*), el Texto Fundamental “...es un conjunto sistemático de valores, principios y normas racionalmente entrelazados, informados por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación.

Por ello, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni independiente de los demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación intrasistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia”.

En este mismo sentido, la sentencia N° 962, dictada por la Sala el 9 de mayo de 2006 (caso: *Cervecerías Polar Los Cortijos C.A., y otros*), estableció, que “...la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en lex

superior, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial”.

La precitada sentencia profundizó el análisis sobre la interpretación integradora de la Constitución y, al efecto, precisó lo que a continuación se transcribe:

“...toda normativa debe interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio de los valores primarios del Estado, pues tal como señala González Pérez, el derecho no es sólo un conglomerado de normas legales, antes bien, el derecho positivo se encuentra enraizado en los principios, y por ello, el jurista ni puede limitarse a contemplar la norma aislada y aséptica, ni debe circunscribirse a sistematizarla con arreglo a principios lógicos, ya que la unidad del ordenamiento está basada en los principios rectores del Ordenamiento que le informan y dan unidad”.

En el mismo orden de ideas, la sentencia N° 1307, del 28 de junio de 2006 (caso: *Narciso Cenovio Franco*), estableció que “...el ordenamiento jurídico venezolano, da cabida a la tesis según la cual, ante múltiples interpretaciones, habrá de aplicarse la que se mantenga dentro de los principios y reglas constitucionales, respetando su contenido esencial y por tanto, salvaguardando el principio general de unidad del ordenamiento, donde la Constitución tiene prevalencia”.

De este modo, el principio general de interpretación de la ley consagrado en nuestro derecho positivo, en el artículo 4 del Código Civil, según el cual: “(...) a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (...)”, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal.

Conforme a lo expuesto, la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 4° Edición, Editorial Cívitas 1994, Madrid, p. 29) denomina como “fuentes significativas” del ordenamiento, esto es, el condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico.

Esta fórmula interpretativa, también es recogida por Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1965, p. 329), quien al discernir sobre el conocimiento del derecho, nos enseña que resulta menester descubrir los principios generales y establecer las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con las instituciones realmente en vigor.

Asimismo, Maurice Hauriou, *Derecho Público Constitucional*, Editorial Reus, Madrid 1927, p. 245, sostiene que la interpretación de las reglas jurídicas no debe tomar un sentido excesivamente literal, pues ello podría retrocedernos al más negro formalismo de las legislaciones primitivas. Planteamiento éste sobre el cual desarrolla que frente a una aparente antinomia debe tenderse al estudio de la voluntad jurídica del legislador, lo cual se logra mediante una reconstrucción de las circunstancias concomitantes que permiten aprehender el valor real de la norma, a través de la aplicación lógica de los principios.

En el contexto hermenéutico expuesto, lejos han quedado desde el punto de vista doctrinario, afirmaciones como las de Sartori, *Teoría de la Democracia. El Debate Contemporáneo*, Ediciones Rei, Argentina 1990, p. 19), según la cual, la democracia se agota en el proceso electoral, o el supuesto carácter elitista de la concepción según la cual, la democracia supone usos y no sólo votos.

Ciertamente, la democracia exige la celebración periódica de elecciones, como elemento legitimador del poder, y precisamente, ello, sirvió de fundamento para la constitucionalización del Poder Electoral, y de su carácter instrumental en la manifestación de soberanía popular. Sin embargo, el principio democrático, como manifestación de confianza en la sociedad y en su capaci-

dad de autodeterminarse, es modernamente concebida como un *supra* concepto, que trasciende los meros esquemas electorales, para adentrarse en lo que Araujo Rentería *Principios de Derecho Constitucional*, McGraw-Hill Interamericana, Bogotá 1999, p. 3, califica como el poder del pueblo, pues éste es el titular del poder político.

En este sentido, se pronunció García-Pelayo, “Derecho Constitucional Comparado”, *Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid 1951, 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, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona 1971, 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, *Introducción al Estudio del Derecho Constitucional*, Editorial Mobil Libros, Caracas 1996, 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 prima 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, *Partidos Políticos y Democracia*, Barcelona 1982, 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.

Ahora, parte esencial del sistema de democracia participativa, lo constituye el derecho de asociación política a que hace referencia la norma bajo análisis, pues éstas, como género asociativo que da lugar a una pluralidad de estructuras subjetivas, entre las cuales se encuentran los partidos, los grupos de electores, etc., constituyen organizaciones ciudadanas de carácter permanente,

que articulan la actuación política, combaten la quietud ideológica, promueven sus ideales programáticos, suscitan la evolución y maduración ciudadana, y propugnan la conformación de nuevos actores que desde una visión particular de la política, pretenden incidir en el debate público.

Como puede observarse, las organizaciones políticas a que se refiere el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, difieren de las organizaciones clientelares, originariamente constituidas sobre la base de los “amigos políticos” y no de un programa político sistemático. Antes bien, la señalada norma constitucional, se refiere a las distintas asociaciones de electores, que se encuentran vinculadas por un ideario político determinado, que conjuntamente con las demás corrientes del pensamiento público, coadyuvan en el establecimiento de una sociedad democrática, abriendo la estructura burocrática a la participación ciudadana.

En efecto, las formulas asociativas de carácter político, son grupos sociales conformados por la integración de personas vinculadas ideológica y espiritualmente, que buscan incidir en el poder y, por ende, se erigen en voceros de los sectores sociales que los respaldan.

En el marco constitucional expuesto, resulta patente que la masa electoral es homogénea, en cuanto a que el ejercicio democrático, corresponde al pueblo jurídica y políticamente capaz, pero, por otra parte, se evidencia heterogénea, en cuanto al pluralismo político a que se refiere el artículo 2 de la Carta Magna, y cuya organización en torno a una visión política concreta, da lugar a grupos parciales dentro de la totalidad de la población políticamente hábil, y es, precisamente ésta la *ratio* del dispositivo según el cual “*No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado*”, pues el Poder Público se debe a toda la población y, por tanto, no debe promover a una parcialidad política, con su visión fragmentada de la realidad de la nación.

Efectivamente, dentro de los parámetros del artículo 67 de la norma *normarum*, el Estado no puede promocionar el gasto ordinario de las asociaciones políticas, pues ello, equivaldría a fomentar la visión y los objetivos particulares de una organización con intereses propios. Empero, una cosa son las finanzas internas de la organización y su gasto ordinario, y otra cosa, lo que, De Esteban, *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid 1993, p. 522, concibe, como uno de los temas más conflictivos en materia electoral, a saber, el fomento económico de los procesos electorales. De allí, que, tanto en los países europeos como en algunos de América Latina, se tienen mecanismos de subvención pública como apoyo de campañas electorales. La importancia de los partidos políticos y asociaciones, la transparencia de los fondos y la equidad entre candidaturas, así lo han impuesto.

Ciertamente, es necesario distinguir entre la financiación de los costos internos de una asociación política determinada (cualquiera sea su especie, verbigracia: partido, grupo electoral u otra unión concebida para la práctica política), que deben ser sostenidos por los miembros de la misma, pues su existencia obedece a la voluntad personal de los asociados, y el fomento patrimonial del proceso electoral, que encuentra en la campaña, una fase esencial, cuya finalidad es dar a conocer a los candidatos y sus programas, de manera que los electores se puedan pronunciar racionalmente y no de manera volitiva, sobre las diferentes opciones políticas, lo cual constituye en vez de un gasto, una inversión por constituir educación cívica electoral para el ejercicio del sufragio y la convivencia democrática.

De lo expuesto, se observa que la campaña electoral, no es sólo la expresión individual o asociativa del derecho a postulación de cualquier tipo de asociación política debidamente inscrita, sino que forma parte esencial de los procesos electorales, que exigen como condición primaria, que las fuerzas políticas intervengan en la contienda electoral, en una mínima paridad entre los que concurren como aspirantes a cargos de elección popular, lo cual se logra, según De Esteban (*Ob. Cit.* p. 523), a través de dos métodos:

En primer lugar, la necesidad de establecer un equilibrio económico entre actores con acceso a capitales particulares que facilitan la penetración de estos candidatos en el electorado, a través de los medios de comunicación masivos y los aspirantes sin soporte económico particular.

La referida desigualdad, no es un asunto exclusivamente relacionado con el interés particular del aspirante que ve dificultado su acceso a los electores, por carecer de los recursos necesarios para participar en una campaña electoral, que en los tiempos modernos no resulta ajena a la penetración de los medios en la sociedad y el costo que ello representa.

La segunda propuesta, a la desigualdad *in comemnto*, se refiere a la limitación económica de carácter privado y el control del Estado sobre la misma, con el fin adicional, de impedir la corrupción y la ilicitud de los fondos utilizados para las campañas.

Sobre la base de tales consideraciones, el referido autor ha señalado, que tal inconveniente se solventa a través de la financiación pública de las campañas, no en cuanto actividad de los actores políticos, sino, en cuanto a la fase fundamental del proceso electoral, cuyo desarrollo fomenta el pluralismo ideológico-político, la salvaguarda del principio de racionalidad del sufragio, la garantía de diversidad para el electorado y la exigencia de claridad económica en la obtención y gasto del presupuesto utilizado para campañas electorales.

Así, el financiamiento público de los procesos electorales y dentro de ellos, de la campaña de los aspirantes a cargos de elección popular, constituye una exigencia de control sobre los actores políticos, su presupuesto y la relación competitiva que comprenden las operaciones electorales y al mismo tiempo, una actividad inherente a un sistema electoral transparente, que propugna el debate, la participación y el protagonismo del pueblo y, por ende, desarrolla el *desiderátum* del preámbulo constitucional, en cuanto al carácter participativo de la democracia venezolana.

Según se ha visto, el fomento económico del Estado a las campañas electorales se encuentra adherido al principio democrático, por cuanto garantizaría que el electorado tenga acceso a las diversas propuestas que pudieran presentarse por parte de las diferentes asociaciones políticas (no sólo los partidos) sin un respaldo económico, con lo cual, propende a la igualdad de las condiciones de penetración de los diversos candidatos.

Entonces, la norma bajo examen responde a una visión racionalizadora del gasto público y, en concreto, se circunscribe a la imposibilidad de aportar fondos a los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas, pero en el marco de las observaciones anteriores, dicha limitación, no resulta extensiva a la campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral.

Por tanto, el contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto a la proscripción de aportar fondos públicos a las asociaciones políticas, no limita que en el marco del proceso electoral y como gasto inherente a una fase esencial del mismo, el Estado (de acuerdo con el principio de legalidad presupuestaria y observando el principio de reserva legal que impera en materia de elecciones, según dispone el artículo 156.32 de la Carta Fundamental), destine fondos con el objeto de financiar el desarrollo de las campañas electorales, de los partidos y asociaciones políticas inscritos ante el ente comicial, en el contexto del pluralismo político como elemento esencial de la democracia participativa y racional, pero que en todo caso, requiere *ex profeso*, de regulación normativa por parte de la Asamblea Nacional, porque en esto descansa el ejercicio de la reserva legal.

5. *La renovación de los partidos políticos*

TSJ-SC (1) 5-1-2016, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Recurso de interpretación del artículo 67 de la Constitución en el marco de los artículos 10, 16 y 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, RDP N° 165-166, 2016, pp. 180-181.

Como corolario de lo anterior, esta Sala a título ilustrativo señala el siguiente ejemplo: la ley electoral data del año 1965 (Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones), y en ella se establece una regla según la cual para inscribir un partido (sea regional o nacional) se requiere el cero coma cinco por ciento (0,5%) de la población electoral inscrita de la respectiva

entidad federal. Si verificamos la data electoral del año 1965 y los partidos políticos que se constituyeron a partir de ese año, y lo comparamos con la data electoral del año 2015, para establecer la base poblacional del cero coma cinco por ciento (0,5%) inscrita en el Registro Electoral, nos encontramos que la diferencia es sustancial. De ahí, que para el carácter permanente de un partido político, una vez que se constituye, requiere de la verificación de estos dos aspectos fundamentales por parte del órgano electoral, a través de la figura legal de la renovación (que data del año 1965) o actualización de la nómina de cada partido en función del crecimiento del Registro Electoral y de la permanencia de sus integrantes en los mismos, en cada período constitucional.

Atendiendo al contenido expreso del encabezado del artículo 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, al comienzo de cada período constitucional se debe producir una renovación por ley de los partidos, para atender a las reglas propias de la democracia, que requieren que éstos posean credibilidad, legitimidad y liderazgo. Esa renovación es la que permite al órgano rector, ejercer la revisión de la situación de las organizaciones políticas y su concordancia con la normativa vigente, y así poder legitimar –en los casos en que sea procedente– su permanencia en el Registro de Organizaciones con fines políticos, y por tanto, su participación en los procesos electorales.

Esta obligación a que se refiere el artículo 25 de la Ley en comento, del cero coma cinco por ciento (0,5%) no ha variado en la previsión legal, pero si en la realidad fáctica, pues al comparar la población electoral desde 1965 (fecha de promulgación de la Ley) con lo que sería el cero coma por ciento (0,5%) del año 2015, la diferencia es notable.

Y, esa es la explicación por la cual el legislador prevé que la autoridad electoral competente ordene a los partidos políticos, la renovación de la nómina de sus inscritos, cada vez que se produzca una elección de carácter nacional, porque esto repercute directamente en la legitimación de los partidos como organizaciones políticas de carácter permanente.

En el caso de las organizaciones con fines políticos nacionales deberán presentar para su constitución, según lo dispone, el artículo 16, numeral 2, de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, las nóminas en por lo menos doce (12) entidades federales. El número de adherentes contenido en las nóminas deberá ser mayor o igual al cero coma cinco por ciento (0,5%), de las electoras o electores inscritos en el Registro Electoral de la entidad a consignar, conforme al último Registro Electoral, aprobado por el Consejo Nacional Electoral, según el encabezado del artículo 25 *eiusdem*.

Esto tiene una justificación lógica, pues si para constituir e inscribir un partido u organización política se requiere como mínimo doce (12) estados, para renovarse deben al menos mantener su nómina de inscritos en al menos doce (12) estados, que no es más que el cincuenta por ciento (50%) de las entidades federales del país. Esta Sala trae a colación el caso de un país hermano como el Ecuador, donde la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, dada por Ley s/n, publicada en Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril del 2009, impone en su artículo 319, lo siguiente:

Artículo 319.- Los partidos políticos adicionalmente, deberán acompañar las actas de constitución de un número de directivas provinciales que corresponda, al menos, a la mitad de las provincias del país, debiendo incluir a dos de las tres con mayor población, según el último censo nacional realizado a la fecha de la solicitud.

Dicho lo anterior, esta Sala concluye que la renovación es una obligación legal y ética de los partidos políticos en general, y una responsabilidad del órgano competente su verificación, pues el Registro Electoral varía conforme al crecimiento poblacional en cada Estado, entiéndase electores inscritos, por lo que una vez producida una elección nacional y un cambio en el período constitucional, los protocolos electorales varían sustancialmente, bien sea por el crecimiento o decrecimiento de las nóminas de electores dentro de los partidos políticos.

De allí que habrá **renovación automática** cuando se produzca el supuesto de hecho del párrafo único del artículo 25 bajo estudio, esto es, que el partido político haya obtenido el uno por ciento (1%) de los votos válidos emitidos, en una elección de carácter nacional, en por lo

menos doce (12) de los Estados. Y en caso contrario, cuando no se obtenga ese porcentaje en ese número de entidades federales, el partido político deberá renovar la nómina de integrantes para su legitimidad, conforme lo señalado *supra*. Así se decide.

Esta renovación aplica también para los partidos regionales, la cual se producirá con motivo de las elecciones regionales (entiéndase elecciones de Gobernadores y Consejos Legislativos). Por lo que en el caso de que un partido regional decida ir en alianza con un partido nacional en elección nacional, su renovación deberá producirse luego en la elección regional. Así se decide.

TSJ-SC (1) 5-1-2016, Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover, Caso: Recurso de interpretación del artículo 67 de la Constitución en el marco de los artículos 10, 16 y 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, RDP N° 165-166, 2016, pp. 181-182.

Teniendo como norte, la relevancia constitucional, la conceptualización legal y jurisprudencial respecto a **los partidos políticos**, como organizaciones que en democracia, contribuyen a la participación política de los ciudadanos en los procesos electorales, sus características definidoras como manifestación del derecho a asociarse, el que su duración y permanencia deviene de su legitimación, lo cual los distingue de **las alianzas**, cuyo carácter es temporal, siendo una unificación de la representación ante los órganos electorales para todo lo relativo al acto electoral correspondiente, pero los partidos miembros de la alianza conservan su individualidad, autonomía, personería y registro; y visto que los partidos políticos influyen en la voluntad política (cargos de elección popular), corresponde a esta Sala determinar lo siguiente:

En **primer lugar**, el recurrente ha planteado como duda, la siguiente: “*En el uno por ciento (1%) de los votos emitidos establecido en el parágrafo único del artículo 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones ¿Cuál es el voto referencial, el Voto Nominal o el Voto Lista?*”.

Para ello, se observa que el artículo 25 de la mencionada Ley, prevé lo siguiente:

Los partidos políticos nacionales, renovarán en el curso del año que comience cada período constitucional su nómina de inscritos en el porcentaje del cero coma cinco por ciento (0,5%), en la forma señalada en la presente Ley para su constitución.

Parágrafo único: Los partidos que hubieren obtenido en las elecciones nacionales correspondiente el uno por ciento (1%) de los votos emitidos, solo tendrán que presentar una constancia de la votación que obtuvieron, debidamente certificada por el respectivo organismo electoral. Esta norma se aplicará, igualmente para los partidos regionales.

En atención a la señalada disposición, los partidos políticos –conformados por métodos democráticos y financiados de acuerdo a lo establecido en el artículo 67 constitucional, cuyos miembros han convenido en constituirse en una organización (artículo 2 de la señalada Ley)– que obtengan el uno por ciento de los votos válidos emitidos, los cuales están referidos específicamente al **voto lista**, sólo tienen que presentar la constancia certificada por el Consejo Nacional Electoral de la votación que lograron; y aquellos que, no obtuvieron el porcentaje del uno por ciento (1%) de los referidos votos emitidos, están en el deber de renovar ante el Consejo Nacional Electoral sus nóminas en el transcurso del primer año de cada período constitucional, a los fines de mantener su vigencia.

El voto referencial a tomar en cuenta a los efectos del Parágrafo único del artículo 25 de la ley nombrada, como se indicó debe ser el **voto lista**, lo cual encuentra su justificación en la creencia del elector en el partido, ya que su voto es sufragado para el partido político de su preferencia, y esos resultados se obtienen a través del voto universal, directo y secreto (artículo 63 constitucional).

[...]

Por ello, a la luz del artículo 67 constitucional cuya interpretación se ha solicitado, esta Sala estima que el voto referencial respecto al uno por ciento de los votos emitidos a que se refiere en concreto el Parágrafo único del artículo 25 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, es el **voto lista**, por ser éste el que resulta de los candidatos postulados por determinado grupo u organización política, y ello no sólo propende a la lealtad dentro de las organizaciones políticas y a su equilibrio en la democracia interna sino a la pulcritud en el origen de los recursos para el financiamiento de las campañas que los mismos dispongan, porque se atiende al partido como grupo que presenta una lista de candidatos y no a una persona en particular. Siendo la democracia participativa, en criterio de esta Sala, el perfeccionamiento o complemento de la representativa, a través de la creación de los distintos medios eficaces de participación en lo político. Así se decide.

VI. EL DERECHO A OCUPAR Y EJERCER CARGOS PÚBLICOS

CPCA 21-06-84, Magistrada Ponente: Hildegard Rondón de Sansó, RDP N° 19, 1984, pp. 98-99.

La Corte Primera considera que el ejercicio de cargos públicos no es un derecho político exclusivo de los ciudadanos, sino un derecho social que puede ser ejercido incluso por extranjeros.

Condición de los extranjeros para el ejercicio de la docencia

La Constitución de la República establece en su artículo 45 la condición de los extranjeros, señalando al efecto:

1. Los extranjeros tienen en principio los mismos deberes y derechos de los venezolanos.
2. Las limitaciones y excepciones derivadas de la condición de extranjero sólo pueden ser establecidas en la Constitución y las leyes.
3. Los derechos políticos son privativos de los venezolanos, salvo la condición de elector en las elecciones municipales.

El último punto indicado nos obliga a establecer si el ejercicio de un cargo público es un derecho político o no a los fines de determinar si los extranjeros pueden o no optar al mismo.

Los derechos políticos en la Constitución

El Capítulo Sexto del Título Tercero (De los deberes, derechos y garantías de la Constitución) enuncia y determina cuáles son los derechos políticos, haciendo al efecto su enumeración en el siguiente orden:

- El artículo 110 consagra el voto como derecho político;
- El artículo 111 indica los supuestos para tener la condición de elector;
- El artículo 112 establece las condiciones para ser elegido;
- El artículo 113 asienta las bases de la legislación electoral;
- El artículo 114 consagra el derecho de asociación en partidos políticos;
- El artículo 115 establece el derecho de manifestación; y,
- El artículo 116, a su vez, contempla el derecho de asilo.

Si se hiciera una síntesis de las enunciaciones señaladas a los fines de determinar las materias que el texto constitucional contempla, de la misma emergería necesariamente que las Formaciones expresadas versan sobre las siguientes instituciones:

- a) La materia electoral consagrando el derecho de voto y la condición activa y pasiva de su ejercicio.
- b) El derecho de asociación en partidos políticos.
- c) El derecho de manifestación y el derecho de asilo.

Se trata, como puede apreciarse, de los derechos acordados a los ciudadanos para que puedan incidir sobre la existencia, conformación y estabilidad de las estructuras del Estado y para su participación activa en la vida pública. Visto en tal forma, si se pregunta si el ejercicio de un cargo público es un derecho político habría que responder en sentido negativo.

Ahora bien, el artículo 112, relativo a la determinación de la condición de elegible, dice textualmente lo siguiente:

“Son elegibles y aptos para el desempeño de funciones públicas los electores que sepan leer y escribir, mayores de veintiún años, sin más restricciones que las establecidas en esta Constitución y las derivadas de las condiciones de aptitud que, para el ejercicio de determinados cargos, exijan las leyes”.

El artículo transcrito señala así los requerimientos para ser elegible y para desempeñar el cargo para el cual se haya sido elegido. Interpretado en tal forma, el ejercicio de un cargo público es un derecho político sólo en la medida en que tal cargo deba ser provisto mediante elección, lo cual implica que los cargos provistos por otras vías (designación, accesión, nombramiento) no constituyen un derecho político.

Otra interpretación posible es la de que en la norma del artículo 112 no solamente se estableció la condición para ser elegible, sino que el constituyente aprovechó esa oportunidad para de una vez considerar como derecho político el desempeño de cualquier cargo público. Al efecto se estima improcedente tal interpretación, por las siguientes razones:

En primer lugar, si el legislador quería consagrar que el ejercicio de los cargos públicos constituía un derecho político tenía que hacerlo en una disposición expresa, dada la importancia y magnitud de tal pronunciamiento y no hacerlo en una forma casual o incidental.

En segundo lugar, el articulado en el cual se inserta la disposición que se analiza alude al sistema electoral y a los derechos que del mismo derivan, en razón de lo cual no tendría sentido ubicar en tal esfera una materia de naturaleza tan específica como lo es la del desempeño de los cargos públicos.

Por otra parte, como la consecuencia inmediata de la interpretación extensiva del artículo 112 es la de impedir el ejercicio de los cargos públicos a quienes no puedan ser electores, esa norma debía transparecer, estar presente, en las disposiciones del título siguiente (las relativas del Poder Público), y específicamente en los artículos del 121 al 125, concernientes al ejercicio de la función pública, en los cuales, por el contrario, no aparece ninguna disposición limitativa al respecto.

Rechazada la interpretación que se analizara, queda en pie la que estima que el artículo 112 se limitó simplemente a señalar la condición para ser elegible y para desempeñar los cargos derivados de tal elección. Es este, a juicio de esta Corte, el sentido lógico de la norma comentada, por cuanto la interpretación no puede hacerse en forma aislada sino dentro del contexto dentro del cual se ubica.

Vista en la forma que antecede, la normación relativa de los derechos políticos, dentro de tal categoría no pueden considerarse incluidos todos los cargos públicos, sino solamente el desempeño de los mismos cuando éstos deriven de un proceso electoral, en razón de lo cual, circunscrito a tal esfera, el derecho a desempeñar cargos públicos que no sean por elección pasa a formar parte de una noción más amplia que es el de libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 43 de la Constitución) y el derecho al trabajo (artículo 79 y 84).

CSJ-SPA (627) 01-09-97, Magistrada Ponente: Hildegard Rondón de Sansó, Caso: Ramón Martínez vs. Consejo Supremo Electoral, RDP N° 63-64, 1995, pp. 178-179.

Finalmente, en cuanto a la denuncia de violación del artículo 112 de la Carta Magna, se observa que esta disposición, a diferencia de las demás invocadas, sí contiene un derecho subjetivo fundamental susceptible de ser protegido por la vía del amparo constitucional en caso de que se demuestre su violación directa, inmediata y flagrante. En ella se establece que “*son elegibles y aptos para el desempeño de funciones públicas los electores que sepan leer y escribir, mayores de veintiún años, sin más restricciones que las establecidas en la Constitución y las derivadas de las condiciones de aptitud que, para el ejercicio de determinados cargos, exijan las leyes*”.

Ahora bien, de la lectura de dicho precepto constitucional se observa que el derecho allí consagrado no es absoluto sino que, como la mayoría de los constitucionalmente previstos, acepta limitaciones tanto de la propia Constitución como de las leyes, en cuanto a las condiciones de aptitud para ejercer ciertos cargos, por lo que su violación operaría solamente cuando la actuación del Consejo Supremo Electoral sobrepase o exceda estas limitaciones al derecho al sufragio pasivo, lo cual, en el caso concreto, no se vislumbra ni puede presumirse, siquiera.

En efecto, no es posible afirmar que la Resolución impugnada del Consejo Supremo Electoral hubiera limitado los derechos del actor como Gobernador en ejercicio del Estado Sucre o como posible candidato para la reelección más allá de las previsiones constitucionales y legales sobre la materia, sino que, por el contrario, la interpretación acordada en ella se ajusta perfectamente a las condiciones de inteligibilidad vigentes que, se recuerda, no son otras que las que derivan del artículo 21 de la Carta Magna –ser venezolano por nacimiento, mayor de veintiún años y de estado seglar–, y las reconocidas jurisprudencialmente como implícitas en toda elección democrática. En tal sentido, debe atenderse a la jurisprudencia que emerge de la decisión de la Corte Suprema de Justicia en Pleno del 27-11-90 (caso: *Acacio Germen Sabino Fernández*), donde se rechazó la impugnación de inconstitucionalidad de los artículos 7 y 8 de la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado, que sirve de fundamento a la Resolución cuestionada en el presente proceso. Se alude en la decisión citada a los principios sobre el sistema de elección contenidos en los artículos 185 y 140 de la Carta Magna que el legislador, al desarrollar el artículo 23 constitucional, ha trasladado a las elecciones de Gobernadores.

Por tanto, al considerar la Sala que la interpretación dada por el Consejo Supremo Electoral a los artículos 8 de la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estados y 12 y 13 de la Ley Orgánica del Sufragio resulta perfectamente acorde con las exigencias constitucionales, legales y jurisprudenciales, debe desestimarse el alegato de violación del derecho previsto en el artículo 112 de la Constitución, y así se declara.

Por último, con el fin de hacer la Sala más ilustrativa su decisión, considera oportuno y conveniente transcribir, en los actuales momentos pre-eleccionarios, extractos de la decisión indicada del 27-11-90 de la Corte Suprema de Justicia de Pleno en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 7 y 8 de la Ley sobre Elección y remoción de los Gobernadores de Estados –donde se contempla la limitación que el Consejo Supremo Electoral ha puesto en evidencia mediante su resolución de fecha 24 de agosto de 1995–. Así, en esa sentencia, con fundamento en una interpretación de las normas constitucionales “*dentro de (su) contexto y no aisladamente, es decir, integrándolas a los principios que insuflan un tipo de fisonomía al Estado*”, se sostuvo:

“...dada la delegación constitucional otorgada al legislador para que cree un régimen definitivo respecto de la elección de Gobernadores, en lugar del transitorio previsto en el artículo 22 (de la Constitución), el legislador podía perfectamente añadir otras condiciones de elegibilidad, guiado por las fuentes constitucionales a que se refieren los artículos 185 y 140 del Texto Fundamental, porque además de tratarse de una verdadera delegación constitucional, tales causales resultan conformes a los principios de gobierno contemplados en el artículo 3° *ejusdem*, que representan el límite de dicha delegación”.

En el contexto de esta forma de interpretación del sistema constitucional advierte esta Sala que el constituyente en el artículo 140 estableció como limitación de los altos funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, y de los Estados, para optar a la postulación como Senadores y Diputados, la necesidad de su separación por un mínimo de tres meses del ejercicio de sus cargos, con lo cual, se consagró el principio de que no puede optarse a la elección directa de cargos públicos, cuando se está en ejercicio de elevados destinos, con fines de garantizar la *igualdad* de todos los participantes al proceso electoral y la *moralidad* de dicho sistema. La omisión a nivel constitucional de la situación de los Gobernadores debe atribuirse a la circunstancia de que el artículo 22 de la Constitución en forma incipiente previó la elección directa de los Gobernadores que sólo cristalizaría 28 años más tarde en la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estados del 14 de octubre de 1989. De allí que, mal podría interpretarse que la voluntad del constituyente de impedir la permanencia del ejercicio activo del cargo a quienes desean postularse para una elección inmediata fuese en el sentido de excluir a los Gobernadores, por el hecho de no haberlo señalado expresamente en su texto. Por el contrario, lo importante está en el principio consagratorio del impedimento que, en los casos de los Gobernadores se manifiesta en toda su virulencia por cuanto ellos, a diferencia de los titulares de cargos legislativos, ostentan directamente el máximo poder político y administrativo en el ámbito territorial en el cual operan.

Por otra parte, no puede menos que rechazar esta Sala el alegato sugerido por el actor relativo a la posible violación del principio de igualdad por parte de la decisión objeto del amparo, ya que, por el contrario, la norma limitativa de la condición del eventual postulado a la reelección, lo que intenta es mantener la igualdad de todos los que compiten en el proceso eleccionario.

VII. DERECHO A MANIFESTAR

Artículo 68. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley.

Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas. La ley regulará la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público.

TSJ-SC (263) 10-4-2014, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Caso: Gerardo Sánchez Chacón (Alcalde Municipio del Estado Carabobo (contenido y alcance del artículo 68 de la Constitución, así como las dudas generadas con ocasión de la aplicación de los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la G.O. N° 6.013 Ext. del 23 -12- 2010), RDP N° 138, 2014, pp. 67-73.

Sala Constitucional delimita el derecho a la manifestación y el rol de las policías municipales en el control del orden público.

El presente recurso de interpretación tiene por finalidad que esta Sala Constitucional, como máxima y última intérprete del Texto Fundamental, determine el alcance y el contenido del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con relación a los planteamientos formulados en la presente solicitud, [...] específicamente lo relacionado con la actuación de los Alcaldes como primeras autoridades político territoriales frente al requerimiento de manifestaciones públicas dentro de sus referidos Municipios

En tal sentido, la norma constitucional *in commento* establece que:

“Artículo 68.- Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley. Se prohíbe el uso de las armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas. La ley regulará la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público...”. (Subrayado de esta Sala)

La disposición constitucional transcrita *supra* en su primera parte hace referencia al derecho a la manifestación pacífica, como uno de los derechos políticos que detentan los ciudadanos, el cual, junto con el derecho a la reunión pública previsto en el artículo 53 de la Carta Magna constituyen una manifestación del derecho a la libertad de conciencia de los ciudadanos (artículo 61). Ahora bien, el derecho a la manifestación en el ordenamiento jurídico venezolano no es un derecho absoluto, entendiéndose por tal, aquella clase o tipo de derecho que no admite restricción de ningún tipo, como es el caso del derecho a la vida, a la salud, entre otros, cuyos ejercicios se encuentran garantizados de forma amplia sin limitación de ningún tipo.

En tal sentido, el derecho a la manifestación admite válidamente restricciones para su ejercicio, y así expresamente lo reconoció el Constituyente de 1999 en el artículo 68, -tal como lo estableció la Constitución de 1961 en su artículo 115- al limitar su ejercicio a las previsiones que establezca la Ley. En tal sentido, la Asamblea Nacional en atención al contenido del artículo 68 de la Carta Magna, dictó el 21 de diciembre de 2010 la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, en la cual en el Título II normó el aspecto relacionado con el derecho constitucional a la manifestación, bajo el Capítulo I denominado “De las reuniones públicas y manifestaciones”, estableciendo así una serie de disposiciones de cumplimiento obligatorio no solo para los partidos políticos, sino también para todos los ciudadanos, cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones.

En este mismo orden de ideas, se aprecia que en la segunda parte del artículo 68 de la Constitución, también se prevé un acatamiento irrestricto a la ley por parte de los cuerpos policiales y de seguridad encargados del control del orden público, quienes en su actuación no solo estarán en la obligación garantizar el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a manifestar pacíficamente, sino también a impedir que éstos, en el curso de la protesta, incurran en excesos que se puedan traducir en lesiones o amenazas de violación de derechos fundamentales del resto de la ciudadanía, como sería el caso del derecho al libre tránsito o al trabajo; sino también a los que estando en ellas no se excedan en dichas concentraciones, velando siempre y en todo momento para que en el control de ese tipo de situaciones exista un respeto absoluto de los derechos humanos, evitando el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas.

Determinado como se encuentra el alcance del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala advierte que la interpretación de autos se planteó en virtud de la necesidad que tiene el accionante (ciudadano Gerardo Sánchez Chacón), como primera autoridad civil del Municipio Guacara del Estado Carabobo, de tener una absoluta claridad en cuanto a su actuar frente al requerimiento de manifestaciones públicas dentro del referido Municipio.

Ahora bien, el planteamiento de fondo que subyace a la acción de interpretación incoada, solo puede ser abordado por esta Sala, como en efecto se ha hecho, para exigir la conexión de la solicitud de interpretación con un caso concreto y de esta manera determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por el otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo (ver fallos de esta Sala (Véase en *Revista de Derecho Público* N° 83 de 2000 en pp. 247 y ss. entre otros).

Pero la Sala Constitucional ha sido siempre muy cuidadosa de no usurpar con su interpretación competencias de otras Salas (por ejemplo, el recurso de interpretación de textos legales); y de evitar que se pretenda con esta acción sustituir recursos procesales preexistentes; o se intente subrepticamente obtener resultados cuasi jurisdiccionales que desbordan el fin esclarecedor de este tipo de acciones, es decir, que lo planteado persiga más bien la solución de un conflicto concreto entre particulares o entre estos y órganos públicos, o entre estos últimos entre sí; o que exista una velada intención de lograr una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley.

Por ello, sobre el caso concreto que subyace a la presente acción de interpretación, la Sala solo se limitará a efectuar dos precisiones:

1.- La verificación del contenido de los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010 a la luz de lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de los planteamientos del solicitante de autos.

En tal sentido los artículos en referencia establecen lo siguiente:

“Artículo 41. Todos los habitantes de la República tienen el derecho de reunirse en lugares públicos o de manifestar, sin más limitaciones que las que establezcan las leyes”.

“Artículo 43. Los organizadores de reuniones públicas o manifestaciones deberán participar con veinticuatro horas de anticipación cuando menos, por escritos duplicado, en horas hábiles, a la primera autoridad civil de la jurisdicción con indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga.

Las autoridades en el mismo acto del recibo de la participación deberán estampar en el ejemplar que entregan a los organizadores, la aceptación del sitio o itinerario y hora.”

“Artículo 44. Cuando hubiere razones fundadas para temer que la celebración simultánea de reuniones públicas o manifestaciones en la misma localidad pueda provocar trastornos del orden público, la autoridad ante quien deba hacerse la participación que establece el artículo anterior podrá disponer, de acuerdo con los organizadores, que aquellos actos se celebren en sitios suficientemente distantes o en horas distantes. En este caso tendrán preferencia para la elección del sitio y la hora quienes hayan hecho la participación con anterioridad.”

“Artículo 46. Los gobernadores o gobernadoras de estado, alcaldes o alcaldesas de municipios, o de distritos metropolitanos y jefe o jefa de gobierno de distrito, fijaran periódicamente mediante resoluciones publicadas en las respectivas Gacetas, los sitios donde no podrán realizarse reuniones públicas o manifestaciones, oyendo previamente la opinión de los partidos.

A solicitud de las asociaciones políticas, la autoridad civil podrá autorizar reuniones públicas o manifestaciones en aquellos sitios prohibidos, cuando no afecten el orden público, el libre tránsito u otros derechos ciudadanos.

Parágrafo Único: Durante los procesos electorales se aplicarán con preferencia las disposiciones de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.”

“Artículo 50. De cualquier determinación tomada por la primera autoridad civil de la jurisdicción que fuere considerada como injustificada por los organizadores de reuniones públicas o manifestaciones, podrá recurrirse por ante el Gobernador o Gobernadora del estado, Alcalde o Alcaldesa de Municipio o Distrito Metropolitano, así como ante el Jefe o Jefa de Gobierno de Distrito, el cual estará obligado a decidir durante las cuarenta y ocho horas siguientes. De esta decisión se podrá apelar por ante el Tribunal Supremo de Justicia, quien decidirá con preferencia.”

El contenido de las disposiciones legales transcritas supra denota el cumplimiento efectivo por parte del legislador del postulado constitucional previsto en el artículo 68 de la Carta Magna, regulando el ejercicio del derecho a la protesta pacífica de una manera pormenorizada, precisando en tal sentido: (i) el lapso del cual disponen los organizadores para solicitar autorización para realizar la reunión pública o manifestación (veinticuatro horas de anticipación a la actividad); (ii) la forma en que debe ser presentada la solicitud (por escrito duplicado); (iii) el contenido del escrito (indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga); (iv) la autoridad encargada de recibir dicha solicitud (primera autoridad civil de la jurisdicción, Gobernadores de Estados, Alcaldes de Municipios o de Distritos Metropolitanos y el Jefe del Gobierno de Distrito) y (v) la obligación de las autoridades de estampar en el ejemplar que entregan a los organizadores, la aceptación del sitio o itinerario y hora.

En este orden de ideas, también se advierte el derecho a recurrir de los solicitantes ante cualquier decisión tomada por la primera autoridad civil de la respectiva jurisdicción cuando la misma sea catalogada como injustificada, bien porque niegue el permiso o porque introduzca algún cambio en cuanto a la indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga, teniendo la posibilidad de apelar por ante el Gobernador del Estado, Alcalde de Municipio o Distrito Metropolitano, así como ante el Jefe de Gobierno de Distrito, quien estará obligado a decidir durante las cuarenta y ocho horas siguientes. De esta decisión el o los solicitantes podrán interponer recurso de nulidad ante la Sala Político Administrativa de este alto Tribunal de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 cardinal 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quien decidirá con preferencia.

Por último, se aprecia la facultad de la primera autoridad civil de fijar periódicamente mediante resoluciones publicadas en las respectivas Gacetas, los sitios donde no podrán realizarse reuniones públicas o manifestaciones, oyendo previamente la opinión de los partidos, aplicando con preferencia las disposiciones de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, durante los procesos comiciales.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, esta Sala Constitucional concluye que la normativa prevista en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, prevé las pautadas adecuadas para el ejercicio cabal y efectivo del derecho a la manifestación pacífica sin que ello implique en modo alguna una limitación total y absoluta de su ejercicio; y así se declara.

2.- Aclarar las dudas que tiene el accionante sobre el procedimiento pautado en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

En lo que atañe a la primera duda, referida al hecho de si ¿para ejercer el derecho a manifestar, en los términos previstos en el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe el o los manifestantes solicitar autorización?.

Esta Sala Constitucional estima que, en acatamiento al contenido regulatorio previsto en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, resulta obligatorio para los partidos y/o organizaciones políticas así como para todos los ciudadanos, -cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones- agotar el procedimiento administrativo de autorización ante la primera autoridad civil de la jurisdicción correspondiente, para de esta manera poder ejercer cabalmente su derecho constitucional a la manifestación pacífica.

En lo que respecta a la segunda pregunta formulada referida a si ¿constituye la autorización -de ser necesaria- un requisito legal o limitación legal al derecho a manifestar al que hace referencia tanto el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como el artículo 41 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, respectivamente?

La autorización emanada de la primera autoridad civil de la jurisdicción de acuerdo a los términos de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento limita de forma absoluta el derecho a la manifestación pacífica, impidiendo así la realización de cualquier tipo de reunión o manifestación.

Por lo tanto, cualquier concentración, manifestación o reunión pública que no cuente con el aval previo de la autorización por parte de la respectiva autoridad competente para ello, podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales (como por ejemplo, el derecho al acceso a un instituto de salud, derecho a la vida e integridad física), actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello, en el marco de los dispuesto en la Constitución y el orden jurídico.

En lo concerniente a la tercera duda, referida al hecho de que ¿el órgano administrativo que actúe en el marco de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, específicamente con base en los artículos 43, 44, 46 y 50 de esa ley, puede denegar, modificar o aprobar esa autorización mediante acto administrativo expreso?.

De acuerdo a las previsiones de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, la primera autoridad civil de la jurisdicción -donde se desee realizar la concentración, manifestación o reunión pública- no se encuentra limitada a los términos en que se efectúe la solicitud, pudiendo no solo negar la autorización, sino también modificarla en caso de acordarla o autorizarla en cuanto a la indicación del lugar y el itinerario escogido (el día y hora). Dicho pronunciamiento, deberá ser emitido mediante acto administrativo expreso, en el cual se haga alusión a las razones o fundamentos de su decisión, aspectos estos que deberán ser tomados en consideración por el o los solicitantes al momento de recurrir de la decisión *in commento*.

En cuarto lugar, adujo la siguiente incertidumbre, ¿esta autorización tiene como finalidad autorizar o no la manifestación pública o versa solamente acerca de la posibilidad que tiene la autoridad de señalar el sitio donde deba realizarse la reunión o manifestación pública?.

La autorización prevista en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, comprende dos aspectos importantes, el primero, relacionado con la habilitación propiamente dicha para permitir la concentración, reunión pública o manifestación y el segundo, vinculado con las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se podrá llevar a cabo dicha actividad.

En quinto lugar, expresó la siguiente duda, ¿qué facultades en materia de orden público posee el órgano competente si fuesen desobedecidas las limitaciones o condiciones al derecho de manifestar?.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en su artículo 178, cardinal 7 como una de las atribuciones del Municipio, la “...*justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable...*”.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, publicada el 7 de diciembre de 2009 en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.940 Extraordinario, estableció en sus artículos 34, cardinal 4, 44 y 46, lo siguiente:

“Artículo 34. *Son atribuciones comunes de los cuerpos de policía:*

(...)

4. *Ejecutar las políticas emanadas del Órgano Rector en materia de seguridad ciudadana, incluyendo tránsito, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, anticorrupción, antisequestros, acaparamiento y especulación alimentaria, adulteración de medicinas y otros bienes de consumo esenciales para la vida, delincuencia organizada, turismo, ambiente y orden público...*” (destacado de la Sala).

“Artículo 44. Los cuerpos de policía municipal son órganos o entes de seguridad ciudadana encargados de ejercer el Servicio de Policía en su espacio territorial y ámbito de competencia, primordialmente orientados hacia actividades preventivas y control del delito, con estricta sujeción a los principios y lineamientos establecidos en esta Ley, sus reglamentos y los lineamientos y directrices dictados por el Órgano Rector.”

“Artículo 46. Los cuerpos de policía municipal tendrán, además de las atribuciones comunes de los cuerpos de policía previstas en esta Ley, competencia exclusiva en materia administrativa propia del municipio y protección vecinal.”

Del contenido de las disposiciones transcritas *supra*, se aprecia que los cuerpos de las policías municipales como entes de seguridad ciudadana además de tener sus competencias naturales como policías administrativas, tendrán además atribuciones comunes con el Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, dentro de las cuales destaca, el mantenimiento del orden público de acuerdo a las políticas emanadas del Órgano Rector en materia de seguridad ciudadana.

Por lo tanto, siendo ello así y visto que las policías municipales detentan una competencia compartida en materia del control del orden público, estos organismos de seguridad tiene la obligación de coadyuvar con el resto de los cuerpos de seguridad (policías estatales, Policía Nacional Bolivariana y Guardia Nacional Bolivariana) en el control del orden público que resulte alterado con ocasión del ejercicio ilegal del derecho a la manifestación.

Finalmente, expresó como última inquietud, ¿qué facultades sancionatorias posee el órgano competente si fuesen desobedecidas las limitaciones o condiciones al derecho a manifestar?.

Ante la desobediencia de la decisión tomada por la primera autoridad civil de la jurisdicción, bien por el hecho de haberse efectuado la manifestación o reunión pública a pesar de haber sido negada expresamente o por haber modificado las condiciones de tiempo, modo y lugar que fueron autorizadas previamente, la referida autoridad deberá remitir al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible toda la información atinente a las personas que presentaron la solicitud de manifestación pacífica, ello a los fines de que determine su responsabilidad penal por la comisión del delito de desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 483 del Código Penal, además de la responsabilidad penal y jurídica que pudiera tener por las conductas al margen del Derecho, desplegadas durante o con relación a esas manifestaciones o reuniones públicas.

Precisado el contenido y alcance del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como las dudas generadas con ocasión de la aplicación de los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, esta Sala declara resuelto el presente recurso de interpretación, en los términos expuestos en el presente fallo. Así se decide.

TJSJ-SC (263) 10-4-2014, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Caso: Gerardo Sánchez Chacón (Alcalde Municipio del Estado Carabobo(contenido y alcance del artículo 68 de la Constitución, así como las dudas generadas con ocasión de la aplicación de los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la G.O. N° 6.013 Ext. del 23 -12- 2010), RDP N° 138, 2014, pp. 99-101.

Establecido lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso interpuesto y, al respecto, observa que en la sentencia N° 1029 del 13 de junio de 2001 (caso: *Asamblea Nacional*), este órgano jurisdiccional precisó los requisitos de admisibilidad del recurso de interpretación constitucional, en atención a su objeto y alcance. En este sentido, estableció lo siguiente:

“...1.- Legitimación para recurrir. Debe subyacer a la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante.

2.- Precisión en cuanto a la oscuridad, ambigüedad o contradicción de las disposiciones enlazadas a la acción.

3.- Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisibilidad 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.

4.- Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, ni que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite.

5.- Cuando no se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles;

6.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible;

7.- Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos;

8.- *Inteligibilidad del escrito;*

9.- *Representación del actor.*

10.- *En caso de que no sean corregidos los defectos de la solicitud, conforme a lo que se establece seguidamente... ”.*

La solicitud deberá expresar:

1.- *Los datos concernientes a la identificación del accionante y de su representante judicial;*

2.- *Dirección, teléfono y demás elementos de ubicación de los órganos involucrados;*

3.- *Descripción narrativa del acto material y demás circunstancias que motiven la acción.*

En caso de instancia verbal, se exigirán, en lo posible, los mismos requisitos.

La Sala advierte que, en el caso de autos, el recurrente demostró el cumplimiento efectivo de cada uno de los requisitos señalados *supra*; en efecto, este órgano jurisdiccional reconoce la legitimidad de la parte actora, debido a la titularidad que ostenta como Alcalde del Municipio Guacara del Estado Carabobo así como “...*la necesidad que [tiene], como primera autoridad civil del municipio, en tener una absoluta claridad en cuanto a (su) actuar frente al requerimiento de manifestaciones públicas dentro del municipio Guacara...*”.

En segundo lugar, la acción fue planteada por el referido Alcalde bajo la premisa de una ambigüedad sobre el contenido y alcance del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrollado en los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, específicamente, en lo atinente a su actuar como primera autoridad civil del Municipio Guacara del Estado Carabobo frente al requerimiento de manifestaciones públicas dentro de la referida entidad política territorial.

Asimismo, la presente solicitud de interpretación representa una novedad ya que este órgano jurisdiccional no ha establecido criterio sobre las normas objeto de las interrogantes planteadas en ella. No existen vías ordinarias a las cuales pudiese acudir para dilucidar su pretensión, ni acumulación con otra acción con la que pudiese excluirse mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.

La acción fue presentada en términos claros, en ausencia de conceptos ofensivos y con los documentos indispensables para verificar su admisibilidad. En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala admite la interpretación solicitada; y así se decide.

IV

DE LA DECLARATORIA DEL ASUNTO COMO URGENTE

En cuanto al procedimiento a seguir para sustanciar la acción de interpretación constitucional, la Sala, en sentencia del 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León*), dejó abierta la posibilidad de que, una vez admitida la acción, **si lo creyere necesario**, en aras de la participación de la sociedad, pudiera emplazar por “Edicto” a cualquier interesado que quisiera coadyuvar en el sentido que ha de darse a la interpretación, para lo cual se señalaría un lapso de preclusión a fin de que aquéllos concurrieran y expusieran por escrito (dada la condición de mero derecho de este tipo de causas), lo que creyeran conveniente.

Además, a los mismos fines, se haría saber de la admisión del recurso, mediante notificación, a la Fiscalía General de la República y a la Defensoría del Pueblo, quedando a criterio del Juzgado de Sustanciación de la Sala el término señalado para observar, así como la necesidad de llamar a los interesados, ya que la urgencia de la interpretación puede conducir a que sólo sean los señalados miembros del Poder Ciudadano los convocados (*Vid.* Sentencia N° 226 del 20 de febrero del 2001, caso: *Germán Mundaraín Hernández y otros*).

En la presente causa, la Sala, en atención a la facultad discrecional que posee, considera pertinente entrar a emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, sin necesidad de abrir procedimiento alguno, por estimar que la presente causa constituye un asunto de mero derecho, que además debe resolverse con la menor dilación posible, por lo que pasará inmediatamente a pronunciarse sobre su procedencia; y así se decide.

TSJ-SPA (840) 27-7-2016, Magistrada Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero, Caso: Delsa Solórzano y Manuel Rojas Pérez vs. Resolución N° 008610 de 23/1/2015 (Ministro del Poder Popular para la Defensa), RDP N° 147-148, 2026, pp. 279-283.

Este artículo dispone lo siguiente:

*“Artículo 68. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, **pacíficamente y sin armas**, sin otros requisitos que los que establezca la ley.*

***Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas.** La ley regulará la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público.”* (Resaltado de la Sala).

La norma transcrita consagra el derecho de todos los ciudadanos a manifestar *pacíficamente y sin armas*. Debe advertirse que el citado derecho no es absoluto, es decir, aun cuando se trate de manifestaciones *pacíficas* ellas estarán sujetas a los requisitos y demás determinaciones que establezca la ley.

El referido precepto prohíbe absolutamente el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones *pacíficas*. También se prevé que la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público estará regulada por la ley.

Del artículo citado se deriva que están prohibidas las armas de fuego para el control de manifestaciones pacíficas, **no así para aquellas que resulten o se tornen violentas**.

Esto último además de emanar del significado propio de las palabras, deviene de la obligación del Estado -también prevista constitucionalmente- de proteger y garantizar al resto de los ciudadanos (que no participan en esa manifestación que se ha tornado violenta) la protección frente a situaciones que constituyan amenaza o riesgo para su integridad física, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Dicha obligación está contemplada en el artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, norma que dispone lo siguiente:

*“Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, **frente a situaciones que constituyen amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.***

La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias será regulada por una ley especial.

*Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. **El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley.***” (Resaltado de la Sala).

Debe pues el Estado armonizar y garantizar el respeto de los derechos humanos de todos los ciudadanos, de quienes manifiestan y de quienes no lo hacen, sino que residen, estudian, trabajan o trabajan en la zona donde se desarrolla la reunión pública o manifestación, así como los derechos de los funcionarios de los cuerpos policiales, de seguridad ciudadana y militares que participen en el control del orden público.

Es de destacar que el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue objeto de interpretación por parte de la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, oportunidad en la cual se estableció lo siguiente:

“(...) La disposición constitucional transcrita supra en su primera parte hace referencia al derecho a la manifestación pacífica, como uno de los derechos políticos que detentan los ciudadanos, el cual, junto con el derecho a la reunión pública previsto en el artículo 53 de la Carta Magna constituyen una manifestación del derecho a la libertad de conciencia de los ciudadanos (artículo 61). Ahora bien, el derecho a la manifestación en el ordenamiento jurídico venezolano no es un derecho absoluto, entendiéndose por tal, aquella clase o tipo de derecho que no admite restricción de ningún tipo, como es el caso del derecho a la vida, a la salud, entre otros, cuyos ejercicios se encuentran garantizados de forma amplia sin limitación de ningún tipo.

En tal sentido, el derecho a la manifestación admite válidamente restricciones para su ejercicio, y así expresamente lo reconoció el Constituyente de 1999 en el artículo 68, -tal como lo estableció la Constitución de 1961 en su artículo 115- al limitar su ejercicio a las previsiones que establezca la Ley. En tal sentido, la Asamblea Nacional en atención al contenido del artículo 68 de la Carta Magna, dictó el 21 de diciembre de 2010 la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, en la cual en el Título II normó el aspecto relacionado con el derecho constitucional a la manifestación, bajo el Capítulo I denominado “De las reuniones públicas y manifestaciones”, estableciendo así una serie de disposiciones de cumplimiento obligatorio no solo para los partidos políticos, sino también para todos los ciudadanos, cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones.

En este mismo orden de ideas, se aprecia que en la segunda parte del artículo 68 de la Constitución, también se prevé un acatamiento irrestricto a la ley por parte de los cuerpos policiales y de seguridad encargados del control del orden público, quienes en su actuación no solo estarán en la obligación garantizar el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a manifestar pacíficamente, sino también a impedir que éstos, en el curso de la protesta, incurran en excesos que se puedan traducir en lesiones o amenazas de violación de derechos fundamentales del resto de la ciudadanía, como sería el caso del derecho al libre tránsito o al trabajo; sino también a los que estando en ellas no se excedan en dichas concentraciones, velando siempre y en todo momento para que en el control de ese tipo de situaciones exista un respeto absoluto de los derechos humanos, evitando el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas.

Determinado como se encuentra el alcance del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala advierte que la interpretación de autos se planteó en virtud de la necesidad que tiene el accionante (ciudadano Gerardo Sánchez Chacón), como primera autoridad civil del Municipio Guacara del Estado Carabobo, de tener una absoluta claridad en cuanto a su actuar frente al requerimiento de manifestaciones públicas dentro del referido Municipio. (...)” (sentencia de la Sala Constitucional N° 276 del 24 de abril de 2014) (Resaltado de la Sala Político-Administrativa).

La mencionada sentencia, invocada por los actores en su recurso, precisó que la primera parte del artículo 68 *eiusdem* prevé el derecho a la manifestación *pacífica* no como derecho absoluto sino limitado por las disposiciones contenidas en la Ley. Asimismo, ese fallo expresó que la segunda parte de dicho artículo establece la obligación de los cuerpos policiales y de seguridad encargados del orden público de respetar los derechos humanos *evitando* el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas.

En el presente caso lo alegado por los actores se reduce a lo siguiente:

Que el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no contiene un principio que deba o pueda ser ponderado para dar preeminencia a otro del mismo rango normativo, que ello es así porque lo que subyace detrás de esa prohibición es el derecho a la vida y a la integridad personal de los ciudadanos.

Que a pesar de que el artículo 68 *eiusdem* prohíbe el uso de las armas de fuego en las manifestaciones públicas, la resolución impugnada lo permite expresamente, en cualquier tipo de manifestaciones pacíficas o violentas.

Al respecto se reitera que lo que está prohibido por el texto constitucional es el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas, no así en aquellas que sean violentas o que se tornen violentas.

A fin de determinar, en esta fase cautelar, si la Resolución N° 008610 dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa en fecha 23 de enero de 2015, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.589 del 27 de enero de 2015 vulnera el mencionado derecho constitucional es preciso revisar su articulado.

En este sentido se observa que el acto impugnado regula la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones y manifestaciones públicas “*dentro del desarrollo del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y la protección de los derechos Humanos*” (artículo 1° *eiusdem*).

Dentro de las finalidades de la mencionada resolución figura la protección de los derechos humanos de quienes participan en las reuniones públicas y manifestaciones, así como, de las demás personas y la sociedad en general mediante el establecimiento de principios, directrices y procedimientos uniformes sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones y manifestaciones públicas a través del uso progresivo y diferenciado de la fuerza cuando la situación lo amerite, de acuerdo a lo establecido por la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos (artículo 2° *eiusdem*).

En su artículo 5, la resolución impugnada establece que las acciones de los funcionarios de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana se regirán por los siguientes principios: 1) Respeto y garantía del derecho humano a la vida como valor supremo en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. 2) Ponderación de los Derechos Humanos y Garantías. 3) Protección de las poblaciones en situación de vulnerabilidad. 4) Adecuación profesional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y 5) Uso progresivo y diferenciado de la Fuerza.

Se establece además en la citada resolución que el personal militar que ejerza funciones de control del orden público deberá contar con una formación especial y entrenamiento continuo y obligatorio en esa materia. Dicho entrenamiento se realizará mínimo una vez al año y abarcará los aspectos psicológicos, técnicos y operacionales.

La formación comprenderá, entre otros, la doctrina sobre el uso progresivo y diferenciado de la fuerza, las técnicas de disuasión, uso de equipos, armas y accesorios autorizados para el control de reuniones públicas y manifestaciones, derechos humanos y garantías plasmadas en la Constitución (artículos 8 y 9 *eiusdem*).

Asimismo dispone el acto recurrido que los órganos de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana responsables del control de reuniones públicas y manifestaciones recibirán adecuada dotación de equipos, implementos, armas y accesorios “***debidamente autorizados y homologados por los organismos internacionales en cuanto al restablecimiento del orden público a fin de garantizar la protección de la vida, integridad y seguridad del personal militar (...), los Derechos Humanos de las personas que participan en las reuniones públicas o manifestaciones y de la población en general (...)***” (artículo 10 *eiusdem*) (Resaltado de la Sala).

Se precisa en el acto impugnado que la planificación y actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana incluirá el análisis y evaluación de cada situación por parte de personal debidamente adiestrado, capacitado, entrenado y equipado, facilitando así el empleo de técnicas de prevención, solución pacífica de conflictos y uso progresivo y diferenciado de la fuerza, aplicando los principios de legalidad, necesidad y discrecionalidad “*mediante la utilización de la escala progresiva en función de la resistencia y oposición de las personas y no como producto de la predisposición de la o el efectivo militar, con maltrato físico o psicológico*” (artículos 14 y 15 *eiusdem*).

Igualmente, el acto impugnado establece que, durante el desarrollo de las reuniones públicas y manifestaciones, la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, previa coordinación con el órgano rector en materia de seguridad ciudadana, cumplirá con el Plan de Operaciones elaborado para tal fin, dependiendo del grado de alteración del orden público.

Antes de actuar, evaluará diversos factores y cuando los medios alternativos de resolución de conflictos no resulten satisfactorios, la unidad militar actuante advertirá a quienes participan en esas reuniones públicas y manifestaciones que harán uso progresivo y diferenciado de la fuerza. Entre otras actuaciones, los funcionarios militares extremarán las precauciones para el uso de agentes químicos en forma estrictamente localizada, a fin de evitar su difusión y extensión en inmediaciones de edificaciones que congreguen personas con mayor riesgo de sufrir sus consecuencias.

En este sentido se prevé expresamente que *“No portarán ni usarán armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, a menos que, por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla, sea necesario su porte y uso.”* (Artículo 15 eiusdem) (Resaltado de la Sala).

Además, el acto recurrido dispone que los efectivos militares aplicarán *“la fuerza que fuere necesaria de forma progresiva y diferenciada, orientados en todo caso por la afirmación de la vida como valor supremo”* y en función del nivel de resistencia y oposición de las personas que estén enervando la intervención de la autoridad (artículos 20 y 21 eiusdem).

La citada normativa define varias situaciones y precisa los criterios que deben tomarse en cuenta para graduar el uso de la fuerza por parte de los funcionarios militares, los cuales serán los siguientes: proporcionalidad, progresividad, minimización, instrumentalidad y diferenciación (artículo 23 eiusdem).

El empleo de armas de fuego está más ampliamente regulado en el artículo 24 de la resolución recurrida, el cual dispone que estas serán utilizadas solo cuando sea inevitable y bajo las determinaciones que ahí se señalan, tales como tomar precauciones especiales para proteger la vida humana, proceder de modo que se preste asistencia médica a las personas heridas o afectadas y notificar lo sucedido a los parientes o personas cercanas al herido o afectado, a la brevedad posible.

Adicionalmente, se regula expresamente que los efectivos militares no podrán hacer uso de lenguaje soez, provocador o desafiante, ni hacer agresión física directa contra cualquier participante en dichas reuniones o manifestaciones, ni utilizar armas o agentes químicos directamente sobre el cuerpo de las personas, ni realizar actos de castigo directo o ensañamiento (artículos 27 y 29 eiusdem).

Por otra parte, está previsto en la normativa impugnada, que dentro de los tres (3) meses siguientes a su entrada en vigencia, se elabore un *“Manual de Normas y Procedimientos Operativos del Servicio de Seguridad en Materia de Orden Público de Uso Común para las y los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana”* que desarrollará, entre otras cosas, la participación, entrenamiento, adiestramiento y equipamiento utilizado en las reuniones públicas y manifestaciones (artículos 10 y disposición transitoria segunda eiusdem).

Finalmente, se establece en el acto recurrido que los funcionarios militares que utilicen indebidamente o se excedan en el uso de la fuerza durante el desarrollo de reuniones públicas y manifestaciones o que contravinieren disposiciones legales o reglamentarias serán sancionados disciplinariamente, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles y administrativas que se deriven de tales actos.

Luego de revisar la normativa cuya nulidad solicitaron los recurrentes la Sala observa que su finalidad es proteger los derechos y garantías de las personas que participan en las reuniones públicas y manifestaciones, de las demás personas y de la sociedad en general, mediante el establecimiento de directrices claras y uniformes sobre la actuación de los efectivos militares en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana.

Se advierte que el acto impugnado está dirigido a todas las reuniones públicas y manifestaciones, **pero solo permite el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas para el control de las manifestaciones no pacíficas** y aun en ese caso, regula tales situaciones al ordenar un cúmulo de precauciones especiales a fin de proteger la vida y demás derechos humanos de los manifestantes y en general de toda la ciudadanía.

Dentro de tales precauciones figuran el uso progresivo y diferenciado de la fuerza, la utilización de armas de fuego solo cuando sea inevitable y bajo las determinaciones que ahí se detallan, por parte de un personal militar calificado (con formación especial en el área realizada anualmente he instruido en el manejo de técnicas de disuasión) dotado de equipos, implementos, armas y accesorios autorizados por los organismos internacionales para el restablecimiento del orden público.

Por las razones expuestas, en esta fase cautelar, la Sala considera que la Resolución N° 008610 del 23 de enero de 2015 dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa no infringe el derecho a la manifestación pacífica. Así se decide.

SÉPTIMA PARTE
LOS DERECHOS AMBIENTALES

Artículo 127 C. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Artículo 129 C. Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas **deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.**

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenientes y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

TSJ-SPA (1794) 3-8-2000, Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa, Caso: Reyna C. Meléndez C. y otros vs. Gobernación del Estado Falcón. RDP N° 83, 2000, pp. 191-192.

La creación de rellenos sanitarios es parte insoslayable en las políticas de preservación del ambiente, aún cuando su propia ejecución pudiera contemplar la realización de actividades susceptibles de degradarlo; los posibles daños deben ser permisibles, esto es reparables, y que se consideren necesarios por cuanto reportan beneficios económicos o sociales evidentes.

Del libelo se desprende, en primer lugar, el alegato de violación del derecho consagrado en el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a tenor del cual:

Aducen los accionantes que el acto impugnado transgrede la transcrita disposición constitucional por cuanto la instalación del relleno no sólo ocasionaría daños a la tierra y a los animales que pastan en la zona, sino que impediría a los ocupantes de los terrenos, desenvolverse en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y percibir ingresos por ventas de productos agrícolas y pecuarios.

Para esta Sala, el estudio de las actuaciones procesales realizado en los párrafos precedentes conduce a confirmar la existencia de actividades en los terrenos que componen el sector denominado El Saladillo, que atentan contra el ambiente, específicamente, referidas a la instalación

de un relleno sanitario en una zona que previamente ha sido declarada como de máxima preservación, pues ha sido categorizada como de Uso Agrícola I; tal como se desprende del Decreto Presidencial N° 2.495, contenido del Plan Nacional de Ordenación del Territorio, publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.277, Extraordinario, de fecha 26 de noviembre de 1998.

El Decreto de la Gobernación del Estado Falcón que ha sido impugnado, esto es, el Decreto N° 385 del 13 de octubre de 1999, como se dijo, modificó el uso agrícola y pecuario de máxima preservación de los terrenos que componen “El Saladillo” en el Estado Falcón, pese a las posiciones adversas a la instalación provisional del relleno sanitario para la ciudad de Coro en la citada zona, que la Comisión Regional para la Ordenación del Territorio había expresado reiteradamente luego de los estudios técnicos y legales indispensables realizados para su autorización.

Prueba de ello lo constituye el Acta de la reunión llevada a cabo el 27 de septiembre de 1999 por la Comisión Regional de Ordenación del Territorio, que cursa a los folios 116 al 118 del expediente, de cuyo contenido se desprende la sugerencia por parte de la citada Comisión de realizar estudios técnicos específicos que el Ministerio del Ambiente considerara pertinentes para ubicar el relleno sanitario para la ciudad de Coro; ratificándose, en dicha Acta, la posición de la Comisión de no desafectar los terrenos de “El Saladillo” “...en virtud de no ser procedente debido a los argumentos técnicos y legales expuestos oportunamente por los organismos que conforman esta Comisión...”

En este orden de ideas, sorprende a esta Sala que el Decreto N° 385 emanado de la Gobernación del Estado Falcón haya sido dictado a pesar de la opinión negativa a la desafectación, adoptada por la Comisión Regional de Ordenación del Territorio; ente este que, por demás, estuvo presidido por el Coordinador General del Comité de Planificación y Coordinación de la propia Gobernación del Estado Falcón, quien además suscribió el acta a la cual se hizo referencia en el párrafo anterior.

Es claro para la Sala el deber del Estado de proteger el ambiente, tal como lo dispone el artículo 127 constitucional; de allí que las políticas de ordenación territorial deben atender, entre otras, a las realidades ecológicas como así lo ha dispuesto el artículo 128 *eiusdem*. La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente define a éste como un conjunto apto para la vida, pero no como un bien individual sino como una necesidad colectiva para el desarrollo óptimo de las funciones vitales.

La creación de rellenos sanitarios es parte insoslayable en las políticas de preservación del ambiente, aún cuando su propia ejecución pudiera contemplar la realización de actividades susceptibles de degradar el ambiente; pero los posibles daños deben ser permisibles, esto es, reparables y que se consideren necesarios por cuanto reportan beneficios económicos o sociales evidentes. Para ello, deben estar autorizados y respaldados, además, bajo garantías, procedimientos y normas para su corrección, tal como se desprende del artículo 21 de la Ley Orgánica del Ambiente.

No cabe duda para esta Sala que el relleno sanitario para la ciudad de Coro, en el Estado Falcón, no debe estar constituido, como hasta ahora lo ha sido, por el vertedero a cielo abierto de “Las Tenerías” ubicado precisamente en el Parque Nacional Médanos de Coro; pero ello no justifica que se prive la práctica de actividades tendentes al desarrollo regional, como las que se ejecutan en el lote de terreno que conforma el sector denominado “El Saladillo”, esto es, las tareas agrícolas y pecuarias, cuya realización en dicha zona están suficientemente probadas en el expediente.

A juicio de este Máximo órgano Judicial, de los autos emerge una presunción grave de violación constitucional, concretamente, en lo que se refiere a los derechos ambientales referidos en el Capítulo IX de la Constitución (artículos 127 al 129) así como al derecho fundamental a la salud a que se contrae el artículo 83 *eiusdem*, contra los ocupantes del lote de terreno en “El Saladillo”, quienes han solicitado a esta Sala el amparo de sus derechos constitucionales que se comprueban vulnerados; razón por la cual esta Sala considera procedente la solicitud de autos, así se declara.

CPCA (1224) 21-9-2000, Magistrada Ponente: Ana María Ruggeri Cova, Caso: Representación Quickproyect & Design de Venezuela, C.A. vs. República (Ministerio de Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables), RDP N° 83, 2000, p.193.

La Constitución consagra un auténtico derecho subjetivo a la calidad ambiental, el cual se constituye en un derecho constitucional de carácter individual y colectivo.

En este sentido, la Constitución siguiendo con las nuevas tendencias del Derecho Internacional Ambiental consagra un auténtico derecho subjetivo a la calidad ambiental, el cual se constituye en un derecho constitucional de carácter individual y colectivo.

Así pues, toda actividad urbanística o de cualquier otra clase que implique afectación de los recursos naturales en áreas urbanas, deberá sujetarse y dar estricto cumplimiento a las leyes ambientales y normas técnicas, a fin de asegurar la coexistencia armónica con los derechos de gozar de un ambiente sano y apto para vivir.

Ahora bien, la consagración de este derecho a la calidad ambiental comporta que otros derechos constitucionales garanticen un mínimo existencial ecológico. En efecto, derechos fundamentales como el derecho constitucional a la propiedad se encuentran limitados por las consecuencias perjudiciales que pueda tener el ejercicio de los mismos sobre el ambiente, lo cual se constituye materia de orden público.

TSJ-SC (601) 18-5-2009, Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Enrique Márquez y otros vs. Fondo Nacional de Investigaciones Agrícolas y Pecuarias (FONAIAP) y otros, RDP N° 118, 2009, pp. 202-214.

Permitir el ejercicio ilimitado de una actividad económica, el derecho de propiedad o de acceder a una vivienda, sin atender o someterse a las restricciones de carácter constitucional o legal que el ordenamiento jurídico establece, convertiría tales derechos y su tutela judicial, en instrumentos de desigualdad e injusticia y no de garantías fundamentales, en la medida que se obtendría una defensa de derechos particulares, en desmedro del interés general en la preservación de un ambiente ecológicamente equilibrado, circunstancia que el constituyente y el legislador considera contraria a los intereses de la sociedad en contar con medio ambiente seguro y sano.

En el presente caso, el punto controvertido se encuentra constituido respecto a las “conductas (sic) omisiva (sic) el Fondo Nacional de Investigaciones Agrícolas y Pecuarias (FONAIAP); en conducta omisiva y amenaza inminente (sic) la Dirección de Planeamiento Urbano de la Alcaldía del Municipio Mario Briceño Iragorry del Estado Aragua; y en amenaza de violación latente e inminente, (sic) el Comité Pro-vivienda de FONAIAP-MARACAY (OCV. MARQUÉS DEL TORO) (...), para desarrollar parte del Complejo Habitacional de la OCV de los Trabajadores de FONAIAP, pues consideran (sic) la parte agraviada que el hecho que quieran talar ochocientos catorce árboles (...) es suficiente quebrantamiento de violación de normas legales como las establecidas en la Ley Forestal de Suelos y Aguas [y la Constitución]”; fundamentando su acción en los artículos 26, 127, 129, 151 y 159 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con la Ley de Bosques y Gestión Forestal y la Ley de Aguas.

La representación judicial del Comité Pro-vivienda de FONAIAP-MARACAY (OCV. MARQUÉS DEL TORO), alegó que los informes, estudios y documentos anexos en el expediente, evidencian a su juicio que el referido Comité cuenta con los requerimientos legales necesarios para la tala o “limpieza del terreno de la Urbanización El Marqués del Toro ubicado en la Avenida 100, Sector el Paseo [del Municipio Mario Briceño Iragorry del Estado Aragua] para la remoción de la capa vegetal y bote” (anexo 2).

En tal sentido, advirtió la parte presuntamente agravante que el correspondiente desarrollo habitacional cuenta con los permisos municipales, referidos al cumplimiento de variables urbanas, permiso de contracción mayor (anexo 2; A); limpieza del terreno (anexo 2; C) y el establecimien-

to de restricciones por seguridad o protección ambiental emanado de la Dirección Estatal Ambiental del Estado Aragua del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente (anexo 2; G), por lo que al verificarse en principio el cumplimiento de las condiciones legales para el desarrollo habitacional, el amparo debe ser declarado sin lugar, ya que la intervención de un terreno para su afectación y destinación a una planificación urbana siempre genera un perjuicio ambiental que el ordenamiento jurídico tolera y permite en la medida que esta sea formulada con anticipación, implementada oportunamente y ejecutada conforme al ordenamiento jurídico aplicable. En tales situaciones, el particular o la sociedad no podría en principio, oponer la preexistencia de situaciones jurídico-subjetivas que serían modificadas o extinguidas como la existencia de una capa vegetal o su intervención en la conservación de la misma aduciendo una violación al derecho fundamental a un ambiente sano o a la biodiversidad, en la medida que derechos como la libertad de empresa, acceso al mercado o a la vivienda, deben ser igualmente tutelados.

Por su parte la representación judicial del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente afirmó que la acción de amparo debía ser declarada improcedente por no existir ni siquiera la amenaza de violación a derecho constitucional alguno, toda vez que consideró, que el “*Comité Pro-vivienda de FONAIAP-MARACAY (OCV. MARQUÉS DEL TORO)*”, cuenta con los requerimientos legales necesarios para el desarrollo de la Urbanización El Marqués del Toro ubicado en la Avenida 100, Sector el Paseo del Municipio Mario Briceño Iragorry del Estado Aragua, los cuales no se encuentran sometidos a ningún régimen estatutario de derecho público.

Al respecto, la Sala advierte de las actas procesales que consta autorización de la Dirección de Planeamiento Urbano del Municipio Mario Briceño Iragorry del Estado Aragua del 23 de mayo de 2007, a favor del “*Comité Pro-vivienda de FONAIAP (...) [para] la limpieza del terreno, remoción carga y bote de la capa vegetal en terrenos de la Urb. El Márquez del Toro, ubicado en la Avenida 100, Sector el Paseo*” (anexo 2; C) y que “*la franja de terreno objeto del presente amparo constitucional (...) tal como se evidencia del plano reducido del proyecto, en gran parte es área verde dentro del proyecto urbanístico, es zona destinada a caminerías, barrilleras, parques infantiles*” (Cfr. Escrito del 18 de junio de 2008, presentado por la representación judicial del Comité Pro-vivienda de FONAIAP y ratificado en la audiencia constitucional del 30 de abril de 2009).

Así, a los fines de resolver el fondo del asunto planteado resulta imprescindible determinar si el ejercicio de los derechos de propiedad, a la libertad económica y a la vivienda en los términos expuestos por los presuntos agraviantes y autorizados por el mencionado acto administrativo contenido en el permiso de la Dirección de Planeamiento Urbano del Municipio Mario Briceño Iragorry del Estado Aragua del 23 de mayo de 2007, constituye una violación de los denominados derechos ambientales, conforme al artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Entonces, es de resaltar que los derechos ambientales a la par del derecho a la seguridad alimentaria se caracteriza en que su tutela se dirige fundamentalmente a la protección de generaciones futuras -vgr. Explotación sustentable de los recursos naturales-, lo que necesariamente comporta la posibilidad de determinar la incidencia de cualquier medida sobre el interés general, ya que el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales son considerados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad -Cfr. Artículo 127 y Preámbulo de la Constitución- y, en ese contexto, no basta sostener en materias de especial sensibilidad por el interés común inserto, contraponer la posibilidad de que se generen perjuicios de carácter económico -derecho a la libertad económica o a la propiedad-, sin vincular esa supuesta afectación particular a daños de carácter colectivo o general actuales y futuros.

Ello, es consecuencia inmediata del contenido de los artículos 127 y 129 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro, en la medida que toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, por lo que el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Existe entonces desde el punto de vista constitucional, un parámetro interpretativo que se traduce en la obligación del juez de determinar qué actividades económicas comportan una gestión del patrimonio ambiental que comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras; teniendo presente en todo caso, que la afectación al medio ambiente muchas veces se concreta en actividades que provocan por su mera consumación, un deterioro cierto e irreversible del mismo.

En tal sentido, la Sala ha señalado que *“se observa desde una perspectiva ecológica, que la degradación del medio ambiente ha tenido un efecto desproporcionado, pues muchas veces las presiones comerciales impiden la protección y la utilización colectiva de la biodiversidad de los ecosistemas y la existencia de sistemas justos y equitativos de distribución de los beneficios obtenidos de los recursos naturales, limitando la dimensión ambiental a acuerdos económicos, y no a las reales necesidades sociales y medioambientales de la humanidad”* -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.515/06-.

Desde esa perspectiva, permitir el ejercicio ilimitado de una actividad económica, el derecho de propiedad o de acceder a una vivienda, mediante el desarrollo de un “Complejo Habitacional de la OCV de los Trabajadores de FONAIAP”, sin atender o someterse a las restricciones de carácter constitucional o legal que el ordenamiento jurídico establece, convertiría tales derechos y su tutela judicial, en instrumentos de desigualdad e injusticia y no de garantías fundamentales, en la medida que se obtendría una defensa de derechos particulares, en desmedro del interés general en la preservación de un ambiente ecológicamente equilibrado, circunstancia que el constituyente y el legislador considera contraria a los intereses de la sociedad en contar con medio ambiente seguro y sano.

Por ello, en anteriores oportunidades la Sala ha señalado que el contenido normativo del artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, permite a todos los particulares desarrollar libremente su iniciativa económica, a través del acceso a la actividad de su preferencia, la explotación de la empresa que hubieren iniciado y el cese en el ejercicio de tal actividad, todo ello, sin perjuicio de las restricciones que impone la Constitución y la ley. Así lo señaló esta Sala en sentencia N° 462/01, en la que se estableció lo siguiente:

“respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas”.

En desarrollo del criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, la Sala precisó que en el contexto del principio de libertad -artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- que informa como valor fundamental al ordenamiento jurídico venezolano, se desarrolló el derecho a la libertad económica, igualmente denominado derecho a la libertad de empresa, como una situación jurídica bifronte, en tanto se materializa, en una situación de poder, que faculta a los sujetos de derecho a realizar cualquier actividad económica, siempre que ésta no esté expresamente prohibida o que en el caso de estar regulada, se cumplan las condiciones legalmente establecidas para su desarrollo y, en una prohibición general de perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.444/08-, respecto de lo cual se consideró que:

“se reconoce de igual manera, el principio de regulación, como uno de los aspectos esenciales del Estado social de derecho a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental.

Ambos valores esenciales -libertad de empresa y regulación económica-, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone

la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

El comentado punto de equilibrio se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático, que impera en materia de limitación de derechos fundamentales y de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatar que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.

De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida devendrá en desproporcionada y por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los requerimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.

En el referido marco constitucional, la injerencia pública sobre el principio general de libertad de empresa debe basarse en la salvaguarda del desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y someterse al comentado principio de racionalidad o test democrático” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

Afin a los anteriores asertos, es el criterio jurisprudencial de esta Sala en relación con el derecho de propiedad, según el cual efectivamente la Constitución garantiza categóricamente el derecho de propiedad, sin que ello comporte que “*como casi todo derecho -a excepción de los derechos a la vida y a la integridad- conocen excepciones o limitaciones. En primer lugar, la propiedad puede ser limitada por la ley, si existen razones de utilidad pública o interés general, tal como lo establece el artículo 115 del Texto Fundamental, según el cual: ‘Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes’. Existe abundante jurisprudencia acerca de la posibilidad de que se limite la propiedad si hay razones que lo justifiquen” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 3.537/05-.*

En este contexto, se aprecia que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, “*la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva perspectiva subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como*

mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. La incorporación de exigencias sociales, con fundamento en la utilidad individual y función social al contenido del derecho a la propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido, ya que, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario, hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, en este sentido, cabe destacar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 403/06-

Iguales consideraciones, deben formularse respecto a lo dispuesto en el artículo 82 del Texto Constitucional, según el cual toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, siendo la satisfacción progresiva de ese derecho obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos; ya que la consagración de tal derecho, comporta una necesaria interrelación del mismo con otros derechos constitucionales, que no admite efectuar un examen aislado de dicha norma, que no permita atender a su contexto normativo (Constitución) -siguiendo los diversos métodos interpretativos del Texto Constitucional-, como un todo integrado e interrelacionado que lo dota de un valor conceptual y ejecutivo -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 314/09-.

Las restricciones que impone la Constitución conforme a sus artículos 127 y 129, son desarrolladas por la ley, por lo que resulta conveniente precisar, que la Sala en reiteradas oportunidades ha señalado que es posible que proceda la acción de amparo contra violaciones de normas legales o sublegales en los supuestos en los cuales el desconocimiento, la mala praxis, o la errada interpretación de las mismas enerve el goce y ejercicio pleno de un derecho constitucional o lo haga nugatorio -Cfr. Sentencias de esta Sala Nros. 828/2000, 237/2001, 1.897/2001, 2.656/2001, 1.564/2002, entre otras-.

Ciertamente, se debe convenir en que la acción de amparo constitucional ha sido consagrada, a tenor del artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, con el fin de restablecer la situación jurídica lesionada por el desconocimiento de un derecho positivizado a nivel constitucional; debe reiterarse que el juez en esta sede, se ve compelido a interpretar, si bien de manera casuística pero con fundamento en los límites internos y externos que perfilan toda actividad hermenéutica, el núcleo esencial de los derechos fundamentales, los cuales se encuentran contenidos en normas de diversos instrumentos jurídicos, lo que origina que la antijuridicidad constitucional respecto a ellos involucre diversos planos normativos, sean legales o sublegales; u opere en la ejecución de diversos tipos de relaciones jurídicas en cuyos elementos subjetivos intervengan tanto personas jurídicas individuales, colectivas, públicas o privadas.

Así, la Sala “*está consciente de que esta postura controvierte el sentido expresado en la concepción según la cual el amparo persigue sólo tutelar ante violaciones directas de la Constitución y que, cuando la infracción se refiere a las leyes que la desarrollan, se está frente a una transgresión indirecta que no motiva un amparo. Sin embargo, debe quedar claro que la lesión directa debe entenderse en la línea en que fue explicado anteriormente, es decir, respecto a los conceptos de núcleo esencial y supuestos distintos al núcleo esencial del derecho de que se trate. La lesión será directa cuando toque ese núcleo, sea que la situación en que se origine la lesión acontezca con ocasión de una relación jurídica privada, administrativa, estatutaria o legal, o del desconocimiento, errónea aplicación o falsa interpretación de la ley, reglamento, resolución o contrato, que atente directamente contra el núcleo del derecho o garantía constitucional. No se trata del rango del acto, sino del efecto que sobre los derechos y garantías fundamentales ejerce la violación del acto, en relación con la situación jurídica de las personas y la necesidad de restablecerla de inmediato si ella fuere lesionada” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.853/03-*

Conforme a las consideraciones antes expuestas, por imperativo de la norma contenida en los artículos 127 y 129 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado está en la obligación de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica, para lograr el aprovechamiento sustentable del patrimonio forestal y de las aguas.

Ese reconocimiento constitucional respecto a la protección al ambiente, ha sido en el ámbito internacional recogido en instrumentos que tienen por objeto procurar el interés general, representado por el derecho de toda la población y de la humanidad al goce de un ambiente seguro y sano, surgiendo así una serie de Acuerdos Internacionales -que en muchos casos Venezuela es parte-encaminados a poner en marcha un plan de preservación mundial, que mantenga y eleve la calidad de vida mediante un alto grado de protección de nuestros recursos naturales, la determinación y aplicación de gestiones eficaces para contrarrestar los riesgos contra la seguridad ambiental y garantizar que las políticas en el ámbito ambiental se basen en un planeamiento multisectorial y multinacional, que permita afrontar el creciente deterioro que ha experimentado el ecosistema mundial durante las últimas décadas, en gran parte como consecuencia de la actividad humana.

En el marco normativo venezolano, frente a normas de contenido ambiental dictadas desde hace más de veinte años, tiempo en el cual el Derecho Ambiental ha experimentado un desarrollo acelerado, la conciencia respecto al progresivo deterioro del entorno y el temor e inquietud provocados en todo el planeta por el uso incontrolado de la naturaleza y su impacto en la seguridad y salud de la vida humana y de toda forma de vida en general, ha llevado a la búsqueda de soluciones, entre las cuales se ha optado por la revisión y modificación del ordenamiento estatutario de derecho público vigente en la materia, tales como la Ley de Bosques y Gestión Forestal.

Ahora bien, para el momento en el cual ocurren los hechos lesivos, se interpone y admite la presente acción de amparo, se encontraba en plena vigencia la Ley Forestal de Suelos y Aguas publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1.004 Extraordinario del 26 de enero de 1.966, la cual conforme a la Disposición Derogatoria Primera de la Ley de Bosques y Gestión Forestal (*Gaceta Oficial* N° 38.946 del 5 de junio de 2008), quedó parcialmente derogada en lo que respecta a “los artículo 1° al artículo 21, ambos inclusive; del artículo 26 al artículo 81, ambos inclusive, del artículo 96 al artículo 121, ambos inclusive, del artículo 123 al artículo 130, ambos inclusive”.

En ese sentido, se advierte del contenido del artículo 7 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas, que “*La deforestación, la tala de vegetación alta o mediana, las rozas y quemas, desmontes y cualquier otra actividad que implique destrucción de la vegetación, así como también la explotación de productos forestales en terrenos ejidos o de propiedad privada, no podrán efectuarse sin previa autorización de los funcionarios del ramo, quienes la impartirán de conformidad con los requisitos que al efecto establezca el Reglamento. Esta autorización podrá ser negada o revocada cuando existan o surjan impedimentos técnicos o reglamentarios que lo determinen. La revocatoria procederá también cuando hubiere oposición un tercero y compruebe que es propietario u ocupante de los terrenos objeto de la solicitud*”; lo cual comportaba que para la tala o “*limpieza del terreno de la Urbanización El Marqués del Toro ubicado en la Avenida 100, Sector el Paseo [del Municipio Mario Briceño Iragorrry del Estado Aragua] para la remoción de la capa vegetal y bote*”, el “*Comité Pro-vivienda de FONAIAP-MARACAY (OCV. MARQUÉS DEL TORO)*” requería además de la obtención de la permisología municipal para el correspondiente desarrollo urbanístico, la autorización otorgada por el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente para tales fines, situación que no se verificó en el presente caso.

Empero, verificada la situación jurídica subjetiva “*Comité Pro-vivienda de FONAIAP-MARACAY (OCV. MARQUÉS DEL TORO)*”, debe esta Sala precisar que al no contar éste con la permisología necesaria para la “*limpieza del terreno de la Urbanización El Marqués del Toro ubicado en la Avenida 100, Sector el Paseo [del Municipio Mario Briceño Iragorrry del Estado Aragua] para la remoción de la capa vegetal y bote*”, la posibilidad de acceder a tal permisología, se trata de una verdadera situación en curso, a la cual es aplicable la legislación vigente como es la mencionada Ley de Bosques y Gestión Forestal (*Gaceta Oficial* N° 38.946 del 5 de junio de 2008).

En este sentido, basta reiterar que el criterio del Constituyente coincide con Roubier, quien en su momento indicó que la ley tiene efectos retroactivos “*cuando se aplique a hechos consumados (facta praeterita) o a situaciones en curso (facta pendentia) en la parte que es anterior al cambio de legislación, mas no tendrá efecto retroactivo sino efecto inmediato, cuando se aplique a hechos futuros (facta futura) o a situaciones en curso (facta pendentia) en la parte que es posterior al cambio de legislación -tesis desarrollada por Paul Roubier en su obra Les conflits de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois) y explicada por Joaquín Sánchez-Covisa, La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, en Obra Jurídica, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, p. 234- (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 818/04-, más aún cuando esta Sala en decisión N° 654/2007, señaló lo siguiente:

“como afirma Joaquín Sánchez-Covisa, la noción de retroactividad se encuentra intrínsecamente relacionada con la noción de derecho adquirido, si se entiende por tal ‘aquel que no pueda ser afectado por una ley sin dar a la misma aplicación retroactiva’-, por lo que ambos son ‘el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo de un mismo fenómeno’, expresión que esta Sala ha hecho suya en sentencias nos 389/2000 (Caso Diógenes Santiago Celta) y 104/2002 (Caso Douglas Rafael Gil), entre otras. En consecuencia, esta Sala considera que ha de partirse de la premisa de que ‘una ley será retroactiva cuando vulnere derechos adquiridos’ (Sánchez-Covisa Hernando, Joaquín, La vigencia temporal de la Ley en el ordenamiento jurídico venezolano, 1943, pp. 149 y 237).

Asunto por demás complejo es la determinación de en qué casos una norma jurídica es retroactiva y, en consecuencia, cuándo lesiona un derecho adquirido. Para ello, la autorizada doctrina que se citó delimita cuatro supuestos hipotéticos: (i) cuando la nueva Ley afecta la existencia misma de un supuesto de hecho verificado antes de su entrada en vigencia, y afecta también las consecuencias jurídicas subsiguientes de tal supuesto; (ii) cuando la nueva ley afecta la existencia misma de un supuesto de hecho que se verificó antes de su entrada en vigencia; (iii) cuando la nueva ley afecta las consecuencias jurídicas pasadas de un supuesto jurídico que se consolidó antes de su entrada en vigencia; y (iv) cuando la nueva ley sólo afecta o regula las consecuencias jurídicas futuras de un supuesto de hecho que se produjo antes de su vigencia.

En los tres primeros supuestos, no hay duda de que la nueva Ley tendrá auténticos efectos retroactivos, pues afecta la existencia misma de supuestos de hecho (Actos, hechos o negocios jurídicos) o bien las consecuencias jurídicas ya consolidadas de tales supuestos de hecho que se verificaron antes de la vigencia de esa nueva Ley, en contradicción con el principio ‘tempus regit actum’ y, en consecuencia, con el precepto del artículo 24 constitucional. En el caso de la cuarta hipótesis, la solución no es tan fácil, ante lo cual Sánchez-Covisa propone –postura que comparte esta Sala- que habrá de analizarse el carácter de orden público o no de la norma jurídica que recién sea dictada, para determinar si su aplicación no puede renunciarse o relajarse por voluntad de las partes (Ob. cit., pp. 166 y ss.) y, en caso afirmativo, la nueva legislación puede válidamente y sin ser retroactiva regular las consecuencias futuras de las relaciones existentes, siempre que se respeten los hechos y efectos pasados (...)”.

En ese contexto, se advierte de las actas del expediente (folios 45 al 73) y particularmente de la inspección judicial solicitada por la representación judicial del “Comité Pro-vivienda de FONAIAP-MARACAY (OCV. MARQUÉS DEL TORO)” y del “informe técnico presentado”, que el terreno no es un área natural protegida o de uso especial, “conforme a la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión del Territorio”, observándose igualmente que “en la franja de terreno objeto de la presente inspección judicial se encuentra sembrado de plantas de diversas especies: mangos, aguacates, papayas, cocos, samán, cambures, onoto, guásimo, guama de castilla, naranja, tamarindo, merey, entre otros, así como también hay presencia en este ecosistema de malezas de porte bajo, sobresaliendo gramíneas, en este grupo se pueden mencionar la yaraguá, hyparrhenia rufa, gamelote, panicum maximum, esta maleza se caracteriza de que es perenne y se observa que han adaptado su vida a las condiciones propias del terreno, pero sin ningún valor de aprovechamiento. Las plantas sembradas allí por la mano del hombre presentan crecimiento

intermedio, presumiendo con esto que su siembra es reciente, su edad no arroja más de 10 años, y su número no es superior a ochocientos árboles. Se recomienda realizar un inventario, con el marcaje de los árboles para así determinar la cantidad exacta y especie”.

Por otra parte, en la audiencia constitucional celebrada el 30 de abril de 2009, el ciudadano Alfredo Campero, quien se identificó como ingeniero agrónomo III, adscrito al Ministerio del Popular para el Ambiente, dejó constancia que la mencionada franja de área verde, que colinda con el canal de drenaje de agua de lluvia, puede considerarse como árboles fuera del bosque conforme a la Ley de Bosques y Gestión Forestal.

Por lo tanto, no resulta un hecho controvertido la existencia de un conjunto de árboles de diversas especies que colindan con un drenaje de aguas servidas, que pueden considerarse como árboles fuera del bosque conforme a la Ley de Bosques y Gestión Forestal.

Así, dado que en materia de conservación y uso sustentable de los bosques y demás componentes del patrimonio forestal, en beneficio de las generaciones actuales y futuras, atendiendo al interés social, ambiental y económico de la Nación, se dictó la Ley de Bosques y Gestión Forestal (*Gaceta Oficial* N° 38.946 del 5 de junio de 2008), cuyo ámbito de aplicación son los ecosistemas y recursos naturales que integran el patrimonio forestal del país y los bienes y servicios que de éste se deriven, así como a la gestión orientada a su conservación y al desarrollo forestal sustentable, la misma es plenamente aplicable al presente caso. En tanto, que el artículo 3 de la Ley de Bosques y Gestión Forestal considera que el patrimonio forestal del país abarca la totalidad de los ecosistemas y recursos forestales comprendidos en el territorio nacional, incluidos los bosques nativos, plantaciones forestales, árboles fuera del bosque, así como también las tierras forestales y las formas de vegetación no arbórea asociadas o no al bosque.

Según el artículo 36 *eiusdem*, los árboles fuera del bosque comprenden “*los individuos arbóreos que se encuentran en forma aislada o agrupados sin llegar a pertenecer a la categoría de bosque, en áreas rurales o urbanas*”, siendo el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente el responsable de dirigir y coordinar las acciones orientadas a la conservación de los árboles fuera del bosque localizados en el territorio nacional, y a la preservación de los valores ecológicos y culturales que representan.

Esta potestad de policía administrativa a cargo del mencionado Ministerio, es regulada particularmente en los artículos 62 al 65 *eiusdem*, conforme a los cuales existe un control previo ambiental que impone que el uso del patrimonio forestal está sujeto al otorgamiento de los instrumentos previstos en la Ley de Bosques y Gestión Forestal, tales como las “*Autorizaciones para el uso y aprovechamiento de bosques y árboles fuera del bosque, y para la afectación de vegetación con fines diversos, cuando se trate de terrenos de propiedad privada, o bajo concesiones forestales otorgadas previamente por la República*”, sin perjuicio de la aprobación del estudio de impacto ambiental y socio-cultural correspondiente -y el trámite del procedimiento administrativo ordinario regulado en la mencionada ley- (*Cfr.* Artículos 63.2 y 65 *eiusdem*).

No puede pasar por alto esta Sala, que existe una extensa legislación, doctrina y jurisprudencia respecto a bosques, su papel y funciones ecológicas y socioeconómicas, así como en relación a las estimaciones del área boscosa, deforestación y degradación de los bosques de una región, país o el planeta. Así, la Sala ha señalado que “*(...) ‘la tierra y su biosfera conforma una gran síntesis de sistemas complejos interactivos, incluidos en otros sistemas, orgánicos e inorgánicos, animados e inanimados. El Mundo (en cambio) es la manera que la humanidad ha comprendido y organizado su propia ocupación de la Tierra: una expresión de la imaginación y fines materializados a través de la exploración, la invención, el trabajo y la violencia. Los océanos, las islas, las especies y los ecosistemas son partes integrales de la Tierra, pero el Mundo no se encuentra integrado - sus culturas y valores no conforman una unidad. Todo ser humano es parte de una especie, pero sus valores son diversos’ (Vid. CALDWELL, Lynton Keith. International Environmental Policy, Emergence and Dimensions; Duke Press Policy Studies; Durham, North Carolina, 1984). Ello así, se observa desde una perspectiva ecológica, que la degradación del medio ambiente ha tenido un efecto desproporcionado, pues muchas veces las presiones comerciales impiden la protección y la utilización colectiva de la biodiversidad de los ecosistemas y la*

existencia de sistemas justos y equitativos de distribución de los beneficios obtenidos de los recursos naturales, limitando la dimensión ambiental a acuerdos económicos, y no a las reales necesidades sociales y medioambientales de la humanidad” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.853/03-.

Pero respecto al tema de los árboles fuera del bosque, si bien no existe tal información de forma amplia y sistematizada -tal vez porque como concepto es un neologismo aparecido a mediados de los años noventa-, el Departamento Forestal de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación entre otras organizaciones internacionales, ha señalado que *“la promoción de los árboles fuera del bosque es un elemento estratégico de los esfuerzos que realiza la FAO para aumentar la contribución de la silvicultura para el desarrollo sostenible y la consecución de los medios de subsistencia (...). Un paisaje urbano bello con árboles estimula el comercio, la inversión, el empleo y los valores de la propiedad. Los productos aprovechados para el consumo familiar y los ingresos y trabajos creados mediante la silvicultura urbana son resultados económicos tangibles. Cuando las especies se seleccionan de manera apropiada y los sistemas están bien ordenados, las repercusiones negativas, como los daños causados por raíces, por la humedad que favorece la malaria y los refugios para la delincuencia son controladas”* -Cfr. Página Web, consultada el 4 de mayo de 2009, en el vínculo identificado <http://www.fao.org/forestry/foris/pdf/infonotes/infofaospainish-losarbolesfueraadelbosque.pdf>.

Con base a las disposiciones normativas vigentes y, al conocimiento de esta Sala sobre la materia, la tutela de los árboles fuera del bosque trasciende el mero interés ecológico, ya que representan para la colectividad y los animales una fuente alimentaria importante, contribuyen al equilibrio nutricional, forman parte de los tratamientos tradicionales o autóctonos de la salud, o constituyen fuente de leña y madera para la construcción o generación de energía, además de ser materia prima para actividades artesanales, entre otras actividades asociadas a los mismos. Así, aunado a los múltiples usos de los árboles fuera del bosque, en la construcción y la artesanía, los mismos contribuyen con la diversidad biológica, el control del clima y en la preservación de los ecosistemas, necesarios en la conservación de suelos y aguas.

Más allá de la enumeración de los bienes y servicios que puede proporcionar la conservación de los árboles fuera del bosque, lo fundamental es que la **Constitución al someter la totalidad de las actividades económicas privadas y públicas -producción, distribución o comercialización- a limitaciones de carácter ambiental, tales como el logro de un desarrollo sustentable, erige un principio tutelable judicialmente, en la medida que se constituye en un valor o estándar que propone un objetivo a ser alcanzado, no sólo por asegurar la concepción política, económica y social que la Constitución establece expresamente -artículos 2, 82, 99, 112, 115, 127 y 129-, sino como consecuencia de una verdadera exigencia racional, derivada de la necesaria preservación del medio ambiente para la subsistencia del hombre, la civilización y las futuras generaciones.**

En ese marco conceptual, los árboles y en general los espacios verdes *“actúan como filtros naturales y como factores de absorción del ruido; además, mejoran el microclima y sirven para proteger y elevar la calidad de los recursos naturales: suelo, agua, vegetación y fauna. Los árboles contribuyen en medida considerable al atractivo estético de las ciudades, ayudando de tal modo a mantener la salud psíquica de sus habitantes”*, lo que en definitiva materializa la real y efectiva tutela del derecho individual y colectivo a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El valor estético y recreativo de los árboles fuera del bosque, satisface ciertas necesidades psicológicas, sociales y culturales de la población urbana o periurbana, *“desde el punto de vista social juegan un papel muy importante al aliviar las tensiones y mejorar la salud psíquica de la población; la gente, sencillamente, se siente mejor cuando vive en zonas arboladas”* -Cfr. G. Kuchelmeister y S. Braatz. “Una Nueva Visión de la Silvicultura”. En la *Revista Internacional de Silvicultura e Industrias Forestales (FAO)*, Unasylva, No. 173, La Silvicultura Urbana y Periurbana, 1993/2 y Dwyer, J.F., Schroeder, H.W. y Gobster, P.H. The Significance of Urban Trees and Forests: Toward a Deeper Understanding of Values. *J. Arboriculture*, 17(10): 276-284, 1991-.

Por ello, la intervención de un terreno para su afectación y destinación a una planificación urbana -en la medida que siempre genera un perjuicio ambiental- debe someterse a las regulaciones urbanísticas y ambientales que el ordenamiento jurídico establece, para que dicha actividad no genere violaciones de orden constitucional o legal tutelables por los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes.

De ello resulta pues, que al no constar en las actas del expediente que el “*Comité Pro-vivienda de FONAIAP-MARACAY (OCV. MARQUÉS DEL TORO)*”, haya dado cabal cumplimiento al contenido de los extremos comprendidos en la Ley Forestal de Suelos y Aguas y en la vigente Ley de Bosques y Gestión Forestal, se produjo la violación del derecho a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, de conformidad con el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aunado a las anteriores consideraciones, la Sala advierte de las actas del expediente que en el terreno en cuestión existe un canal de agua intermitente que igualmente se encontraba tutelado por el ordenamiento jurídico estatutario vigente, particularmente por la Ley de Aguas (*Gaceta Oficial* N° 38.595 del 2 de enero de 2007), al considerarse como un canal de aguas superficiales, definido por la mencionada ley como aquellos cuerpos de aguas naturales y artificiales que incluyen los cauces de corrientes naturales continuos y discontinuos, así como los lechos de los lagos, lagunas y embalses (artículo 2 *eiusdem*), los cuales forman parte del ecosistema antes mencionado y cuya intervención debe adecuarse a las previsiones contenidas en la referida Ley de Aguas, circunstancias que no se comprobaron en el presente caso.

Así, dado que no se verificó el cabal cumplimiento al contenido de los extremos comprendidos en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, en la vigente Ley de Bosques y Gestión Forestal y la Ley de Aguas, la Sala estima que se produjo la violación del derecho a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, de conformidad con el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos expuestos *ut supra*. En consecuencia, la Sala declara con lugar la acción de amparo interpuesta y ordena la protección del canal intermitente de agua de lluvia y el área de árboles fuera del bosque sobre él establecido, sin que se afecte el desarrollo del proyecto habitacional El Marqués del Toro. Así se decide.

Ahora bien, la Sala advierte que las presentes consideraciones en forma alguna comportan una negación o menoscabo del núcleo esencial del derecho a la vivienda, el cual se encuentra plenamente garantizado en la presente decisión, en tanto que el desarrollo del correspondiente complejo habitacional puede ejecutarse en la medida que se someta a los límites formulados en el presente fallo y que el ordenamiento jurídico aplicable establece. Así se declara.

Finalmente, se deja sin efecto la medida cautelar acordada mediante sentencia de esta Sala N° 866/08.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso de parte de la motivación del fallo que antecede, mas no de la dispositiva, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, emite su voto concurrente en los siguientes términos:

El veredicto en cuestión declaró con lugar la demanda de amparo porque “*se produjo la violación del derecho a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, de conformidad con el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*”

Ahora bien, para el arribo a esa conclusión, la mayoría sentenciadora se inclinó por una posición estrictamente ambientalista. En efecto, la Sala analizó el derecho al medio ambiente desde una visión intensamente ecologista que no resulta acorde con las exigencias de crecimiento de la población y la correlativa garantía del principio del desarrollo sustentable que se predica en estos tiempos.

Actualmente, debido a los innegables crecimientos y expansiones de las necesidades urbanas, se impone la tesis del desarrollo sustentable, según la cual las posiciones ambientalistas y materialistas no resultan incompatibles, pues lo importante es la búsqueda del equilibrio entre las dos que permita la convivencia de ambas posiciones, en apariencia antagónicas. En el caso de autos, por una parte, se encuentra la idea de no penetración o alteración de un área ocupada por distintas especies de árboles y, por la otra, la pretensión de construirse el “*Complejo Habitacional de la OCV de los Trabajadores de FONAIAP*”.

En opinión de quien concurre, estas dos situaciones no son excluyentes, pues en un Estado Social y de Derecho no puede desconocerse o vaciarse de contenido los derechos a la propiedad y libertad económica, que permite al promotor la construcción del complejo habitacional y tampoco puede desmejorarse la calidad de vida y derecho al medio ambiente del colectivo que vive en el entorno del lugar donde se ejecutará esa obra. La idea es que se encuentre el equilibrio y las autoridades ambientales exijan al promotor el cumplimiento con estrictas medidas de prevención, mitigación y control, con dirección a la minimización del impacto ambiental.

En un asunto de mucha mayor trascendencia e incidencia ambiental, como lo fue el caso que se conoció como el *Tendido Eléctrico Venezuela-Brasil*, la Sala desarrolló la tesis del desarrollo sustentable y consiguió la armonía entre los derechos de las comunidades indígenas con el derecho al progreso de los habitantes de la zona. Sin duda, la ejecución del proyecto causaba un importante impacto ambiental, más aún, si se toma en cuenta que el tendido eléctrico se instalaría sobre terrenos altamente protegidos por tratarse de Parques Nacionales y Reservorios Naturales: Canaima, Gran Sabana y Sierra del Imataca. No obstante, aun bajo las mínimas condiciones de penetración que permitían esas zonas protegidas, la Sala, en ese momento, ponderó los intereses en juego y juzgó la viabilidad del proyecto eléctrico. (s.S.C. n° 1600/00).

La posición preponderantemente ambientalista y ecologista que la Sala adoptó en la hipótesis de autos, en opinión de quien suscribe, la condujo a conclusiones incongruentes. Se destacan: (i) la afirmación de que “*no resulta un hecho controvertido la existencia de un conjunto de árboles de diversas especies que colindan con un drenaje de aguas servidas, que pueden considerarse como árboles fuera del bosque conforme a la Ley de Bosques y Gestión Forestal.*” Precedentemente, el fallo recogió la intervención del Ingeniero Agrónomo, con adscripción al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente en el acto oral y público, en la que informó que tales árboles no podían considerarse dentro de la categoría de “*bosque*” que la Ley de Bosques y Gestión Forestal regula. No obstante, pese a que el propio técnico en la materia hizo ese señalamiento, la Sala concluyó, sin explicación alguna, que el Comité Pro-vivienda de FONAIAP-MARACAY había violado la Ley de Bosques y Gestión Forestal; y (ii) la afirmación de que el proyecto habitacional no cumple con los permisos necesarios. En este aspecto, el veredicto recoge una serie de autorizaciones que las autoridades municipales expidieron para la intervención de la zona y la afectación de recursos naturales con la remoción de la capa vegetal. Incluso, el desarrollo habitacional cuenta con el pronunciamiento de la autoridad ambiental nacional (Ministerio del Poder Popular para el Ambiente).

Al respecto, el acto decisorio señala

La representación judicial del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente señaló que ese despacho no otorgó la autorización para la afectación de recursos naturales, pero sí el establecimiento de variables ambientales, referidas a las restricciones por seguridad o protección ambiental, que regirían los trabajos de afectación de recursos naturales para el proyecto...

De lo precedente, en opinión de quien suscribe, se observa que el promotor no actuó al margen del orden legal y constitucional, sino con participación de las autoridades. Por tanto, la Sala debió, como una labor de reforzamiento de los derechos e intereses en juego, más que ordenar la no afectación del área de árboles fuera del bosque, por parte del proyecto habitacional, exigir el cumplimiento cabal con las variables urbanas ambientales que fueron definidas, así como también el estricto cumplimiento con las medidas de mitigación del impacto ambiental que produciría la construcción del desarrollo. De esa forma, ambos derechos constitucionales (medio ambiente y vivienda) quedarían salvaguardados.

Queda expresado, en los términos precedentes, el motivo del Magistrado para la emisión del presente voto concurrente.

TSJ-SC (231) 4-3-2011, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela vs. Organización Fun Race, C.A., RDP N° 125, 211, pp. 127-129.

Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológica-mente equilibrado, por lo que el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales, deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

El artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia reconoce en el marco del Capítulo II, “*De los procesos ante la Sala Constitucional*”, inscrito en el Título XI, denominado “*Disposiciones Transitorias*”, las potestades cautelares generales que ostenta la Sala Constitucional con ocasión a los procesos jurisdiccionales tramitados en su seno. Lo anterior permite traer a colación lo expuesto en la sentencia N° 1.025 del 26 de octubre de 2010, caso: *Constitución del Estado Táchira*, que estableció, respecto de los proveimientos cautelares dictados con fundamento en dicha norma que:

“La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (Vid. Decisión N° 269/2000, caso: ICAP), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. De allí, su carácter instrumental, esto es, que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran preordenadas a una decisión ulterior de carácter definitivo, por lo que en relación al derecho sustancial, fungen de tutela mediata y, por tanto, de salvaguarda al eficaz funcionamiento de la función jurisdiccional.

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 (1984. Providencias Cautelares, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires), 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”.

En aplicación de las anteriores premisas, considera la Sala, de una revisión preliminar y no definitiva de los elementos probatorios cursantes a los autos, así como de las alegaciones vertidas por los accionantes y de la ponderación de los intereses difusos y colectivos involucrados, que hay elementos que hacen presumir un menoscabo del derecho a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado de todas las personas del territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, se advierte que la presente demanda está dirigida a la tutela “de los derechos humanos, específicamente el derecho al medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado de todas las personas del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, frente a las actividades de ‘rustiqueo’ que se realizan en diversas zonas del territorio nacional. Esta circunstancia, resulta per se suficiente para calificar esta problemática como de trascendencia nacional”, lo cual es sustentado por un “informe de opinión técnica sobre la magnitud de la devastación e impacto causado a las áreas en el sector oriental, parque nacional Canaima, por los denominados ‘rustiqueros’ (...)” del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente (Anexo C, folio 15), conforme al cual la actividad de “rustiqueo” genera una serie de “impactos de gran intensidad a los recursos flora, suelo, fauna, agua y valor escénico (este último con alto impacto negativo) (...). Este deterioro se incrementa cada día más con las prácticas efectuadas por los conductores de vehículos rústicos”.

Lo anterior, en criterio de la Sala, y sin que ello represente un juicio definitivo sobre el caso, constituye una presunción de buen derecho *-fumus boni iuris-* que obra en beneficio del accionante, así como del *periculum in mora*, en tanto que permitir el desarrollo de una actividad económica que es posiblemente contraria a los intereses de la sociedad en contar con un medio ambiente seguro y sano, por el daño -grave o irreversible- que ésta podría causar o incrementarse, comporta que la tutela cautelar se convierta no en instrumento de desigualdad e injusticia, en la defensa de derechos particulares (como el de propiedad privada) sobre el interés general en la preservación de un ambiente ecológicamente equilibrado, en virtud que los derechos al medio ambiente por sui carácter de orden público trascienden el interés particular (derecho de propiedad), sino en resguardo al menos en grado de precaución de los derechos contenidos en los artículos 127 y 129 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro, en la medida que toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, por lo que el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales, deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras, que debe ser tutelado cautelarmente, en los siguientes términos:

Esta Sala en aras de garantizar la operatividad de los derechos a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, consagrado en los artículos 127 y 129 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, dado que el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales son considerados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad -Preámbulo de la Constitución-, decreta las siguientes medidas cautelares:

a.- Se **ORDENA** a la sociedad mercantil ORGANIZACIÓN FUN RACE, C.A., la **SUSPENSIÓN** de la actividad denominada “FUN RACE” en cualquiera de sus modalidades programadas o a desarrollarse en parques nacionales, monumentos, zonas de protección especiales, zonas indígenas e inmuebles privados, organizados por asociaciones de hecho o jurídicas.

b.- Se **PROHÍBE** la realización de actividades denominadas “rally” o competencias con vehículos rústicos, motos o cualquier medio de tracción a motor, a desarrollarse en parques nacionales, monumentos, zonas de protección especiales, zonas indígenas, e inmuebles privados, organizados por asociaciones de hecho o jurídicas.

c.- Se **SUSPENDEN** las autorizaciones otorgadas por cualquier ente u órgano de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal, para la realización de actividades dirigidas a la realización de “rally” o competencias con vehículos rústicos, motos o cualquier otro medio de tracción a motor, en ambientes naturales abiertos, no aptos para estas actividades, tales como parques nacionales, monumentos, zonas indígenas, e inmuebles privados, organizados por asociaciones de hecho o jurídicas.

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

d.- Se **ORDENA** remitir copia certificada de la presente decisión al Ministerio del Poder Popular para la Defensa, a la Comandancia General del Ejército Bolivariano y a la Comandancia General de la Guardia Nacional a fin de que garanticen el cumplimiento de las medidas cautelares otorgadas y eviten cualquier alteración del equilibrio ambiental de las referidas zonas mientras dure el juicio principal.

OCTAVA PARTE
LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS
INDIGENAS

Artículo 119 C. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

C. 1961, art. 77

Artículo 120 C. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley.

Artículo 121 C. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

Artículo 122 C. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Artículo 123 C. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral.

Artículo 124 C. Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.

Artículo 125 C. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.

CSJ-SPA (85) 22-02-90, Magistrada Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, Caso: Misión Bautista Indigenista de Venezuela vs. República (Ministerio de Educación y Ministerio de Justicia), RDP N° 41, 1990, pp. 70-71.

La Sala observa: El artículo 77 de la Constitución, prevé que: “La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la nación”.

Se establece así claramente un régimen de excepción con el fin de proteger las comunidades indígenas, por una parte, y de incorporarlas progresivamente a la vida de la nación, por otra.

Sin duda, la comunidad indígena Pemón de San Miguel del Caroní, ha recorrido parte del proceso de progresiva incorporación a la vida de la nación, no sólo por lo que se desprende de las pruebas aportadas por los actores, sino que la constatación de que la Orden Capuchina durante varios años haya ejercido labores misionales en el lugar, pone de bulto que forzosamente el proceso de incorporación efectivamente ha adquirido cierto grado de desarrollo. No obstante, se observa, en primer lugar, que la Misión Bautista Indigenista de Venezuela y sus integrantes, no tenían competencia alguna para determinar el grado de incorporación a la vida nacional de la comunidad indígena Pemón y, en consecuencia, establecerse en ella. En segundo lugar, no puede decirse que no se tomó en cuenta el grado de incorporación a la vida nacional de los indígenas para dictar la Resolución impugnada.

En efecto, cursa en el expediente administrativo, informe elaborado por la Comisión interministerial referente a las actividades que realizan los misioneros extranjeros en el caserío indígena de San Miguel de Apopa Koraken, Estado Bolívar. Dicho informe está encabezado por Resolución Interna N° 2 del Ministerio de Justicia donde se expone que tal Comisión se nombra para investigar los hechos en relación con la situación de las poblaciones indígenas de Venezuela, con motivo de las denuncias formuladas ante la opinión pública por el Vicario Apostólico del Caroní y el titular de la Arquidiócesis de Ciudad Bolívar, entre otras cosas. De dicho informe se desprende claramente que tal Comisión hizo las investigaciones pertinentes y en vista de las mismas se produjo posteriormente la Resolución que se impugna.

El artículo 77 de la Constitución preñé el régimen de excepción, no sólo para la incorporación de los indígenas a la vida nacional sino también para la protección de las comunidades indígenas. Como bien dice el informe de la Comisión a que se ha hecho referencia, “...los indígenas constituyen un patrimonio humano que debe ser protegido en todos los sentidos...”. Uno de ellos es su lenguaje, su cultura y uno de los fines de la Misión Bautista Indigenista de Venezuela, según la letra d) de la cláusula segunda de sus estatutos, es precisamente la siguiente:

“d) Realizar trabajos lingüísticos sobre los idiomas indígenas venezolanos, traducir, publicar y distribuir literatura y materiales para la educación primaria, los cuales incluirán biblias, testamentos y otras publicaciones evangélicas, tanto en castellano como en idiomas indígenas”.

Ahora bien, corresponde al Ministerio de Educación lo referente a “la educación de los indígenas y la orientación y supervisión de las Misiones” (artículo 29, numeral 15, de la Ley Orgánica de la Administración Central). Asimismo, corresponde a este organismo “colaborar en las actividades del Estado tendentes al estímulo, formación y fomento de las artes plásticas, el teatro, la música, la danza, el cine y demás manifestaciones de la cultura, así como las relativas a la defensa, conservación y promoción del folklore, *el lenguaje*, la literatura y, en general, del patrimonio cultural de la Nación” (artículo 29, numeral 16, de la L.O.A.C.).

Por tanto, no podían ni la Misión Bautista Indigenista de Venezuela ni sus integrantes, desarrollar a su arbitrio las actividades que venían desarrollando sin la aprobación de las autoridades respectivas, por lo cual, el haberles prohibido su realización, se encuentra en un todo conforme con las previsiones de la Constitución y las leyes. Y, a tenor de lo expuesto, considera esta Corte que, habiendo establecido la Constitución un régimen de excepción para los indígenas con unas finalidades precisas que las leyes han desarrollado, y no habiendo cumplido los recurrentes con las exigencias del ordenamiento jurídico, no existe la discriminación fundada en la raza que éstos denuncian y así se declara.

CSJ-CP (748) 05-12-96, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo, Caso: Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros (Indígenas del Amazonas), RDP N° 67-68, 1996, pp. 176 y ss.

La participación en los asuntos públicos se considera hoy día como un principio constitucional en la defensa de un interés general, de la comunidad, lo que permite una ósmosis recíproca entre el Estado y la sociedad y una reafirmación de la Legitimación del Poder Público.

En este sentido la Corte examina la alegada violación del *derecho a la participación política*, en la formación de la ley (el acto impugnado), mediante la consulta popular y referendos a las comunidades indígenas.

Se aprecia este derecho por considerarlo de contenido esencial de protección de la comunidad indígena (artículo 77 constitucional, en concordancia con los artículos: 19, 72 y 109 *ejusdem*), por ser el derecho a la participación política en una sociedad democrática un principio general de rango constitucional, lo que la doctrina define como gobernabilidad participativa (Preámbulo, penúltimo párrafo y artículos 2° y 3° de la Carta Magna) y por ser un derecho de las minorías (los indígenas, en el presente caso), susceptibles de la tutela jurídica, conforme al artículo 50 *ejusdem*, los grandes tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos, las leyes nacionales y estatales.

La participación en los asuntos públicos se considera hoy día como un principio constitucional en la defensa de un interés general, de la comunidad, lo que permite una ósmosis recíproca entre el Estado y la sociedad y una reafirmación de la legitimidad del Poder Público. La participación ciudadana en la formación de una ley por su enjuiciamiento y valoración, antes de su aprobación, permite descubrir los intereses generales de la comunidad y verificar la real respuesta a sus aspiraciones, así como el eficiente cumplimiento a posteriori de su finalidad (la ley, el derecho, pertenecen al mundo del derecho). La acción unilateral legislativa se justifica en la formalidad de su elaboración más no en su contenido en cuanto a los intereses sociales y públicos. Es entonces a través de la consulta popular en la formación de la ley (sustanciación del procedimiento mediante mecanismos consultivos formales, e informativos) -como lo exige el caso sub-judice-, que el derecho a la participación política se verifica.

Respecto a la normativa señalada *supra*, como fundamento del derecho constitucional en referencia, la Corte observa:

El artículo 77 de la Constitución de la República prevé que “la Ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación”. Asimismo, el artículo 8° de la Ley Especial que eleva a la categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas dispone: “Las comunidades y pueblos indígenas serán respetadas en sus culturas, lengua y tradiciones, así como en la forma de tenencia y uso de las tierras que ocupan, atendiendo al régimen constitucional de excepción”. (En este contexto cobra toda su vigencia en el ámbito de las leyes nacionales el artículo 28 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal). Este régimen de excepción fue desarrollado en el propio artículo 2° de la Constitución del Estado Amazonas al prever que “El Estado Amazonas es una Entidad Política multiétnica y pluricultural de la República de Venezuela, donde se garantiza la convivencia armónica entre sus poblados”; en el artículo 3 *ejusdem* que se refiere a la biodiversidad ecológica, genética y ecológica del territorio del Estado Amazonas y en los artículos 11 y 12 *ejusdem*, referentes al derecho a cultura, religión y lengua propia y el derecho a la tierra. Estas últimas normas son del tenor siguiente:

Artículo 11: El Estado Amazonas le reconoce a sus Pueblos y Comunidades Indígenas el derecho a tener su propia cultura, a profesar y practicar su fe religiosa y ritos ancestrales, a emplear y fomentar su lengua materna” y el *Artículo 12* dispone que: “las tierras ocupadas por los Pueblos y Comunidades Indígenas son de interés social e inalienables, en tal sentido los órganos competentes del Estado procederán a *delimitarlas* de acuerdo a sus Patrones de Asentamiento para adjudicárselas en propiedad colectiva, según lo previsto en las leyes nacionales que rigen la materia (subrayado de la Corte).

Las mencionadas disposiciones, constituyen el marco obligante de una ley de división político-territorial y así lo reconoce el mismo acto impugnado en sus “CONSIDERANDOS” respecto a las características de excepción en cuanto a los aspectos demográficos, indigenistas, ambientalistas, geográficos e históricos y en su propio artículo 17 que establece su concordancia con el “espíritu, propósito y razón de la Ley Especial que Eleva a la Categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas y de la Constitución del Estado Amazonas, que tienen como fundamento los artículos 13 y 17 ordinal 2° y 27 de la Constitución de la República de Venezuela.

Ahora bien, tales presupuestos de la mencionada ley, se reitera, requieren de la participación ciudadana-política. En este sentido, el artículo 25 de la Ley Aprobatoria del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicada en *Gaceta Oficial*, número 2146 Extraordinaria, de fecha 28 de enero de 1978 prevé el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Disposiciones similares se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20) y en la Convención Americana de Derechos (artículo 23), instrumentos formales de derecho, ratificados por Venezuela y que forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano. Esta normativa fue consagrada expresamente en la propia Constitución del Estado Amazonas en su artículo 15: “*La Asamblea Legislativa promoverá la realización de referendos en las comunidades para la modificación de los elementos relativos a la organización municipal en la jurisdicción estatal*”.

La Corte observa que en el presente caso no se demostró el cumplimiento cabal de la normativa en cuanto a la participación ciudadana, restándole al acto impugnado la legitimación originaria conferida por la consulta popular. Alegan los oponentes al recurso intentado que fueron consultados los órganos oficiales, como el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y el Servicio Autónomo Ambiental de Amazonas y se recibieron observaciones de diferentes organizaciones indígenas, asimismo, antes de la promulgación de la Ley, el Gobernador explicó a la Organización Regional de Pueblo Indígenas las razones de la Ley. Estima la Corte que este procedimiento constituye una expresión tímida e insignificante del derecho constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley. Tal participación debe manifestarse *antes y durante* la actividad legislativa y no tan solo en el momento de su promulgación por parte del Gobernador del Estado. Por otra parte, el hecho que se consultaron los referidos organismos nacionales (actuación idónea) no exime la obligatoriedad de cumplimiento de la consulta popular sobre todo en una materia en la cual está involucrada: el régimen de excepción de las comunidades indígenas (de rango constitucional) el carácter multiétnico y pluricultural, la biodiversidad, la cultura, religión y lengua propia de las comunidades indígenas, el derecho a la tierra que respecto a dichas comunidades es de interés social e inalienable, en definitiva, la *organización municipal* (como lo es el acto impugnado) constitutivo del marco institucional de tales realidades preexistentes, permanentes y objetivas. La participación es un fenómeno de la vida democrática, que al manifestarse antes de dictarse la norma, instruye a la autoridad sobre los intereses legítimos y necesidades de la comunidad y produce, *a posteriori*, consecuencias positivas, que se revelan en el respaldo democrático de su aplicación.

La participación ciudadana constituye una forma de expresión política que en el caso de las comunidades indígenas cobra una relevancia especial, en el contexto del régimen de excepción previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República y en el del ámbito de los derechos humanos de las minorías, específicamente, los indígenas. La Corte precisa que mediante la *participación ciudadana, la minoría indígena* (que tal estatus tiene, conforme al censo de 1992 -44% de la población- de dicho Estado), identificable como grupo, ejerce, efectivamente, sus derechos relacionados con sus tradiciones y costumbres, características étnicas, religiosas o lingüísticas (reconocidas en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La participación ciudadana en la ordenación y planificación territorial constituye un medio conciliatorio entre los intereses generales y particulares y se manifiesta como una exigencia permanente en materia de ordenación político-territorial. Al respecto pueden señalarse, a título ilustrativo, la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, los Planes de Ordenación Territorial, Nacional y Regional, la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Ilustrativo para el caso subjuice en cuanto al derecho de participación de los indígenas en el desarrollo de su identidad y de participación en la ordenación territorial, lo constituye la normativa constitucional en el derecho comparado. A tal efecto, se mencionan los artículos 329 y 63 de las Constituciones de Colombia y Paraguay, respectivamente. *Artículo 329*: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (151, 288) y su delimitación se hará por el gobierno nacional, *con participación de los representantes de las comunidades indígenas (Omissis)* (subrayado de la Corte). *Artículo 63*: “Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas preservar y a desarrollar su identidad étnica en su respectivo habitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

Estima este alto Tribunal que en la formación de una ley de división político-territorial del Estado como lo es el de Amazonas, con la cual se modifican las condiciones económicas y sociales de la región, se cambia el entorno vital del individuo, se establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se cambia el entorno vital del individuo, se establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se afecta la tenencia de las tierras, se ordena el territorio bajo un nuevo régimen, se cambia la vida cotidiana voluntad de los mismos indígenas. Más aún, su participación debe ser considerada con especial atención, en vista de que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socio-económicas, culturales y aislamiento, por cuanto en su habitat intervienen intereses distintos y a veces contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona, porque, lamentablemente, la historia de la humanidad, evidencia un largo y triste padecer de las minorías, en algunos casos por el desconocimiento de sus legítimos derechos, en otros, por la cultura del odio y el perjuicio. Es entonces, en este contexto, que los derechos humanos de los indígenas cobran mayor fortaleza y esta Corte así lo reconoce expresamente. Asimismo, precisa el alto tribunal, que la lesión de los derechos humanos de las minorías no les atañe sólo a esas comunidades sino a la nación entera, en virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del gentilicio venezolano (artículos 57 y 51 de la Carta Magna).

Según lo expuesto, se circunscribe, la presente decisión a la *lesión constitucional* de los derechos de las minorías, previstos en la Carta Magna y en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, situación que permite, con fundamento en el artículo 46 del Texto Fundamental: “Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo”, ANULAR el acto impugnado, en sus disposiciones lesivas de los mencionados derechos, con prescindencia del análisis de violaciones de rango legal. Así se declara, conforme al artículo 215 ordinal 4° de la Carta Magna y el artículo 42 ordinal 3°, en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por haberse violado entonces el derecho constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley, en el sentido de que no se efectuó la consulta popular, la normativa concerniente a la división político territorial del Estado Amazonas, decretada por la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, resulta ser nula de nulidad absoluta, conforme al citado artículo 46, quedando vigente de la misma ley, la delimitación estatal y fronteriza internacional (artículos 1 al 3 inclusive) y las disposiciones referentes a la aplicación de la normativa estatal, nacional y constitucional (artículo 17), la modalidad de solución de las controversias (artículos 18 y 19) y la entrada en vigencia de la ley (artículo 20).

TSJ-SC (1600) 20-12-2000, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: Melchor Flores y otros vs. República Bolivariana de Venezuela y C.V.G. Electrificación del Caroní, C.A (EDELCA), RDP N° 84, p. 170-171

Es deber del Estado la promoción del bienestar del pueblo y, en el caso de los pueblos indígenas, es deber especialmente relevante la promoción de sus derechos a la educación y a la salud, a objeto de mejorar sus condiciones básicas de vida.

Cabe destacar a este respecto que, al tiempo que las disposiciones previstas en los artículos 119 y 121 de la Constitución de la República reconocen la especificidad de los pueblos indígenas y, en particular, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, sus idiomas y religiones, así como el derecho que tienen a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad, la disposición contenida en el artículo 126 *eiusdem* declara que los citados pueblos forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible.

Por otra parte, en el marco de los principios consagrados en los artículos 2 y 3 constitucionales, debe referirse que es deber del Estado la promoción del bienestar del pueblo y, en el caso de los pueblos indígenas, es deber especialmente relevante la promoción de sus derechos a la educación y a la salud, a objeto de mejorar sus condiciones básicas de vida. Por ello, la Sala entiende que el mejoramiento de dichas condiciones debe ser prioritario en el diseño y ejecución de los planes de desarrollo económico de los territorios donde ancestral y tradicionalmente habitan; y que el Estado tiene el deber de procurar el suministro suficiente de energía eléctrica a dichos pueblos, vista la conexión entre este servicio y el mejoramiento de sus condiciones básicas de vida.

Cabe citar a este propósito la disposición prevista en el artículo 6 del Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, según la cual, el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, así como del nivel educativo de las poblaciones en cuestión, debe ser objeto de alta prioridad en los planes globales de desarrollo económico de las regiones en que ellas habitan. Los proyectos especiales de desarrollo económico que tengan lugar en tales regiones deben también ser concebidos de suerte que favorezcan dicho mejoramiento. Por ello, a juicio de la Sala, la construcción de la línea de transmisión eléctrica Venezuela-Brasil no es incompatible *per se* con los citados propósitos.

En cambio, en el marco del principio del desarrollo sustentable, derivado del encabezamiento de la disposición prevista en el artículo 127 de la Constitución de la República, y referido, en lo que concierne a los pueblos indígenas, en el artículo 123 *eiusdem*, se trata de la necesaria integración entre medio ambiente y desarrollo, de forma que el proceso de desarrollo sea ecológicamente equilibrado.

Es cierto que, a la luz del principio del desarrollo sustentable, derivado del encabezamiento de la disposición prevista en el artículo 127 de la Constitución de la República, y referido, en lo que concierne a los pueblos indígenas, en el artículo 123 *eiusdem*, es necesaria la integración entre medio ambiente y desarrollo, de forma que el proceso de desarrollo sea ecológicamente equilibrado.

En este contexto, es relevante la consulta a los pueblos interesados, bien directamente o a través de las entidades que los representen. Precisamente en el caso de autos obra el acuerdo denominado “Puntos de Entendimiento entre el Ejecutivo Nacional y las Comunidades Indígenas del Estado Bolívar para la prosecución de la obra de Sistema de Transmisión de Energía Eléctrica al Sureste de Venezuela”, en cuya cláusula cuarta el Ejecutivo Nacional se compromete a permitir y garantizar que los pueblos y comunidades indígenas realicen de forma permanente monitoreos y vigilancia de los impactos culturales y ambientales, durante la ejecución de la obra y operación.

La Sala estima que el citado compromiso se halla en sintonía con el denominado principio de prevención, en virtud del cual debe evaluarse constantemente el proceso de desarrollo, a fin de asegurar que la utilización de los recursos tenga las menores repercusiones en los sistemas ecológicos.

Por otra parte, no obran en autos elementos que funden debidamente el temor según el cual la línea de transmisión eléctrica tendrá usos distintos a los que inicialmente le fueron asignados por las partes contratantes. Por el contrario, obra la providencia administrativa N° 42-061/2000, de fecha 20 de septiembre de 2000, emanada de la Dirección Estatal Ambiental del Estado Bolívar, del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, según la cual, “la capacidad del sistema en este tramo (Las Claritas-Santa Elena de Uairén), será completamente absorbida por la demanda eléctrica asociada a Santa Elena de Uairén y áreas circundantes, así como por

las exportaciones a Brasil”. Por otra parte, según el oficio N° 77-01-42-174/2000, de fecha 2 de octubre de 2000, emanado de la Dirección Estatal Ambiental del Estado Bolívar, del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, a propósito de la aprobación administrativa de afectación de recursos naturales en determinado tramo de la ruta Las Claritas-Santa Elena de Uairén, se ha exigido a la empresa CVG-Electrificación del Caroní C.A. (EDELCA), al igual que en otras ocasiones, la constitución de fianza suficiente, a favor de la República, como garantía de fiel cumplimiento de las medidas de protección ambiental.

En todo caso, de sobrevenir una modificación de los usos previstos por las partes contratantes, no hay duda que será absolutamente imprescindible la realización de los correspondientes estudios de impacto ambiental y socio cultural.

Debe mencionarse a este respecto que el único aparte de la cláusula primera del acuerdo ya citado, y que obra en autos, contiene el compromiso del Ejecutivo Nacional de garantizar que no se desarrollarán proyectos industriales públicos o privados en los hábitats (*sic*) indígenas, así como el de que, en todo caso, cualquier proyecto de desarrollo estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 120, 127 y 129 de la Constitución de la República.

Procede citar igualmente el artículo 13 del Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, según el cual, deben adoptarse medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de las costumbres de éstas, o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros, para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan, propiedad garantizada por otra parte en la disposición prevista en el artículo 119 constitucional.

Por las razones expuestas, y sin perjuicio de las consideraciones finales que hará la Sala en esta sentencia, debe desestimarse por infundado el pedimento de detención o suspensión de la línea de transmisión eléctrica en referencia. Así se declara.

TSJ-SE (79) 6-7-2005, Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández, Caso: Comunidad Indígena Chaima Santa María de Los Angeles Del Guácharo vs. Consejo Nacional Electoral. RDP N° 103, 2005, pp. 137 y ss.

No pueden desconocerse los derechos políticos de una comunidad indígena por la sola situación de que una norma constitucional transitoria (cláusula transitoria séptima) establezca temporalmente un requisito técnico, como lo es el uso del censo de 1992, por encima de la realidad constatada por el propio Estado de la existencia de dicha comunidad y su asentamiento en un espacio determinado, ya que se estaría contradiciendo los principios fundamentales de la propia Constitución y afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la participación política de las comunidades indígenas, que en este caso es en definitiva el valor jurídico expresado por la Constitución y que merece la protección judicial que brinda el Estado para el respeto de los preceptos constitucionales.

Así las cosas, debe observar esta Sala Electoral que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza la participación política de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

“Artículo 125. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.”

Del contenido de este artículo (art. 125, C. 1999) se desprende que efectivamente existe un derecho constitucional de las comunidades indígenas de tener una representación propia ante los órganos deliberantes de las entidades federales en las que se encuentran, así como la obligación del Estado de garantizar dicha representación de los pueblos indígenas ante dichos órganos deliberantes locales, tal como es el caso de los Concejos Municipales, derecho este que además ha sido expresamente reconocido en el artículo 51 de la recientemente aprobada Ley Orgánica del Poder Público Municipal:

“Artículo 51. *Los pueblos y comunidades indígenas deberán tener participación política en los municipios en cuya jurisdicción esté asentada su comunidad y, en tal sentido, debe garantizarse la representación indígena en el Concejo Municipal y en las Juntas Parroquiales. (...)”*

En este sentido la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, en su cláusula transitoria séptima, los requisitos que deben tomarse en cuenta para la inclusión de las comunidades indígenas dentro de procesos electorales, como el que incumbe a la presente causa, en los siguientes términos:

“Séptima. A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los y las representantes indígenas a la Asamblea Nacional, a los Consejos Legislativos Estadales y a los Consejos Municipales, se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:

Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.

Es requisito indispensable, para ser candidato o candidata, hablar su idioma indígena, y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones:

- 1. Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.*
- 2. Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.*
- 3. Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.*
- 4. Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.*

Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.

Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá un representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o electa a la candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.

Los candidatos o las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores o electoras de ese Estado podrán votarlos o votarlas.

Para los efectos de la representación indígena en los Consejos Legislativos y en los Consejos Municipales de los Estados y Municipios con población indígena, se tomará el censo oficial de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática. Las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.

El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos o expertas indigenistas y organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados.”

Debe destacarse que esta norma constitucional de carácter transitorio sigue vigente hoy en día, en tanto que a la fecha, a pesar de haber transcurrido más de cinco (5) años de la entrada en vigencia de la Carta Fundamental, la Asamblea Nacional no ha sancionado la Ley Orgánica correspondiente, ni ha sido declarada por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia la inconstitucionalidad de la omisión del legislador a este respecto, estableciendo en consecuencia algún tipo de lineamiento para su corrección. En tal razón, deben seguirse las pautas establecidas en esta norma constitucional para la elección de los representantes indígenas.

Así las cosas, el Consejo Nacional Electoral, interpretando al pie de la letra la cláusula transitoria citada, no incluyó a la comunidad indígena Chaima ubicada en el Municipio Ribero del Estado Sucre, por cuanto en el censo de 1992 no se les tomó en cuenta como comunidad indígena y es por esta razón que según el máximo órgano electoral no tendrían derecho a postular y elegir un representante indígena ante el Concejo Municipal en dicho municipio.

Ahora bien, el reconocimiento de los pueblos indígenas por parte del Estado venezolano está consagrado en el artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los siguientes términos:

“Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.”

Y la propia Carta Fundamental establece un lapso de dos años para la demarcación del hábitat indígena a que se refiere el citado artículo en la cláusula transitoria duodécima:

“Decimosegunda. La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.”

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por el pueblo venezolano en referendo celebrado el 15 de diciembre de 1999, se realizó un censo poblacional en el año 2001, en el cual se reconoce que en el Municipio Ribero del Estado Sucre se encuentra la mayor concentración de indígenas de dicho Estado, con una cantidad de 1.366 habitantes (según consta al folio 28 del expediente administrativo), cantidad esta que es evidentemente superior a la exigida para tener derecho a una representación indígena ante el Concejo Municipal que es de doscientos cincuenta (250) habitantes según establece el artículo 20 de las Normas de Postulación de Candidatas o Candidatos a Concejala o Concejal de Municipio y Miembros de la Junta Parroquial, para las Elecciones a celebrarse en 2005.

En ese orden de ideas, cabe señalar que el Estado venezolano ha reconocido a la comunidad indígena Chaima del Estado Sucre, no sólo en el mencionado censo realizado en octubre de 2001, sino que también lo ha hecho en otras ocasiones, tal como lo hiciera la Asamblea Nacional en la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos indígenas promulgada el 12 de enero de 2001, la cual identifica a dicha comunidad en su artículo 14, abarcada dentro del Proceso Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas. Igualmente se ha aceptado anteriormente que esta comunidad postulase un representante indígena ante el Consejo Legislativo del Estado Sucre así como la participación de éstos en el proceso constituyente de 1999, dentro del ámbito de la escogencia de la representación indígena a la Asamblea Nacional Constituyente así como la expedición de cédulas indígenas para sus miembros por parte del órgano del Ejecutivo Nacional correspondiente.

Considera esta Sala entonces que, si bien la interpretación literal de la cláusula transitoria séptima de la Constitución de la República implicaría la utilización del censo de 1992 como parámetro para determinar la representación indígena ante los Concejos Municipales, en el presente caso dicha interpretación literal llevaría al absurdo de no admitir los derechos políticos de una comunidad indígena que ha sido suficientemente reconocida como tal por el Estado venezolano, lo cual tendría el resultado paradójico de que a la vez que se da cumplimiento fiel a una norma constitucional de carácter temporal, se estaría al mismo tiempo menoscabando derechos constitucionales de las poblaciones originarias que son reconocidos en la propia Carta Fundamental.

Ante este dilema estima esta Sala que en este caso debe darse preponderancia a los derechos de la comunidad indígena, en tanto que obedece a la filosofía y principios de la propia Constitución y que es deber constitucional del Estado garantizar los derechos de los indígenas. De allí que no pueden estos dejarse a un lado por la aplicación literal de una norma cuyo objetivo era regular las elecciones de los representantes indígenas hasta tanto se dictara la Ley correspondiente, que luego de cinco (5) años de vigencia no ha sido aprobada por la Asamblea Nacional, a pesar del plazo de dos (2) años establecido en la cláusula transitoria sexta de la Constitución para que se legislara sobre las materias relacionadas con la misma, otorgando además prioridad a la materia relativa a las comunidades indígenas:

“Sexta. La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará prioridad a las leyes orgánicas sobre pueblos indígenas, educación y fronteras”.

En ese orden de ideas, el hecho de que transcurridos ya más de cinco (5) años desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no haya sido dictada la ley correspondiente, evidencia una demora del propio Estado en regularizar los procesos electorales de las comunidades indígenas. Ante esa situación, resultaría contrario a los principios y valores de la Constitución que se le negase a una comunidad indígena su derecho constitucional a participar políticamente como tal dentro del Municipio en el que residen como consecuencia del referido, por lo que al no ser imputable a la comunidad Chaima del Estado Sucre la demora en la aprobación de la legislación correspondiente, no debe ésta soportar las consecuencias del rezago del Estado en legislar sobre la materia.

En este sentido el tratadista español Eduardo García de Enterría apunta:

“La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un “orden de valores” materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva.(...)”

Recuperamos así un tema con el que comenzamos este estudio: el valor específico de la Constitución no como una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente como portadora de unos determinados valores materiales.

Estos valores no son simple retórica, (...) son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación.

(...)

Se proclaman así estos preceptos “decisiones políticas fundamentales”, en la terminología de SCHMITT, decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto (...)

El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho BACHOF y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles “normas constitucionales inconstitucionales” (verfassungswidige Verfassungsnormen), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución(...)(García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Tercera Edición, Madrid, 2001, pp. 97-99.

Siguiendo estas premisas, es claro que el Constituyente venezolano tomó la decisión “política” de garantizar la participación política de las comunidades indígenas, como medio para lograr uno de los fines del Estado, los cuales se encuentran definidos a lo largo del texto normativo de la Constitución. En ese sentido, el Constituyente declara desde el mismo Preámbulo de la norma fundamental, como objetivo, el de refundar la República para establecer una sociedad democrática, multiétnica y pluricultural:

“El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado

de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones (...)”(resaltado de la Sala).

Esta declaración contenida en el Preámbulo es absolutamente relevante en tanto que esta parte de la Constitución, si bien no contiene imperativos concretos “constituye la base fundamental, el presupuesto que sirve de fundamento a la norma constitucional” (Sentencia del 8 de agosto de 1989 de la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa), por lo que debe ser tomada en cuenta en cualquier interpretación que se haga del texto de la Carta Magna en tanto que contiene los valores y sentido de la misma.

Así las cosas, no pueden desconocerse los derechos políticos de una comunidad indígena por la sola situación de que una norma constitucional transitoria establezca temporalmente un requisito técnico, como lo es el uso del censo de 1992, por encima de la realidad constatada por el propio Estado de la existencia de dicha comunidad y su asentamiento en un espacio determinado, ya que se estaría contradiciendo los principios fundamentales de la propia Constitución y afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la participación política de las comunidades indígenas, que en este caso es en definitiva el valor jurídico expresado por la Constitución y que merece la protección judicial que brinda el Estado para el respeto de los preceptos constitucionales.

En este sentido también ha ahondado la doctrina extranjera, hasta el punto que el Tribunal Constitucional español ha establecido que “la interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental (...) *ha de hacerse considerando la constitución como un todo, en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir de acuerdo a una interpretación sistemática*” (STC S/1983, 4 de febrero, FJ5º).

Es así, como este órgano judicial debe, sobre todas las cosas, garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales, que en el presente caso sería, como se ha dicho, el de participación política de las comunidades indígenas. En ese sentido, en relación con la garantía estatal del ejercicio de los derechos fundamentales, señala la doctrina nacional lo siguiente:

“En este sentido debemos comenzar por señalar que el artículo 19 de la Constitución de 1999, dispone la obligación de Estado de garantizar “a toda persona” el goce y ejercicio de los derechos humanos, sin discriminación alguna, con lo cual se reconoce la universalidad de los derechos fundamentales.

Asimismo, esta garantía estatal sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos debe realizarse -tal como se establece en el mismo artículo- “conforme al principio de progresividad”; principio este que garantiza que toda interpretación de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales, debe realizarse de la forma más favorable posible al goce y ejercicio de estos derechos.

El imperativo que dimana de este principio obliga a todas las autoridades estatales, pues de acuerdo con la misma norma constitucional, el respeto y garantía de los derechos humanos “son obligatorios para los órganos del Poder Público” luego, sin lugar a dudas, todos los órganos del Poder Público, incluyendo, por supuesto, a los órganos del Poder Judicial en el cumplimiento de su función de administrar justicia, deben aportar, en todo momento una interpretación de las normas pertinentes que favorezca el goce y ejercicio de los derechos fundamentales”(resaltado de la Sala). (Martínez Hernández, Luis y Juan Rafael Perdomo (coordinadores) *El derecho a la jurisdicción en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004) pp. 21-22.

Así pues, la interpretación literal de la cláusula transitoria séptima en el presente caso llevaría consigo la contradicción con varios de los valores de la Carta Fundamental, tal como lo son la instauración de una sociedad democrática, participativa, multiétnica y pluricultural, además de la vulneración de un derecho fundamental (de participación política de las comunidades indígenas), lo cual convierte a dicha interpretación literal de la norma transitoria (y no a esta última en

sí) en inconstitucional, por lo que resulta necesario hacer una interpretación *pro actione* de la misma, que garantice el cumplimiento de los principios constitucionales, dada la fuerza expansiva de los derechos fundamentales que implica que todo el ordenamiento jurídico y la interpretación que se haga del mismo vaya encaminado a lograr el respeto y efectivo ejercicio de dichos derechos, lo cual implica que las limitaciones que se establezcan a dichos derechos no pueden afectar su contenido esencial, especialmente cuando, como en este caso, tales limitaciones obedecen a razones “operativas” para lograr el ejercicio efectivo del derecho fundamental y no a motivos válidos como lo sería la preservación de otros derechos fundamentales.

En este mismo orden de razonamiento la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de ese país han establecido:

“De la unidad del ordenamiento deriva la necesaria concordancia de las normas que lo integran, por lo que la concurrencia de las normas limitadoras y las limitadas -normas que establecen los límites y las normas de derechos fundamentales- que se plasma en el entrelazamiento entre ambas, conduce a que éstas se limiten recíprocamente. En este sentido, ni los derechos fundamentales ni las normas que los limitan son absolutos, pues si los derechos pueden ser intervenidos por el legislador a través de los límites, éstos no pueden afectar a los derechos de forma tal que los hagan peligrar. Tanto el Tribunal Constitucional, desde su más temprana jurisprudencia, como la doctrina española en su conjunto, afirman que si los derechos y libertades no son absolutos “menos aún puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos”. Pues, “tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Se produce pues, un régimen de concurrencia normativa, que no de exclusión”.

*“Así las cosas, visto lo anterior, se comprueba que la concurrencia de las normas deviene de que tanto los derechos individuales como sus límites en cuanto que éstos derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo. 10.1º C.E. como “fundamento del orden político y de la paz social”. Dicha concurrencia normativa entraña que “unas y otras operen con el mismo grado de vinculatoriedad y actúen recíprocamente. Como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental va a restringir el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho y de aquí es de donde deriva la exigencia constitucional de que “los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia de tales derechos” v., Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, cit., p. 102.”(resaltado de la Sala) Aba Catoira, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del tribunal constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 193-194).*

Así las cosas, vemos como en el presente caso la cláusula transitoria séptima de la Constitución establece una limitación técnica al ejercicio del derecho fundamental de la participación política de los indígenas, lo cual significa que para su aplicación debe interpretarse de una manera armónica con el resto de la Constitución, de modo de no afectar el contenido esencial del derecho fundamental y obviamente interpretando de manera restrictiva la limitación a tal derecho.

Concluye entonces esta Sala que en el presente caso, demostrado como ha sido el reconocimiento que el Estado venezolano ha hecho de la comunidad indígena Chaima residente en el Municipio Ribero del Estado Sucre, resultaría contrario al espíritu de la Constitución la aplicación irrestricta y literal de una norma “procedimental” que los excluiría del ejercicio de su derecho a contar con una representación propia ante el Concejo Municipal del municipio en el que están asentados. De allí que, en aras de la preservación del derecho fundamental de participación política de las comunidades indígenas, la referida comunidad debe ser tomada en cuenta para el proceso electoral que está en curso, y en ese sentido permitírsele escoger un representante propio ante el Concejo Municipal.

Ello, a pesar de lo que se evidenciaría de una interpretación literal de la Disposición Transitoria Séptima de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la utilización del censo del año 1992, ya que la aplicación de los datos contenidos en ese censo, que no refleja la existencia de la comunidad indígena Chaima en el Municipio Ribero del Estado Sucre, resultaría inconstitucional en el presente caso, al contradecir los principios, espíritu y finalidad del texto fundamental.

Una vez aceptado lo anterior, observa esta Sala que en el Municipio Ribero del Estado Sucre se dan los extremos necesarios para la elección de un representante de las comunidades indígenas ante el Concejo Municipal, así como para la postulación, por parte de la comunidad Chaima de candidatos para dicho cargo, en virtud de lo previsto en los artículos 20 y 21 de las Normas de Postulación de Candidatas o Candidatos a Concejala o Concejal de Municipio y Miembros de la Junta Parroquial para las elecciones a celebrarse en 2005, que disponen:

“Artículo 20: En cada Municipio con población superior o igual a doscientos cincuenta (250) indígenas, se elegirá un (01) concejal o concejala indígena para integrar al Concejo Municipal respectivo, conforme a la disposición séptima de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 21: Las Organizaciones y Comunidades Indígenas sólo podrán postular candidatas o candidatos a concejala o concejal Municipal en aquellos Municipios donde exista población indígena mayor o igual a doscientos cincuenta (250) indígenas y cumplan con los requisitos de postulaciones establecidos en el artículo siguiente de estas normas.”

En razón de los razonamientos anteriores esta Sala Electoral debe declarar CON LUGAR el recurso contencioso electoral interpuesto y ordenar al Consejo Nacional Electoral que convoque el proceso electoral para la escogencia de un (1) representante indígena ante el Concejo Municipal del Municipio Ribero del Estado Sucre dentro del marco de las elecciones municipales en curso. Así se decide.

En virtud del hecho notorio de que el acto de votaciones de las elecciones municipales para la escogencia de representantes ante los Concejos Municipales se realizará en todo el país el próximo 7 de agosto de 2005, se ordena al Consejo Nacional Electoral a que, de ser posible, ajuste los lapsos para que en el municipio Ribero del Estado Sucre los ciudadanos puedan ejercer su derecho al sufragio ese mismo día. Así se declara.

TSJ-SPA (1214) 30-11-2010, Magistrado Ponente: Emiro García Rosas, Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA). RDP N° 124, 2010, pp. 157-175.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se estableció un cambio fundamental en materia de pueblos indígenas, ya que se prevé que el Estado venezolano reconozca la existencia de estos pueblos y comunidades y sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado dentro del territorio nacional.

Establecido lo anterior, se observa que la Comunidad Indígena Barí y la Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA) alegaron que el pueblo indígena Barí en el año 1961 “obtuvo del Estado venezolano una ZONA DE RESERVA INDÍGENA BARÍ”, y que siempre han ejercido la propiedad sobre esa área a la vista y aceptación de extraños y conocidos; que esa reserva o resguardo indígena les fue ratificada en decisión emanada del Ministro de Justicia de fecha 13 de julio de 1992; que el 20 de diciembre de 2000 solicitaron ante el Ejecutivo Nacional se les “RATIFICARA el TITULO DE PROPIEDAD COLECTIVA de la ZONA DE RESERVA INDÍGENA en el proceso de DEMARCACIÓN y se [les] dotare el TITULO RATIFICATORIO respectivo” (sic), petición que fue reiterada en el año 2001.

Asimismo, los actores adujeron que el artículo 119 de la Constitución de 1999 estableció el derecho de los pueblos indígenas a gozar y a tener su propio territorio en propiedad y posesión, constituido por las áreas que ocupan ancestralmente, antes del período colonial; que la Disposi-

ción Transitoria *Décimosegunda eiusdem* prevé un lapso de dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución para que el Ejecutivo Nacional demarcara los territorios indígenas, el cual venció el 30 de diciembre de 2001; que esa obligación, “en lo que respecta a [su] pueblo no se ha cumplido”, que han sido “vanos e infructuosos” los esfuerzos verbales y escritos realizados ante la Procuraduría General de la República y ante los representantes indígenas de la Asamblea Nacional.

Solicitaron que se ordene “sin más dilación” que se realice la demarcación de sus tierras, conforme a lo establecido en la “*Gaceta Oficial N° 196.733, de fecha 05 de abril de 1961*”, y se ordene a la Procuraduría General de la República les otorgue un título protocolizable, “estableciéndose un plazo suficiente a ese efecto, pasado el cual esta Sala (...) ordene se protocolice la sentencia que se (...) emita y que valga como título”.

En primer término, observa la Sala que los recurrentes aducen que existe en Venezuela una “zona de reserva indígena barí”, decretada por el Ejecutivo Nacional en el año 1961.

Se advierte que consta en autos copia de la Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio de Interior y Justicia de fecha 5 de abril de 1961 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.520 del 05 de abril de 1961*), que estableció lo siguiente:

“(...) Resuelto:

A los fines de la aplicación del Decreto N° 250 sobre expediciones a lugares ocupados por indígenas, de fecha 27 de julio de 1951, se declara zona ocupada por indígenas la situada en jurisdicción de los Distritos Perijá y Colón del Estado Zulia y comprendida dentro de los linderos siguientes:

Norte: Desde la frontera con la República de Colombia, siguiendo la cuenca hidrográfica del Río Tucuco hasta la Sierra de Marigua.

Sur: El curso del Río de Oro en su frontera con Colombia.

Este: La serranía de Marigua hasta el Río de Oro.

Oeste: La Sierra de Perijá o frontera con Colombia.” (Resaltado de la Sala).

La resolución conjunta parcialmente transcrita declaró **zona ocupada por indígenas** la situada en jurisdicción de los Distritos Perijá y Colón del Estado Zulia, comprendida dentro de los linderos que ahí se detallan. **Se observa que esa Resolución no precisa de cuáles indígenas se trata; porque en ninguna parte de su texto la mencionada resolución estableció, es decir, no determinó ni afirmó que esa zona sólo era ocupada por los indígenas Barí**, ni el derecho de propiedad a favor del mencionado pueblo indígena sobre esas tierras.

Precisado lo anterior, se observa que lo alegado por los recurrentes se traduce en la presunta omisión del Ejecutivo Nacional en dar cumplimiento a lo previsto en la Disposición Transitoria *Décimosegunda* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 119 *eiusdem*, normas que disponen lo siguiente:

“*Artículo 119.- El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.*”

... omissis ...

Disposición transitoria Décimosegunda.- “La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.” (Resaltado de la Sala).

De las normas transcritas se deriva que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se estableció un cambio fundamental en materia de pueblos indígenas, ya que se prevé que el Estado venezolano reconozca la existencia de estos pueblos y comunidades y sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado dentro del territorio nacional. Se incorporó asimismo una obligación concreta a cargo del Ejecutivo Nacional de demarcar dichas tierras, lo cual deberá hacer —con la participación de los pueblos indígenas— todo ello a fin de garantizarles su desarrollo y el mantenimiento de sus formas de vida. Así, gracias a la Constitución de 1999 los aborígenes pueden aspirar y lograr que se delimiten sus territorios.

Precisado lo anterior, la Sala pasará a revisar los siguientes asuntos: I) Los instrumentos jurídicos que rigen la materia indígena (en orden cronológico, sin atender a la jerarquía); II) El procedimiento para la demarcación contemplado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; III) Los acuerdos de la Asamblea Nacional en esta materia; IV) Las Sentencias en las que la Sala Político-Administrativa ha exhortado al Ejecutivo Nacional para que cumpla con el mandato constitucional, demarcando las tierras indígenas; V) Los documentos aportados y su valor probatorio; VI) Otras consideraciones para arribar a las Conclusiones Generales (VII) y Determinaciones u órdenes (VIII).

Se advierte que, aún cuando la Constitución de 1999 reconoció los derechos de las comunidades ancestrales con la mayor amplitud establecida hasta entonces por Constitución alguna; sin embargo, en ese mismo año, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, antes de que se promulgase dicho texto fundamental, emitió un Decreto, con el cual inició ese reconocimiento de la propiedad indígena.

I.- Instrumentos jurídicos que rigen la materia indígena.

Con respecto a los instrumentos jurídicos que regulan el asunto, la Sala advierte que el legislador no precisó con el debido rigor qué normas subsisten como vigentes y cuáles deroga, en la profusa normativa que se cita a continuación:

A.- Decreto N° 3.273 del 29 de enero de 1999 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), mediante el cual se dictó el Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas

“Artículo 2.- El Ejecutivo Nacional reconocerá el derecho de propiedad colectiva sobre las tierras tradicional y efectivamente ocupadas por las comunidades indígenas y ordenará lo conducente para su formalización.”

“Artículo 4.- Para el reconocimiento de la propiedad colectiva, las comunidades indígenas deberán organizarse y adquirir personalidad jurídica con la inscripción de su acta constitutiva y estatutos en la respectiva Oficina Subalterna de Registro.”

“Artículo 5.- El representante legal de la Comunidad Indígena interesada deberá solicitar ante la Procuraduría General de la República, en forma escrita, el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente vienen ocupando.”

“Artículo 7.- Recibida la solicitud (...) la Procuraduría General de la República requerirá al Ministerio de Agricultura y Cría el estudio catastral de las tierras a que se contrae la solicitud.”

“Artículo 8.- El Ministerio de Agricultura y Cría, a través de la Dirección General Sectorial de Catastro, en un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de su requerimiento, remitirá a la Procuraduría General de la República el informe técnico sobre la verificación de los aspectos físicos y jurídicos del área cuyo estudio catastral fue solicitado.”

“Artículo 10.- El Ministerio de Agricultura y Cría podrá solicitar un informe técnico al Servicio Autónomo de Geografía y Cartografía Nacional del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y cualquier otro organismo técnico competente en la materia. (...)”

“Artículo 11.- **Verificada la ocupación originaria, tradicional y efectiva de las tierras, la Procuraduría General de la República, en un plazo de diez (10) días hábiles solicitará las instrucciones de Ley al Ministerio competente de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Central y al régimen de uso aplicable según su ubicación. (...)”**

“Artículo 12.- **El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio competente, instruirá a la Procuraduría General de la República, sobre lo solicitado, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al recibo del expediente administrativo respectivo. ”**

“Artículo 13.- **La Procuraduría General de la República elaborará y suscribirá el documento de propiedad respectivo para su debida protocolización, a favor de la comunidad indígena interesada, por instrucciones del Ejecutivo Nacional, en caso de ser procedente el reconocimiento de la propiedad colectiva solicitada.**” (Resaltado de la Sala).

B.- Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.118 de fecha 12 de enero de 2001)

“Artículo 2.- A los fines de esta Ley se entiende por: (...)”

2.- **Tierras Indígenas:** Aquellos espacios físicos y geográficos determinados, ocupados tradicional y ancestralmente de manera compartida por una o más comunidades indígenas. (...)”

“Artículo 3.- **El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, tendrá a su cargo la coordinación, planificación, ejecución y supervisión de todo el proceso nacional de demarcación regulado por la presente Ley.**”

“Artículo 4.- **El proceso de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas será realizado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, conjuntamente con los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas legalmente constituidas.**”

“Artículo 6.- **Se creará la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, la cual estará integrada por los Ministerios del Ambiente y de los Recursos Naturales; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de la Producción y el Comercio; Ministerio de Educación, Cultura y Deportes; Ministerio de la Defensa, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Interior y Justicia y ocho (8) Representantes Indígenas y demás organismos que designe el Presidente de la República (...)**”

“Artículo 8.- **Para garantizar los derechos originarios de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus hábitat y tierras, el Proceso Nacional de Demarcación se llevará a cabo tomando en cuenta la consulta y participación directa de los pueblos y comunidades indígenas, las realidades ecológicas, geográficas, toponímicas, poblacionales, sociales, culturales, religiosas, políticas e históricas de los mismos y se considerará:**

1.- **Hábitat y tierras identificados y habitados únicamente por un solo pueblo indígena.**

2.- **Hábitat y tierras compartidas por dos o más pueblos indígenas.**

3.- **Hábitat y tierras compartidos por pueblos indígenas y no indígenas.**

4.- **Hábitat y tierras que están en Áreas Bajo Régimen de Administración Especial.**

5.- **Hábitat y tierras en las cuales el Estado u organismos privados hayan decidido implementar proyectos de desarrollo económico y de seguridad fronteriza.**”

“Artículo 9.- **Los pueblos y comunidades indígenas que ya posean distintos títulos de propiedad colectiva sobre las tierras que ocupan o proyectos de autodemarcación adelantados, podrán solicitar la revisión y consideración de sus títulos y proyectos para los efectos de la presente Ley.** Aquellos pueblos y comunidades indígenas que han sido desplazados de sus tierras y se hayan visto obligados a ocupar otras, tendrán derecho a ser considerados en los nuevos procesos de demarcación.”

“Artículo 11.- **En el Proceso Nacional de demarcación se tomará en cuenta los linderos que, de acuerdo a la ocupación y uso ancestral y tradicional de sus hábitat y tierras, (...) señalen los pueblos y comunidades indígenas,** y se ejecutará conforme a las normas y especificaciones técnicas dictadas por el Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar.”

“Artículo 12.- **Una vez conformado el expediente del Hábitat y Tierra de cada pueblo o comunidad indígena, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales lo remitirá a la Procuraduría General de la República a los fines de expedición del título de propiedad colectiva de los mismos.**

Expedido el título correspondiente los interesados deberán inscribirlo ante la oficina municipal de Catastro respectivo de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional.”

“Artículo 14.- **El Proceso Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas abarca los pueblos y comunidades hasta ahora identificados: (...) Zulia: (...) bari, wayuu (guajiro), yukpa (...)** Este proceso también incluye los espacios insulares, lacustres, costaneros y cualesquiera otros que los rublos y comunidades indígenas ocupen ancestral y tradicionalmente, con sujeción a la legislación que resulta de dichos espacios.

La enunciación de los pueblos y comunidades señalados no implica la negación de los derechos que tengan a demarcar su hábitat y tierras otros pueblos o comunidades que por razones de desconocimiento no estén indicados en esta Ley.”

“Artículo 16.- **Las normas generales y particulares contenidas en esta Ley se aplicarán con preferencia a las disposiciones del ordenamiento legislativo nacional que se opongan a ella”** (Resaltado de la Sala).

C.- Decreto N° 1.392 del 03 de agosto de 2001 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.257 del 09 de agosto de 2001).

“Artículo 1.- **Se crea la Comisión Presidencial denominada ‘Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas’ con carácter temporal,** que tendrá por objeto promover, asesorar y coordinar todo lo relativo al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas que será desarrollado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales.”

“Artículo 4.- La Comisión (...) tendrá las siguientes atribuciones:

1.- **Proponer las directrices, mecanismo y acciones que definan y coadyuven al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas.**

2.- **Orientar y proponer las directrices y procedimientos pertinentes para la sustanciación de los expedientes que deben conformarse a los fines de la demarcación del hábitat y tierras de cada pueblo y comunidad indígena para los efectos de la titulación correspondiente.**

3.- **Proponer los mecanismos y procedimientos que aseguren la participación de los pueblos y comunidades indígenas, así como de sus organizaciones, en el proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas.**

4.- *Asesorar a los organismos intervinientes en todo lo relativo a la coordinación, planificación, ejecución y supervisión del proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, así como en cualquier otro aspecto conexo al mismo.*

5.- *Conformar los grupos de trabajo que sean necesarios a los fines de dar cumplimiento a sus atribuciones.*” (Resaltado de la Sala).

D.- Ley Aprobatoria del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001)

“Artículo 13.- 1.- (...) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las <tierras> o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupen o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (...)

“Artículo 14. 1.- **Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.** Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencias. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2.- **Los gobiernos deberán** tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y **garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.**

3.- *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.* “

“Artículo 18.- *La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.*”

“Artículo 36.- *Este convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 [convenio 107].*” (Resaltado de la Sala).

E.- Decreto N° 5.591 de fecha 30 de agosto de 2007 (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 del 30 de agosto de 2007), **mediante el cual se reformó el Decreto de creación de la Comisión Presidencial “Misión Guaicaipuro”** (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 del 30 de agosto de 2004)

“Artículo 1.- **Se crea la Comisión Presidencial ‘Misión Guaicaipuro’, con carácter permanente, que tendrá por objeto coordinar, promover y asesorar todo lo relativo a la restitución de los derechos originarios y específicos de los pueblos y comunidades indígenas de la República Bolivariana de Venezuela, en cumplimiento a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**”

“Artículo 3.- *La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:*

1.- *Articular y Coordinar la ejecución de políticas, planes, programas, proyectos y medidas para la restitución de los derechos originarios de los pueblos y comunidades indígenas diseñado por el Gobierno Nacional en concordancia con el poder comunal. (...)*” (Resaltado de la Sala).

F.- Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005)

“Artículo 20.- El Estado reconoce y garantiza a los pueblos y comunidades indígenas, su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan, así como la propiedad colectiva de las mismas, las cuales son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Las tierras de los pueblos y comunidades indígenas son inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles.”

“Artículo 21.- El Estado Garantiza a los pueblos y comunidades indígenas la protección y seguridad debida en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en los espacios fronterizos, preservando la integridad del territorio, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social e integral.”

“Artículo 23.- El Estado reconoce y garantiza el derecho originario de los pueblos y comunidades indígenas a su hábitat y a la propiedad colectiva de las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan. El Poder Ejecutivo, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas, realizará la demarcación de su hábitat y tierras a los fines de su titulación de acuerdo con los principios y al procedimiento establecido en la presente Ley. Para la demarcación y titulación serán de obligatoria observación las realidades culturales, etnológicas, ecológicas, geográficas, históricas y la toponimia indígena, los cuales deberán reflejarse en los documentos correspondientes.”

“Artículo 25.- Los pueblos y comunidades indígenas que cuenten con documentos definitivos o provisionales, que acrediten su propiedad o posesión colectiva sobre sus tierras, otorgados sobre la base de diferentes dispositivos de la legislación agraria o según el derecho común, incluso títulos coloniales registrados o no, podrán presentarlos a los fines de la demarcación y titulación de conformidad con la ley que rige la materia y con la presente Ley. Adicionalmente deben incluirse como parte del hábitat y tierras indígenas, aquellos espacios geográficos a los que estos pueblos y comunidades han tenido acceso ancestral y tradicionalmente, aunque dichos títulos no versaren sobre ellos.”

“Artículo 26.- El hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en ningún caso puede ser calificados como baldías, ociosas o incultas a los fines de su afectación o adjudicación a terceros en el marco de la legislación agraria nacional, ni consideradas como áreas de expansión de las ciudades para su conversión en ejidos.”

“Artículo 27.- Los pueblos y comunidades indígenas determinarán, de común acuerdo y según sus usos y costumbres las formas, uso y sucesión de su hábitat y tierras. Las controversias que puedan surgir al respecto serán resueltas en base a su derecho propio y en su jurisdicción.”

“Artículo 28.- Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho al uso, goce, aprovechamiento y a participar en la administración de su hábitat y tierras, a los fines de mantener sus formas de vida, promover sus prácticas económicas y definir su participación en la economía nacional. Sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes que rigen la materia.”

“Artículo 29.- La propiedad colectiva del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas podrá ser de uno o más pueblos y de una o mas comunidades indígenas según las condiciones, características y exigencias de los mismos.”

“Artículo 30.- Los títulos de propiedad colectiva sobre el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, otorgados con las formalidades de la presente Ley, deben ser otorgados ante la oficina municipal de catastro y ante el registro especial que al efecto creará el Ejecutivo Nacional. Los títulos de propiedad colectiva están exentos del pago de derechos de registro y de cualquier otra tasa o arancel, que se establezca por la prestación de este servicio. En los Municipios que corresponda conforme a la ley que regula la materia, se creará el catastro del hábitat y tierras indígenas y dispondrá lo necesario para la inserción de los títulos de propiedad colectiva indígena.”

“Artículo 31.- Las tierras correspondientes a los pueblos y comunidades indígenas no podrán constituirse en ejidos. Las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan los pueblos y comunidades indígenas que hayan sido declaradas como ejidos, serán transferidas a estos pueblos y comunidades indígenas previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales, a los fines de su demarcación y titulación conforme con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la presente Ley, sin menoscabo de los derechos de terceros.”

“Artículo 32.- El hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas sobre los cuales se han establecido las áreas naturales protegidas, deben ser incluidas en la demarcación y titulación del hábitat y tierras conforme a la presente Ley y demás disposiciones legales que rigen la materia.” (Resaltado y subrayado de la Sala).

G.- Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.991 extraordinario del 29 de julio de 2010)

“Artículo 34.- Con el objeto de establecer las bases del desarrollo rural, el Instituto Nacional de Tierras (INTI), adoptará las medidas que estime pertinentes para la transformación de todas las tierras con vocación de uso agrícola en unidades productivas bajo modalidades organizativas diversas, privilegiando las de propiedad social. En cumplimiento de este mandato, podrá rescatar toda tierra de su propiedad, o del dominio de la República, institutos autónomos, corporaciones, empresas del Estado, fundaciones o cualquier entidad de carácter público nacional, incluso baldíos nacionales que se encuentren ociosas o de uso no conforme.

En aquellas zonas sometidas a un régimen de administración especial, adoptará las medidas que estime pertinentes en coordinación con el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia ambiental.

Parágrafo único: En lo relativo a las tierras y hábitat de los pueblos y comunidades indígenas, se aplicará lo establecido en la ley orgánica que rige la materia.” (Resaltado de la Sala).

II.- El procedimiento para la demarcación contemplado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas

“Artículo 33.- Las autoridades legítimas de los pueblos y comunidades indígenas y las organizaciones indígenas participarán en la planificación y ejecución de las actividades de demarcación a los fines de facilitar entre otros aspectos, el levantamiento topográfico y cartográfico del hábitat y tierras indígenas a demarcar.

En el proceso de demarcación se le dará especial importancia a los conocimientos ancestrales y tradicionales aportados por los ancianos y ancianas indígenas sobre la ocupación del hábitat y tierras.”

“Artículo 34.- El procedimiento de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas estará a cargo del Ejecutivo Nacional por órgano del ministerio competente según lo previsto en la ley que rige la materia. La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales de demarcación o, los entes que a tales fines sean creados, actuarán por órgano del ministerio con competencia en esta materia, de conformidad con la presente Ley y demás disposiciones legales y reglamentarias.”

“Artículo 35.- El Ejecutivo Nacional, a través de la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dispondrá de los recursos humanos, económicos, científicos y tecnológicos necesarios para la demarcación del hábitat y tierras indígenas. El Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar debe prestar todo su apoyo científico, tecnológico y logístico en el proceso de demarcación del hábitat y tierras indígenas.”

“Artículo 36.- La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales, requerirán de los órganos del Poder Público Nacional, estatal y municipal, toda la información que dispongan sobre los pueblos y comunidades indígenas que guarden relación con el proceso de demarcación.”

“Artículo 37.- La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales, podrán en cualquier momento subsanar las faltas o vicios de índole administrativo que puedan surgir durante el procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas, de lo que deberán ser notificados los interesados.”

“Artículo 38.- El procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas se iniciará de oficio o a solicitud del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas, directamente o a través de sus organizaciones indígenas previstas en esta Ley. Corresponde a las comisiones regionales de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas el inicio del procedimiento, la apertura y sustanciación del respectivo expediente.”

Cuando el procedimiento de demarcación se inicie a solicitud de parte interesada, en forma oral o escrita, se requerirá la siguiente información:

- 1.- Identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas de pertenencia.*
- 2.- Identificación de las autoridades legítimas o representantes del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas o de sus organizaciones indígenas.*
- 3.- Población estimada.*
- 4.- Ubicación geográfica, indicando en forma práctica los linderos aproximados del hábitat y tierras solicitadas, así como otra información geográfica, expresando si son compartidos con otros pueblos y comunidades indígenas.*
- 5.- Documentos de cualquier naturaleza sobre el hábitat y tierras indígenas a demarcar, si los hubiere.*
- 6.- Proyecto de demarcación o autodemarcación del hábitat y tierras indígenas, si lo hubiere.*
- 7.- Existencia de terceros no indígenas dentro del hábitat y tierras indígenas.*
- 8.- La dirección donde se harán las notificaciones y la firma del o los solicitantes.*
- 9.- Cualquiera otra información necesaria para la demarcación.*

Si la solicitud es presentada en forma oral, se levantará un acta al efecto. En cualquiera de los casos, se dará constancia del recibo de la petición.

Cuando el procedimiento se inicia de oficio, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas ordenará la apertura del expediente y librára las boletas de notificación correspondiente. En fin, todo lo demás se regirá conforme al procedimiento de solicitud de parte.”

“Artículo 39.- Las solicitudes de demarcación del hábitat y tierras indígenas se tramitarán por orden cronológico y cuando existan varias peticiones de una misma comunidad, grupo de comunidades o pueblos indígenas, sobre un mismo espacio geográfico se acumularán en un solo expediente.”

“Artículo 40.- Recibida la solicitud o iniciada de oficio, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dentro de los tres días hábiles siguientes, dictará el auto de apertura del expediente de demarcación del hábitat y tierras indígenas.”

Si la solicitud es presentada ante la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, ésta la remitirá dentro de los tres días hábiles siguientes a la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas correspondiente, para la apertura y sustanciación del expediente.”

“Artículo 41.- Dictado el auto de apertura del procedimiento, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas dentro de los tres días hábiles siguientes, librará las boletas de notificación a los órganos, entes competentes del Estado, a las autoridades legítimas o representantes del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas y demás interesados.

*Dentro del mismo lapso, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas ordenará la publicación de un cartel en dos diarios, uno de circulación nacional y otro de circulación regional, en el cual se colocará un ejemplar en un sitio visible en la sede de la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, a los fines de notificar a toda persona cuyos derechos e intereses puedan verse afectados en el procedimiento de demarcación. El cartel contendrá la identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas involucrados, ubicación del hábitat y tierras objeto del procedimiento, y cualquier otra información que se estime necesaria, para que dentro de los quince días hábiles en que conste en el expediente, dicho cartel publicado y las publicaciones correspondientes, presenten sus alegatos y defensas. **En el procedimiento de demarcación no opera la perención.***

En los procedimientos judiciales o administrativos que pretendan el desalojo de pueblos y comunidades indígenas, el juez o la autoridad competente deberá, desde la declaratoria del inicio del procedimiento de demarcación, hasta el acto definitivo de demarcación, paralizar el procedimiento y abstenerse de decretar y ejecutar medidas de desalojo en contra de estos pueblos y comunidades que, ancestral y tradicionalmente se encuentren dentro de los espacios geográficos sujetos al procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas.

Dictado el acto definitivo de demarcación, el juez o la autoridad competente adecuará su decisión a lo resuelto en dicho acto.

“Artículo 42.- Vencido el lapso de la presentación de los alegatos y defensas, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, conjuntamente con los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas involucrados, realizarán los estudios técnicos, socioculturales, físicos, jurídicos, y elaborará el informe de demarcación en un lapso de sesenta días continuos prorrogable por el mismo lapso, el cual contendrá los siguientes aspectos:

- 1.- Situación cultural de los pueblos y comunidades indígenas: (...).*
- 2.- Situación física de los pueblos y comunidades indígenas involucrados (...)*
- 3.- Situación jurídica del hábitat y tierras: (...)*
- 4.- Situación de terceros no indígenas (...).*
- 5.- Posibles conflictos que pudieren surgir como consecuencia de la demarcación.”*

“Artículo 43.- Dentro del lapso previsto para elaboración del informe de demarcación serán analizados los alegatos, defensas y pruebas presentadas por los interesados. En caso de conflictos, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas propondrá los medios alternativos de solución de conflictos, sin menoscabo de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.”

“Artículo 44.- Elaborado el informe de demarcación, éste será distribuido entre los miembros de la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos

y Comunidades Indígenas, dentro de los quince días continuos al vencimiento del lapso anterior para su discusión. En el mismo lapso, el informe será remitido a los pueblos, comunidades y, organizaciones indígenas involucrados, quienes podrán presentar las propuestas u observaciones que consideren pertinentes.

Vencido el lapso, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, tendrá quince días hábiles para la discusión del informe de demarcación, el cual requerirá para su aprobación, el voto favorable de la mayoría simple de los miembros de esta Comisión. Aprobado el informe de demarcación, se remitirá con el expediente a la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas para su revisión, discusión y dictamen.”

“Artículo 45.- Recibido el informe con el expediente por la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, lo distribuirá entre sus miembros dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción y fijará su discusión para el quinto día hábil siguiente a la fecha de su distribución. Agotado el término, tendrá un lapso de quince días hábiles para su discusión.

Si de la revisión se evidencia la falta de alguno de los elementos que debe contener el informe de demarcación o el expediente, solicitará a la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas respectiva, remitir la información faltante en un lapso de cinco (5) días hábiles. Recibida la información o vencido este lapso, continuará la discusión del informe de demarcación, la cual no excederá de un lapso de quince días hábiles.”

“Artículo 47.- Concluido el lapso de discusión del informe de demarcación, revisadas y analizadas todas las actuaciones que contiene el expediente, la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas dentro de los cinco días hábiles siguientes, se pronunciará mediante dictamen motivado sobre la demarcación y titulación del hábitat y tierras indígenas, el cual contendrá:

- 1.- Identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas involucrados.
- 2.- Indicación de los linderos y medidas del hábitat y tierras indígenas reconocidos como propiedad colectiva indígena.
- 3.- Indicación de los espacios o áreas ocupados por terceros y su identificación, si los hubiere.
- 4.- Indicación de los espacios geográficos correspondientes a áreas naturales protegidas, si los hubiere.
- 5.- Indicación de terrenos declarados como ejidos, si los hubiere.
- 6.- Indicación de los espacios geográficos donde se estén ejecutando proyectos, concesiones o actividades de carácter público, privado o mixto de desarrollo o aprovechamiento de recursos naturales, acompañándose los mapas y demás documentos correspondientes.
- 7.- Exposición motivada de los aspectos legales y jurídicos.
- 8.- Cualquier otro dato necesario para el dictamen.

Aprobado el dictamen, la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dentro de los cinco días hábiles siguientes, lo remitirá mediante oficio con el expediente de demarcación en su forma original, a la Procuraduría General de la República a los fines de que sea expedido el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas respectivo reservándose copia certificada del expediente y del dictamen de demarcación.

La Procuraduría General de la República, en un lapso de treinta días hábiles contados a partir de la fecha de recibo del dictamen con el expediente de demarcación, expedirá el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas. Dentro del mismo lapso, la Procuraduría General de la República podrá solicitar por ante la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas información concerniente al dictamen de demarcación. Se establece un lapso de quince días hábiles para la protocolización y registro del título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas por ante el registro especial correspondiente. Este acto agota la vía administrativa, y contra él se podrá ejercer el recurso de nulidad (...) ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los sesenta días siguientes a su registro y protocolización en el registro especial respectivo.” (Resaltado de la Sala).

III.- Acuerdos de la Asamblea Nacional en materia indígena.

1º Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.749 de fecha 08 de agosto de 2003:

“Solicitar al Ejecutivo Nacional, y en especial al Consejo Nacional de Demarcación, la celeridad en la Demarcación del Hábitat y Tierras ancestrales de los pueblos indígenas de Venezuela”. (Resaltado de la Sala).

2º Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.237 del 07 de agosto de 2009:

“(…) TERCERO: Impulsar y apoyar las políticas públicas que permitan reafirmar los derechos originarios, históricos y específicos de los pueblos y comunidades indígenas previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, comenzando por la demarcación del hábitat y tierras de los pueblos indígenas. (...)” (Resaltado de la Sala).

IV.- Sentencias en las que la Sala Político-Administrativa ha instado al Ejecutivo Nacional para que cumpla con el mandato constitucional, y proceda con prontitud a demarcar las tierras y territorios indígenas:

1) N° 01002 de fecha **14 de junio de 2007**, caso: *Comunidad Indígena Yukpa y Asociación Oshipa vs. República Bolivariana de Venezuela*, expediente N° 2002-0501, esta Sala dispuso lo siguiente:

“(…) Sin perjuicio de la declaratoria anterior, visto que el caso concreto implica la efectiva materialización de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el Capítulo VIII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala considera que la autoridad administrativa encargada debe encaminarse decididamente a lograr la plena efectividad de los derechos de estos pueblos, por lo que se acuerda remitir copia certificada del presente fallo al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, como órgano encargado de coordinar, planificar, ejecutar y supervisar lo relacionado con el proceso de demarcación bajo análisis, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, para que continúe activamente en el correcto cumplimiento de las provisiones legales sobre la materia (...)” (Resaltado de la Sala).

Aunque la decisión parcialmente transcrita no se refiere al pueblo Barí, lo cierto es que se relaciona con la demarcación de las tierras indígenas, motivo por el cual a juicio de esta Sala, constituye un antecedente de las veces en que se ha instado al Ejecutivo Nacional a realizar la mencionada demarcación de tierras.

2) N° 0702 de fecha **21 de mayo de 2009**, de carácter interlocutorio, sentencia dictada en esta misma causa, en la cual la Sala, al referirse a lo previsto en el artículo 119 y Disposición Transitoria *Décimosegunda* de la Constitución de 1999, estableció:

“(…) Tales normas constituyen imperativos categóricos que debe cumplir la República, en un determinado plazo, para hacerle justicia a los pueblos indígenas, preteridos por siglos hasta 1999, cuando esta Constitución reconoció sus derechos ancestrales, entre éstos la demarcación de sus tierras. (...) que –aun cuando evidentemente se ha estado cumpliendo en diferentes puntos de la geografía nacional- todavía es un proceso no concluido, que debe acelerarse en honor a los habitantes ancestrales de la tierra venezolana, nuestros primigenios pobladores.

En consecuencia, como tales preceptos constitucionales son principios rectores de la venezolanidad, en el marco de un Estado de Derecho y de Justicia que tiende al socialismo como forma de justicia suprema, debe la República concluir cabalmente la demarcación de las tierras que ocupan nuestros indígenas nacionales desde tiempos inmemoriales (...)” (Resaltado de la Sala).

V.- Documentos aportados y su valor probatorio:

V.1.- Documento consignado por los actores:

V.1.1.- Escrito de fecha **20 de diciembre de 2000**, esto es, bajo la vigencia del Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), mediante el cual los actores solicitaron ante la Procuraduría General de la República se realice *“la DEMARCACIÓN de lo que posee[n] y ti[enen] bajo título público, ratificando el título de propiedad sobre esas tierras y se ordene su protocolización”* (sic) de acuerdo a la reserva indígena establecida en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.520 de fecha 05 de abril de 1961 (folios 13 al 19 expediente judicial).

V.2.- Documentos que cursan en el expediente administrativo:

V.2.1.- Copia fotostática del escrito presentado por los recurrentes el 01 de febrero de 2001 ante la Procuraduría General de la República, mediante el cual pidieron respuesta a su petición del 20 de diciembre de 2000 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución de 1999 y en la que, por haber entrado en vigencia la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas el 12 de enero de 2001, piden que remita su solicitud a los fines de su trámite al organismo competente de acuerdo a dicho texto legal (folios 8 y 9 expediente administrativo).

V.2.2.- Originales de los oficios números 0316 y 317 ambos de fecha 28 de febrero de 2001, mediante los cuales la Procuradora General de la República informó a los actores que sus solicitudes fueron remitidas al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales en virtud de tener a su cargo la ejecución del proceso nacional de demarcación conforme al artículo 3 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, y a través del cual se remitieron las mencionadas solicitudes al referido despacho Ministerial, respectivamente (folios 5, 6 y 7 expediente administrativo).

V.2.3.- Original del escrito de fecha 09 de marzo de 2001 mediante el cual los recurrentes solicitaron reconsideración del citado oficio N° 0316 del 28 de febrero de 2001 emanado de la Procuraduría General de la República, por considerar que más que una demarcación, lo solicitado por ellos fue *“que se le reconozca y se tenga como válido y se le ratifique, su título legalmente emitido y respaldado por la posesión permanente, en sus linderos y extensiones precisas”* (folios 2 al 4 expediente administrativo).

V.3.- Documentos aportados por la representación judicial de la República:

V.3.1.- Copias fotostáticas de los oficios cuyos datos se especifican en el capítulo de las pruebas, todos del año 2002, mediante los cuales la Presidenta de la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas solicitó a los Ministerios de Interior y Justicia, de Relaciones Exteriores, de la Defensa, de Energía y Petróleo, al Gobernador del Estado Zulia, a la Presidenta del Instituto Nacional de Parques y al Presidente de Petróleos de Venezuela, S.A., la designación de los miembros que participarían en las Comisiones Regionales de Demarcación en representación de esos despachos (folios 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200 expediente judicial).

V.3.2.- Copia fotostática del Resumen Informativo del proceso de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela, sin identificación de autor (folios 178 al 184 expediente judicial).

La Sala advierte que esta copia no contiene firma ni fecha, por lo que, en virtud de la imposibilidad de establecer su autoría, no se le da valor probatorio.

V.3.3.- Copia fotostática del Informe de Actividades elaborado por la ciudadana Lya CÁRDENAS, sin identificación en autos, “personal de apoyo técnico de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional [de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas]”, realizado con motivo del “Taller de Sensibilización sobre el proceso de demarcación del Estado Zulia”, efectuado en “octubre, 2002”, y listado de asistentes; documentos en los que se detallan las actividades realizadas por esa Comisión hasta octubre de 2002, las cuales consisten principalmente en reuniones con distintas asociaciones indígenas (dentro de las que no figura la asociación recurrente), la elaboración del Reglamento Interno de Funcionamiento de la mencionada Comisión, y la realización de talleres de trabajo relacionados con el tema de la demarcación (folios 203 al 208 expediente judicial). Esta copia tiene valor indiciario, pero no se relaciona expresamente con la etnia Barí.

V.4.- Documento aportado por el Ministerio Público:

V.4.1.- Original del oficio N° 079 de fecha 03 de marzo de 2010 mediante el cual el Director General de la Oficina de Fronteras del Ministerio de Relaciones Exteriores informó a la Fiscalía Segunda del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia en Salas Plena, Constitucional, Político-Administrativa y Electoral, lo siguiente:

“(…) Es grato dirigirme a usted, en ocasión de (...) dar respuesta a su atento oficio número (...) de fecha 03/03/10, donde se nos solicita información ‘si en la Zona de la Sierra de Perijá se encuentra demarcada o no la Zona correspondiente a la República Bolivariana de Venezuela y la correspondiente a la República de Colombia y en caso de ser afirmativa su respuesta, especifique si tal demarcación se ha efectuado de manera total o parcial’.

En relación a la solicitud planteada, esta Oficina se permite informar primeramente que el sector en referencia se encuentra completamente **delimitado**, por los respectivos instrumentos jurídicos suscritos por ambos Gobiernos y que el Tratado de Demarcación y Navegación de Ríos Comunes de 1941, establece en su Artículo 1: ‘Los Estados Unidos de Venezuela y la República de Colombia declaran que la frontera entre las dos Naciones está en todas sus partes definidas por los pactos y actos de alindamiento y el presente Tratado; que todas las diferencias sobre materia de límites quedan terminadas; y que reconocen como definitivos e irrevocables los trabajos de demarcación hechos por las Comisiones Demarcadoras en 1901, por la Comisión de Expertos Suizos (...)’.

Por otra parte, se informa que, durante los años 1998 y 2000, la Comisión Mixta Venezolano-Colombiana Demarcadora realizó trabajos de **demarcación** en ejecución de la delimitación, en la Sierra de Perijá, (...) en una extensión de 10,9 kilómetros en el sector conocido localmente como Cerro El Avión erigiendo 35 hitos internacionales de frontera y determinando 249 posiciones GPS que identifican el sector demarcado (se anexa croquis del sector demarcado). En virtud de lo anterior, recordando que el sector está debidamente delimitado, hasta ahora se ha realizado una demarcación ‘parcial’ en la Sierra de Perijá. (...)” (folio 427 al 430 expediente judicial) (Subrayado y resaltado del texto).

Se deja constancia de que este instrumento fue consignado por la representación del Ministerio Público, varios días después de haberse celebrado el acto de informes orales. El mencionado instrumento es de los denominados documentos administrativos, los cuales según el criterio de esta Sala *“configuran una tercera categoría de prueba instrumental que no puede ser asimilada a la del documento público definido en el artículo 1.357 del Código Civil, pues no participa del carácter negocial que caracteriza a este último. Sin embargo, su carácter auténtico deviene del hecho de ser una declaración emanada de un funcionario público, con las formalidades exigidas en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así, ha dejado*

establecido la Sala en anteriores oportunidades, que los documentos administrativos se asemejan a los privados reconocidos o tenidos por reconocidos (artículo 1.363 eiusdem), pero sólo en lo que respecta a su valor probatorio, pues en ambos casos debe tenerse por cierto su contenido (...). Dado que la declaración contenida en estas documentales hace fe hasta prueba en contrario, estima la Sala que los documentos administrativos pueden producirse hasta los últimos informes, como lo prevé el Código de Procedimiento Civil para el caso de los documentos públicos y, en consecuencia, los mismos han de tener valor probatorio a los efectos del estudio del caso de autos. (...)” (Sentencia N° 01419 del 06 de junio de 2006) (Resaltado de la Sala).

Respecto de este oficio, la Sala considera, conforme al criterio parcialmente transcrito, que los documentos administrativos pueden ser presentados por las partes hasta los últimos informes. En el presente caso el referido oficio fue presentado por el Ministerio Público luego de dicho acto procesal. Al respecto es preciso hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 285 de la Constitución de 1999 prevé lo siguiente:

“Artículo 285.- Son atribuciones del Ministerio Público: (...)

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso. (...)

6. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.”

De la norma parcialmente transcrita se deriva que el Ministerio Público es parte de buena fe y tutor de la legalidad en todos los juicios.

Con fundamento en lo expuesto y tomando en cuenta que lo consignado es un documento administrativo cuyo contenido debe tenerse por cierto hasta prueba en contrario, estima la Sala que de este documento se deriva que ha sido demarcada parcialmente la Sierra de Perijá (una extensión de 10,9 kilómetros), pero que ello obedece a la demarcación de frontera con Colombia y no a la de las tierras de los pueblos y comunidades indígenas.

VI.- Otras consideraciones:

Por otra parte, de acuerdo a los instrumentos legales que rigen la materia, parcialmente transcritos en este fallo, se observa que para la fecha en que los recurrentes solicitaron la demarcación de sus tierras (20 de diciembre de 2000), además de la Constitución de 1999 que establecía la obligación a cargo del Ejecutivo Nacional de demarcar los territorios indígenas -con la participación de los pueblos originarios- y reconocer los derechos que esos grupos étnicos tienen sobre las tierras que ancestralmente ocupan, estaba en vigencia el Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), que preveía un procedimiento para dicha demarcación, procedimiento que -según se evidencia de autos- no fue cumplido.

El **12 de enero de 2001** entró en vigencia la **Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas**, la cual establece que el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales era el competente para coordinar, planificar, ejecutar y supervisar todo el proceso nacional de demarcación, que debería realizarse con la participación de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas legalmente constituidos (artículos 3 y 6 *eiusdem*). Dicha ley estableció que se crearía posteriormente la **Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas**, y se contempló un procedimiento conforme al cual el expediente debía ser sustanciado en el mencionado Ministerio y luego remitido a la Procuraduría General de la República, a los fines de la expedición del título de propiedad colectiva de las tierras.

Como ha sido expresado antes, en fecha **28 de febrero de 2001** la Procuraduría General de la República remitió al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales las solicitudes de demarcación presentadas por los recurrentes, sin que conste en autos ninguna respuesta del referido ministerio, ni prueba alguna de la sustanciación del expediente que debió formarse con relación a dichas solicitudes.

El **09 de agosto de 2001** el Ejecutivo cumplió el imperativo legal, creó la **Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas** para promover, asesorar y coordinar todo lo relativo al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.257 de igual fecha).

En relación con la mencionada **Comisión**, sólo consta en autos que su Presidenta en el año 2002 solicitó a los Ministerios de Interior y Justicia, de Relaciones Exteriores, de la Defensa, de Energía y Petróleo, al Gobernador del Estado Zulia, a la Presidenta del Instituto Nacional de Parques y al Presidente de Petróleos de Venezuela S.A., la designación de los miembros que participarían en las Comisiones Regionales de Demarcación en representación de esos despachos (folios 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200 expediente judicial), y un informe sobre las actividades desplegadas por dicha Comisión hasta octubre de 2002.

El **17 de octubre de 2001** fue publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 la **Ley Aprobatoria del Convenio 169 sobre Pueblos y Comunidades Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo**, consistente en que los estados partes se obligan a reconocer a los pueblos originarios los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y a tomar las medidas necesarias para determinar cuáles son esas tierras y garantizar la protección efectiva de sus derechos ancestrales.

El **03 de agosto de 2004** se creó la **Misión Guaicaipuro** (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.997 del 09 de agosto de 2004), reformado por el **Decreto N° 5.591 de fecha 30 de agosto de 2007** (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 de la misma fecha), que tiene por objeto coordinar, promover y asesorar en todo lo relativo a la restitución de los derechos originarios y específicos de los pueblos y comunidades indígenas de la República Bolivariana de Venezuela.

El 27 de diciembre de 2005 entró en vigencia la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas en la que *“El Estado reconoce y garantiza el derecho originario de los pueblos y comunidades indígenas a su hábitat y a la propiedad colectiva de las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan. El Poder Ejecutivo, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas, realizará la demarcación de su hábitat y tierras a los fines de su titulación de acuerdo con los principios y al procedimiento establecido en la presente Ley”* (artículo 23 *eiusdem*) (Resaltado de la Sala).

El mencionado texto legal prevé un procedimiento para la demarcación de las tierras indígenas, que puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte ante las Comisiones Regionales de Demarcación del Hábitat y Tierras de los pueblos y comunidades indígenas, en el que además de los solicitantes se convoca a todos los interesados mediante la publicación de carteles en la prensa nacional y regional.

Está previsto en dicho procedimiento una fase de presentación de alegatos y defensas, así como la realización de un informe de demarcación (que contendrá estudios técnicos, socioculturales, físicos y jurídicos), que será revisado por las comunidades indígenas interesadas y por los miembros de la Comisión Regional de demarcación que corresponda, ente que una vez aprobado lo remitirá a la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

La última de las comisiones mencionadas, una vez revisado el asunto, emitirá un dictamen que será enviado a la Procuraduría General de la República para que ésta dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su recepción expida el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas respectivo, el cual deberá ser registrado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

Advierte la Sala que el citado procedimiento de demarcación no estaba vigente para la fecha en que los recurrentes solicitaron la demarcación de tierras.

VII.- Conclusiones generales:

El análisis de todos los elementos jurídicos y fácticos estudiados conduce a la Sala a arribar a las siguientes **conclusiones generales**:

1ª) Aún cuando el 20 de diciembre de 2000 fue solicitada por los recurrentes la demarcación de las tierras que ancestralmente han ocupado, no consta en autos que esa demarcación haya sido realizada, o al menos iniciada.

2ª) Sólo está acreditado en autos que se han llevado a cabo gestiones, reuniones y talleres referidos, en general, a la demarcación de las tierras indígenas, no sólo la que corresponde a los recurrentes, es decir, no existe un pronunciamiento definitivo en torno a la solicitud de demarcación formulada por los actores.

3ª) Entiende la Sala que la demarcación de las tierras indígenas es un proceso complejo, motivo por el que hasta este momento la Sala había sido del criterio que *“cuando el Constituyente se refirió en la Disposición Transitoria Décima Segunda del Texto Constitucional a que el proceso de demarcación debía realizarse en el lapso de dos años, no aludió a que debía culminarse dentro de dicho lapso (...)”* (sentencia N° 01002 del 14 de junio de 2007) (Resaltado de esta decisión). No obstante, lo expuesto, se advierte que han pasado más de diez (10) años desde que entró en vigencia la Constitución de 1999, que estableció a cargo del Ejecutivo Nacional la obligación de demarcar los territorios indígenas -con la participación de esos pueblos originarios- y garantizarles el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras que ancestralmente ocupan. Además, se observa que han transcurrido más de nueve (9) años desde que los recurrentes solicitaron la demarcación de sus tierras, petición constitucional no satisfecha, ni tampoco se verifica que se haya iniciado acto alguno del cual pueda colegirse que se abrió ese procedimiento, en lo que respecta a los recurrentes.

Esto evidencia, como conclusión de la Sala, que está probada la omisión denunciada. Así se declara.

4ª) Considera la Sala que tal omisión es tanto más evidente cuanto que ya fue emitida una sentencia interlocutoria en este mismo caso en la que la Sala advirtió al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente que debía resolver la petición de demarcación de la etnia Barí, por cuanto estaba en mora con tal obligación constitucional de carácter constituyente (sentencia interlocutoria N° 0702 de fecha 21 de mayo de 2009).

5ª) Como conclusión final para resolver la petición principal de este recurso de carencia de decisión administrativa, **observa la Sala que por cuanto en el presente caso los recurrentes además de solicitar se declarara con lugar la abstención del Ejecutivo en demarcar sus tierras, pidieron también que se les ratificara su derecho de propiedad colectiva sobre la reserva indígena establecida mediante Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio de Interior y Justicia de fecha 05 de abril de 1961** (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.520 del 05 de abril de 1961); y en virtud de que -se reitera- en los párrafos que anteceden esta Sala precisó que dicha resolución lo que hizo fue declarar **zona ocupada por indígenas la situada en jurisdicción de los distritos Perijá y Colón del Estado Zulia**, comprendida dentro de los linderos que allí se determinaron, sin precisar de cuáles indígenas se trataba y sin establecer derecho de propiedad alguno a favor del mencionado pueblo Barí sobre esas tierras; **concluye la Sala que debe declarar parcialmente con lugar el presente recurso por abstención o carencia**. Así se decide.

VIII.- Determinaciones u órdenes:

Declarada parcialmente esta petición, la Sala **ordena** al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente que -previa la realización de los estudios e informes pertinentes, de conformidad con la normativa vigente **y la participación de los peticionarios- proceda a demarcar los territorios que corresponden a la etnia Barí**, para lo cual dispondrá de un lapso máximo de seis (6)

meses, a partir de que conste en autos su notificación, conforme a lo previsto en el Título II, capítulos III y IV de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005), e informe a esta Sala de las resultas de tal demarcación. Así se decide.

Igualmente se **ordena** a la Procuraduría General de la República que -cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas- emita un título protocolizable sobre dichas tierras, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 *eiusdem* e informe a la Sala sobre la emisión del mencionado título. Así se determina.

IX.- *Quid iuris* acerca de otras dos peticiones de los recurrentes:

9.1- La primera petición adicional de los actores consiste en que la Procuraduría General de la República les otorgue un título protocolizable, “estableciéndose un plazo suficiente a ese efecto, pasado el cual esta Sala (...) ordene se protocolice la sentencia que se (...) emita y que valga como título” (Subrayado de la Sala).

Como la petición de que la sentencia de esta Sala “valga como título” implica que este Alto Tribunal se sustituya en la Administración en tal obligación de hacer, al respecto proceden las consideraciones siguientes:

En estos casos cuando se pide que el órgano jurisdiccional se sustituya en la Administración, la Sala Constitucional ha establecido lo siguiente:

“(...) Nuestra Constitución establece en su artículo 49, cardinal 4, que ‘toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley’. (...)”

Siendo así, en el artículo 24 del Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 36.859, del 29 de diciembre de 1999, se estableció que la competencia disciplinaria judicial que corresponde a los Tribunales disciplinarios, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución, sería ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, hasta tanto la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determina los procesos y tribunales disciplinarios.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 30 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 37014, del 15 de agosto de 2000, estableció que “la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración (del Sistema Judicial), reorganizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”.

De las normas referidas se colige que el órgano predeterminado por la Ley para determinar la responsabilidad disciplinaria de los jueces, tanto provisorios como titulares, es la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (sin que ello desdiga de la potestad de dejar sin efecto los actos de nombramiento de los jueces provisorios que posee la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia), **y que a la Sala Político-Administrativa le compete en estos casos pronunciarse sobre la nulidad de tales decisiones, sin sustituirse en las competencias que la Ley le ha atribuido a dicha Comisión.** El haber actuado en un sentido contrario a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico al respecto hizo que dicha Sala incumpliera, la norma contenida en el artículo 49.4 de la Constitución (derecho al juez natural), y que desconociera el contenido de la garantía a que alude el encabezado de dicho artículo (el derecho al juez natural extensivo a la actuación de los órganos de administración, dentro de los que se encuentran los órganos de administración judicial). La Sala Político-Administrativa debió, a objeto de respetar tales preceptos, limitar su decisión a la declaratoria de nulidad del acto de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, pues, conforme a la distribución de competencias señalada anteriormente, la determinación de los hechos a que se refieren las

faltas objeto de sanción, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, son de la exclusiva competencia de dicho órgano. Así se establece. (...)” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 2995 de fecha 11 de octubre de 2005) (Resaltado de la Sala Político-Administrativa).

Aplicando este criterio al caso que se examina, no debe la Sala ordenar que se protocolice la sentencia que dicte en el caso concreto, cual si valiese como título de propiedad sobre las tierras cuya demarcación solicitaron los recurrentes.

Sin embargo, lo que sí puede hacer esta Sala es ordenar a la Procuraduría General de la República, como en efecto lo ha hecho, es que -cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas- emita un título protocolizable sobre dichas tierras, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 *eiusdem*. Así se establece.

9.2.- La segunda petición adicional de la representación judicial de los recurrentes consiste en que se investigue a los efectivos militares del Destacamento de Fronteras de la Guardia Nacional, quienes “*en forma impune arremeten, hostigan y maltratan a miembros de la población BARÍ, suprimiéndole sus garantías humanas de vivir en paz y dignidad en su territorio amparado y reservado por el ESTADO VENEZOLANO*” (sic).

Al respecto se observa que el artículo 285 de la Constitución de 1999 prevé lo siguiente:

“Artículo 285.- Son atribuciones del Ministerio Público: (...)

3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración. (...)

5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones (...)”.

Conforme a la norma transcrita corresponde al Ministerio Público ordenar y dirigir la investigación penal sobre la perpetración de hechos punibles e intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad (civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria) en que hubiesen incurrido los funcionarios públicos.

Vista la petición de los recurrentes y conforme al precitado artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala **ORDENA** se oficie al **MINISTERIO PÚBLICO** para que determine la procedencia de una averiguación penal con relación a la actuación de los efectivos militares del Destacamento de Fronteras de la Guardia Nacional Bolivariana que presuntamente han hostigado y maltratado a los miembros de la población Barí en el territorio que ocupan en el Estado Zulia. Así se establece.

TSJ-SPA (1214) 30-11-2010, Magistrado Ponente: Emiro García Rosas, Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA). RDP N° 124, 2010, pp. 175-178.

Es obligación del Estado de garantizar el uso de los idiomas indígenas y el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al uso de su propio idioma en los procedimientos administrativos y judiciales. Conforme al Código de Ética del Juez, cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces o juezas ordenarán lo conducente para la traducción de las sentencias al idioma originario del pueblo indígena de que se trate.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución de 1999, “*Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad*”.

Asimismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 260 *eiusdem*, “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público.

La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

A la luz de esta Constitución, que califica a la República Bolivariana de Venezuela como Estado Social de Justicia y de Derecho, se han promulgado las siguientes leyes protectoras de los pueblos y comunidades indígenas.

1.- Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005).

“Artículo 95.- El Estado garantizará el uso de los idiomas indígenas en: (...)

9.- Todos los casos en los que se considere necesario”.

“Artículo 137.- **Los pueblos y comunidades indígenas, y cualquier persona que sea parte en procesos judiciales, tendrán derecho a conocer su contenido, efectos y recursos, contar con defensa profesional idónea, el uso de su propio idioma y el respeto de su cultura durante todas las fases del proceso.**

El Estado establecerá los mecanismos que permitan superar las dificultades inherentes a las diferencias culturales y lingüísticas para facilitar a los indígenas la plena comprensión de estos procesos.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los indígenas que estén sometidos o participen en procedimientos administrativos o especiales en tanto sean aplicables.”

“Artículo 139.- **El Estado garantiza a los indígenas el uso de sus idiomas originarios en todo proceso administrativo o judicial. Se requerirá del nombramiento de un intérprete, a los fines de prestar testimonios, declaraciones o cualquier otro acto del proceso. Los actos que hayan sido efectuados sin la presencia de intérprete serán nulos.”** (Resaltado de la Sala).

2.- Ley de Idiomas Indígenas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.981 del 28 de julio de 2008)

“Artículo 7.- El Estado debe garantizar los medios y recursos necesarios para la revitalización y promoción de los idiomas indígenas como instrumento de comunicación, conocimiento, instrucción, creación social y cultural. **El uso de los idiomas indígenas es obligatorio en los hábitat y tierras indígenas, y en las áreas habitadas por los pueblos indígenas, en el ámbito educativo, laboral, institucional, administrativo o judicial, y medios de comunicación que allí existan.**

“Artículo 12.- Son competencias del Instituto Nacional de Idiomas Indígenas, las siguientes: (...)

3.- **Asesorar a los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, en el uso, conocimiento, defensa, preservación y promoción de los idiomas y culturas de los pueblos indígenas.** (...)

9.- **Formar, capacitar y avalar a los y las intérpretes y a los traductores y las traductoras en idiomas indígenas (...).**”

“Artículo 40.- **El Instituto Nacional de Idiomas Indígenas designará a los y las intérpretes y a los traductores y a las traductoras indígenas, para facilitar la comunicación entre los pueblos y comunidades indígenas y el Estado. A tal fin, debe crear y mantener a la disposición pública, un banco de datos de los y las intérpretes y de los traductores calificados y las traductoras calificadas en los idiomas indígenas respectivos, para garantizar la comunicación en los actos oficiales y en los procesos administrativos, judiciales y demás actividades públicas o privadas en las cuales participen los indígenas.**”

“Artículo 42.- En el Sistema Nacional de Salud y en el Sistema de Justicia los órganos y entes competentes deben designar, en coordinación con el Instituto Nacional de Idiomas Indígenas, los y las intérpretes y a los traductores y a las traductoras necesarios para la atención de los pueblos y comunidades indígenas, quienes prestarán sus servicios de manera exclusiva, y deberán ser dotados de los medios y recursos idóneos para cumplir con eficiencia sus funciones.” (Resaltado de la Sala).

3.- El Código de Ética del Juez (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* la N° 39.493 de fecha 23 de agosto de 2010)

“Artículo 21.- El Juez o la jueza debe emplear el idioma oficial en forma clara, procurando que sus decisiones contengan expresiones precisas, inequívocas e inteligibles, redactadas de manera sencilla y comprensible para las personas, que garanticen una perfecta comprensión de las mismas. Cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces y juezas ordenarán lo conducente para la traducción, de forma oral o escrita de dichas sentencias en el idioma originario del pueblo indígena de pertenencia, de conformidad con lo establecido en las leyes que rigen la materia.” (Resaltado de la Sala).

Las normas parcialmente transcritas contemplan la obligación del Estado de garantizar el uso de los idiomas indígenas y el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al uso de su propio idioma en los procedimientos administrativos y judiciales. Asimismo, establecen que el Instituto Nacional de Idiomas Indígenas deberá asesorar a los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal en el uso de los idiomas indígenas.

Dentro de esa normativa, el Código de Ética del Juez dispone que cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces o juezas ordenarán lo conducente para la traducción de las sentencias al idioma originario del pueblo indígena de que se trate, aun cuando entiende la Sala que la terminología jurídica es un lenguaje extraño para aquellos de cuyo derecho se trata, como afirma Hegel en su Filosofía del derecho: *“(…) el conocimiento del derecho, (...) además del procedimiento de las discusiones judiciales, y la posibilidad de proseguir el derecho, es propiedad de una clase, cuya exclusividad llega hasta el empleo de una terminología especial, lenguaje extraño para aquéllos de cuyo derecho se trata. Los miembros de la Sociedad Civil (...) son considerados como extraños y puestos bajo tutela (...) frente a la clase mencionada, no solamente con respecto a lo más propio y personal, sino también con relación al derecho (...). Si realmente esos miembros tienen el derecho de estar presentes en juicio, personalmente con sus propios pies (in iudicio stare) [estar en juicio], esto es poco, si no pueden estar presentes espiritualmente, con su propio saber; y el derecho, que obtienen, resulta para ellos una vicisitud exterior.”* (HEGEL, Jorge Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, presentada por Carlos Marx. Editorial Claridad. Cuarta Edición, Buenos Aires 1955, p. 195) (Resaltado de la Sala).

En el lenguaje filosófico jurídico de Hegel, **“los miembros de la Sociedad Civil”**, que en este caso es la comunidad indígena Barí, no sólo tienen el derecho de accionar en juicio, como en efecto han cumplido mediante el presente recurso, y de participar en todas las etapas de este procedimiento, sino que además deben tener acceso a comprender **“en su propio saber”**, es decir, en su propia lengua, **“el derecho que obtienen”**, de modo que no **“resulte para ellos una vicisitud exterior”**. Pues, es deber de la Sala, al proveer la justicia social en el caso concreto, que tal justicia declarada sea lo más accesible a los justiciables, aun con las evidentes dificultades para traducir el lenguaje jurídico de la cultura no indígena al lenguaje (y a la lengua) de la cultura Barí que ha propuesto este recurso, al cual da satisfacción procesal esta sentencia.

La Sala aprecia que en estricto derecho natural -sagrado derecho humano según Kant-, los indígenas son los dueños originarios de sus tierras, desde que surgió la vida humana primigenia, milenios antes de que *el hombre no aborígen* inventase el derecho de propiedad. Tal derecho lo han ejercido los indígenas siempre en forma colectiva, en el sistema que Marx llamó *“comunismo primitivo”*. Este mismo autor, filósofo y abogado, al estudiar la cuestión aborígen, se expresó como sigue respecto de la conquista de América:

“el descubrimiento de las comarcas auríferas y argentíferas en América, el exterminio, esclavización y soterramiento en las minas de la población aborigen, la incipiente conquista y saqueo de las Indias Orientales, la transformación de África en un coto reservado para la caza comercial de pieles negras, caracterizan los albores de la era de producción capitalista” (Gustavo Pereira, *Historias del Paraíso*, Volumen 1, Fondo Editorial del Estado Nueva Esparta, Margarita, 1998, p. 27, autor que tomó esta cita del libro *Materiales para la Historia de América Latina*. Compilación y traducción de Pedro Scaron, Buenos Aires, Ediciones Pasado y Presente, 1974), (Subrayado de la Sala).

Para defenderse del imperio, los aborígenes, *“pusieron en armas”*, tal como explica Fray Bartolomé de las Casas, conocido como el *“defensor de los indios”*, quien también era abogado y obispo de la Iglesia Católica, en su *Brevísima relación de la destrucción* [destrucción] de Las Indias, libelo dirigido al rey Felipe en 1645 (Edit. Programas Educativos C.A. (PROGRE- DUCA), Colección La Política, Caracas, 2009).

En ese mismo texto, el citado autor opina ante su rey que *“...la verdad es que muchísimos de aquellos hombres [los indios] pueden gobernarlos ya en la vida monástica, ya en la económica y ya también en la política, pudieran también enseñarnos y reducirnos a las buenas costumbres; y más todavía, pueden dominarnos con la razón natural”* (Obra citada).

Con esta sentencia la Sala quiere dejar constancia del gran bagaje de sabiduría aborigen, en el marco de su tiempo histórico, respecto de la necesidad de demarcar sus tierras, demarcación que no tendrían que solicitar si no hubiesen sido despojados de sus territorios ancestrales.

Con basamento en las precedentes consideraciones, este Tribunal **acuerda** oficiar al **Instituto Nacional de Idiomas Indígenas**, para que proceda a realizar la traducción de esta sentencia a la lengua Barí, y la remita traducida a esta Sala dentro de los treinta (30) días de despacho siguientes a su notificación, con la identificación del traductor o traductores, firmada y sellada. Así se determina.

Se advierte que la falta o demora en la versión de esta decisión a la lengua Barí no impedirá su ejecutoriedad ni su ejecución. Así se decide.

En conclusión, la Sala declara parcialmente con lugar el recurso por abstención, estableciendo: 1.- **PROCEDENTE** la petición de demarcación de las tierras de la etnia Barí. 2.- **IMPROCEDENTE** el pedimento de los recurrentes referido a que se les ratifique el derecho de propiedad colectiva sobre las tierras indicadas en la Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio del Interior y Justicia de fecha 05 de abril de 1961 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.520 del 05 de abril de 1961). Así se determina.

Finalmente, la Sala ordena publicar la presente sentencia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, con el título *“Sentencia que declara parcialmente con lugar el recurso por abstención o carencia incoado por la Comunidad Indígena Barí y la asociación civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA), en la cual se ordena al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente proceder a la demarcación de sus territorios, previo cumplimiento del procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas”*.

TSJ-SC (597) 26-4-2011, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, Caso: Impugnación de la Constitución del Estado Zulia, RDP N° 126, 2011, pp. 116-119.

La Sala analiza la normativa existente respecto a la participación política de los pueblos y comunidades indígenas.

...El artículo 78.24 de la Constitución del Estado Zulia establece, lo siguiente:

“Artículo 78.- Son atribuciones del Gobernador del Estado:

...Omissis...

24. *Presentar al Consejo Legislativo, a más tardar en la primera quincena de noviembre de cada año, el Proyecto de Ley de Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos del Estado para el siguiente ejercicio anual*”.

Al respecto, se aseveró que de la lectura del artículo 78.24 de la Constitución del Estado Zulia, la norma impugnada “ninguna alusión hace (...) sobre el cumplimiento estructural que debe tener el presupuesto de ese Estado, tal como lo disponen los artículos 167.4, 175 y 179 de la Constitución”.

Que “*en igual sentido, la infracción omisiva se produce al no dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 125 y 169 de la Constitución de la República (...)*”. Además, se señaló que “*la infracción omisiva se produce al no dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 125 y 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto teniendo el Estado Zulia poblaciones indígenas debió prever las disposiciones contenidas en esos artículos*”.

Asimismo, que “señala el constituyente nacional, que, en cada ejercicio fiscal, los estados destinarán a los Municipios una participación no menor del 20%, pero resulta que la Constitución del Estado Zulia nada establece, cómo debe distribuirse la partida señalada, con cuya omisión se violan esos dispositivos de la Carta Magna, pues la Constitución Estatal debe establecer en su texto esos principios; y sin embargo no lo hizo”.

Ciertamente, de la lectura de los artículos 125, 167.4 y 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se desprende claramente que los Estados deberán dictar leyes en desarrollo del Texto Fundamental, sin embargo ello no comporta en sí mismo, que la omisión de la Constitución del Estado Zulia en desarrollar o incorporar expresamente las disposiciones normativas nacionales, genere una violación a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que afecte de nulidad la norma impugnada.

Bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisdicción constitucional abarca no sólo las violaciones producto de la actuación del legislador, sino también aquéllas que surgen de la inactividad de éste. De esta manera, la Sala ha afirmado, que el control de la constitucionalidad por omisión no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por lo que comprende no sólo las pasividades del Poder Legislativo Nacional, Estatal y Municipal, sino también las de cualquier otro órgano del Poder Público cuando deje de ejercer competencias de ejecución directa e inmediata de la Constitución -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 91/05-.

Sin embargo, no puede pretender la parte accionante que los preceptos constitucionales resultan, total o parcialmente, ineficaces por falta de desarrollo, ya que a su juicio no existe una regulación particular en la Constitución del Estado Zulia, más aún cuando existen normas de rango legal de carácter nacional que las desarrollan suficientemente, o existe un impedimento constitucional para que los Consejos Legislativos puedan desarrollar sobre tales materias su competencia normativa.

En tal sentido, la aplicación del contenido del artículo 125 de la Constitución que establece que “*los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley*”, se encuentra regulada en la Disposición Transitoria Séptima del Texto Constitucional, en los siguientes términos:

“Séptima. A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los y las representantes indígenas a la Asamblea Nacional, a los Consejos Legislativos Estadales y a los Consejos Municipales, se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:

Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.

Es requisito indispensable, para ser candidato o candidata, hablar su idioma indígena, y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones:

Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.

Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.

Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.

Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.

Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.

Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá un representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o electa a la candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.

Los candidatos o las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores o electoras de ese Estado podrán votarlos o votarlas.

Para los efectos de la representación indígena en los Consejos Legislativos y en los Consejos Municipales de los Estados y Municipios con población indígena, se tomará el censo oficial de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática. Las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.

El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos o expertas indigenistas y organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados”.

Además, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005), establece que en los estados, municipios y parroquias con población indígena, se elegirán representantes indígenas para los consejos legislativos, concejos municipales y juntas parroquiales de dichas entidades, conforme al procedimiento establecido en la ley electoral en materia indígena; señalando que a los efectos de determinar los estados, municipios y parroquias con población indígena tomarán en cuenta los datos del último censo oficial, las fuentes etno-históricas y demás datos estadísticos y otras fuentes de información.

Igualmente, el contenido del artículo 169 de la Constitución, fue desarrollado por parcialmente por la mencionada Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que desarrolla y consolida los derechos políticos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, así como el principio de democracia participativa, al tener por objetivos promover los principios de una sociedad democrática, participativa, protagónica, multiétnica, pluricultural y multilingüe, en un Estado de justicia, federal y descentralizado; desarrollar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas reconocidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en las leyes, convenios, pactos y tratados válidamente suscritos y ratificados por la República; proteger las formas de vida y el desarrollo sustentable de los pueblos y comunidades indígenas, con fundamento en sus culturas e idiomas; establecer los mecanismos de relación entre los pueblos y comunidades indígenas con los órganos del Poder Público y con otros sectores de la colectividad nacional y garantizar el ejercicio de los derechos colectivos e individuales de los pueblos, comunidades indígenas y de sus miembros; así como por la sancionada Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado Zulia. *Vid.* Página web consultada el 28/10/08, en http://clezulia.gov.ve/index.php?option=com_content&task=view&id=305&Itemid=2-, por lo que no se verifica omisión constitucionalmente tutelable. Así se declara.

Mención aparte merecen los artículos 175 y 179 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo contenido expresamente establecen lo siguiente:

“Artículo 175. La función legislativa del Municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejalas elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley.

...Omissis...

Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

- 1.- Los procedentes de su patrimonio, incluso el producto de sus ejidos y bienes.*
- 2.- Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.*
- 3.- El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.*
- 4.- Los derivados del situado constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales;*
- 5.- El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que les sean atribuidas;*
- 6.- Los demás que determine la ley”.*

De una simple lectura de los artículos parcialmente transcritos, esta Sala no advierte de forma alguna cómo el contenido de la Constitución del Estado Zulia resulta inconstitucional en los términos denunciados y, por el contrario considera que el ejercicio por parte de los Consejos Legislativos en tales materias supondría en la mayoría de los casos (salvo supuestos como el contenido en una usurpación de funciones del mencionado órgano legislativo estatal en las competencias del Poder Público Municipal) se constituyan en una legislación estatal (leyes de presupuesto) que en ejecución de la legislación nacional viabilicen -vgr. Ley Orgánica de la Administración Financiera el Sector Público- las normas constitucionales en tales materias -artículo 179, numerales 3 y 4 de la Constitución, por lo que se desestiman las denuncias formuladas y se declara la constitucionalidad del artículo 78.24 de la Constitución del Estado Zulia. Así se declara.

TSJ-SC (2) 3-2-2012, Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán Caso: Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro, RDP N° 129, 2012 pp. 156 y ss.

Sentencia de la Sala Constitucional que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

..Igualmente, esta Sala considera pertinente señalar que, el 27 de abril de 2011, mediante decisión N° 612, se ordenó al equipo multidisciplinario correspondiente a la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, de conformidad con lo establecido en la letra “b” del artículo 179-A de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que realizara de manera inmediata un informe técnico al niño quejoso dejando constancia de su estado de salud, físico y mental, así como de su entorno familiar, todo ello con el objeto de que la Sala se formara un concepto integral sobre la verdadera situación del niño (parte actora). Luego, el 11 de julio de 2011, el Juzgado de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del Cir-

cuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro informó a esta Sala, a través del oficio N° 785-2011, que no se encontraba conformado el equipo multidisciplinario de ese Circuito Judicial Penal, por cuanto estaba integrado nada más con la Trabajadora Social.

Al efecto, la Sala observa que, ciertamente, la falta de conformación del equipo multidisciplinario del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro imposibilita el informe técnico integral solicitado sobre las condiciones del niño; sin embargo, la inexistencia de dicho informe no era óbice para que se continuara con la celebración de la audiencia constitucional, pues se suplió el informe técnico integral con varios exámenes –de medicina interna, psiquiátrico y de nutrición y dietética– realizados al quejoso de autos donde se constata la situación de su entorno familiar, los cuales fueron remitidos a esta máxima instancia constitucional, el 19 de julio de 2011. Visto lo cual, la Sala procede a decidir el presente asunto, considerando todas las actas agregadas al expediente, y lo expuesto en la audiencia constitucional.

Dilucidado lo anterior, la Sala observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la decisión dictada el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida “*Jurisdicción Especial Indígena*”.

En ese sentido, la representación de la Defensa Pública sostuvo, en resumen, que a su patrocinado se les cercenaron sus derechos fundamentales, y que las causas que ocasionaron esa vulneración fueron, entre otras, que se aplicó una condena de veinte años de prisión, sin observarse las reglas del debido proceso, como son: que no se dictó una orden de inicio de la investigación penal ni consta el acta de defunción de la víctima; no fue imputado el niño Warao, no se aplicó el principio de “*interés superior del niño y del adolescente cuando se debió aplicar el Sistema Penal de Niños, Niñas y Adolescentes*”; que se vulneró el principio de progresividad de los derechos humanos, y se omitió el análisis relacionado con los usos y costumbres de las comunidades indígenas según los cuales, la privación de libertad es excepcional y última *ratio* pudiéndose aplicar una sanción distinta; tampoco se verificó la presencia de los padres del niño afectado en la Asamblea Indígena, ni en el Tribunal de Control; no se explica suficientemente cómo un niño de doce (12) años pudo causarle la muerte a un adulto de la manera como se describe, considerando las condiciones socio-antropológicas; no se le hizo al niño un estudio socio-antropológico, se ordenó la separación de su grupo familiar, por lo cual se le impusieron dos sanciones, a saber: la expulsión de hecho de la comunidad indígena y la privación de libertad. Asimismo, señala la representación de la Defensa Pública que se desconoce el tiempo que estuvo el niño privado de libertad durante su juzgamiento y a cargo de quién; además de que la comunidad indígena Warao cuenta con una autoridad que se denomina “*AIDAMO KOBENAJORO*”, responsable de ejecutar los castigos.

Con tales argumentos solicitó la Defensa Pública que, a través del amparo, se decretara la nulidad de las dos decisiones judiciales dictadas, tanto en la “*Jurisdicción Especial Indígena*” como en el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro.

Establecido lo anterior, la Sala reconociendo la existencia de la “*Jurisdicción Especial Indígena*” estima que es necesario abordar aspectos sociales y jurídicos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que deben ser considerados a los fines de emitir pronunciamiento en la presente causa.

DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Se habla de *diversidad cultural* porque los pueblos, naciones, comunidades, sociedades y Estados no son expresión homogénea de una sola y única realidad social y cultural, aunque todos los seres humanos pertenezcamos a una misma especie. La historia de la humanidad ha conocido

una extraordinaria variedad de procesos culturales cuyos rastros perviven en los pueblos. El II Informe Mundial sobre la Cultura: Diversidad Cultural, Conflicto y Pluralismo de la UNESCO (2001) refiere que la diversidad se agrupa generalmente en torno a un núcleo cultural, por razones geográficas, históricas u otras; de modo que la frontera que separa a un grupo cultural de otro está deliberadamente marcada.

El reconocimiento en la cultura universal contemporánea de un extraordinario patrimonio étnico-cultural que no se mide por su importancia numérica, se ha elevado a la categoría de valor fundamental de la humanidad dando lugar además, a considerar *el valor e igualdad intrínsecas* de todas las civilizaciones y culturas, incluyendo la de los pueblos indígenas.

Desafiando la perspectiva liberal-individualista de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las poblaciones indígenas emergieron en la escena internacional como actores socio-políticos reclamando como *derechos humanos colectivos* sus demandas históricas de justicia, pendientes y postergadas después de siglos de dominación colonial, la cual ha atravesado fases de genocidio, etnocidios, asimilaciones forzadas, expulsiones, exterminios, reubicaciones, colonizaciones dirigidas, y otras atrocidades.

En el año 2007, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprueba la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconociendo los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas. Mucho antes, en el año 1957, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había reconocido los derechos colectivos de los pueblos originarios en el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes; así como también, otros instrumentos normativos como el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe; y la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Cabe señalar que en el año 1999, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, rompiendo los viejos paradigmas, reconoció los derechos indígenas como derechos humanos colectivos y a los pueblos y comunidades indígenas como sus titulares. Posteriormente, las Constituciones de las Repúblicas de Ecuador (2008) y de la República de Bolivia (2009) recogieron dicha normativa.

Se estima que en el continente americano coexisten más de cuatrocientos pueblos indígenas dentro de las fronteras nacionales de los diversos Estados, cada uno con su propio patrimonio cultural y con una población indígena mayor de treinta y ocho millones de personas.

En el resto del mundo, la población indígena asciende a más de trescientos millones repartidos en más de setenta países (Gutiérrez García, Erick 2011. *Los Derechos Humanos desde el Enfoque Crítico*. Defensoría del Pueblo. República de Venezuela).

En Venezuela, según el Informe Socio Antropológico de la Comunidad Warao que la antropóloga Liliana Morales llamada por la Sala en su condición de testigo experta, consignó en el expediente el día 28 de junio de 2011, se precisa:

Venezuela a diferencia de países, como Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala y México, su población indígena, aunque diversa -más de 28 Pueblos Indígenas-, no es mayoritaria -con más de medio millón de indígenas-, alcanza a un poco más del 2% de la población de Venezuela, de acuerdo a los datos aportados por el Censo Indígena de 2001.

Dentro de la población indígena de Venezuela, el Warao representa 7 %, siendo así la segunda etnia en tamaño poblacional (después del Wayúu, 58 %; y antes del Pemón, 5%). El 79 % de la población Warao vive en comunidades tradicionales, mientras que las etnias zulianas, tanto Wayúu como Añu, viven por más de 80 % en áreas urbanas.

La población Warao, se encuentra principalmente en el Delta Amacuro, más precisamente en los municipios Antonio Díaz (aproximadamente 60 %), Tucupita (15 %) y Pedernales (10 %). En el estado Monagas viven otro 10 %; y el 5 % restante se reparte entre los estados Sucre y Bolívar (3 % entre ambos) y los demás estados (2 %). Fuera del Delta, los Warao viven, mitad en comunidades tradicionales y mitad en áreas urbanas.

La perceptible disminución de las poblaciones indígenas en el mundo, y la preservación de sus culturas ancestrales ha hecho necesario la adopción desde los más altos niveles, de medidas tendentes a evitar el “*aplastamiento*” de los grupos sociales devenidos vulnerables como son los indígenas.

En 1989, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (G.O. 39.305 del 17/10/2001) revisa la normativa originaria del Convenio N° 107. Entre los fundamentos de la revisión se tiene:

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobreenvidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hace aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del Estado en donde viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la comunicad, y a la cooperación y comprensión internacional.

Por lo cual, dispone en su artículo 2:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socio-económicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Así pues, con el referido Convenio No. 169 de la OIT, el Derecho Internacional acoge la normativa originaria y autónoma de los pueblos indígenas, reconociéndoles derechos humanos colectivos a sus comunidades autónomas, sirviendo ello de precedente normativo para muchos países, sobre todo los latinoamericanos.

Todo este movimiento de ideas ha dado lugar a un nuevo paradigma en el Derecho Constitucional contemporáneo, cual es el reconocimiento del **pluralismo jurídico**; es decir, al reconocimiento de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno de ellos, el positivo creado desde la estructura Estatal –desde arriba hacia abajo por el Estado–, y el otro, el indígena, que emerge del seno de la comunidad indígena y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican -elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas-, aceptándose de esta manera la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario y ancestral de los pueblos indígenas (véase Bronstien, Arturo. 1999. *Memoria del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y los Pueblos Indígenas*).

La aceptación del *pluralismo jurídico* supone el respeto por la diversidad cultural en condiciones de auténtica igualdad entre todas las entidades culturales; por lo que en este sentido, como bien lo expresa López Bárcenas, Francisco, 1999, tenemos que aceptar que todas las formaciones sociales viven en el presente y en el mismo espacio, sin que sea válido hablar de culturas atrasadas o avanzadas.

El reconocimiento de la *diversidad cultural* no se reduce a la aceptación de sistemas jurídicos diferentes, sino también implica una manera distinta de comprenderlos e interpretarlos en función del respeto a la **diversidad epistemológica**; ello incluye tanto el reconocimiento de nuevas racionalidades y valores, como también la plena validez y vigencia de las religiones, creencias y/o espiritualidades de las culturas indígenas. Es decir, se trata de introducir un principio de igualdad entre los *sistemas de conocimiento* de los pueblos indígenas a partir de sus diferencias, vale decir, se trata de la construcción de un nuevo sentido común epistémico (véase Gutiérrez García; Erick. 2011. *Op. Cit.*).

A modo de ejemplo, no se puede desconocer, a los efectos de emitir el pronunciamiento en la presente acción de amparo, la apreciación de la realidad que tienen los indígenas Warao, a partir de su cultura, religión y cosmovisión. En este sentido, se aprecia del Informe socio antropológico, elaborado por la Antropóloga Liliana Morales, y cursante en autos, que:

Para los Warao el mundo está en un eterno y delicado equilibrio entre el hombre, la naturaleza y los seres sobrenaturales (Heinen, 1988: 664). Razones por las que se hace imperioso el actuar constante para restablecer este equilibrio. Así a cada acción de interferencia del hombre sobre la naturaleza corresponde una compensación. Y los seres sobrenaturales requieren que se les aplaque con ofrendas y cualquier disturbio de orden social requiere su kuanobe, o su recompensa.

La visión del Warao es la de un mundo en armonía con la naturaleza y los seres sobrenaturales, opuesta a la visión de la cultura agrícola y patriarcal de los pueblos de tradición judeo-cristiana, donde el lema es dominar a la naturaleza.

Por medio de la cosmología Warao y de sus relatos míticos se puede apreciar, cómo éstos perciben el mundo, cómo son las normas que rigen este mundo, cuál es el lugar del Warao en el mundo y cómo el Warao se organiza dentro de él.

(...)

Dentro de esta mirada Warao, (...), se piensa que el mundo está constituido por diferentes seres (arao) que representan las diferentes especies de la flora y la fauna etc. Y en él residen, los seres sobrenaturales que en sí mismos constituyen sus “proprios mundos” pero que también forman parte de este de una forma muy real.

La capacidad de estos seres para comunicarse, reproducirse, y transformarse de uno en otro cuando así lo desean, pone de manifiesto un concepto fundamental que interpreta la vida (arao) como lo primordial y (atejo) como lo accesorio. Por lo tanto, lo importante, no es tanto identificar cada ser por especie sino el poder identificar y ubicar las distintas “aglomeraciones” a las que pertenecen, poder identificar los diferentes grupos de seres (comunidades ecológicas) y las normas por las que se rige su comportamiento y los mecanismos que garantizan el cumplimiento de las mismas (Ayala 2001: 253).

(...)

Los Warao tradicionalmente son seres no violentos y las normas que estas “madres” inculcan a sus respectivas familias en macro, aparte de ser claras y sencillas, son reglas dirigidas a evitar la violencia, entendiéndose esta como todo aquello que conlleve la eliminación de un ser. Sin embargo, para muchos seres es preciso cazar para sobrevivir, por ello, las normas permiten la cacería, siempre y cuando que esta no se dé entre miembros de la misma familia, algo que está prohibido y no es aceptado. Cada familia es consciente de esta ley, y a pesar de que la aceptan, cada “madre” instruirá a su “prole” para que eviten ser víctimas de un depredador de otra familia.

La misma ley que permite la cacería entre diferentes familias, simultáneamente, prohíbe que esta actividad se ejecute en exceso (sobreexplotación). Si esto ocurriera, si una madre considerara que los suyos están siendo exterminados su reacción sería contundente, mudándose a otro sector dejando a la familia del infractor sin ese recurso, de forma que estos se quedarían sin alimento y enfermarían. Lo fundamental de esta concepción del mundo que les rodea es que la conformidad no garantiza una vida libre de carencias y violencia, lo que asegura es una supervivencia de acuerdo al equilibrio dictado por el ambiente en el cual todos participan (Ayala 2001:254-255).

Asimismo, es de resaltar, tal como se aprecia de la Guía Pedagógica para la Educación Warao Intercultural Bilingüe (2004), elaborada por el entonces Ministerio de Educación y Deportes, hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación, que el sistema educativo imperante en la cultura indígena Warao, responde, entre otras, a las siguientes interrogantes:

¿Para qué se educa al warao?

El warao educa a sus hijos para que sea trabajador, para que respete a los ancianos, a los suegros, para que tenga conuco, que sepa buscar comida. Un warao trabajador no se muere de hambre. Un papá warao educa al hijo, lo corrige, a veces con palos de mamure. Un warao de ocho o nueve años, antes de ir a la escuela ya ha sido educado por su papá.

Se educa para ser un buen warao, respetuoso, adaptado para vivir en su tierra.

Decían los abuelos que hay que portarse bien con todos los warao con las plantas, con los animales, de esto depende la salud, se aprende a no destruir la naturaleza, son enseñanzas de conservación, de salud, de buenas relaciones. Cuando el wisiratu toca la maraca, especifica el espíritu del árbol al que no se le pidió permiso para pasar.

A las mujeres se les enseña a cuidar a la familia, ya que el cuidado de ellas mismas, a través del cumplimiento de las normas garantiza la salud y la sobrevivencia.

Si la Educación Intercultural Bilingüe se da como tiene que darse, el pueblo warao será el mejor del mundo. Respeto a la vida, a la cosa ajena, a la naturaleza, se solucionará el problema del hambre y del desempleo; un warao que siembre bastante ocumo, tendrá alimento para vender y satisfacer otras necesidades como la vestimenta.

¿Qué valores se enseñan?

El respeto a los demás y a los mayores,

Solidaridad,

Aprecio al conocimiento,

Amor al trabajo,

Valentía y Hospitalidad.

En los términos arriba indicados, es como la Sala entiende el reconocimiento que hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las culturas de los pueblos originarios o indígenas ubicados en el territorio nacional. La Sala destaca que, por primera vez en la historia republicana, el Estado venezolano reconoce en su Carta Magna que es una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, se señala:

...como consecuencia de esta lucha y de sus particulares condiciones de vulnerabilidad, los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos internacionalmente como derechos específicos y originarios.

Este mismo reconocimiento en la Constitución implica un profundo cambio de perspectiva política y cultural que reorienta la conducción del Estado venezolano, al reconocer su carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe.

En el seno de los diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos se han realizado notables esfuerzos en el avance, reconocimiento y profundización de los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito legislativo como en el constitucional. En este sentido, es importante destacar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas actuales establecen principios claros sobre los derechos de los pueblos indígenas, como un reconocimiento a la diversidad cultural de América Latina...

De modo que, el Estado venezolano reconoce expresamente la existencia del derecho ancestral de las etnias o pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional, al aceptar, como característica de su política social, el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, tal como se prevé en el contenido del artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la siguiente manera:

El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida...

Ahora bien, el carácter pluricultural aceptado en la Constitución de 1999 conlleva necesariamente a superar la concepción tradicional *monista* del Derecho, permitiendo la incorporación del pluralismo jurídico o legal, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio, bajo la rectoría única del texto constitucional como vértice final de ambos sistemas. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, participó en la elaboración originaria del proyecto de la Constitución, la representación social de ambas realidades culturales; la representación indígena fue conformada por el uno por ciento (1%) de la población total del país, según se lee de las Bases Comiciales para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

De allí entonces que el principio de coexistencia y cohabitación de ambos regímenes jurídicos tiene los alcances previstos en el artículo 260 constitucional, que a la letra dice:

[L]as autoridades legítimas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a [esta] Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional.

Es decir, la propia Constitución hace énfasis en las reglas que se han de seguir para la armonización de los dos sistemas jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena.

Se trata, insiste la Sala, de una integración al ordenamiento jurídico general cuyo vértice final está en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que se aclara en el artículo 126 constitucional que:

Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tiene el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

Tales premisas constitucionales deben ser tomadas en cuenta por esta Sala Constitucional, y con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, a los fines de adoptar sus decisiones en resguardo de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional.

ALCANCE Y CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO ORIGINARIO O CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como la Sala señaló *supra*, a pesar de que el Estado venezolano reconoce la existencia del derecho originario o prehispánico de los pueblos indígenas (consuetudinario y ancestral), contenido en la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, debe aplicarse dentro de los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es conforme con el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT, que a la letra dice:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

En la legislación venezolana se observa que el artículo 131 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas del 2005, define el derecho originario o consuetudinario indígena en los siguientes términos:

El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, uso y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derecho y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.

De este modo, la ejecución del derecho propio de los pueblos indígenas no puede ser incompatible con los derechos fundamentales definidos en el ordenamiento jurídico constitucional, por lo que ha resultado necesaria una coordinación jurídica entre los dos sistemas normativos, todo ello en razón de que la vigilancia por el respeto de los derechos humanos le compete al Estado a través de sus distintos Poderes Públicos. Ejemplo de ello, es que el reconocimiento de los pueblos indígenas, así como la existencia de su derecho, también es de la competencia del Poder Nacional como lo estableció la Sala en la sentencia N° 597, del 26 de abril de 2011, caso: *Carlos Baralt Morán y otros*, en los siguientes términos:

(...)

cuando la Constitución reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida -artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, no postula una competencia excluyente del Poder Nacional en la tutela de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Ciertamente, existe una gran cantidad de normas constitucionales vinculadas con la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, entre las cuales se deben destacar el reconocimiento de los idiomas de los pueblos indígenas como idiomas oficiales, en los siguientes términos: “Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”; en el artículo 120, se garantiza el aprovechamiento racional de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, al señalarse: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley”; el artículo 123, que establece “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía

nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral”; el “artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; (...) la de los pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos (...);” o el artículo 166 que dispone que “En cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estatales de los ministerios; y una representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejalas y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley”, entre otros artículos como el 169 y 181, respecto a la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponde a los municipios con población indígena y la exclusión de las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas de la calidad de ejidos.

Correspectivamente, desde una perspectiva del ordenamiento jurídico de rango legal, existe igualmente un régimen jurídico especial vinculado a los pueblos indígenas -vgr. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas- que permiten afirmar que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas trascienden la simple garantía de representación indígena en los cargos de elección popular, como la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos, Concejos Municipales, y Juntas Parroquiales Comunes en los Estados con población indígena o en cualquier otra instancia tanto en el ámbito nacional, estatal y parroquial, de conformidad con las leyes respectivas, así como en los órganos parlamentarios internacionales. Ciertamente, la retícula normativa vinculada con las comunidades indígenas, postula un régimen estatutario que no sólo permite integrar a las mismas a la vida social, económica y política de la República, sino que además al reconocer la importancia de su existencia y conservación para el Estado, comprende el necesario cumplimiento por parte de los órganos o entes del Estado creados en cualquiera de sus niveles político-territoriales, el deber de lograr los cometidos nacionales conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al resto del ordenamiento jurídico aplicable.

Además, la Sala destaca que la coordinación que debe existir entre la Jurisdicción Especial Indígena y el derecho estatal, debe atender al *principio de legalidad*, como lo señala literalmente el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que la coordinación de los distintos sistemas jurídicos es de reserva legal, ya que la ley es el único instrumento jurídico que desarrolla esa coordinación (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, entre otras), sin menoscabo de que la Sala Constitucional, como máxima y última intérprete de la Constitución, complementa los vacíos legales o legislativos, en el ejercicio de la jurisdicción normativa que tiene atribuida la Sala Constitucional (véase la sentencia de esta Sala N° 1325 del 4 de agosto de 2011).

De modo que, la Sala establece, con carácter vinculante, que **el derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente, y por ende, no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

En definitiva, el derecho propio y originario de los pueblos indígenas integra el ordenamiento jurídico y, como tal debe estar enmarcado en los principios, reglas y derechos contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así como en el respeto del *bloque constitucional*, el cual contiene los distintos pactos, tratados y acuerdos internacionales ratificados por la República. Se trata de brindar cobertura constitucional al hecho de que el sistema

jurídico de las comunidades indígenas está integrado a la vida social, económica y política del país, tal como lo señala la Carta Magna; lo cual implica que dentro de su proceso evolutivo, el derecho originario consuetudinario indígena, hoy día no escapa de las garantías que el Derecho Constitucional impone para el respeto de la condición humana.

En efecto, el derecho propio originario de los pueblos de indígenas no es hoy el mismo de otrora, por cuanto los problemas o fenómenos sociales que se presentan en las diversas etnias indígenas también se han transformado con el transcurso del tiempo, y no puede ser ajeno a la complejidad del “*espíritu del tiempo*” (Zeigheist), lo que obliga a los integrantes de las comunidades indígenas a adoptar, si es posible, nuevas posturas ante la ocurrencia de nuevas situaciones.

De ello se deja constancia, respecto de la Comunidad Indígena Warao, en el Informe socio antropológico que cursa en los autos consignado por la testigo experta juramentada por la Sala, antropóloga Liliana Morales, de donde se extraen los siguientes párrafos:

(...)

la aculturación, pues da elementos que nos permite, entender no sólo la situación actual de este pueblo indígena, sino que comprender el proceso de transformación profunda cultural que se ha dado en el seno de esta sociedad, y por lo que me arriesgo a hablar de una cultura profundamente perturbada y que como consecuencia pudiéramos hablar de un pueblo en peligro, cuyas normas, comportamiento y tradiciones se encuentran amenazadas por la explotación constante y masiva, los políticos que desde Tucupita nombran las autoridades en las comunidades destruyendo su propia organización social y política, la corrupción administrativa, funcionarios del gobierno incompetentes, la utilización de la mano de obra Warao, la introducción de salarios y monetarización de la economía y de principios criollos que causan una suerte de desintegración cultural.

A las transformaciones introducidas por el contacto con los misioneros, criollos, aventureros, comerciantes entre otros, al establecerse en la región del delta los primeros asentamientos de personas de ascendencia europea o criollos, a partir del siglo XVII, pero principalmente en el siglo XVIII.

Pero es a partir del siglo XX y desde hace un poco más de noventa años, que el pueblo Warao se enfrenta a incesantes y profundas fuentes de cambios culturales y sociales, representadas por las misiones religiosas en un primer momento, y luego por la sociedad criolla local y nacional. Y como consecuencia de todo, la desintegración de una cultura indígena.

Aunque desde hace muchos años la sociedad Warao ha tenido relación directa con la sociedad Criolla o Nacional, sobre todo al integrarse, en algunas tareas, a la vida económica nacional, los Warao han logrado mantener y difundir los valores fundamentales de su cultura y preservar su autonomía como grupo indígena. Si bien es cierto que en la actualidad los jóvenes Warao, parecieran preferir el trabajo asalariado en los aserraderos o desarrollar actividades agrícolas no tradicionales, en participar en la explotación industrial del palmito y en asumir cargos públicos en calidad de maestros y enfermeros, creando una dependencia con los sectores criollos.

De esta manera, las actividades de reportan ingreso monetario han desplazado a las actividades de subsistencia tradicionales. Y esa dependencia por obtener algunas monedas es directamente proporcional con el abandono de las formas tradicionales de producción y por supuesto, al final con la organización social y política.

En los últimos años se ha observado un resquebrajamiento de las pautas tradicionales del parentesco y de los deberes parentales, debido al interés, cada vez más grande de los jóvenes por obtener un empleo en empresas e industrias que explotan la zona. Esto ha traído consecuencias drásticas en la familia Warao, ya que los hombres han adquirido nuevas responsabilidades que han suplantado las tradicionales. Además, cabe destacar la presencia cada vez mayor de indígenas Warao en zonas urbanas como Tucupita y Barrancas, donde ejercen oficios muy mal pagados, llegando algunos a la indigencia.

La fragmentación de los sistemas sociales indígenas, inducida directa o indirectamente por el contacto permanente con el entorno no indígena, perturba los sistemas tradicionales de socialización de la infancia, lo que repercute negativamente tanto en la transmisión del saber cultural propio de cada grupo, como en la construcción de las identidades principalmente en contextos urbanos y peri/urbanos.

Además, de modo complementario, la Sala hace notar que, conforme al principio de la **supremacía de la Constitución**, lo señalado en la Carta Magna debe ser considerado como norma fundamental del Estado, por lo que toda normativa existente en Venezuela debe estar subordinada al Texto Fundamental y, en ningún caso, puede contrariar su contenido, facultándose al Juez o Jueza a ejercer el control difuso de la constitucionalidad y a desaplicar la norma contraria a la Constitución (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Así se declara.

DEL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES ADVERSADAS CON EL AMPARO

En el caso *sub iudice*, la defensa pública penal del legitimado activo intentó la presente acción de amparo constitucional contra dos decisiones, a saber: la dictada, **el 23 de noviembre de 2009, por la “Jurisdicción Especial Indígena”**, mediante la cual condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la dictada, **el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro**, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial, ordenando su ejecución.

El hecho sometido al procedimiento especial indígena se refiere, según se desprende de las actas que conforman el expediente, a que, presuntamente, el niño indígena Warao, cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, le ocasionó la muerte al ciudadano Lucio Romero, quien también era un indígena Warao, en la comunidad indígena de Boca de Atoibo, del Estado Delta Amacuro, el día sábado, 19 de septiembre de 2009.

Ahora bien, con relación a la decisión proferida por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, la Sala observa, en primer lugar, que la misma fue elaborada, en principio, conforme a los parámetros legales establecidos en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; esto es, según los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de esa Ley especial.

En efecto, el procesamiento del niño indígena Warao cumplió con el criterio de competencia territorial, por cuanto se trató de un hecho acaecido dentro del hábitat y tierra de la etnia Warao ubicada en el Estado Delta Amacuro; con el criterio de competencia personal, por tratarse el sujeto activo –así como el pasivo– de un integrante de la Comunidad Indígena Warao; y con el criterio de competencia material, que se refiere a que “[l]as autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia [de] que se trate. Se exceptúa de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión”.

Respecto del criterio material de competencia citado, y como una excepción adicional, cabe invocar el criterio, con carácter vinculante, de esta Sala Constitucional sobre la competencia de los Tribunales de Violencia Contra la Mujer para conocer, en los casos en el que sujeto pasivo sea una mujer, los hechos punibles cometidos por cualquier indígena, en la sentencia N° 1325, del 4 de agosto de 2011, caso: *Carlos Eduardo Ramos Vargas*:

Preliminarmente, visto que el amparo de autos fue interpuesto por el defensor del ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, quien es indígena, perteneciente a la “Comunidad Indígena Chaima”, y fue imputado por la presunta comisión de los delitos de violencia física y amenaza en perjuicio de la ciudadana Emereida del Valle Faría Sabolla (no indígena), esta Sala estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

Es innegable, el reconocimiento que se ha hecho a través de instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales, de la existencia de los pueblos indígenas, sus costumbres, tradiciones, cultura, y modos de resolución de conflictos entre otros aspectos, todo ello atendiendo a la evolución socio cultural de los pueblos y la necesidad de crear normas que permitan la integración y coexistencia de los habitantes de un entorno geográfico y socio político, con garantías propias de la dinámica de la vida en sociedad, sin menoscabo de la identidad de cada grupo que la integra.

(...)

Ello así, la Sala considera que [las] disposiciones legales vigentes en Venezuela deben ser aplicadas por las autoridades del Estado venezolano, pues constituyen inequívocamente el reconocimiento y existencia de la Jurisdicción Especial Indígena, regida por sus tradiciones ancestrales y propias respecto de los miembros de sus comunidades, debiendo entenderse actualmente esta jurisdicción no desde el punto de vista formal, tal y como está estructurado el ordenamiento jurídico y jurisdiccional ordinario, sino como un conjunto de tradiciones y pautas étnico-culturales que lo rigen y que no han sido creadas por las leyes venezolanas ni internacionales, sino que por el contrario, han sido reconocidas por éstas. Son de esta manera, normas consuetudinarias que coexisten con el ordenamiento jurídico formal, y que tienen regulaciones para su aplicación, amén de dicha convivencia jurídico legal, no significando ello que tales sujetos de derechos están excluidos de los deberes, derechos y garantías constitucionales presentes en los procedimientos ordinarios en materia de resolución de conflictos.

Con atención a ello, si bien es cierto que la Jurisdicción Especial Indígena existe y es reconocida por el ordenamiento jurídico patrio, siendo de aplicación preferente en ciertos casos, no es menos cierto que tal aplicación está delimitada igualmente, tanto por los Convenios Internacionales como por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes especiales.

A este tenor, el artículo 8, numeral 2 del señalado Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes dispone:

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

En este sentido, el ya citado artículo 9 numeral 1° del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya citados supra, establecen que se podrá aplicar la usanza, práctica o costumbre indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.

En la caso de autos, el Ministerio Público imputó al ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, por haber cometido presuntamente los delitos de violencia física y amenaza, están previstos y sancionados en los artículos 41 y 42 de la vigente Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por lo que estamos en presencia de uno de los delitos de violencia de género, cuya Ley Orgánica en su artículo 115 establece: “Corresponde a los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los

asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en esta Ley, las leyes de organización judicial y la reglamentación interna”; por lo que la Sala considera que la tutela del bien jurídico de la dignidad de la mujer y la libertad sexual, establecidos en la Ley Especial de Violencia de Género, es de especial resguardo y protección por el Estado Venezolano, con independencia de las características de los sujetos involucrados en el delito, siendo por tanto, que el monopolio de la jurisdicción para el juzgamiento de estos delitos lo tienen los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Ello se reafirma del párrafo único del artículo 71 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando establece: “Los pueblos indígenas constituirán órganos receptores de denuncia, integrado por las autoridades legítimas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, sin perjuicio que la mujer agredida pueda acudir a otros órganos indicados en el presente artículo.”

Así entonces, el propósito del legislador con esta disposición es que las autoridades legítimas de los pueblos indígenas sean solo órganos receptores de denuncia, siempre y cuando la mujer indígena víctima así lo estime, pero la Ley Especial no le da facultad jurisdiccional, por lo que lo que en materia de delitos de violencia de género la jurisdicción especial indígena está limitada por las disposiciones previstas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, lo que está en consonancia con el artículo 9, numeral primero del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, supra citados, según los cuales se podrá aplicar la usanza indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.

Con base en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esta Sala –con carácter vinculante- reafirma la competencia de la jurisdicción especial en materia de género para el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con independencia de que el sujeto activo sea un ciudadano indígena, y en consecuencia los delitos catalogados como de violencia de género, deben ser investigados incluso de oficio por los tribunales especializados con competencia en violencia de género. Así se decide.

De manera que, la Sala observa que en el caso bajo estudio no se encuentra comprometido el aspecto competencial por la materia, toda vez que los hechos sometidos a la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, consistieron en la muerte causada por un niño indígena a un adulto indígena, lo cual no se corresponde con las excepciones referidas, por lo que la Sala reconoce la competencia establecida en el artículo 133 de la Ley especial.

Además, la Sala precisa que la aplicación del artículo 549 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, referido al deber del Juez o Jueza especializado en materia de responsabilidad penal del adolescente de observar, en el proceso penal del adolescente del derecho formal, los usos costumbres pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas en el proceso, sólo es posible cuando no se encuentren cumplidos los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esto es, cuando un adolescente indígena haya cometido un hecho punible en un lugar distinto de su hábitat o los delitos sean aquellos que dicha disposición normativa establecen deben ser juzgados por el derecho formal u ordinario. Así se declara.

Ahora bien, **a pesar de que la competencial material, personal y territorial no se encuentra infringida en el presente caso**, la Sala constata, de las actas que conforman el expediente y de los testimonios realizados por los testigos expertos en la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, que la decisión dictada el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena

de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de “*homicidio intencional*”, contiene un vicio de índole constitucional, al comportar ese pronunciamiento la violación del principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al apartarse de las prácticas ancestrales propias de la cultura indígena Warao, respecto de las autoridades indígenas legítimas llamadas a conocer los conflictos planteados entre sus miembros.

En efecto, la violación del principio del *juez natural* en el presente caso tiene como fundamento, las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el estudio socio antropológico de la Comunidad Warao que cursa en autos, los problemas que se presentan en las etnias indígenas, “*son resueltos por las autoridades que, por tradición, costumbres y prácticas culturales, son consideradas como legítimas por los habitantes de la respectiva comunidad o pueblo indígena*”, lo que se conforma con el contenido del artículo 260 de la Constitución.

En ese sentido, se señala que “*La autoridad indígena estará representada por la persona (hombre o mujer), grupo o asamblea que designe el pueblo o comunidad indígena conforme a sus usos y costumbres: el Cacique para los Yukpas y Barí, el Capitán para los Kariñas y el pueblo Pemon (sic), el Pütchipü’ü o “palabrero guajiro” para los Wayuu y los Aidamos para el pueblo Warao, a modo de ejemplo*”.

Asimismo, se destaca en el referido Informe que “*Para ejercer la facultad de aplicar justicia a los miembros de su comunidad, las autoridades indígenas aplican principios generales o normas de control social de acuerdo a su contexto cultural, que suponen pruebas y argumentos, y cuyo fin es dar una respuesta satisfactoria –razonable y definida internamente– a las partes en conflicto o administrados*”.

Se precisa que “*Los pleitos y diferencias que afectan a la comunidad se resuelven mediante la llamada monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros. También sirve para decidir estrategias de subsistencia, viajes y asuntos legales con las autoridades o instituciones venezolanas...[y que] entre los Warao, no existe la figura del “cacique indígena*”.

Al respecto, se acota que el “*AIDAMO*” (definido como Señor o Jefe por el Diccionario Warao Castellano, realizado por el Padre Barral y editado por la Universidad Católica Andrés Bello y Hermanos Menores Capuchinos, Caracas, 2000), tiene como principal actividad “*la aplicación del derecho consuetudinario Warao*”, el cual se basa “*...en el dialogo, el trabajo comunitario, la humillación pública, la indiferencia y el exilio o destierro a los miembros del grupo que cometen un hecho punible. El tipo de pena depende de la gravedad del hecho. Pues, para el Warao la justicia se fundamenta en el restablecimiento del daño, la resocialización del infractor y la protección de la comunidad y restauración de su integridad*”, y que todo ello se aplica a través de una “*monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros*”.

De manera que “*La monikata es una institución de consejo de ancianos y de la comunidad, la meta o el fin es plantear un problema con miras a lograr la armonía y el diálogo no termina hasta que se haya encontrado una solución, donde todas las personas involucradas salgan satisfechas y quienes tienen más voz son los hombres ancianos, poseen mayor autoridad y la norma a seguir es que todos salgan satisfechos*”.

Así pues, la Sala destaca que la Comunidad Indígena Warao tiene definida cuál es la autoridad legítima y competente para resolver los conflictos en su derecho originario o propio; y además, los mecanismos de solución del conflicto. La autoridad legítima y competente en la etnia Warao para dilucidar todos los conflictos según el derecho consuetudinario indígena es el *Aidamo*, quien ejerce su función jurisdiccional a través de una *Monikata*.

Tales afirmaciones fueron ratificadas por los distintos testigos expertos juramentados por la Sala, cuyas testimoniales fueron evacuadas en la celebración de la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, a saber:

La Antropóloga Bernarda Escalante, expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

...que nunca he oído hablar de Caciques indígenas [en el Delta Amacuro]...no sé si son autoridades tradicionales o son autoridades nombradas desde afuera...cuando digo desde afuera digo desde la autoridad regional...cuando nombran a los Comisarios...la autoridad tradicional según la tradición indígena viene dada por el jefe de una comunidad...en la comunidad vive el esposo, la esposa, los hijos solteros, las hijas solteras, las hijas casadas con sus respectivos esposos y los nietos...es una familia extendida y el jefe, hablamos en castellano, en Warao se le llama el Aidamo y él es el que tiene autoridad absoluta en la Comunidad...los varones que se casan van a vivir a otra comunidad y dependen de otro Aidamo y dentro de la comunidad en donde se solucionan los conflictos...no es que llamen gente de afuera, la propia comunidad con el Aidamo al frente es quien soluciona los conflictos...cuando el conflicto ocurre entre dos comunidades la solución del conflicto se lleva a cabo en conversación en Asamblea, la famosa Monikata, que es la reunión para solventar conflictos, llegando a acuerdos...nunca he visto que Aidamos de otras comunidades...a solucionar problemas de una comunidad sola o al menos de dos...en el caso que nos toca...no he visto que...el conflicto se haya solventado dentro de la propia comunidad y que ninguna de las dos partes, la agresora y la agredida, hayan tenido la oportunidad de reunirse para solventar el problema de acuerdo a la tradición...

Asimismo, la antropóloga Liliana Cabrujas Morales refirió lo siguiente:

...de acuerdo a la literatura antropológica y escrita hasta ahorita son los Aidamos los representantes y autoridades tradicionales en las comunidades indígenas...son ellos los que resuelven los conflictos...esta figura del Aidamo, que es el anciano de la comunidad, viene dado en ello el liderazgo no por el poder que puedan tener sino por el respeto y la autoridad que se han ganado ante la comunidad y ante cada uno de sus miembros, lo cual es importante que sepamos que no son nombrados o elegidos, la autoridad es dada...los miembros saben que es él el jefe...de acuerdo a toda la literatura antropológica e histórica y que se ha recopilado, los Waraos no tienen la pena de la cárcel por lo cual nos parece realmente que no está dentro de las tradiciones indígenas la cárcel ni mucho menos veinte años de prisión...ellos tienen su sistema punitivo que viene dado a través de la Monikata...esta Monikata y esta actuar durante dos días tres días consecutivos es para lograr recuperar la armonía que la Comunidad tenía...el aidamo es la figura que preside la asamblea, esta Monikata, donde se llega hasta que todos estén conformes con la decisión que se tome...son tanto el agredido como el agresor y la familia de cada uno de ello, al final, el último objetivo de esta Monikata es llegar realmente a un consenso y es través del diálogo y no a través del castigo, y sin al final hay que someter a un castigo ellos tienen un sistema punitivo...que nunca es la cárcel.

El antropólogo Werner Wilbert, expuso lo siguiente:

La cultura Warao responsabiliza al individuo directamente por sus acciones...cuando hablamos de conocimientos ancestral y tradiciones ancestrales tenemos que los Waraos tienen en el Delta como siete mil quinientos años porque hablan cuando Trinidad estaba conectada a tierra firme...el contenido de su memoria son los mitos y el folklore...folklore y mitos no son cuentos...son la relaciones empíricas e interrelaciones socio culturales de un entorno socio ambiental, por lo tanto demuestran ejemplos de comportamiento, ejemplo de eventos y cómo fueron solucionados y no solucionados...con respecto a delitos y penas impuestas los mitos demuestran que en la época mitológica los Waraos se consiguen en el morichal una cesta de comida que no era suya tenían hambre y todos menos uno comió de la comida, vino el espíritu que era dueño de la comida y arrancó los ojos de los que comieron de la comida, menos a aquél que no comió la comida, es un castigo exagerado, sumamente exagerado, pero el niño que escucha a través de la inculturación, son

cuentos que cuentan todos los días, los viejos empiezan a contar y los niños oyen, es un mensaje claro que robar es malo, robar no se tolera, no te van a sacar los ojos...pero tiene claro que es seria la consecuencia...otro caso, infidelidad...hay un hombre que en tiempo mitológico descubre que su esposa estaba con otro hombre, él mata al otro hombre, consecuencia: él se convierte en garza y sale de la aldea –exilio- el asesinato no es una medida aceptada...algo real, en cuento de infidelidad entre un muchacho y una mujer, el castigo en tiempo real es que pone la mujer en el centro del palafito, no la castigan, le pegan, nada, todos los que pasan saben porque ella está sentada allá, es humillación...sin violencia para controlar la comunidad...al hombre lo amarran por los tobillos y suben un mecate por una viga y dejan los hombros por el suelo...es humillación, porque no pueden deshacerse del hombre porque en la aldea solo hay cincuenta personas...doce hombres y doce mujeres, es un equipo indispensable...casos más serios...cuando hay algo sumamente serio...Najakara...es el enfrentamiento entre el agresor y un defensor, por ejemplo alguien insulta a la esposa de uno dejando un símbolo fálico en el camino de su conuco, la mujer se queja con su esposo, su esposo reta a la persona, abren una cancha como media cancha de tenis...forman dos escudos... la idea es empujar uno a otro fuera de la cancha, el que salga de la cancha pierde, si es el agredido que es botado fuera sucede nada, el delito no se castiga...pero si el bota a la persona que fue el agresor tiene que dejar la aldea también...eso quiere decir el exilio...es una sociedad y una cultura que controla su sociedad a través de una moral donde casos como el presente son tan escasos que Warao matando a Warao creo que pueden contar con una sola mano en treinta años...el Warao si ha tenido un impacto de nuestra cultura...el impacto no es solo la cultura material sino el dinero, hay muy poco empleo y hemos convencido que el Warao ahora tiene que andar vestido...ahora cuando antes había que hacer una casa los primos se juntaron los yernos se juntaron y construyen la casa, ahora se cobran unos a otros, si uno no tiene, no trabaja...entonces la reciprocidad balanceada que tenía la Comunidad está empezando a desmoronarse por el dinero...con respecto a la violencia...las películas que ven los muchachos...la violencia desmesurada es absolutamente insólita y si tienes un muchacho que escucha un mito y lo toma como verdad, al ver la pantalla se pregunta si es verdad o un cuento...pero lo que se ve es que el muchacho la violencia como una alternativa viable...el ambiente moderno trae al muchacho Warao como una alternativa para resolver un problema que antes no se veía”.

El abogado Julio Ávalos, sostuvo:

Sabemos que los Aidamos se reunían o se reúnen tradicionalmente para resolver este tipo de controversias...hay otras autoridades de más reciente data producto del contacto con la cultura occidental, no es que no sean autoridades sino que son otro tipo de autoridades...y la Constitución en el artículo 260 ha dicho que son las autoridades tradicionales las que están facultadas para emitir este tipo de juicio, de tal suerte que no se está desconociendo la autoridad de los Waraos si se dice que un Cacique o un Comisario o un Fisikari ... cualquier otro tipo de autoridad lleva a cabo una acción de autoridad pero no es la autoridad tradicional y por lo tanto no es la legitimada para proceder como lo hizo el presunto tribunal especial indígena en este caso...quiero hacer notar que de la lectura del acta [de juicio indígena] no se desprende realmente de que los indígenas que participaron en aquella sesión hubiesen realmente realizado un proceso para juzgar al joven Warao...de la lectura del acta más bien se desprende que se inhibieron de hacerlo, reiteradamente varios de los Caciques que se mencionan en esa reunión solicitan la intervención de un proceso judicial para juzgar al joven Warao...en mi concepto lo que han hecho los Caciques ha sido inhibirse y proponer una pena de veinte años de prisión...hay dos elementos primordiales para poder hablar de un procedimiento jurisdiccional indígena, uno de ellos es el uso de derecho sustantivo indígena y derecho adjetivo indígena...desde el punto de vista adjetivo era necesario poder establecer algunos parámetros para poder hablar del Monikata

Nome Anaka...en ese proceso jurisdiccional que es tradicional entre los Waraos no existe esos elementos...desde el punto de vista sustantivo tenemos que pretendidamente el Tribunal Especial Indígena hizo uso de normas del derecho sustantivo ordinario, eso a mi

juicio es tan inadmisibile como que un tribunal ordinario de la República Bolivariana de Venezuela pretendiera hacer uso de norma del derecho sustantivo indígena para juzgar a un indígena...la sentencia es a todas luces inválida...el derecho que tiene que ser aplicado es el derecho tradicional de los pueblos indígenas...la naturaleza de los procesos jurisdiccionales en la tradición Warao han sido históricamente la línea de buscar la conciliación, en la línea de buscar la restitución de los daños causados...en esta caso no observamos nada de eso...y eso es un mandato del artículo 234 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas...de lo que estamos hablando en este caso, en mi opinión..., estamos hablando de una especie de conflicto de jurisdicción...en cuanto...un presunto Tribunal Indígena pretende aplicar derecho indígena y erró aplicando derecho ordinario.

Opinión que fue ratificada en su escrito consignado al finalizar la audiencia constitucional.

Por su lado, el abogado Santos López Orta, expresó:

...básicamente me preocupa mucho, porque estas decisiones van a sentar un precedente de cómo hay una relación entre la jurisdicción conocida para nosotros los indígenas como ordinaria y la jurisdicción especial indígena y particularmente lo especial viene dado al reconocimiento de usos, costumbres a un sistema de justicia que se viene ejerciendo consuetudinariamente y que es garantía de salvaguardar el patrimonio cultural de nuestros pueblos...he podido observar de su comportamiento social [del pueblo Warao]...que hay una situación que hay que tener bien clara y es que hay una interculturalidad en que la comunidades son objeto, ellos reciben mucha información que tienen que ver con los medios de comunicación masiva que los pueden impactar algunas veces positivamente si se utiliza como herramienta pedagógicas pero se pueden impactar negativamente de otra y es importante para ese procedimiento particular que se llevó por parte de los Caciques...que esa administración de justicia viene dada, además de estar afuera del ámbito territorial, que no se ejerció, y es un elemento fundamental, viene dada con una carga con una preocupación según lo vemos en el acta de los Caciques, vienen diciéndonos que no tienen manera de manejar de esta problemática que se le están escapando de las manos, todos manifiestan una preocupación, estamos muy preocupados, hay que castigar...y se desprende del acta que ninguna toma la iniciativa de castigar, se puede observar que hay ciertas limitaciones para revisar la situación, hablan del joven como un infiltrado...no vamos a desmerecer de la intención este grupo de responsables de autoridades de la comunidad, pero sin embargo tenemos que tomar en consideración eso, hay que tener conciencia de que hacía falta...conocer la condición social del adolescente y eso no sucedió...

Posteriormente, a la pregunta formulada por los Magistrados de esta Sala, respecto de que si ¿los Caciques de este juzgamiento coinciden con los Aidamos?, la antropóloga Bernarda Escalante respondió en la forma siguiente:

Es la pregunta que yo me hago y me la hago con toda claridad porque hace un mes más o menos...en el penúltimo viaje a Tucupita...yo me reuní con un indígena en la Plaza Bolívar...precisamente haciéndole muchas preguntas...oyendo directamente a los indígenas...y el casualmente, de manera muy espontánea, yo le pregunté qué es eso de Cacique?...me dijo es cierto, los jefes nuestros son Aidamos...de allí viene mi duda, de que si es una autoridad, si se está refiriendo en cada Comunidad de una autoridad reconocida porque es el viejo o suegro, bajo cuya autoridad están sus hijos solteros, hijas solteras, sus hijas casadas, sus yernos y los nietos, son varias familias viviendo juntas o es una autoridad [Los Caciques] impuesta desde afuera...nombrar autoridades desde la autoridad regional trajo muchos problemas porque enfrentó de repente...yo conocí a un Aidamo muy sabio, con mucha autoridad, no poder, mucha autoridad moral, cuyo yerno, un tipo que sabía leer y escribir, era su jefe nombrado desde Tucupita, entonces estaba socavando la autoridad tradicional, porque los Waraos no sabían si respetar a su suegro o si respetar a su conuñado...

Además, la Diputada indígena del Parlamento Latinoamericano, Dalia Herminia Yánez, quien estuvo presente en la audiencia constitucional y pertenece a la etnia Warao, intervino en la audiencia constitucional a solicitud de la Presidenta de la Sala, con el objeto de responder la siguiente pregunta:

¿Cómo considera en este momento el pueblo Warao lo que ha ocurrido en este proceso, se sienten sorprendidos en lo que ha debido ser una estructura de acuerdo con sus costumbres ancestrales o realmente aceptan que allí ha ocurrido una convocatoria legítima a una *Monikata*?

A lo que respondió:

En este caso particular...en cuanto al Cacique no es de nosotros pero en cuanto a la organización y la toma de decisión, en este caso particular...es un niño para nosotros...para el Pueblo Warao el niño es niño y no hay adolescencia...la reunión que sostuvieron los Aidamos allí yo no lo comparto, particularmente no lo comparto por dos razones fundamentales: lo que dijo un experto que es una reunión que tiene que resolver el representante o el jefe de la comunidad, la toma de decisión, allí no pueden entrar los demás Caciques, nombrados bien sea por los curas o por los evangélicos, nada de eso, prevalece la cultura, allí tiene que mandar, la decisión es del Aidamo conjuntamente con esa comunidad...quién convocó la otra reunión que sentencia cincuenta años, eso no es así...si la persona que cometió del delito se encargará el Aidamo y el sabio indígena qué sanción...si la sanción es grave los espíritus se lo va a llevar, no hay agresión, no hay sentencia de cincuenta años, dos tres días verá, el sabio se encargará de esa sanción si el caso es grave, esa es una realidad, porque nosotros vivimos con los espíritus...por otro lado..., el niño que vive dentro de la Comunidad, el niño que pasa ahorita a ser sentencia a veinte años de sanción...no tomaron en cuenta la autoridad de la otra cultura que el niño no sabía hablar castellano...sancionado allí sin un traductor debidamente...por otro lado...los estudios carecen de información...no hubo un buen traductor para poder sancionar de esta manera...hay variante de diversidad...variante dialéctico en los Estado...bajo Delta, medio y alto Delta...no utilizaron la ley de que el Aidamo no tomó decisión... además de la manifestación de la cultura, la sanción del niño...un niño de doce años...si el niño viviera en un barrio...si el niño indígena viviera en un barrio sería diferente del niño que vive dentro de la comunidad.

De modo que, esta Sala precisa que los anteriores testigos expertos y la Diputada Dalia Herminia Yánez coincidieron, al relatar sus conocimientos sobre la cultura y sistema punitivo de la etnia Warao, en los siguientes aspectos:

1.- Que el pueblo Warao tiene bien definido, por sus costumbres y tradiciones ancestrales, que la persona que debe resolver todos los conflictos que se presentan en una comunidad determinada es la autoridad llamada *Aidamo*, quien, en la mayoría de los casos, es el miembro de la comunidad que tiene más edad. Para el pueblo Warao no existe el Cacique, quien es una autoridad reconocida en la población indígena Yukpa.

2.- Que la resolución de conflictos en la cultura indígena Warao la realiza el *Aidamo* en una asamblea denominada *Monikata*, que se celebra en la comunidad donde sucedió el hecho, y deben estar presentes la autoridad de esa Comunidad y los agresores y agredidos –o sus familiares-. Esta *Monikata* puede durar algunos días, dependiendo de la complejidad del asunto, y siempre termina cuando se llega a una conciliación o acuerdo, esto es, cuando el conflicto haya sido solventado dentro de la propia comunidad.

3.- Que no es común que “*Caciques*” o autoridades de otra comunidad resuelvan los problemas de una comunidad que no es la propia.

4.- Que no es común que exista agresión o violencia entre los Waraos; y en el derecho consuetudinario indígena no existe, como sanción, la pena privativa de libertad o cárcel; toda vez que cada uno de los integrantes de la comunidad Warao son indispensables para su supervivencia colectiva.

Cada indígena Warao ejerce un rol importante en la comunidad. Que por el contrario, algunas de las sanciones que suelen emplear son la humillación y el exilio de la comunidad, pero que históricamente el objetivo de la comunidad es lograr una conciliación pacífica.

5.- Que la cultura Warao ha sido permeada por la cultura occidental, y ello ha traído nuevos problemas y situaciones inusitadas que los mismos Waraos no están acostumbrados a confrontar.

Por lo tanto, la Sala colige, con basamento en las anteriores conclusiones, que el niño indígena Warao, cuya identidad se omite conforme al contenido del artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no fue juzgado por la autoridad legítima y competente reconocida por el pueblo Warao según sus costumbres ancestrales y mucho menos, el niño Warao fue sancionado a través de una *Monikata*, conforme al sistema punitivo propio de la etnia indígena Warao, todo lo cual constituye, a juicio de la Sala, una infracción al principio del *juez natural* en el propio derecho indígena.

En efecto, la Sala observa, en primer lugar, que la “*Asamblea de Caciques*” en la cual se le aplicó al legitimado activo la pena de veinte años de prisión fue dirigida por unas autoridades denominadas “*Caciques*” de distintas comunidades Warao, quienes no eran las autoridades tradicionales o legítimas para resolver el problema que les fuera planteado respecto del niño quejoso, ya que la autoridad competente era el *Aidamo* de la comunidad donde el hecho se cometió. “*Los Caciques*” que actuaron en el presente caso no tenían legitimidad, y ello se evidencia además de la aplicación de una sanción distinta a la correspondiente en la tradición Warao. La sanción aplicada fue de veinte (20) años de prisión, pena que corresponde al derecho penal sustantivo formal y no, en cambio, tuvo referencia en el derecho originario indígena.

Por lo tanto, la Sala hace notar que el principio fundamental del *juez natural*, al no estar conforme con el sistema jurídico Warao, se encuentra infringido en el presente caso, toda vez que el niño indígena, presunto infractor, no fue juzgado por las autoridades legítimas reconocidas ancestralmente por el pueblo Warao; requisito que, además de tener como origen el derecho consuetudinario de esa etnia, se encuentra jurídicamente establecido en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público...(destacado de este fallo).

La anterior disposición normativa tiene su equivalencia en lo señalado en el 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, cuando señala:

La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras...(destacado de la Sala).

Respecto del principio del *juez natural*, la Sala lo ha considerado como un derecho humano fundamental y universal, y por tanto de orden público, tal como se señala en la sentencia N° 144, del 24 de marzo de 2000, caso: *Universidad Pedagógica Experimental Libertador*, donde se asentó lo siguiente:

Dentro de estas parcelas, los distintos órganos jurisdiccionales a que pertenecen ellas, se distribuyen el conocimiento de los casos según las reglas de la competencia, bien sea por la cuantía, el territorio o la materia.

Para evitar un caos, y ordenar la administración de justicia, hay reglas de competencia que se consideran de orden público y son inderogables, mientras que hay otras que no lo son. La competencia por la materia se encuentra entre las primeras, mientras que las que determinan el territorio, por ejemplo, están entre las segundas.

El órgano que ejerce la jurisdicción, en cuanto a la competencia por la materia, es por excelencia el juez natural de las personas que tengan que ventilar litigios relativos a esas materias.

Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas de ser juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos. El citado artículo 49 de la vigente Constitución es claro al respecto: En su numeral 4, reza:

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

...Omissis...

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto”.

La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de una causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que trastoque al juez natural, constituyen infracciones constitucionales de orden público.

De modo que, al haber sido juzgado el adolescente indígena Warao en el presente caso por autoridades no legítimas, como fue la asamblea de Caciques, no reconocida por el derecho propio de la cultura Warao, se violó el principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, la Sala constata del acta levantada con ocasión del juzgamiento en la “*Jurisdicción Especial Indígena*” (folio 41 del expediente), que el denominado “*Cacique*” de la Comunidad de Atoibo no firmó la misma. La asamblea denominada Monikata, como lo refirieron los testigos expertos, se realiza con el *Aidamo* de la comunidad donde ocurre el hecho conflictivo.

En consecuencia, la Sala considera que lo ajustado a derecho es anular la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del “*delito de homicidio intencional*”. Así se decide.

La anterior declaratoria trae como consecuencia ineludible, por ser un acto judicial que no es aislado de la decisión dictada por la “*Jurisdicción Penal Indígena*”, la anulación de la sentencia dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó y avaló, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial.

En efecto, el mencionado Juzgado Segundo de Control especializado en responsabilidad penal del adolescente estaba facultado, por imperativo del referido artículo 134 *eiusdem*, para revisar, a petición de parte interesada, las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas, cuando las mismas sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.

Al hacer uso de esa facultad, el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, una vez oído el niño Warao, con el respectivo traductor, avaló y ejecutó, sin hacer el control previo de los aspectos formales de la decisión dictada por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, en la forma siguiente:

Habiendo sido investigado y juzgado el hecho punible, por la jurisdicción indígena en ejercicio de su acción como sociedad protagonista, de conjugación del derecho de acuerdo a los principios democráticos, contenidos en la exposición de motivos y en el preámbulo de la Constitución, que los derechos humanos fundamentales han sido preservados por las autoridades investidas para la actividad jurisdiccional, en la persona de los Caciques de las diversas comunidades actuantes, y que esta es una acción ejemplar de enfrentar los conflictos y de administrar justicia, sin precedente alguno en Venezuela puesto que ahora si existe un cuerpo de leyes que le da las herramientas necesarias tanto a los representantes de la justicia formal penal, como a los indígenas, en consecuencia en modo alguno este tribunal podrá soslayar dicha sentencia, reconociendo que la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías.

Por todos los razonamientos expuestos y los alegatos explanados en esta audiencia especial este Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Control de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes en nombre de la República Bolivariana y por autoridad de la Ley acuerda: Primero: Vista la Sentencia dictada por las autoridades indígenas de conformidad con el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual condena al adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a cumplir la sanción de 20 años de privación de libertad, por el delito HOMICIDIO en perjuicio de quien en vida se llamara LUCIO ROMERO, que la misma ha quedado firme de acuerdo a las leyes usos y costumbres de las comunidades waraos asentadas en un instrumento Sentencia presentado ante este Tribunal se respeta y reconoce esta sentencia. Segundo: Oído el adolescente y garantizado el derecho a ser oído mediante solicitud efectuada ante la Fiscalía Quinta del Ministerio Público, por las autoridades indígenas, del cual hizo uso, en los términos de la audiencia, y de acuerdo a la convención de los derechos del niño y adolescentes (sic) y las disposiciones sobre protección integral e interés superior del adolescente es menester dar cumplimiento a la sentencia, con las garantías integrales de dignidad según el sistema de responsabilidad penal del adolescente, y a que de acuerdo al requerimiento de ejecución de la sentencia por parte de la etnia warao de conformidad con el artículo 134 numeral 2 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas se ordena el ingreso del adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a permanecer en la Casa Taller para Varones de ésta Ciudad, donde permanecerá recluso a la orden del Tribunal de Ejecución competente de este Circuito Judicial Penal donde deberá permanecer de conformidad con el artículo 141 numeral 3 de la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (sic) en forma separada o espacio especial de reclusión para el mismo. Tercero: Remítase el detenido junto con la causa aperturada y las actuaciones a los fines de que se inicie el cumplimiento de la misma conforme a los principios y garantías consagradas en la Ley Orgánica para la Protección de Niño, Niña y Adolescente, al Tribunal de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes de esta Jurisdicción. Cuarto: Se ordena la remisión del Expediente YP01-D-2009-000100 al Tribunal de Ejecución, vencido que sea el lapso para el ejercicio del recurso de apelación. Las Partes están notificadas de la presente decisión. Publíquese, regístrese, déjese copia certificada. Cúmplase.

Adicionalmente al incumplimiento de los requisitos formales previos, la Sala precisa que el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, al avalar la sentencia dictada por la “Jurisdicción Especial Indígena”, no ordenó la incorporación de elementos probatorios distintos a los relatados por la partes involucradas en el conflicto, por lo que la conclusión a la que arribó ese Tribunal, referida a que no podía “soslayar dicha sentencia”, y que “la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías”, se basó en un falso supuesto.

Efectivamente, el referido Juzgado de Control no cumplió con lo señalado en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que establece el deber de ordenar, en los procesos judiciales en los cuales sean partes los pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, la realización de un informe socio antropológico y uno de la autoridad indígena o la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. Sólo se basó el Juzgado Segundo de Control especializado en la materia de responsabilidad penal del adolescente en lo manifestado por las partes, para concluir que, desde el punto de vista constitucional, la condena del quejoso de autos a cumplir la pena de veinte años de prisión se correspondía con “los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías”. Era necesario, entonces, verificar el contenido del derecho consuetudinario de los Waraos a través de distintos medios probatorios, cuando era ineludible en derecho verificar el contenido del derecho originario consuetudinario a través de otros medios probatorios, que le hubiera permitido esclarecer al juzgador si se encontraba comprometido el principio del juez natural, principio este que ha sido calificado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional como de orden público constitucional.

En consecuencia, visto que la decisión dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, avaló indebidamente la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “Jurisdicción Especial Indígena” la cual ha sido anulada por esta Sala, y mediante la cual se condenó al quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del “delito de homicidio intencional”, la Sala, conforme al contenido de los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente por mandato del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la declara nula de pleno derecho, así como igualmente nulas las actuaciones judiciales subsiguientes.

En cumplimiento de lo cual, la Sala ordena la inmediata libertad del niño indígena Warao condenado por las indicadas sentencias, cuya nulidad se ha declarado, y por tanto se ordena al Juez de Primera Instancia en Función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, donde se encuentra la causa penal principal, libre de inmediato la correspondiente orden de excarcelación.

La Sala deja constancia de que no se ordena la reposición y, por tanto, la celebración de un nuevo juicio ante la “Jurisdicción Especial Indígena”, toda vez que, consta en autos, y ello no fue contradicho en la audiencia oral, que el niño Warao condenado estuvo recluso en la Casa de Formación Integral Varones de Tucupita, desde el mes de diciembre de 2009, por un término que excedió con creces la pena privativa de libertad que, aunque no le correspondía (por no pertenecer al derecho propio o consuetudinario indígena), era la que le impusieron según el término medio, por la dosimetría penal, a un adolescente regido por el derecho común ordinario, la cual, según lo establece el parágrafo primero del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no podía ser menor de seis meses ni mayor de dos años.

Por último, visto que esta Sala ordenó la inmediata libertad del niño indígena Warao de autos y dada las probabilidades ciertas de su reinserción social, que incluye la Comunidad Indígena de Siaguani, ubicada en el Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro, la Sala exhorta a la Defensoría del Pueblo y la Defensa Pública Penal para que, de conformidad con lo señalado en el numeral 8 del artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el numeral 7 del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, y el numeral 5 artículo

78 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, respectivamente, velen por la efectiva incorporación del referido indígena Warao a su comunidad y se garanticen sus derechos fundamentales acorde a la cultura Warao.

Asimismo, la Sala ordena al Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro que, conforme con lo establecido en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, garantice el cumplimiento del interés superior de niños, niñas y adolescente del indígena Warao y preste la debida colaboración, en caso en que se le requiera, para su debida incorporación a su Comunidad. Así se decide.

Declarado lo anterior, esta Sala, visto igualmente que en el presente fallo se realiza un análisis interpretativo con carácter vinculante de la coexistencia del derecho originario indígena con el ordenamiento jurídico estatal, ordena su publicación en la Gaceta Judicial de este Alto Tribunal y en la *Gaceta Oficial* de la República.

DERECHOS Y
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
JURISPRUDENCIA: 1930-2023

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS

	1937	# Pág.
CFC-SFacc 4-8-37		284
CFC-SPA 25-9-37		600
CFC-SPA 30-9-37		1562
	1938	
CFC-SF 30-4-38		181
CFC-SPA 31-12-38		1564
	1939	
CFC-SPA 7-2-39		1559
CFC-SPA 18-4-39		1564
	1940	
CFC-SPA 13-1-40		577, 1225, 1296
CFC-SPAcc 26-11-40		76
CFC-SPA 16-12-40		1183, 1185, 1188, 1191
	1941	
CFC-SPA 28-3-41		279
CFC-SPAcc 17-4-41		1565
CFC-SPA 13-5-41		281
CFC-SPA 5-6-41		605, 1183

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

1942		
CFC-SPA 2-3-42	281
1943		
CFC-SPA 17-2-43	1475
CFC-SPA 16-4-43	1476
CFC-SPA 27-7-43	1476
1944		
CFC-SF 18-2-44	1266
CFC-SPA 28-11-44	1267
1945		
CFC-SF 28-2-45	1566
CFC-SF 5-4-45	603, 604
CFC-SPA 14-8-45	1153
CFC-SF 20-12-45	168
1947		
CFC-CP 30-5-47	606
CFC-SF 27-6-47	1560
1949		
CFC-CP 25-5-49	1155
1951		
CFC-CP 19-10-51	600, 604
1952		
CFC – CP 15-12-52	1227
1953		
CF-2-2-53	854
CFC-SF 23-2-53	1227

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

1954		
CF-23-3-54	1227
CF-8-6-54	170, 282
1955		
CF-8-7-55	283
1959		
CF-9-4-59	1567
1960		
CF-20-10-60	1195
1963		
CSJ-SPA 29-4-63	1603
CSJ-SPA 6-5-63	1604
CSJ-PA 3-10-63	1609
1965		
CSJ-SPA 4-3-65	610
1968		
CSJ-SPA 9-10-68	716
1969		
CSJ-SPA 6-2-69	1568
CSJ-SPA 9-4-69	1425
1970		
CSJ-SPA 28-1-70	1613
CSJ-CP 16-7-70	727
CSJ-SPA 14-12-70	86
1971		
CSJ-PA 22-6-71	172

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

1972

CSJ-CP S/F. 14-9-72	270
CSJ-PA 21-12-72	172

1973

CSJ-PA 30-1-73	1581
CSJ-PA 5-12-73	1441

1974

CSJ-PA 26-6-74	1561
CSJ-CP 13-8-74	181

1980

CSJ-CP 11-3-80	217
CSJ-SPA 28-04-80	487

1981

CSJ-SPA (18) 2-2-81	491
CPCA 9-4-81	495

1984

CPCA 21-6-84	1630
CSJ-SPA (229) 14-8-84	258

1985

CSJ-SPA (5) 24-1-85	920
CSJ-CP 26-2-85	1130, 1324
CPCA 17-12-85	729

1986

CPCA 13-02-86	731
CPCA 20-02-86	1224
CSJ-SPA (71) 29-04-86	732
CSJ-SPA (292) 10-11-86	143, 158
CSJ-SP 17-11-86	144

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

1987

CPCA 12-2-87	733
CPCA 16-12-87	39, 77

1988

CSJ-SPA (14) 24-1-88	159
CSJ-SPA (68) 25-2-88	366, 734
CSJ-CP 21-03-88	717
CPCA 12-5-88	1073
CSJ-CP 24-5-88	1443
CPCA 26-5-88	332, 338
CPCA 06-06-88	1175
CSJ 26-07-88	1298
CSJ-CP 26-10-88	304

1989

CSJ-CP 15-2-89	172
CSJ-SPA (73) 6-4-89	174
CSJ-SPA (206) 10-8-89	45, 420
CPCA 26-8-89	1584
CPCA 7-9-89	1074, 1103
CSJ-CP 19-10-89	1299
CPCA 6-12-89	78, 850

1990

CSJ-SPA (85) 22-2-90	726, 855, 856, 1666
CSJ 08-03-90	498
CPCA 23-05-90	492
CSJ-SPA (267) 6-6-90	1063
CSJ-SPA (290) 13-6-90	1129
CSJ-SPA (492) 14-8-90	1231
CPCA 29-08-90	735, 765
CPCA 10-10-90	1586
CSJ-SPA (550) 14-10-90	307
CSJ-SPA (661) 4-12-90	40

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

1991

CSJ-SPA (80) 28-2-91	1312
CSJ-SPA (198) 9-5-91	477
CSJ-SPA (239) 21-5-91	760, 1588
CPCA 06-06-91	728
CSJ-SPA (332) 4-7-91	525
CSJ-SPA (373) 25-7-91	591, 600, 601, 607, 610, 612
CSJ-SPA (396) 1-8-91	766
CPCA 2-10-91	1305
CPCA 3-12-91	1103
CSJ SPA (638) 5-12-91	923

1992

CPCA 1-6-92	1448
CPCA 30-07-92	1299
CSJ-SPA (332) 6-8-92	761
CPCA 13-08-92	1180
CPCA 24-08-92	181
CPCA 16-09-92	503
CSJ-SPA (439) 6-10-92	182
CSJ-SPA (520) 22-10-92	1231
CSJ-SPA (576) 5-11-92	923
CSJ-SPA (584) 19-11-92	717
CPCA 25-11-92	174
CPCA 4-12-92	1478
CSJ-SPA (652) 15-12-92	735

1993

CPCA 04-02-93	735
CSJ-CP 11-03-93	580
CSJ-SPA (123) 25-3-93	182
CSJ-SPA (157) 26-3-93	768, 1232
CSJ-CP 27-4-93	1074
CPCA 3-5-93	1176
CPCA 13-05-93	857

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

CSJ-SPA (195) 18-5-93	925
CSJ-SPA (296) 12-6-93	514
CPCA 14-06-93	275
CPCA 13-07-93	1197, 1233
CSJ-SPA (284) 13-7-93	1265
CPCA 15-7-93	183
CPCA 29-7-93	1064
CSJ-SPA (582) 13-8-93	182
CPCA 11-11-93	276, 505
CPCA 18-11-93	1073, 1104
CSJ-SPA (654) 30-11-93	1591
CSJ-SPA (709) 3-12-93	218
1994	
CSJ-SPA (10) 27-1-94	1307, 1310
CSJ-SPA (42) 10-2-94	478
CPCA 4-5-94	514
CSJ-SPA (313) 5-5-94	111
CPCA 5-5-94	145
CPCA 06-05-94	478, 525
CSJ-SPA (365) 26-5-94	511
CPCA 7-6-94	1064
CSJ-SPA (630) 217-94	276
CPCA 28-07-94	736
CSJ-SPA (779) 12-8-94	863
CPCA 20-9-94	927
CPCA 13-10-94	1071
CPCA 24-10-94	183
CSJ-SPA (908) 3-11-94	258
CPCA 9-11-94	264
CSJ-SPA (959) 17-11-94	166
CPCA 24-11-94	1072
CSJ-SPA (1004) 1-12-94	515
CPCA 09-12-94	736
CSJ-SPA (114) 15-12-94	718

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

1995

CPCA 26-1-95	886
CSJ-SPA (71) 8-2-95	718
CPCA 15-2-95	492
CSJ-SPA 8-3-95	737
CSJ-SPA (234) 24-3-95	858
CPCA 30-3-95	145
CSJ-SCC (39) 26-4-95	466
CSJ-SPA (297) 3-5-95	434
CSJ-SCC 24-05-95	466
CPCA 25-05-95	40
CSJ-SPA (394) 30-5-95	493
CPCA 31-5-95	487
CSJ-SPA (444) 15-6-95	581
CPCA 19-06-95	494
CSJ-SPA (473) 21-6-95	266
CPCA 22-06-95	499
CSJ-SPA (559) 27-6-95	477
CPCA 29-06-95	500
CPCA 10-07-95	1233
CPCA 13-07-95	512
CSJ-SPA (500) 13-7-95	738
CSJ-SCC (77) 19-07-95	40
CSJ-SCP 27-07-95	388, 738
CPCA 14-09-95	478, 769, 1177, 1266
CPCA 15-9-95	1105
CSJ-SPA (639) 28-9-95	739
CSJ-SPA (692) 11-10-95	478
CPCA 13-10-95	1105
CPCA 18-10-95	501
CSJ-SCC (453) 24-10-95	467
CPCA 31-10-95	513
CPCA 16-11-95	450
CSJ-SPA (857) 30-11-95	272
CPCA 30-11-95	1066

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

CSJ-SPA (976) 14-12-95	886
CPCA 14-12-95	1072, 1445
CSJ-SPA (976) 14-12-95	184, 886
CSJ-SPA (987) 15-12-95	272

1996

CPCA 24-01-96	270
CSJ-SPA (66) 25-1-96	515
CPCA 26-01-96	514
CSJ-SPA (849) 15-2-96	468
CPCA 15-02-96	488
CSJ-SCP 7-03-96	467
CPCA 28-03-96	501
CPCA 16-05-96	494
CSJ-SCP 26-06-96	489
CSJ-SCC (118) 27-6-96	944
CSJ-CP (789) 3-7-96	274
CSJ-SPA (466) 11-7-96	502
CPCA 17-07-96	1198
CSJ-SPA 20-07-96	1224
CSJ-CP 30-7-96	32
CPCA 03-09-96	502
CPCA 13-09-96	258
CPCA 18-09-96	762
CSJ-SPA (626) 8-10-96	185, 489
CPCA 17-10-96	1072
CSJ-SPA (713) 07-11-96	266
CSJ-CP (748) 05-12-96	1667
CSJ-SPA (866) 19-12-96	174

1997

CPCA 16-01-97	1067
CPCA 22-1-97	483
CPCA 6-2-97	432, 1122, 1156
CPCA 27-2-97	858
CPCA 4-3-97	484

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

CPCA 13-3-97	523
CPCA 2-4-97	1156
CPCA 9-4-97	278
CPCA 10-4-97	1412
CPCA 17-4-97	474
CPCA 18-4-97	742
CSJ-SCC (272) 24-04-97	436
CPCA 30-4-97	1067
CPCA 2-5-97	1068
CSJ-SPA (234) 8-5-97	526
CPCA 19-5-97	858
CPCA 28-5-97	589, 1049
CSJ-SPA (309) 29-05-97	42
CSJ-SCC (272) 24-4-97	436
CSJ-SCC (195) 04-06-97	740
CPCA 5-6-97	180, 480
CPCA 12-6-97	260, 506, 1068
CPCA 16-6-97	1157
CSJ-SPA (372) 19-6-97	82, 502
CSJ-SPA (455) 31-7-97	1217
CPCA 15-8-97	506
CSJ-SPA (572) 18-8-97	434
CPCA 27-8-97	1049
CSJ-SPA (627) 1-09-97	1632
CPCA 24-9-97	1068
CPCA 26-9-97	475
CPCA 23-10-97	928, 1218
CPCA 30-10-97	1069
CPCA 16-12-97	859

1998

CSJ-SPA (28) 20-1-98	866, 1033
CSJ-CP 22-1-98	483, 675, 719
CPCA 29-1-98	450
CSJ-SPA (28) 20-1-98	866

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

CPCA 30-01-98	484
CPCA 5-2-98	1218
CPCA 4-03-98	1158
CSJ-SCC (134) 24-04-98	420
CPCA 4-5-98	1070
CPCA 5-5-98	79, 168
CPCA 7-5-98	1158
CSJ-SPA (234) 13-5-98	41
CSJ-SPA (273) 20-5-98	475
CPCA 27-5-98	79
CSJ-SPA (299) 28-5-98	267
CSJ-SPA (329) 28-5-98	741
CSJ-SCC (160) 02-06-98	468
CSJ-SPA (394) 9-6-98	79
CPCA 18-6-98	186, 476
CSJ-SCC (196) 15-7-98	42
CSJ-SPA (517) 30-7-98	1178
CSJ-SCP 05-08-98	553
CSJ-SPA (564) 12-08-98	47, 591
CSJ-SPA (594) 14-08-98	1031, 1032
CSP-SCP (98-41) 14-10-98	469, 868
CSJ-CP 15-10-98	303
CSJ-SPA 17-11-98	186
1999	
CSJ-SPA (169) 04-03-99	186, 268
CPCA 4-03-99	742
CPCA 17-03-99	486
CPCA 2-6-99	928
CSJ-SPA 11-11-99	668
CSJ-SPA (1643) 01-12-99	485
CSJ-SPA (1914) 21-12-99	260
2000	
TSJ-SPA (224) 24-2-2000	27, 118, 361, 362, 423, 523, 553
TS-SC (22) 15-2-2000	466

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

TSJ-SPA (157) 17-2-2000	422
TSJ-SPA (224) 24-2-2000	524
TSJ-SE (10) 25-2-2000	1336, 1413
TSJ-SC (41) 2-3-2000	360
TSJ-SC (42) 2-3-2000	1070
CPCA 6-3-2000	449
CPCA 8-3-2000	479
CPCA 9-3-2000	426, 510, 542, 624
TSJ-SC (87) 14-3-2000	48, 554
TS-SC (96) 15-3-2000	445
TSJ-SC (105) 15-3-2000	367
TS-SC (97) 15-3-2000	425
CPCA 16-3-2000	490
TSJ-SPA (531) 16-3-2000	1071
TSJ-SC (120) 17-3-2000	550
TS-SC (123) 17-3-2000	270
CPCA 22-3-2000	261
TSJ-SC (144) 24-3-2000	527
TSJ-SC (148) 24-3-2000	448
TSJ-SPA (659) 24-3-2000	287
CPCA 4-4-2000	515
TSJ-SC (204) 4-4-2000	1071
TSJ-SPA (802) 13-4-2000	48
CPCA 14-4-2000	887, 1034
CPCA 24-4-2000	482
TSJ-SC (269) 25-4-2000	364
CPCA 27-4-2000	1163
TSJ-SE (38) 28-4-2000	1591
TSJ-SPA (965) 2-5-2000	1164
TSJ-SPA (1022) 3-5-2000	1122
TSJ-SPA (1024) 3-5-2000	47, 253
CPCA 4-5-2000	670
CPCA 5-5-2000	33, 450
CPCA 10-5-2000	890
TSJ-SC (1033) 11-5-2000	551

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

CPCA 11-5-2000	91, 115, 116, 288, 302, 361, 389
CPCA 12-5-2000	1165
TSJ-SPA (1154) 18-5-2000	945, 1159
TSJ-SPA (1155) 18-5-2000	836, 769
TSJ-SPA (1159) 18-5-2000	425
TSJ-SC (422) 19-5-2000	551
TSSC (431) 19-5-2000	472, 474
TSJ-SE (52) 19-5-2000	219
TSJ-SC (442) 23-5-2000	1130
CPCA 24-5-2000	19, 1094
TSJ-SE (54) 24-5-2000	276
TSJ-SPA (1202) 25-5-2000	365, 433
TSJ-SC (483) 29-5-2000	1414
CPCA 30-5-2000	303
TSJ-SPA (1237) 30-5-2000	159
CPCA 1-6-2000	33, 625, 669
TSJ-SE (59) 6-6-2000	1569
TSJ-SC (520) 7-6-2000	530
CPCA 11-6-2000	691
TSJ-SE (61) 14-6-2000	1570
TSJ-SPA (1386) 15-6-2000	1034
CPCA 20-6-2000	889
TSJ-SC (656) 30-6-2000	317
TSJ-SE (83) 12-7-2000	1572
CPCA (960) 14-7-2000	1338
TSJ-SPA (1671) 18-7-2000	116, 410, 549
CPCA (963) 19-7-2000	364
TSJ-SC (742) 19-7-2000	310
TSJ-SE (84) 19-7-2000	1433
TSJ-SE (86) 19-7-2000	1339
TSJ-SPA (1698) 19-7-2000	510
TSJ-SC (781) 25-7-2000	762
CPCA (1000) 26-7-2000	451
TSJ-SC (809) 26-7-2000	446
TSJ-SPA (1753) 27-7-2000	555

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

CPCA (1028) 28-7-2000	477
CPCA (1050) 1-8-2000	868
CPCA (1052) 2-8-2000	118, 388
TSJ-SPA (1794) 3-8-2000	1647
TSJ-SPA (1818) 8-8-2000	186
TSJ-SC (1744) 9-8-2000	672
CPCA (1129) 10-8-2000	309
CPCA (1187) 23-8-2000	1166
TSJ-SC (1050) 23-8-2000	1339
CPCA (1199) 24-8-2000	850
TSJ-SE (104) 25-8-2000	1429
CPCA (1209) 29-8-2000	1123
TSJ-SC (1074) 19-9-2000	449, 869
CPCA (1224) 21-9-2000	1649
TSJ-SPA (1885) 5-10-2000	87
TSJ-SC (1182) 11-10-2000	584
TSJ-SC (1197) 17-10-2000	87, 188, 1050
TSJ-SPA (2053) 24-10-2000	559
TSJ-SC (1333) 2-11-2000.....	449
CPCA (1499) 15-11-2000	743
TSJ- SC (1385) 21-11-2000	34
TSJ-SC (1395) 21-11-2000	389
TSJ-SC (421) 22-11-2000	1445
TSJ-SC (1447) 28-11-2000.....	1344
CPCA (1552) 29-11-2000	436
CPCA (1565) 1-12-2000	1173
TSJ-SC (1577) 18-12-2000	627, 665
TSJ-SE (163) 18-12-2000	1415
TSJ-SC (1600) 20-12-2000	1669
TSJ-SE (170) 22-12-2000.....	1346
2001	
TSJ-SE (3) 22-1-2001	1443
TSJ-SC (33) 25-1-2001	91
TSJ-SE (4) 25-1-2001	1446

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

TSJ-SC (52) 26-1-2001	361
TSJ-SC (80) 1-2-2001	357, 427
TSJ-SC (117) 6-2-2001	1209
TSJ-SPA (118) 8-2-2001	1124
TSJ-SC (186) 14-2-2001	83
CPCA (177) 1-3-2001	79
TSJ-SPA (278) 1-3-2001	43, 560
TSJ-SC (307) 6-3-2001	1324
TSJ-SC (319) 9-3-2001	358
TSJ-SC (328) 9-3-2001	562
TSJ-SC (332) 14-3-2001	676, 692
CPCA (315) 19-3-2001	516
CPCA (352) 22-3-2001	457
TSJ-SPA (449) 27-3-2001	564
TSJ-SC (460) 6-4-2001	1219
TSJ-SC (487) 6-4-2001	1035
TSJ-SPA (662) 17-4-2001	400
CPCA (688) 26-4-2001	145, 393
TSJ-SC (571) 27-4-2001	838
TSJ-SC (717) 15-5-2001	670
TSJ-SC (723) 15-5-2001	648
TSJ-SE (51) 16-5-2001	1577
TSJ-SE (55) 22-5-2001	564
TSJ-SC (1013) 12-6-2001	838
TSJ-SC (1154) 29-6-2001	628
TSJ-SC (1166) 29-6-2001	470
TSJ-SPA (1857) 14-8-2001	160
TSJ-SPA (3052) 19-12-2001	1168

2002

TSJ-SC (85) 24-1-2002	911, 1212
TSJ-SC (239) 14-2-2002	1144
TSJ-SE (29) 19-2-2002	1417
TSJ-SC (312) 20-2-2002	452
TSJ-SC (321) 22-2-2002	310
TSJ-SPA (325) 26-2-2002	458

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

TSJ-SE (46) 11-3-2002	1125
TSJ-SE (51) 18-3-2002	96
TSJ-SE (52) 19-3-2002	1127
TSJ-SC (560) 22-3-2002	1129
TSJ-SC (609) 25-3-2002	143
TSJ-SC (1139) 5-6-2002.....	1355
TSJ-SE (155) 3-10-2002	366
TSJ-SC (3167) 9-12-2002	119, 531
CPCA (3682) 19-12-2002	35, 1291

2003

CPCA 16-1-2003	533, 288
TSJ-SC (23) 22-1-2003	98, 1333, 1347, 1392
TSJ-SC (24) 22-1-2003	112, 113
TSJ-SC (84) 6-2-2003	327
TSJ-SC (287) 13-2-2003	1364
TSJ-SC (379) 26-2-2003	328
TSJ-SE (21) 12-3-2003	946
TSJ-SC (1447) 3-6-2003	146
TSJ-SC (1942) 15-7-2003.....	50, 7702, 776
TSJ-SC (1937) 15-7-2003.....	1369
TSJ-SC (2073) 4-8-2003	1345
TSJ-SC (2394) 28-8-2003	607
TSJ-SC (2442) 1-9-2003	29, 860
TSJ-SC (2641) 1-10-2003.....	1228
TSJ-SC (2750) 21-10-2003.....	1370
TSJ-SC (3430) 5-12-2003.....	1371

2004

TSJ-SC (33) 26-1-2004	470
TSJ-SC (547) 6-4-2004	743
TSJ-SC (1002) 26-5-2004	913
TSJ-SC (3215) 15-6-2004.....	30
TSJ-SC (1173) 15-6-2004.....	1373
TSJ-SC (1613) 17-8-2004	148, 1219, 1393
TSJ-SE (127) 2-9-2004	19, 788

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

TSJ-SC (2025) 9-9-2004	32, 862
TSJ-SC (2151) 14-9-2004.....	95
TSJ-SC (2164) 14-9-2004	148
TSJ-SC (2346) 5-10-2004	330
TSJ-SC (2504) 29-10-2004	872
CPCA (101) 4-11-2004	368
TSJ-SC (2677) 25-11-2004.....	331

2005

TSJ-SC (3) 25-1-2005	334
TSJ-SC (15) 15-2-2005	175
TSJ-SC (97) 2-3-2005	290
TSJ-SPA (570) 10-3-2005	428
TSJ-SC (255) 15-3-2005.....	1199
TSJ-SC (266) 16-3-2005	81, 764
TSJ-SC (458) 8-4-2005	748
CPCA (583) 11-4-2005	748
TSJ-SC (2349) 27-4-2005	790
TSJ-SC (1278) 17-6-2005.....	89
TSJ-SC (1376) 28-6-2005	178, 243
TSJ-SE (79) 6-7-2005	1671
TSJ-SE (85) 14-7-2005	81
TSJ-SE (81) 14-7-2005	1434
TSJ-SC (1682) 15-7-2005	932
TSJ-SC (1798) 19-7-2005	161, 545
TSJ-SC (2987) 11-10-2005	629
TSJ-SPA (5907) 13-10-2005	437, 517
TSJ-SC (3252) 28-10-2005	1044
TSJ-SPA (6082) 3-11-2005	438
TSJ-SC (3537) 16-11-2005	614
TSJ-SC (3567) 6-12-2005	95
TSJ-SE (189) 12-12-2005.....	1436

2006

TSJ-SPA (0056) 18-1-2006.....	167
TSJ-SPA (0083) 19-1-2006.....	1172

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

TSJ-SC (74) 25-1-2006	1449
TSJ-SE (40) 9-3-2006	1479
TSJ-SC (720) 5-4-2006	101
TSJ-SPA (0967) 20-4-2006	1418
TSJ-SC (972) 9-5-2006	99, 634, 621
TSJ-SC (1104) 23-5-2006	285
TSJ-SC (1114) 25-5-2006	35, 38
TSJ-SC (1488) 28-7-2006.....	1547
TSJ-SPA (2189) 5-10-2006	163, 518
TSJ-SPA (2673) 28-11-2006	518

2007

TSJ-SC (14) 6-2-2007	1376
CSCA 7-2-2007	689
TSJ-SPA (0267) 14-2-2007	261
TSJ-SC (272)15-2-2007	643
TSJ-SC (279) 23-2-2007	334
TSJ-SC (626) 13-4-2007	122
TSJ-SC (766) 27-4-2007	948
TSJ- SC (919) 16-5-2007	1335, 1350
TSJ-SC (952), 24-5-2007	664
TSJ-SC (957) 25-5-2007	401
TSJ-SPA (0846) 31-5-2007	179, 460, 546
TSJ-SC (1399) 4-7-2007	1381
TSJ-SC (1670) 1-8-2007	408, 336
TSJ-SC (1709) 7-8-2007	21, 37, 189
TSJ-SC(1744) 9-8-2007	519, 619, 672, 1301
TSJ-SPA (1641) 3-10-2007.	438
TSJ-SC (1814) 8-10-2007	340
TSJ- SC (1889) 17-10-2007	362, 369
TSJ-SC (1986) 23-10-2007	191
TSJ-SC (2046) 5-11-2007	650
TSJ-SC (2089) 7-11-2007	372
TSJ-SC (2150) 14-11-2007	342
TSJ-SC(2152) 14-11-2007	200, 1220
TSJ-SC (2211) 29-11-2007.....	344

2008

TSJ-SPA (0040) 15-1-2008	521
TSJ-SPA (0041) 16-1-2008	1140
TSJ-SC (5) 23-1-2008	1077
TSJ-SPA (0151) 13-2-2008	1036
TSJ-SC (155) 26-2-2008	383
TSJ-SC (190) 28-2-2008	220
TSJ-SCS acc. (0244) 6-3-2008	1079
TSJ-SC (430) 14-3-2008	1139
CSCA 15-3-2008	383
TSJ-SC (464) 28-3-2008	105
TSJ-SPAacc (0409) 2-4-2008.	125
CSCA 7-4-2008	864
TSJ-SC (780) 8-5-2008	1623
TSJ-SPA (0642) 22-5-2008	409
TSJ-SC (1259) 31-7-2008.....	1106
TSJ-SC (1265) 5-8-2008	1486
TSJ-SC (1266) 6-8-2008	1517
TSJ-SPA (0947) 12-8-2008	1545
CSCA 12-8-2008	1269
TSJ-SC (1623) 29-10-2008	346
TSJ-SC (1632) 31-10-2008	522
TSJ-SC (1734) 11-11-2008	954
TSJ-SC(1851) 28-11-2008	958
TSJ-SC (1854) 28-11-2008	1137
TSJ-SC (1896) 1-12-2008	566
TSJ-SC (1929) 5-12-2008	568
TSJ-SC (1939) 18-12-2008	56

2009

TSJ-SC (52) 3-2-2009	351
TSJ-SC (389) 2-4-2009	655
CSCA 14-4-2009	207
TSJ-SC (416) 28-4-2009	312
TSJ-SPA (0619) 13-5-2009	1238

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

TSJ-SC (601)18-5-2009	1649
TSJ-SC (607) 19-5-2009	439
TSJ-SC (834)18-6-2009	791
TSJ-SC (835) 18-6-2009	1010, 1012
TSJ-SC (850) 19-6-2009	963
TSJ-SPA (932) 25-6-2009	203
TSJ-SPA (1131) 29-7-2009	208
TSJ-SPA (sacc) (1254) 12-8-2009	750
TSJ-SC (1178) 13-8-2009	81, 209
TSJ-SC (1278) 7-10-2009	125
TSJ-SC (1322) 16-10-2009	354
TSJ-SPA (1553) 4-11-2009	1240
TSJ-SPA (1584) 5-11-2009	1302
TSJ-SPA (1790) 9-12-2009	1241

2010

TSJ-SPA (0071) 27-1-2010	151, 721
TSJ-SPAaac (0026) 9-3-2010	135
TSJ-SC (291) 23-4-2010	429
TSJ-SC (508) 25-5-2010	659
TSJ-SC (661) 22-6-2010	1572
TSJ-SPA (638) 6-7-2010	1097
TSJ-SC (686) 9-7-2010	534
TSJ-SC (745) 15-7-2010	696, 751, 874
TSJ-SC (845) 11-8-2010	153
TSJ-SC (965) 15-10-2010	753
TSJ-SPA (1024) 21-10-2010	1084
TSJ-SC (1165) 19-11-2010	664
TSJ-SPA (1212) 25-11-2010	795
TSJ-SPA (1214) 30-11-2010	1677, 1695

2011

TSJ-SC (2) 27-1-2011	441
TSJ-SC (1) 27-1-2011	974
TSJ-SPA (04) 22-2-2011	1420
TSJ-SC (231) 4-3-2011	1660

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

TSJ-SPA (309) 10-3-2011	444
TSJ-SC (597) 26-4-2011	1144, 1698
TSJ-SPA (633) 12-5-2011	797
TSJ-SC (439) 27-5-2011	1221
CSCA 21-6-2011	667, 722
TSJ-SC (1092) 13-7-2011	210
TSJ-SC (1318) 4-8-2011	703
TSJ-SPA (1061) 10-8-2011	756
TSJ-SC (1708) 16-11-2011	216
TSJ-SC (1767) 22-11-2011	212
TSJ-SC (1768) 23-11-2011	461
TSJ-SC (1771) 28-11-2011	1022
TSJ-SC (1952) 15-12-2011	1110

2012

TSJ-SPA (20) 18-1-2012	548
TSJ-SC (4) 7-2-2012	624
TSJ-SC (145) 23-2-2012	414
TSJ-SPA (165) 6-3-2012	72, 535, 802
TSJ-SPA (220)15-3-2012	463, 539, 799
TSJ-SC (430) 12-4-2012	570
TSJ-SC (727) 5-6-2012	154, 313, 641
TSJ-SE (87) 5-6-2012	1594
TSJ-SC (793) 7-6-2012	1615
TSJ-SPA (952) 16-7-2012	1246
TSJ-SC (1277) 25-9-2012	576
TSJ-SC (1342) 9-10-2012.....	248
TSJ-SC (1566) 4-12-2012.....	810
TSJ-SC (1634) 5-12-2012.....	1115
TSJ-SC (1714) 14-12-2012.....	1024

2013

TSJ-SC (86) 26-2-2013	1040
TSJ-SPA (196) 26-2-2013	1312
TSJ-SPA (245) 12-3-2013	1244
TSJ-SC (433) 6-5-2013	293

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

TSJ-SC (878) 9-7-2013	823
TSJ-SC (953) 16-7-2013	222
TSJ-SPA (1392) 4-12-2013	1255
TSJ-SPA (1511) 18-12-2013	1395

2014

TSJ-SPA (201) 13-2-2014	1327
TSJ-Sc (203) 25-3-2014	1408
TSJ-SC (263) 10-4-2014	1633, 1638
TSJ-SPA (945) 18-6-2014	827
TSJ-SC (806) 8-7-2014	595
TSJ-SC (1063) 5-8-2014	293
TSJ-SC (1158) 18-8-2014	1262, 1290
TSJ-SPA (1269) 18-9-2014	1318
TSJ-SC (988) 1-10-2014	1468
TSJ-SC (1353) 16-10-2014	239
TSJ-SC (1585) 18-11-2014	1149
TSJ-SPA (1554) 19-11-2014	697
TSJ-SPA (1636) 3-12-2014	758

2015

TSJ-SC (1175) 10-9-2015	43
TSJ-SPA (192) 22-10-2015	289
TSJ-SPA (1339) 18-11-2015	699

2016

TSJ-SC(1) 5-1-2016	1602, 1606, 1617, 1627, 1629
TSJ-SPA (54) 27-1-2016	1318
TSJ-SPA (69) 27-1-2016	522
TSJ-SPA (119) 10-2-2016	701
TSJ-SC (162) 14-3-2016	136
TSJ-SC (179) 15-3-2016	398
TSJ-SC (247) 29-3-2016	1041
TSJ-SC (327) 28-4-2016	1052
TSJ-SC (343) 6-5-2016	1025
TSJ-SC (259) 8-6-2016	827

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 1930-2023

TSJ-SC (555) 11-7-2016	1056
TSJ-SPA (840) 27-7-2016	1640
TSJ-SC (738) 11-8-2016	232
TSJ-SC (808) 2-9-2016	416
TSJ-SE (147) 17-10-2016.....	1388
TSJ-SC (1187) 15-12-2016.....	589, 919, 931

2017

TSJ-SC (3) 11-1-2017	417
TSJ-SC (91) 15-3-2017	138
TSJ-SC (355) 16-5-2017	1421, 1436
TSJ-SE (165) 5-10-2017	1575
TSJ-SC (736) 25-10-2017	974
TSJ-SC (831) 27-10-2017	295
TSJ-SPA (1186) 2-11-2017	237
TSJ-SC (884) 3-11-2017	235, 828
TSJ-SC (991) 30-11-2017	979
TSJ-SE (214) 7-12-2017	759

2018

TSJ-SC (16) 17-1-2018	590
TSJ-SC (53) 25-1-2018	1424, 1621
TSJ-SC (946) 9-2-2018	355
TSJ-SC (311) 26-4-2018	1003
TSJ-SE (53) 13-6-2018	1424
TSJ-SC (809) 28-11-2018.....	1059
TSJ-SPA (1243) 29-11-2018	1062

2019

TSJ-SC (1) 8-1-2019	1425
TSJ-SC (53) 27-2-2019	430
TSJ-SC (97) 14-5-2019	983, 988
TSJ-SC (251) 8-8-2019	991

2020

TSJ-SC (68) 5-6-2020	1469, 1474
----------------------------	------------

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

2021

TSJ-SC (232) 11-6-2021	1204
TSJ-SC (652) 26-11-2021.....	997

2022

TSJ-SC (493) 8-8-2022	943
TSJ-SC (1105) 9-12-2022.....	1007

2023

TSJ-SPA (268) 13-4-2023	834
TSJ-SE (59) 1-6-2023	1342
TSJ-SC (690) 9-6-2023	356
TSJ-SC (799) 26-6-2023	668
TSJ-SC (1160) 10-8-2023.....	1602
TSJ-SPA (823) 28-9-2023	316
TSJ-SC (1469) 31-10-2023.....	1352
TSJ-SCS (580) 19-12-2023	724

ÍNDICE

—TOMO I—

PRESENTACIÓN DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS	7
SUMARIO	9

PRIMERA PARTE

EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

I.	DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES	19
II.	LOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS HUMANOS	27
	1. <i>El principio de la preeminencia de los derechos de la persona y de la dignidad humana</i>	27
	2. <i>El principio de la progresividad de los derechos</i>	32
	3. <i>El principio de la integralidad e interdependencia</i>	38
	4. <i>El principio enunciativo de la declaración de derechos y la cláusula abierta de los derechos inherentes a la persona</i>	39
	5. <i>El principio de la irrenunciabilidad de los derechos</i>	42
III.	LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES (PERSONAS JURÍDICAS)	42
IV.	LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DECLARADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES	45
	1. <i>Reconocimiento de la primacía de las normas de tratados internacionales en materia de los derechos humanos</i>	46
	2. <i>Desconocimiento del rango supraconstitucional de los tratados y de las decisiones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos</i>	56
V.	EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD: EL DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD Y SUS LIMITACIONES (ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES).....	76
	1. <i>La libertad y el ámbito de su limitación</i>	76
	2. <i>Límites a las limitaciones: el núcleo esencial de los derechos</i>	82

VI.	LA APLICABILIDAD INMEDIATA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL TEMA DE LAS NORMAS PROGRAMÁTICAS	86
VII.	LOS DERECHOS INHERENTES AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	91
	1. <i>El derecho a la supremacía constitucional</i>	91
	2. <i>El derecho a la democracia</i>	97
	3. <i>El derecho a la separación de poderes</i>	100
	4. <i>El derecho a la distribución vertical del poder</i>	101
	5. <i>Derecho a la seguridad jurídica</i>	106
	6. <i>Derecho a la resistencia</i>	111
VIII.	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	116
	1. <i>El deber de protección</i>	116
	2. <i>La obligación del Estado de investigar las violaciones de derechos por autoridades del Estado. Delitos de Lesa humanidad</i>	119

SEGUNDA PARTE

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I.	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS	144
II.	LA GARANTÍA DE LA RESERVA LEGAL	144
	1. <i>Reserva legal en materia de limitaciones a los derechos</i>	144
	2. <i>Reserva legal en materia de sanciones</i>	159
	3. <i>La reserva legal en materia tributaria</i>	166
III.	LA GARANTÍA DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	168
IV.	LA GARANTÍA OBJETIVA DE LA CONSTITUCIÓN: LA NULIDAD DE LOS ACTOS VIOLATORIOS DE DERECHO HUMANOS Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS	180
V.	LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA NO DISCRIMINACIÓN	180
	1. <i>Sentido general del principio de igualdad</i>	181
	2. <i>El principio de la igualdad de género</i>	217
	3. <i>Igualdad para contraer matrimonio</i>	239
	4. <i>Igualdad de los niños</i>	243
	5. <i>La igualdad en materia laboral, de empleos y ascensos</i>	253
	6. <i>Igualdad en materia de pensiones y seguridad social</i>	264
	7. <i>Igualdad en materia de protección a la maternidad</i>	269
	8. <i>Igualdad en el proceso</i>	270
	9. <i>El principio de igualdad de los partidos políticos</i>	270
	10. <i>La igualdad en materia electoral</i>	275

11.	<i>El principio de igualdad en procedimientos concursales: licitaciones</i>	277
12.	<i>El principio de igualdad en materia tributaria</i>	279
13.	<i>Igualdad de las personas jurídicas (morales)</i>	284
14.	<i>La igualdad y las prerrogativas del Estado</i>	285
VI.	LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA	287
1.	<i>Derecho a la justicia</i>	287
2.	<i>El derecho a accionar (acceso a la justicia)</i>	290
A.	<i>El principio pro actione</i>	290
B.	<i>Derecho a la jurisdicción</i>	302
C.	<i>La proscripción del solve et repete</i>	303
D.	<i>La necesaria asistencia de abogado</i>	310
E.	<i>El tema de la pérdida de interés procesal</i>	312
3.	<i>Los derechos e interés colectivos o difusos</i>	317
4.	<i>Objeto del proceso</i>	357
5.	<i>El derecho a la justicia gratuita</i>	360
6.	<i>Derecho a la justicia material</i>	361
7.	<i>Acceso a la justicia y procedimiento administrativo</i>	362
VII.	LA GARANTÍA A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	364
1.	<i>Principios generales</i>	364
2.	<i>El derecho de petición judicial y la oportuna respuesta</i>	366
3.	<i>El derecho a la justicia oportuna y expedita</i>	383
4.	<i>Derecho a ser amparado</i>	388
5.	<i>Tutela judicial efectiva y condiciones de admisibilidad en materia contencioso-administrativa</i>	393
6.	<i>Tutela judicial efectiva y la perención de la instancia</i>	398
7.	<i>Derecho a las medidas cautelares</i>	400
8.	<i>Derecho a la ejecución de fallos</i>	400
VIII.	LA GARANTÍA Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO	419
1.	<i>Principios generales</i>	419
2.	<i>Derecho a la defensa</i>	432
A.	<i>Principios generales</i>	432
B.	<i>Igualdad de las partes y derecho a la defensa</i>	438
C.	<i>Derecho ha ser citado y a ser oído</i>	445
D.	<i>Medidas cautelares inaudita parte</i>	452
E.	<i>El derecho a la asistencia de abogado</i>	457
F.	<i>Derecho a la prueba y carga de la prueba</i>	458
G.	<i>Particularidades del derecho a la defensa en el procedimiento judicial</i>	466
a.	<i>Principios generales</i>	466

	b.	<i>Defensor ad litem</i>	470
	c.	<i>Principio de que las partes están a derecho</i>	472
G.		<i>Particularidades en el procedimiento administrativo</i>	474
	a.	<i>Principios generales</i>	474
	b.	<i>El derecho de acceso al expediente</i>	479
	c.	<i>La defensa en los procedimientos sancionatorios</i>	483
	d.	<i>La defensa en los procedimientos revocatorios</i>	491
	e.	<i>La defensa en los procedimientos disciplinarios</i>	495
	f.	<i>La defensa en los procedimientos de destitución</i>	500
	g.	<i>La defensa en otros procedimientos ablatorios</i>	501
	h.	<i>La defensa en los procedimientos internos ante partidos políticos</i>	503
	i.	<i>Las vías de hecho: la ausencia absoluta de procedimiento</i>	506
3.		<i>La presunción de inocencia</i>	514
4.		<i>El derecho al ser juzgado por su juez natural, competente, independiente e imparcial</i>	523
5.		<i>El principio non bis in idem</i>	542
6.		<i>El derecho a la estabilidad de los juicios y la cosa juzgada</i>	549
7.		<i>El derecho a la doble instancia</i>	553
IX.		EL RÉGIMEN DE LA RESTRICCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	577
X.		LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL DEFENSOR DEL PUEBLO	584

TERCERA PARTE

LOS DERECHOS INDIVIDUALES

I.		EL DERECHO A LA VIDA	589
II.		EL DERECHO AL NOMBRE Y A LA IDENTIDAD	590
III.		EL DERECHO A LA NACIONALIDAD Y A LA CIUDADANÍA	600
	1.	<i>La Nacionalidad y su régimen constitucional</i>	600
	2.	<i>La nacionalidad originaria</i>	601
	3.	<i>La nacionalidad derivada: la naturalización</i>	603
	4.	<i>Igualdad y diferenciación entre venezolanos por nacimiento y por naturalización</i>	605
	5.	<i>Prohibición de extradición de nacionales</i>	610
	6.	<i>La ciudadanía</i>	612
	7.	<i>Los extranjeros</i>	613
IV.		DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES Y SU INVIOLABILIDAD	617

1.	<i>La libertad personal</i>	618
2.	<i>Privación de libertad como potestad exclusiva de los jueces</i>	624
3.	<i>Detención en caso de flagrancia</i>	642
4.	<i>Derecho a ser juzgado en libertad</i>	648
5.	<i>La libertad personal y pena de sujeción a vigilancia de autoridad</i>	654
6.	<i>Derecho a la integridad personal</i>	663
7.	<i>La prohibición de la desaparición forzosa de personas</i>	665
8.	<i>Derecho a la seguridad ciudadana</i>	666
V.	EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR DOMÉSTICO Y DEL DOMICILIO	668
VI.	INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS	674
VII.	DERECHO A RECOPIRAR Y A TENER ACCESO A LA INFORMACIÓN PERSONAL	676
1.	<i>El acceso a la información personal y el habeas data</i>	676
2.	<i>El derecho a la información administrativa</i>	690
3.	<i>Derecho a la protección de datos personales</i>	702
VIII.	LIBERTAD DE TRÁNSITO.....	716
1.	<i>Derecho al libre tránsito</i>	716
2.	<i>Derecho a cambiar de domicilio</i>	726
3.	<i>Libertad de salir y entrar al país</i>	727
4.	<i>Libre entrada y salida de instituciones públicas</i>	728
IX.	EL DERECHO DE PETICIÓN Y A LA OPORTUNA RESPUESTA	729
X.	EL DERECHO DE ASOCIACIÓN	760
XI.	EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO.....	765
1.	<i>Derecho a expresar el pensamiento, derecho a informar y sus limitaciones</i>	765
2.	<i>Problemas de la protección mediante amparo</i>	835
3.	<i>Derecho a rectificación y respuesta</i>	836
XII.	EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.....	850
XIII.	LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE EJERCICIO DE CULTOS	854
XIV.	EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL HONOR Y LA INTIMIDAD.....	857
1.	<i>Derecho al honor y a la reputación</i>	857
2.	<i>Derecho a la intimidad</i>	863
3.	<i>Reputación de las personas jurídicas</i>	886
XV.	EL DERECHO DE PROTECCIÓN POR PARTE DEL ESTADO	889

—TOMO II—

CUARTA PARTE

LOS DERECHOS SOCIALES, EDUCATIVOS Y CULTURALES

I.	MARCO GENERAL DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS DE PRESTACIÓN Y SU JUSTICIABILIDAD	911
II.	LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN.....	918
	1. <i>Protección de la familia y obligación del Estado</i>	918
	2. <i>La protección de la maternidad</i>	919
	3. <i>La protección del matrimonio entre un hombre y una mujer</i>	932
	4. <i>La protección de los niños y los derechos de los jóvenes</i>	944
	5. <i>Protección de la mujer</i>	1003
III.	EL DERECHO A LA VIVIENDA	1010
IV.	EL DERECHO A LA SALUD Y A SU PROTECCIÓN.....	1030
	1. <i>El derecho a la salud y a su protección</i>	1030
	2. <i>El servicio público de salud y el derecho a la participación de la comunidad organizada</i>	1044
V.	EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL	1049
	1. <i>Derechos de la seguridad social</i>	1049
	2. <i>Derecho a la pensión de jubilación</i>	1059
VI.	LOS DERECHOS LABORALES	1063
	1. <i>El derecho y el deber de trabajar</i>	1063
	A. <i>Ámbito</i>	1063
	B. <i>Derecho de las personas naturales</i>	1071
	C. <i>Las limitaciones legales</i>	1073
	2. <i>La jornada laboral y el derecho al descanso</i>	1073
	3. <i>El derecho al salario</i>	1074
	4. <i>El derecho a prestaciones sociales</i>	1094
	5. <i>El derecho a la estabilidad laboral</i>	1103
	6. <i>El derecho a la sindicalización</i>	1120
	7. <i>El derecho a la huelga</i>	1128
	8. <i>La irrenunciabilidad de los derechos</i>	1130
	9. <i>Protección de los derechos laborales</i>	1139
VII.	LOS DERECHOS RELATIVOS A LA CULTURA	1143
VIII.	EL DERECHO A LA EDUCACIÓN	1152
	1. <i>El derecho y el servicio público de la educación</i>	1153
	2. <i>La gratuidad de la educación</i>	1173
	3. <i>Ámbito del derecho</i>	1175

4.	<i>La educación en el marco del sistema educativo</i>	1180
IX.	EL DERECHO A EDUCAR (LIBERTAD DE ENSEÑANZA)	1183
X.	EL DERECHO AL DEPORTE.....	1199

QUINTA PARTE

LOS DERECHOS ECONÓMICOS

I.	MARCO GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	1209
II.	LA LIBERTAD ECONÓMICA	1217
	1. <i>Derecho al desarrollo de actividades económicas</i>	1217
	2. <i>Ámbito de la libertad económica</i>	1224
	3. <i>Las limitaciones a la libertad económica y de contratar</i>	1225
	4. <i>Reserva Legal</i>	1265
	5. <i>El régimen de las profesiones liberales</i>	1266
	6. <i>Libertad económica y servicios públicos</i>	1268
	7. <i>Derecho a la calidad de bienes y servicios</i>	1269
III.	LA GARANTÍA DE LA LIBRE COMPETENCIA	1291
IV.	EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA GARANTÍA DE LA EXPROPIACIÓN	1296
	1. <i>Ámbito</i>	1296
	2. <i>Limitaciones y la garantía de la reserva Legal</i>	1298
	3. <i>Limitaciones a la propiedad con motivo de ordenación urbanística</i>	1202
	4. <i>Limitaciones a la propiedad con motivo de la ordenación del territorio (Parques Nacionales)</i>	1302
	5. <i>La garantía de la expropiación</i>	1304
	6. <i>La prohibición de la confiscación</i>	1322

SEXTA PARTE

LOS DERECHOS POLÍTICOS

I.	EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA	1333
	1. <i>El principio de participación y sus implicaciones</i>	1333
	2. <i>Medios de participación</i>	1336
	3. <i>El derecho a referendos</i>	1343
	A. <i>Referendos Consultivos</i>	1346
	B. <i>Referendos revocatorios</i>	1355
	4. <i>Derecho a participar en el proceso de formación de las leyes y normas</i>	1392
II.	EL DERECHO A ELEGIR Y LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	1412

1.	<i>Derecho al sufragio</i>	1412
2.	<i>El registro electoral</i>	1429
3.	<i>Principio de elección directa</i>	1433
4.	<i>Voto secreto</i>	1441
5.	<i>Los electores: derecho a elegir</i>	1443
6.	<i>El derecho al sufragio en entidades privadas</i>	1446
7.	<i>El principio de la representación proporcional</i>	1448
8.	<i>Representación indígena</i>	1474
III.	EL DERECHO A SER ELECTO	1475
1.	<i>Condiciones de elegibilidad</i>	1475
2.	<i>La inconstitucional aceptación de la inhabilitación política para ser electo decretada por órganos administrativos</i>	1486
3.	<i>El derecho a la reelección</i>	1547
4.	<i>Mayorías y escrutinio</i>	1559
5.	<i>Nulidad de elecciones</i>	1562
IV.	DERECHO A POSTULAR CANDIDATOS	1569
1.	Las postulaciones	1569
2.	<i>La sustitución de postulaciones</i>	1577
V.	EL DERECHO DE ASOCIARSE POLITICAMENTE (PARTIDOS POLITICOS).....	1581
1.	<i>El régimen de los partidos</i>	1581
2.	<i>Requisitos de constitución</i>	1603
3.	<i>Los métodos democráticos en los partidos</i>	1609
4.	La financiación de los partidos políticos.....	1623
5.	La renovación de los partidos políticos.....	1627
VI.	EL DERECHO A OCUPAR Y EJERCER CARGOS PÚBLICOS	1630
VII.	DERECHO A MANIFESTAR	1633

SÉPTIMA PARTE

LOS DERECHOS AMBIENTALES	1645
---------------------------------------	------

OCTAVA PARTE

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	1663
--	------

**DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES:
JURISPRUDENCIA 1930-2023**

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS	1725
---	------