

# CRÓNICA DEL DERECHO PÚBLICO 2010

José Ignacio Hernández G.

## Introducción

El Derecho Público durante el año 2010 estuvo dominado por dos grandes eventos, todos ellos, relacionados con la finalización del período de la Asamblea Nacional 2005-2010 y los resultados electorales de septiembre de ese año: la aprobación de la *Ley Habilitante* que permitió al Presidente de la República dictar Decretos-Leyes por dieciocho meses, y la aprobación de las *Leyes del Poder Popular*, que avanzan en la construcción del llamado “Estado Comunal”.

En efecto, en las elecciones de septiembre de 2010 los partidos políticos afines al Gobierno obtuvieron diputados suficientes para controlar la mayoría simple de la Asamblea que se instalaría el 5 de enero de 2011, pero no así la mayoría calificada para dictar ciertas decisiones especiales. Por ello, en sus últimas semanas, e incluso, en sesiones extraordinarias, la Asamblea electa en 2005 aprobó un conjunto de Leyes que, de una u otra manera, disminuyeron la capacidad de decisión de la nueva Asamblea. De manera especial, mediante Ley Orgánica se dictaron Leyes fundamentales para el modelo socialista, de forma tal que la nueva Asamblea no podrá modificar su contenido sin acuerdo político entre los partidos de oposición y de Gobierno.

En efecto, el modelo socialista, como fue plasmado en el llamado *Primer Plan Socialista* (el Plan de Desarrollo de la Nación 2007-2013) tiene dos bases: una socioeconómica y otra sociopolítica. De acuerdo a la primera, es necesario transformar las relaciones de producción, hacia un sistema horizontal, de cooperación, basado en la satisfacción de necesidades sociales y no en la “reproducción del capital”. La base sociopolítica parte de la necesidad de sustituir las estructuras burocráticas y representativas del Estado de Derecho (llamado en este

contexto *Estado liberal burgués de Derecho*), por estructuras fundadas en el “ejercicio directo” de la soberanía popular, por medio de asambleas que se orientan a la construcción de la sociedad socialista. Precisamente, para cumplir con este último propósito, se dictaron las Leyes del Poder Popular.

No exageramos al decir que el año 2010 es, desde esta perspectiva, uno de los años en los cuales se han formalizado las mayores transformaciones jurídicas, que suponen el intento de sustituir el *Estado Constitucional* (República representativa) por el *Estado Comunal*, que es una forma distinta a la del Estado Constitucional. Tales cambios marcaron y marcarán, hondamente, al Derecho Público venezolano.

## I. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

### 1. *La descentralización y el régimen del Consejo Federal de Gobierno*

La descentralización, en la Constitución de 1999, es una política nacional orientada a transferir competencias a los Estados y Municipios, fortaleciendo su autonomía y acercando el ejercicio del poder al ciudadano (artículo 158). La coordinación de esa política de confió a un órgano neutral y técnico, el Consejo Federal de Gobierno (artículo 185). No se trata de un órgano controlado por el Poder Nacional, en la medida en que ello puede violentar la autonomía constitucionalmente garantizada de Estados y Municipios. Por el contrario, se perfila como un órgano neutral de concertación de políticas públicas en materia de descentralización, y cuyas decisiones han de ser técnicas, es decir, un órgano con neutralidad política reforzada.

Desde 2009 sin embargo, el sentido de la política de descentralización cambió y, ahora, ésta se presenta más bien como la transferencia de competencias a las “instancias del Poder Popular”, siempre bajo el control central del Poder Nacional. A esa tendencia responde precisamente la *Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno* (Gaceta Oficial N° 5.963 Extraordinario del 22 de febrero de 2010), que transformó a ese órgano en una instancia controlada políticamente por el Poder

Nacional, cuyas decisiones responden igualmente a controles políticos sobre la actuación de Estados y Municipios, y que además, otorga preferencia la transferencia de competencia a las instancias del Poder Popular, para promover la construcción de la sociedad socialista.

Los principales cambios derivados de esa Ley pueden resumirse de la siguiente manera:

- En *primer* lugar, el Consejo Federal de Gobierno, como “*órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los estados y municipios*”, asume sin embargo como cometido, y de acuerdo con su artículo 2, la transferencia de las competencias y atribuciones “*de las entidades territoriales hacia las organizaciones de base del Poder Popular*”. Es decir, que la descentralización se define, principalmente, como el proceso de transferencia de competencias a las instancias del Poder Popular, de forma tal que los lineamientos dictados por el Consejo “*serán vinculantes para las entidades territoriales*”. Ello constituye una amenaza cierta de cara a la autonomía de Estados y Municipios.

En concordancia con esta norma, el artículo 7 dispone que la transferencia de competencias “*es la vía para lograr el fortalecimiento de las organizaciones de base del Poder Popular y el desarrollo armónico de los Distritos Motores de Desarrollo y regiones del país, en el marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación*”.

- En *segundo* lugar, el Consejo Federal de Gobierno esta integrado por los representantes de los Poderes Públicos aludidos en la Constitución de la República y “*representantes de la sociedad organizada expresamente señalados en la presente Ley, y está presidido por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva*”. Tales representantes, de acuerdo a su artículo 4, son solamente aquellos que se integran a alguna de las instancias del Poder Popular, con lo cual, esta Ley niega la existencia de la sociedad libremente organizada, en tanto es preceptivo acudir a las instancias reguladas en las

Leyes del Poder Popular, cuyo objetivo único es la construcción de la sociedad socialista.

- En *tercer* lugar, la actuación del Consejo Federal de Gobierno queda subordinada al socialismo, en los términos en que ese modelo ha sido desarrollado por el Gobierno Nacional. A tal fin, de acuerdo con el artículo 6, el Presidente de la República queda facultado para crear los llamados *Distritos Motores de Desarrollo*, cuyo propósito es coordinar, en un área geográfica determinada, las acciones socioeconómicas orientadas a “facilitar la transición hacia el socialismo”.
- Finalmente, y en cuarto lugar, el artículo 21 crea el *Fondo de Compensación Interterritorial* (FCI), cuya finalidad –artículo 22– es promover el “desarrollo equilibrado de las regiones”. En el marco de la Ley, sin embargo, la distribución de recursos con cargo a tal Fondo quedará condicionada por los objetivos básicos que la Ley persigue, a saber, la promoción del socialismo y el fortalecimiento de las instancias del Poder Popular.

Las disposiciones del Reglamento de la Ley (GO N° 39.382 de 9 de marzo de 2010) excedieron muy mucho el alcance de la Ley comentada, ampliando los controles del Poder Nacional sobre Estados y Municipios. Por ejemplo, desde el artículo 3 del Reglamento se subordina a la comuna a tal modelo socialista, a tal punto que la “transferencia de competencias” encuentra como destinatario prácticamente exclusivo, al consejo comunal y, por extensión, a otras instancias del Poder Popular. De allí deriva el ya denunciado control del Poder Nacional, que además, es de contenido político. Así, el artículo 37 del Reglamento supedita los proyectos de la comunidad al control de la Secretaría Técnica del Consejo Federal de Gobierno, control que se extiende a los criterios políticos que “*contendrán entre otros, los requerimientos de compatibilización de los proyectos con los lineamientos de política emanados de la planificación centralizada, así como el acatamiento de las directrices de los planes sectoriales, estatales, municipales y comunales*”.

## 2. *El Estado Comunal*

El Estado Comunal es el conjunto de organizaciones de participación ciudadana, sujetas al control del Gobierno Nacional, con el propósito único de promover el modelo socialista. Esas organizaciones conforman al denominado “Poder Popular”, que teóricamente, responde al derecho de participación ciudadana, tanto en el ámbito político como en el ámbito económico, de acuerdo con los artículos 62 y 70 de la Constitución, como manifestación de la democracia participativa reconocida en el Texto de 1999. Sin embargo, de acuerdo a su regulación en las *Leyes del Poder Popular*, y como vimos, estas instancias son en realidad la negación del derecho de participación ciudadana, en tanto (i) ese derecho sólo puede ejercerse en los términos y condiciones fijados en esas Leyes, siempre, bajo el control previo del Gobierno Nacional, y (ii) el objetivo único al cual tales instancias pueden orientarse es la construcción del socialismo. Este esquema resume la propuesta de reordenación del Estado venezolano contenida en el proyecto de reforma constitucional rechazado en referendo de 2 de diciembre de 2007.

La exposición de los principios del Estado Comunal revista tal complejidad que cualquier intento de aproximación excedería los límites de las presentes crónicas. Basta entonces con esbozar los principios generales de las Leyes del Poder Popular, dictadas por la Asamblea Nacional en diciembre de 2010, y cuya interpretación debe efectuarse en el marco de otras Leyes dictadas en ese año y que aquí comentamos.

- En *primer* lugar, como señalamos, el Estado Comunal es concebido como una forma de organización político-social, o sea, no se trata de una entidad político-territorial y ni siquiera de un Poder Público: el Estado Comunal es una organización resultante de la participación ciudadana canalizada por medio de las instancias del Poder Popular. Así, de acuerdo con la *Ley Orgánica del Poder Popular* (GO N° 6.011 extraordinario de 21 de diciembre de 2010), el Poder Popular tiene como primer objetivo, “*impulsar el fortalecimiento de la organización del pueblo, en función de consolidar la democracia protagónica revolucionaria y construir las bases de la sociedad*”

*socialista, democrática, de derecho y de justicia*". Por ello, el socialismo no es simplemente una opción a la cual puede orientarse libremente la participación ciudadana: es la única opción admitida, lo que resulta abiertamente contrario al pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 2 constitucional.

- En *segundo* lugar, en el Estado Comunal sólo se reconoce como "sociedad organizada", a aquella conformada por las organizaciones del Poder Popular admitidas en la Ley y controladas por el Gobierno. Según la definición incluida en el artículo 8.5 de la *Ley Orgánica del Poder Popular*, la *comunidad organizada* es aquella constituida por una instancia del Poder Popular "*debidamente reconocida por la ley y registrada en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana*".
- En *tercer* lugar, las instancias del Poder Popular siempre asumen la fórmula asamblearia, en la cual hay una *asamblea* que es la máxima autoridad, cuyas decisiones son cumplidas por un *órgano ejecutivo*. Esas instancias pueden ser consejos que operan en el ámbito económico y social, como el consejo de trabajadores en las empresas, u organizaciones basadas en una comunidad establecida en un ámbito geográfico determinado (artículo 9, 10 y 11, *Ley Orgánica del Poder Popular*).
- En *cuarto* lugar, las principales instancias basadas en una comunidad, y que asumen la fórmula asamblearia, son los consejos comunales y la comuna. Los primeros fueron regulados en 2005, y en el 2009 se reformó su Ley a fin de establecer, entre otros aspectos, que tales consejos sólo podían orientarse a la promoción del modelo socialista, como consta incluso en el modelo de estatuto aprobado por la Administración. A este mismo esquema responde la comuna, que es catalogada como una *entidad local socialista* y, como tal, integrante de la organización municipal, pero dependiente de la regulación y control del Poder Nacional (artículos 1, 2 y 5 *Ley Orgánica de las Comunas*, en GO N° 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010).

- En *quinto* lugar, tanto los consejos comunales como la comuna son regulados en clara oposición a las estructuras representativas del Estado Constitucional, en concreto, Estados y Municipios. Ello es evidente en el caso de las comunas, pues la organización de esa instancia emula al Estado Constitucional, al punto que se reconoce la existencia del *parlamento comunal* (el órgano asambleario) que dicta normas, a saber, las cartas comunales (artículos 18 y 21, *Ley Orgánica de las Comunas*).
- En *sexto* lugar, el Estado Comunal promueve la participación de las instancias del Poder Popular en la planificación pública. *La Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular* (GO N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010), de acuerdo con su artículo 7, dispone que los órganos y entes del Poder Público “*durante la etapa de formulación, ejecución, seguimiento y control de los planes respectivos, incorporarán a sus discusiones a los ciudadanos y ciudadanas a través de los consejos comunales, comunas y sus sistemas de agregación*”. Es decir, que la participación ciudadana en la planificación se limita a las instancias del Poder Popular, con exclusión de cualquier otra forma de participación. Este principio fue asumido, como se verá, en la reforma del régimen municipal, al punto que estas instancias controlan, de hecho, el funcionamiento del Consejo Local de Planificación.
- En *séptimo* lugar, las instancias del Poder Popular asumen, por Ley, una suerte de “actividad inspectora” que se extiende a los órganos y entes del Poder Público y, también, al sector privado. Es la llamada contraloría social, definida en la Ley que rige su funcionamiento como la actividad de inspección orientada a dos objetivos: (i) garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y (ii) que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales (artículo 2, *Ley Orgánica de Contraloría Social*, publicada en la GO N° 6.011 de 21 de diciembre de 2010).
- En *octavo* lugar, las Leyes del Poder Popular desarrollaron también los cauces de participación ciudadana en el orden económico, a

través de la creación del sistema económico comunal, que es el modelo económico bajo el cual actuarán las instancias del Poder Popular, y que se basa en la propiedad social. La propiedad social es el derecho de uso sobre factores de producción del dominio del Estado, y que quedan condicionados al modelo socialista. Tal propiedad podrá ser usada por la comunidad organizada bajo las formas del Estado Comunal (propiedad social directa) o por los Poderes Públicos (propiedad social indirecta). De conformidad con los artículos 2 y 5 de *Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal* (GO N° 6.011 de 21 de diciembre de 2010), esa propiedad es la única de forma de propiedad admitida sobre factores de producción. Como se aprecia, a pesar de su nombre, no estamos ante un verdadero derecho de propiedad, pues la comunidad –que forma parte del sector privado– no es propietaria de factores de producción. Por el contrario, la propiedad social está bajo el dominio del Estado, en concreto, del Poder Nacional.

A tal fin, la Ley regula las formas empresariales que actuarán en ese sistema, principalmente, como empresas de propiedad social. Estas formas, de acuerdo con el artículo 9, son “*unidades de producción constituidas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público o por acuerdo entre ambos*”, orientadas “*a la satisfacción de necesidades colectivas, mediante una economía basada en la producción, transformación, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, en las cuales el trabajo tiene significado propio, auténtico; sin ningún tipo de discriminación*”. Nótese que el sistema económico comunal es una suerte de modelo paralelo al modelo económico que opera fuera del Estado Comunal. Tan es así que en su artículo 41, la Ley comentada crea al “sistema alternativo de intercambio solidario”, en el cual el intercambio de bienes y servicios no se efectúa por medio de la moneda de curso legal sino a través de la llamada “*moneda comunal alternativa*”.

El Estado Comunal, así perfilado, es una suerte de *Estado paralelo*, basado en el debilitamiento de Estados y Municipios, por medio del “nuevo” concepto de descentralización centrado más en la transferencia de competencias a las instancias del Poder Popular que en la transferencia de competencias a Estados y Municipios. Esto pone en

evidencia la relación entre el Consejo Federal de Gobierno y el Estado Comunal: en el marco de la Ley que organiza el funcionamiento de ese Consejo, como vimos, el Poder Ejecutivo Nacional puede acordar la transferencia de competencias de Estados y Municipios a las instancias del Poder Popular, siempre controladas por el Gobierno Nacional, tal y como lo desarrolla el artículo 27 de la *Ley Orgánica del Poder Popular*. Esa transferencia no sólo es una violación a la autonomía constitucional de Estados y Municipios, sino que además, es el mecanismo para promover la progresiva desarticulación del Estado Constitucional.

### 3. *Las transformaciones del régimen municipal y estatal*

Que el Estado Comunal sea un *Estado paralelo*, no significa que carezca de relación con el *Estado Constitucional*. Por el contrario, no sólo la *Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno* y la *Ley Orgánica del Poder Popular* promueven la transferencia de competencias de Estados y Municipios a las instancias del Poder Popular bajo el control del Gobierno Nacional, sino que además, en 2010 fue aprobada la reforma de la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* (GO N° 6.015 extraordinario de 28 de diciembre de 2010), que no sólo vinculó la actuación del Municipio al Poder Popular (artículo 1), sino que además, afectó notablemente la organización municipal, mediante (i) la desnaturalización de la Junta Parroquial y (ii) la desnaturalización del Consejo Local de Planificación.

En efecto, de acuerdo con el artículo 35, la Junta Parroquial deja de ser una organización cuyos miembros son electos por el sufragio directo, secreto y universal. Si en algún punto se evidencia la contradicción entre el Estado Comunal y el sistema representativo es aquí, pues de acuerdo con esta reforma, la Junta Parroquial es electa por “*los voceros y voceras de los consejos comunales de la parroquia respectiva*”. Es decir, que el derecho al voto fue sustituido por la elección indirecta a través de los consejos comunales, al punto que la disposición transitoria segunda revocó –inconstitucionalmente– el mandato de esas Juntas.

De otro lado, la Ley promueve el cambio de la naturaleza del Consejo Local de Planificación Pública, en tanto ese órgano queda

imbuido dentro del modelo socialista, no sólo como principio orientador de la acción del Municipio, sino además, en cuanto a su propia configuración. En este sentido, la Ley de reforma de la *Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública* (GO N° 6.017 extraordinario de 30 de diciembre del 2010), no sólo ratifica la subordinación de ese Consejo a la construcción de la sociedad socialista (artículo 1), sino que además, al regular su integración (artículo 6), incorpora al Alcalde y concejales, y además, a los Presidentes de las Juntas Parroquiales Comunes (designados, como vimos, por los consejos comunales); un consejero “*por cada Consejo de Planificación Comunal existente en el municipio*” (Consejo éste regulado en la Ley Orgánica de las Comunas); un consejero “*por cada parroquia del municipio, electo o electa por los voceros y voceras de los consejos comunales de la respectiva parroquia*”, y un consejero “*por cada uno de los movimientos y organizaciones sociales existentes en el municipio*”. Esos consejeros serán designados –artículo 7– por “*cada movimiento u organización social, debidamente articulada a un consejo comunal y registrada en el Ministerio del Poder Popular*”.

Como se observa, el Consejo Local de Planificación Pública pasa a estar controlado, de hecho, por las instancias del Poder Popular y por el modelo socialista. La gestión de ese Consejo, que por Ley se orienta al socialismo, es además vinculante (artículos 25 y 29).

Una reforma similar se introdujo con la modificación de la *Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas* (GO N° 6.017 extraordinario del 30 de diciembre del 2010), pues la actuación de tales Consejos queda igualmente condicionada al socialismo (artículo 1), lo que se traduce en su composición orgánica, a través de la participación de representantes de las instancias del Poder Popular o de los Consejos Locales de Planificación Pública que, como vimos, quedan controlados de hecho por aquéllas (artículo 8).

Estas reformas afectan notablemente la autonomía de Estados y Municipios y la soberanía popular expresada por medio del sufragio. En cuanto a lo primero, la actuación de Estados y Municipios queda legalmente condicionada al modelo socialista, lo que es incentivado además por el régimen ya comentado del Consejo Federal de Gobierno.

Asimismo, al margen de la voluntad popular expresada en la elección de los Gobernados, Alcaldes, Diputados y Concejales, la actuación de Estados y Municipios siempre deberá orientarse a la construcción de la sociedad socialista.

Por último, fue dictada la *Ley de Regularización de los Períodos Constitucionales y Legales de los Poderes Públicos Estadales y Municipales* GO N° 6.013 extraordinario del 23 de diciembre de 2010). En 2005 fueron celebradas las elecciones municipales y parroquiales, eligiéndose –entre otros– a los concejales, por un período de cuatro años, de acuerdo con el artículo 82 de la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* de 2005. La próxima elección debía efectuarse en 2009, pero la reforma de la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* de 2009 dispuso en su artículo 294 que “*las elecciones que corresponderían, realizarse en el segundo semestre del año 2009, para la designación de concejales y concejales, así como de representantes en las juntas parroquiales, se llevarán a cabo en el segundo semestre del año 2010*”. Esas elecciones tampoco se realizaron en esa oportunidad, pues la comentada Ley de Regularización dispuso que las elecciones de las autoridades municipales debían realizarse en una misma oportunidad, incluso si ello implicaba alterar los períodos (artículos 1 y 2.2). Fuera de la modificación derivada de esas normas, el principio es el carácter inalterable de los períodos (artículo 3).

El efecto práctico de esa Ley fue la extensión del mandato de los concejales electos en el 2005, como dispuso de manera general el artículo 5 de esa Ley. En efecto, esa elección debía efectuarse en la misma oportunidad que las elecciones de los alcaldes, cuyo período es de cuatro años, conforme al artículo 174 de la Constitución. Por ello, como las elecciones de alcaldes se realizaron en 2008, las elecciones de concejales fueron diferidas para el 2012, momento en el cual deberán realizarse, conjuntamente, las elecciones de todas las autoridades municipales.

#### *4. Modificaciones al régimen de control fiscal*

Dentro del conjunto de Leyes dictadas en los últimos días del período de la Asamblea Nacional instalada en 2005, encontramos la

reforma de la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal* (GO N° 6.013 de 23 de diciembre de 2010). Dejando a salvo reformas puntuales sobre la organización de la Contraloría, destaca (i) el reconocimiento de la figura de la contraloría social, ya tratada, así como de las instancias del Poder Popular (artículos 29 y 76, entre otros) y (ii) la ampliación del control del Poder Nacional sobre el sistema de control fiscal de Estados y Municipios (artículo 29).

### 5. *La responsabilidad política de los diputados*

El cambio de composición política de la Asamblea Nacional electa en septiembre de 2010, llevó a la Asamblea Nacional correspondiente al período 2005-2010 a limitar la actuación de los Diputados, en el sentido que sus decisiones deben quedar vinculadas al programa presentado al momento de su postulación, de forma tal que toda decisión adoptada en sentido contrario a dicho programa puede comprometer su responsabilidad política, declarada por la Asamblea, y a partir de allí, su responsabilidad de cara a la Contraloría General de la República, quien puede acordar su inhabilitación, efectiva en todo caso al término de su mandato (*Ley de Reforma Parcial de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones*, GO N° 6.013 extraordinario del 23 de diciembre de 2010, artículos 26, 28, 30 y 31).

Esa reforma violenta el estatuto constitucional del Diputado, en tanto pretende coartar su libertad de decisión sobre parámetros nada claros, que sólo pueden entenderse ante la necesidad de los –salientes– Diputados de la Asamblea Nacional de reducir cualquier cambio de composición política de la nueva Asamblea, afectando de esa manera la mayoría simple alcanzada en los comicios del pasado mes de septiembre.

### 6. *El Banco Central de Venezuela*

Una nueva reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela (GO N° 39.419 de 7 de mayo de 2010) ha reducido –todavía más– la

autonomía del Instituto Emisor, incrementando la injerencia del Poder Ejecutivo Nacional en la política monetaria, apelando a la figura de la coordinación, ahora regulada en su artículo 1. En realidad, esa coordinación se traduce en la subordinación de la política monetaria a la política económica del Gobierno Nacional, en detrimento del estatuto constitucional del Banco Central, basado en su autonomía. Ello se aprecia en la modificación del artículo 5, que introduce objetivos ajenos a la política cambiaria, tales y como la *“solidaridad, la participación ciudadana y la corresponsabilidad social”*. El artículo 49.8 refleja también este cambio, al incluir dentro de los objetivos del Banco Central, descontar y redescantar títulos valores *“provenientes de programas especiales que establezca el Ejecutivo Nacional, emitidos en el marco de dichos programas, relacionados con las operaciones de financiamiento a los sectores agrario, de la construcción, agro-alimentario, y para el fortalecimiento de la capacidad exportadora de las empresas nacionales en razón de programas de promoción de exportaciones, así como operaciones de financiamiento de la industria, para la transformación de materias primas, y para la formación de oro monetario y no monetario”*.

Poco después, la sentencia de la Sala Constitucional de 16 de noviembre de 2010, caso *nulidad de la Ley del Banco Central de Venezuela*, ratificó los principios de la Ley, al concluir que el principio de coordinación entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Instituto Emisor, supone necesarias limitaciones a la actuación de éste, todo lo cual justifica la disminución de la autonomía del Banco Central y el aumento de la injerencia del Poder Ejecutivo Nacional en el diseño y ejecución de la política monetaria, en contra de lo dispuesto en la Constitución.

### ***7. La información de la Administración Pública y los medios electrónicos***

La Providencia N° 009-10 de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), contiene la *“clasificación y tratamiento de la información en la Administración Pública”* (GO N° 39.578 de 21 de diciembre de 2010). De acuerdo a su artículo 1, la Providencia *“tiene por objeto establecer los principios que deben regir la identificación, clasificación, tratamiento y protección de los activos de infor-*

*mación en los Entes y Órganos de la Administración Pública Nacional*". A tal fin, el artículo 14 permite clasificar la información que reposa en las Administraciones Públicas –denominados “activos de información”– como estrictamente confidencial; confidencial; de uso interno y de uso público.

Apartando la extralimitación de atribuciones de la Superintendencia –en tanto el régimen comentado no parece limitarse a los medios electrónicos– destaca cómo, en la práctica, se pretende otorgar carácter confidencial a los archivos de las Administraciones Públicas con una amplitud superior a la admitida no sólo en la Constitución, sino además, en distintas Leyes, como la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley contra la corrupción. Tal derecho ha sido reconocido, dentro del período examinado, por la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de julio de 2010, caso *Asociación Civil Espacio Público*, aun cuando con notables restricciones respecto a su alcance práctico.

## II. RÉGIMEN SOCIOECONÓMICO

### 1. *La reforma del régimen de las telecomunicaciones y el dogma del servicio público*

El modelo económico venezolano, entre 1999 y 2002, se caracterizó por ciertas medidas de apertura económica, en específico, en la liberalización de sectores como electricidad, telecomunicaciones y gas. El cambio posterior, hacia un modelo “estatista” en el marco de la transición al socialismo, llevó a revisar algunas de esas medidas, como es el caso de la reforma puntual de la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones* (GO N° 6.015 extraordinario de 28 de diciembre de 2010). La reforma no afectó los principios de la liberalización, basados en el reconocimiento de la libertad económica como derecho fundamental que habilita al ejercicio de los servicios de las telecomunicaciones en condiciones de competencia regulada. Empero, la reforma incrementa el control público, en especial, en aquellas actividades que requieren la concesión de uso del dominio público radioeléctrico, recogiendo algunos de los principios que en el pasado fueron afirmados con ocasión a

la decisión del Ejecutivo Nacional de no renovar la concesión para el operador de televisión RCTV.

A tal fin, la redacción del artículo 5 fue modificada para declarar a las telecomunicaciones “como de servicio e interés público”. No queda clara cuál es la intención, aun cuando posiblemente, quiso enfatizarse que no se trata de simples actividades de interés general –como disponía la norma modificada– sino de actividades de interés público, y eventualmente, actividades de servicio público, calificación que fue en todo caso obviada.

Otro de los cambios introducidos lo encontramos en el artículo 21: los operadores interesados en continuar prestando los servicios de radio y televisión, una vez vencida la correspondiente habilitación, podrán *“solicitar la renovación de la habilitación correspondiente con noventa días continuos de anticipación a la fecha de vencimiento de aquella de la cual sean titulares”*. Sin embargo, la norma aclara que *“la condición de titular de una habilitación para la prestación de servicios de radio y televisión no implicará, para el solicitante, un derecho subjetivo o de preferencia a la renovación de la misma. El órgano rector decidirá lo conducente dentro de los noventa días continuos siguientes a la solicitud”*. Este principio es ratificado en el artículo 73, según el cual *“la condición de titular de una concesión de uso y explotación de determinadas porciones del espectro radioeléctrico no implicará, para el solicitante, un derecho subjetivo o de preferencia a la renovación de la misma. El órgano rector decidirá lo conducente dentro de los noventa días continuos siguientes a la solicitud”*.

El carácter discrecional de la decisión de renovar la habilitación y la concesión contradicen el régimen de libertad de empresa reconocido en la Ley. En efecto, el otorgamiento, revocatoria o renovación de esos títulos debe ser una decisión reglada, pues esos títulos condicionan el derecho de acceso y mantenimiento en el mercado, atributo del derecho fundamental de libertad de empresa.

## 2. *La reforma del régimen de la radio y la televisión*

La *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión* fue igualmente modificada (GO N° 39.579 de 22 de diciembre de 2010)), con la intención de incrementar los controles administrativos sobre el contenido de los servicios de radio y televisión, en sintonía con la modificación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Parte de esas reformas introducen prohibiciones poco claras que degeneran en censura (artículo 27, por ejemplo), y además, en ilícitos que pueden derivar en la revocatoria de la concesión o la suspensión temporal de los servicios (artículos 28 y 29). Las limitaciones al contenido de los servicios de radio y televisión no pueden depender de cláusulas abiertas como las establecidas en la Ley, pues en realidad, la imposición de la limitación a tales servicios dependerá del criterio discrecional de la Administración, lo que es una forma de censura prescrita en la Constitución.

## 3. *De la emergencia eléctrica a la nacionalización y centralización del sector*

El sector eléctrico venezolano, cuya regulación era dispersa, fue objeto de distintas reformas legislativas desde 1999 que, además de implementarse de manera apresurada, emularon el modelo europeo de liberalización, de muy difícil aplicación en Venezuela vista la predominancia de la generación hidroeléctrica, en manos del Estado. Ese modelo de apertura no fue nunca implementado, y en 2007 fue desaplicado *de hecho*, con ocasión a la política de nacionalización que llevó al Poder Nacional a adquirir las empresas privadas que operaban en el sector. Posteriormente, desde 2009, el sistema eléctrico nacional comenzó a presentar deficiencias en su funcionamiento, lo que llevó a adoptar medidas de racionamiento del consumo.

En este contexto fue promulgada la *Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico* (GO N° 39.493 de 23 de agosto de 2010), por medio de la cual se reformó parcialmente el Decreto-Ley dictado sobre esta materia en 2007, con ocasión al proceso de nacionalización. La reforma consolida el principio de centralización y concentración de actividades

en cabeza de la empresa pública *Corporación Eléctrica Nacional S.A.*, (artículo 2), la cual se conformó como la empresa holding del sector eléctrico nacional.

Posteriormente, se reformó el marco jurídico del sector eléctrico basado en la liberalización, por un marco cónsono con la nacionalización del sector y el principio de concentración de actividades. En efecto, la *Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico* (GO N° 39.573 de 14 de diciembre de 2010) reservó todo el sector al Estado –medida inédita en la evolución regulatoria de ese sector– y confió su gestión a la empresa pública, bajo el ya comentado principio de concentración (artículos 8 y 9). El modelo de competencia regulada creado en 1999 es sustituido por el llamado modelo de gestión socialista, que en realidad, es el tradicional modelo de reserva al sector y concentración de todas las actividades en empresas públicas. El monopolio a favor del Estado se reguló en el artículo 28, conforme al cual “*el operador y prestador del servicio será la Corporación Eléctrica Nacional S.A., o el ente creado para tal fin, adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de energía eléctrica, quien estará encargado de la realización de las actividades de Generación, Transmisión, Distribución y comercialización en todo el territorio nacional*”.

#### **4. *El nuevo régimen de la gestión de la basura***

La *Ley de Gestión Integral de la Basura* (GO N° 6.017 extraordinario del 30 de diciembre de 2010) no sólo regula las actividades propias de aseo urbano, concebidas como servicio público domiciliario, sino que además aborda la regulación integral –como su propio nombre lo indic– de la basura, o más en concreto, de la gestión integral de los residuos y desechos sólidos, actividad considerada servicio público y por ende, sujeta a la garantía de prestación del Estado. Esta declaratoria de servicio público, que es usual en las Leyes adoptadas dentro del modelo socialista, no tiene en realidad una consecuencia jurídica específica, más allá de reiterar el control de la Administración sobre las actividades sujetas a la Ley.

La Ley aplica a distintos operadores económicos, incluyendo a los *generadores de desechos y residuos* (artículo 34). El artículo 35 establece una obligación a los operadores responsables de la importación, fabricación o distribución de mercancías o productos de consumo masivo que generen residuos sólidos, de acuerdo a la cual, es preceptiva la elaboración de “*programas de retorno para la recuperación de sus residuos, incluyendo los mecanismos de devolución o depósito equivalente, acopio, almacenamiento y transporte, que garantice su reutilización en la cadena productiva o su efectivo reciclaje, de acuerdo con el reglamento*”.

Cónsona con la declaratoria de servicio público, la Ley implementa el control del precio de los servicios regulados en ella, en concreto, los servicios de manejo integral de residuos y desechos sólidos, así como la transferencia y la disposición final de los desechos sólidos (remuneración que el artículo 77 denomina ambiguamente como “tasa”), y las tarifas por los servicios especiales (artículo 78).

### 5. *La reforma del régimen de contrataciones públicas*

La reforma de la *Ley de Contrataciones Públicas* (GO N° 39.503 de 6 de septiembre de 2010), reconoció a la Administración amplias facultades para intervenir la ejecución del contrato público, incluso, como medida cautelar, ante cualquier situación que pueda ser percibida como riesgo de paralización de las obras, o cuando tal paralización se hubiese materializado (artículo 130). La norma va incluso más allá pues permite “requisar” los bienes afectados a la ejecución de la obra. Acota el artículo 135 que “*los bienes objeto de requisición o comiso por los efectos de la medida preventiva, quedarán a disposición del órgano o ente contratante mediante la ocupación temporal y posesión inmediata de los mismos*”.

El comiso es una medida que no sólo excede de la naturaleza cautelar de las decisiones que puede dictar la Administración, sino que además, es privativa del Juez Penal. La norma comentada, por tanto, debe ser interpretada más bien como una medida cautelar de ocupación, que no afecta la propiedad sobre los bienes afectos al contrato. A todo evento, la amplitud de esta regulación es cuestionable, en tanto

incide negativamente en la certidumbre jurídica necesaria para promover un adecuado sistema de contrataciones públicas.

## 6. *El nuevo régimen del sistema financiero nacional*

Una de las grandes modificaciones del 2010 en el orden económico, se relaciona con la sanción de un nuevo marco jurídico del llamado sistema financiero nacional, integrado básicamente por tres actividades: la actividad bancaria, la actividad aseguradora y la intermediación en el mercado de capitales, ahora denominado mercado de valores. El propósito de esa regulación es sujetar su actuación a la planificación central del Poder Nacional, en el sentido que las actividades que componen a tal sistema deberán orientarse a las finalidades establecidas por el Estado (artículos 1, 2 y 6, *Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional*, en GO N° 39.578 del 21 de diciembre de 2010). Adicionalmente, el artículo 7 de esa Ley contiene una muy confusa prohibición de los llamados *grupos financieros*, o sea, los grupos de empresa que se creen dentro del sistema, que lejos de ser una figura ilícita o patológica, responden al ejercicio del derecho de libertad de empresa.

Partiendo de este marco, la *Ley de la Actividad Aseguradora* (GO N° 39.481 del 5 de agosto de 2010) asume la regulación integral no sólo del sector (principalmente en las actividades de seguro, reaseguro, intermediación y financiamiento), sino que además, se extiende a actividades que no guardan relación alguna con el contrato de seguros, como la medicina prepagada. Todas estas actividades se sujetan a intensos controles administrativos, que permiten a la Administración controlar la organización subjetiva de la empresa y los contratos que ésta puede celebrar. Incluso, y en lo que respecta a la actividad aseguradora, se incluye un amplio e indeterminado catálogo de prohibiciones que desnaturalizan el contrato de seguro, al desvirtuar el rol que la valoración del riesgo debe cumplir. A ello se le agrega que la Administración puede obligar a las empresas aseguradoras a celebrar ciertos tipos de contrato o a disponer ciertas condiciones especiales (seguros obligatorios y solidarios, artículos 135 y 136).

La *Ley de Instituciones del Sector Bancario* (GO N° 6.015 extraordinario de 28 de diciembre de 2010) se encarga de la regulación del sector bancario a partir de una muy confusa distinción entre los operadores bancarios y los operadores no bancarios. Muy en especial respecto a los primeros, la Ley despliega intensos controles que pasan incluso por categorizar, bajo un esquema rígido, el concepto de actividad de intermediación financiera, entendida como la captación de recursos con dos únicas finalidades: el otorgamiento de créditos y la adquisición de valores admitidos por la Ley, esto es, “*inversiones en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las Leyes de la República*” (artículo 5). Ello evidencia el propósito de funcionalizar la actividad de intermediación financiera al cumplimiento de fines propios del Estado, lo que es realizado por la calificación de todo el sector como servicio público (artículo 8). Curiosamente, la Ley despenalizó algunos de los delitos contemplados en la *Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*, lo que sólo puede ser entendido como un error derivado de su proceso de formación.

La *Ley de Mercado de Valores* (GO N° 39.546 de 5 de noviembre de 2010) transforma al mercado de capitales a tal punto que desnaturaliza esa institución. En efecto, la Ley distingue dos mercados, según los títulos transados sean públicos y privados, y en tal sentido, crea el derecho exclusivo de los operadores públicos a intermediar con títulos valores públicos (artículos 1 y 2), para lo cual se creó una bolsa de valores especial mediante la *Ley de la Bolsa Pública de Valores Bicentenario* (GO N° 5.999 extraordinaria del 13 de noviembre de 2010). Es decir, la intermediación de valores públicos queda sometida a un régimen exclusivo y excluyente, lo que en la práctica aniquila al sector privado de intermediación, por el peso significativo que los títulos públicos representan en el mercado de valores venezolano.

## 7. *La reforma del régimen de tierras*

Desde 2001, con la sanción de la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*, el Poder Nacional adelantó una política agraria consistente en la proscripción del latifundio, mediante la aplicación de un conjunto

de medidas de gravamen a las tierras incultas u ociosas que, en caso extremo, podían derivar en su expropiación. Junto a esta técnica, la Ley de 2001 –reformada parcialmente en 2005– reguló una figura atípica: el rescate de tierras, entendida como la potestad por medio de la cual la Administración puede declarar que una tierra que en apariencia es de propiedad privada, es en realidad propiedad pública, todo ello, considerando la genérica declaratoria de dominio público que la Ley estableció. Ello permitió a la Administración desarrollar una práctica, consistente en requerir prueba de la propiedad de las tierras, mediante los títulos correspondientes. Lo anterior partió de la interpretación de los artículos 10 y 11 de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, en el sentido que esa propiedad privada debía ser acreditada con anterioridad a la Ley de 10 de abril de 1848.

Esta práctica, inconstitucional, fue avalada por la reforma de la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario* de 2010 (5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010). La reforma regula, en especial, dos tipos de procedimiento. Uno, orientado a declarar que las tierras de propiedad privada tienen carácter de ociosa o de uso no conforme, lo que puede culminar con el acto administrativo que transfiera la llamada “propiedad agraria”, o en todo caso, el certificado de finca productiva (artículos 38 y 40). El segundo procedimiento es el rescate, que procede sobre tierras públicas poseídas ilegítimamente por particulares. En este punto, la reforma asumió la práctica conforme a la cual existe una suerte de presunción en cuanto a que las tierras son propiedad pública, correspondiendo al interesado acreditar cabalmente la propiedad privada con la correspondiente cadena titulativa que se remonte al primer acto de desprendimiento de la Nación, incluso, antes del nacimiento de la República en el Siglo XIX (artículo 82). El procedimiento puede iniciarse con una medida cautelar de ocupación (artículo 85).

Tras este régimen subyace una clara política pública: desconocer la propiedad privada sobre las tierras. No sólo ese desconocimiento se materializa cuando la Ley, de manera inconstitucional, reconoce que la Administración puede resolver conflictos de propiedad, sino incluso, al crear la llamada “propiedad agraria”, que no es un derecho real perfecto de propiedad, sino más bien un derecho precario de uso

atribuido por la Administración por medio de actos administrativos, y que parte del dominio público sobre esas tierras. Con ello, la Ley no elimina el latifundio: por el contrario, crea un latifundio en manos del Estado.

## 8. *Nuevo régimen de drogas*

Con la *Ley Orgánica de Drogas* (GO N° 39.546 de 05 de noviembre de 2010) se planteó una modificación general del régimen de las llamadas sustancias estupefacientes y psicotrópicas. De esa manera, conforme a su artículo 1, la Ley aplica a dos tipos de sustancias: (i) *las sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, o “drogas” en sentido genérico, y (ii) las sustancias químicas, precursoras y esenciales, susceptibles de ser desviadas a la fabricación ilícita de drogas. El control de esos bienes, a cargo de la Oficina Nacional Antidrogas, es obviamente distinto. Respecto a las primeras, se desarrollan políticas tendentes a controlar las actividades ilícitas de producción, distribución y venta, según se trate de sustancias tolerables o no; en cuanto a las segundas, el objetivo de la Ley es evitar su uso indebido. A tal fin se desarrollan medidas de prevención, control y fiscalización, así como medidas represivas, administrativas y penales.

Sin embargo, la Ley amplió su ámbito para introducir medidas a productos que, aun presentando riesgos para la salud, son lícitos, como es el caso del alcohol y tabaco, al establecerse controles sobre su publicidad e incluso, una contribución patrimonial especial (artículos 34 y 60). Esas normas carecen de racionalidad, pues pretenden igualar el régimen aplicable a sustancias ilícitas con el régimen de sustancias lícitas.

## 9. *El régimen contra el contrabando*

La *Ley sobre el Delito de Contrabando* (GO N° 6.017 extraordinario del 30 de diciembre de 2010), que deroga la Ley de 2005, contiene un completo régimen represivo para controlar el ilícito de contrabando, entendido como “*los actos u omisiones donde se eluda o intente eludir la intervención del Estado con el objeto de impedir el control en la introduc-*

*ción, extracción o tránsito de mercancías o bienes que constituyan delitos, faltas o infracciones administrativas*” (artículo 2). Lo particular de esta Ley es que deroga el ilícito conocido como contrabando de extracción (previsto en el artículo 167 de la *Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*), el cual ahora parece quedar integrado dentro de la tipificación del ilícito de contrabando. Sin embargo, el llamado contrabando de extracción no es en realidad un supuesto de contrabando, en tanto éste debe requerir siempre la violación de un trámite aduanal. Esta ampliación permitiría calificar como contrabando la violación de las restricciones administrativas a la libre circulación de productos dentro del territorio, especialmente respecto a bienes y servicios declarados esenciales.

### 10. *La expropiación como sanción*

Además de modificar el régimen de los ilícitos administrativos y las medidas cautelares, la Ley de reforma de la *Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios* (GO N° 39.358 de 1 de febrero de 2010), materializó una figura que, en la práctica, se había ya presentado: la expropiación como sanción. El artículo 6, de esa manera, no sólo declara de utilidad pública e interés social a los “*bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios*”, sino que además, habilita el inicio del procedimiento expropiatorio, incluso, “*cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo a lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 16, 53 y cualquiera de los supuestos ilícitos administrativos previstos en los artículos 46, 47, 65, 66, 67, 68 y 69 de la presente Ley*”. Adicionalmente, la norma reconoce que, mediante acto administrativo, podrá acordarse la ocupación temporal como medida cautelar.

La norma incluso modifica el régimen de la justa indemnización, al disponer que los casos de expropiación “*se podrá compensar u disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes*”.

La expropiación no es una sanción, sino una medida que objetivamente permite acordar la adquisición forzosa de los bienes estrictamente necesarios para realizar una obra o actividad declarada por Ley de utilidad pública e interés social. Al concebir a la expropiación como sanción, se amplía indebidamente el ámbito de esa potestad y, además, se incide negativamente en la propiedad privada, dado que la adquisición coactiva de esa propiedad como sanción no sólo es competencia exclusiva del Juez Penal, sino que además, debe quedar reservada a casos de tasados, como la confiscación.

### *11. La reforma del régimen cambiario*

Desde el 2003 el régimen cambiario ha sido una de las principales técnicas de control en el modelo socialista, mediante la cual la Administración, de manera indirecta pero con efectos jurídicos muy concretos, planifica centralmente la economía. En efecto, tal régimen se sustenta en la centralización del mercado de divisas en el Poder Nacional, de forma tal que corresponde a éste decidir quién podrá adquirir divisas, a qué tasa y con qué finalidad. En una economía como la venezolana –dependiente de las importaciones– ese control supone el poder el planificar centralmente la economía.

Ese régimen cambiario fue acompañado, en 2008, de la *Ley contra los ilícitos cambiarios*, que crea inconstitucionales ilícitos administrativos y penales por la violación del régimen cambiario, régimen contenido en normas sub-legales. Esa Ley, sin embargo, sólo penalizó cierto tipo de operaciones, permitiendo de esa manera la realización lícita de operaciones de permuta con títulos valores, aun cuando la imprecisión de la Ley arrojaba ciertas dudas sobre este punto.

No obstante, en 2010 las políticas públicas cambiaron, a fin de considerar que estas operaciones de permuta eran ilícitas. Ello llevó al inicio de investigaciones penales y administrativas sobre varias casas de bolsa, lo que terminaría por una radical reforma de la regulación del mercado de capitales, que comentamos en esta crónica. De igual manera, en 2010 fue reformada la *Ley contra los ilícitos cambiarios* (GO N° 5.975 Extraordinario de 17 de mayo de 2010), a fin de extremar la

declaratoria de ilicitud sobre operaciones cambiarias, incluso, a aquellas realizadas por títulos valores denominados en moneda extranjera o que puedan ser liquidados en moneda extranjera (artículos 5 y 9). Con esa reforma, la única posibilidad lícita de adquirir divisas es a través del mercado cambiario, lo que implica una drástica reducción del derecho de libertad de empresa y propiedad, en el sentido que, en la práctica, el principio pasó a ser la prohibición general de adquisición de divisas, salvo en las excepciones derivadas del régimen cambiario.

Esto permitió la creación de un mercado regulado por el Banco Central de Venezuela de operaciones con títulos valores cuyo propósito final es la obtención de divisas. El Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME) centralizó en el Instituto Emisor un mercado de divisas distinto a CADIVI, basado en el Convenio Cambiario N° 18 (GO N° 39.430 de 4 de junio de 2010).

### III. RÉGIMEN FINANCIERO Y TRIBUTARIO

#### 1. *Nuevas contribuciones patrimoniales: drogas y bancos. La reforma de la contribución en materia de ciencia, tecnología e innovación*

De acuerdo con la teoría general de la actividad de fomento, los gastos asociados a su realización han de ser cubiertos con los recursos públicos previstos y disponibles en el presupuesto, al punto que este elemento constituye el primer parámetro de control de la actividad de fomento. El modelo socialista, sin embargo, ha creado una modalidad especial de fomento en la cual la Administración asume una determinada actividad prestacional, pero crea exacciones forzosas para cubrir los gastos asociados a ésta. Tales exacciones pueden ser un préstamo –como sucede con los créditos que obligatoriamente deben otorgar las instituciones financieras– o una exacción a fondo perdido, es decir, una cierta cantidad de dinero que se paga a un tercero –generalmente el Estado– sin retorno. Este último tipo de exacciones son, a nuestro modo de ver, una perversión de la figura del tributo que resulta, por ende, inconstitucional.

En 2010 se crearon dos nuevas contribuciones en este sentido. De esa manera, la *Ley Orgánica de Drogas* (GO N° 39.546 de 05 de noviembre de 2010) crea en su artículo 32 un “aporte”: las personas jurídicas privadas, consorcios y entes públicos con o sin fines empresariales “*que ocupen cincuenta trabajadores o trabajadoras, o más, están obligados a liquidar el equivalente al uno por ciento (1%) de su ganancia o utilidad en operaciones del ejercicio ante el Fondo Nacional Antidrogas, dentro de los sesenta días continuos contados a partir del cierre del ejercicio fiscal respectivo*”. Además, el artículo 34 crea una “contribución especial”: las personas jurídicas fabricantes o importadores de bebidas alcohólicas, tabaco y sus mezclas “*están obligados en función de su responsabilidad social, a liquidar el equivalente al dos por ciento (2%) de su ganancia o utilidad en operaciones del ejercicio, destinado a la ejecución de planes, programas y proyectos relacionados con la creación, construcción, restauración, mantenimiento y funcionamiento de centros de tratamiento de las adicciones, así como para apoyar planes, programas y proyectos de prevención integral elaborados por el Ejecutivo Nacional*”.

La inconstitucional de esta última contribución es todavía más evidente, pues no es racional imponer una exacción patrimonial objetiva –que prescinde por ello de la valoración subjetiva de la capacidad tributaria– a estas empresas. La política tributaria en el sector del tabaco y del alcohol ciertamente se basa en la creación de tributos, pero como impuestos al consumo que pechan directamente el precio de venta, de forma tal que el precio final es incrementado de manera objetiva y transparente. Sin embargo, es irracional crear una contribución adicional para financiar la actividad prestacional de atención de enfermedades y patologías, cuando lo cierto es que esa actividad –a cargo del Estado- debe ser sufragada con recursos públicos, derivados de las cargas tributarias ya existentes.

La *Ley de Instituciones del Sector Bancario* (GO N° 6.015 extraordinario de 28 de diciembre de 2010) crea otra “contribución”, pero de contenido mucho más impreciso. De acuerdo a su artículo 48, las instituciones bancarias “destinarán” el cinco por ciento (5%) del “Resultado Bruto Antes de Impuesto” “*al cumplimiento de la responsabilidad social que financiará proyectos de Consejos Comunales u otras formas*

*de organización social de las previstas en el marco jurídico vigente*". La interpretación restrictiva de esa norma debe llevar a concluir que nos encontramos ante una obligación de otorgar financiamiento, y no ante una exacción patrimonial que ha de pagarse sin retribución, o sea, una especie de "contribución parafiscal".

En este período fue igualmente reformada la *Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación* (GO N° 39.575 de 16 de diciembre de 2010), que modifica sustancialmente la "contribución" creada en el 2005, a fin de propender a su transformación en una exacción dineraria forzosa que se paga al Estado, reduciéndose además la autonomía en la definición de proyectos que pueden ser beneficiados con ese aporte, al subordinarse tal actividad al Plan de la Nación y por ende, en la práctica, al modelo socialista (artículos 4, 11 y 15). La modificación del aporte quedó contenida en el artículo 23 de la Ley, de acuerdo al cual estos aportes estarán destinados a financiar las actividades de la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones "*necesarios para el avance social, económico y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional, en concordancia con el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación establecido por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones*". En tal sentido, los aportes "*deberán ser consignados ante el órgano financiero de los fondos destinados a ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones*".

## IV. DERECHOS HUMANOS

### 1. *El régimen del derecho de participación política*

*La Ley de Defensa de la Soberanía Política y Autodeterminación Nacional* (GO N° 6.013 extraordinario del 23 de diciembre de 2010) amplía las restricciones al derecho de participación ciudadana. Con el argumento –de fácil uso y abuso– de la defensa de la soberanía, la Ley dispone en su artículo 4 que el "*patrimonio y demás ingresos de las organizaciones con fines políticos u organizaciones para la defensa de los derechos políticos, deben ser conformados exclusivamente con bienes y recursos nacionales*", sancionando todo financiamiento extranjero, considerado como "injerencia". La prohibición es irracional por injustificada, dado que la

soberanía nacional no se viola siempre que hay financiamiento extranjero de actividades políticas. Además, la prohibición fue redactada con un carácter amplio e indeterminado, lo que facilita su aplicación discrecional.

## 2. *El régimen del alistamiento militar*

*La Ley de Conscripción y Alistamiento Militar* (GO N° 39.553 de 16 de noviembre de 2010) es una reforma de la Ley de 2009, desarrollada en el marco del registro militar permanente y el “*deber que tienen los venezolanos y venezolanas en edad militar de prestar el servicio militar, necesario para la defensa, seguridad y desarrollo integral de la Nación, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República y demás leyes que rigen la materia*” (artículo 1), registro calificado como servicio público (artículo 53) y por tanto, de preceptivo cumplimiento (artículo 55). Esta reforma estuvo motivada por la confusión que creó la Ley de 2009, en torno a la vigencia del requisito de alistamiento militar cumplido bajo la Ley anterior, de 1979, al generarse la duda si, al margen del cumplimiento de ese requisito, era necesario proceder a inscribirse nuevamente en el registro, duda resuelta en sentido negativo por la reforma de 2010.

## V. PODER JUDICIAL Y CONTROL JUDICIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS

### 1. *La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*

La derogatoria de la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* de 2005, por la Ley del mismo nombre promulgada en el 2010 (GO N° 5.991 extraordinaria de 29 de julio de 2010) es ya, de por sí, un logro considerable. La Ley de 2005 fue, probablemente, una de las Leyes de peor técnica legislativa de nuestra historia, pues para reducir su debate en la Asamblea Nacional, se redujo el número de artículos, pero no así su extensión. El resultado fue una Ley con artículos de varios párrafos, inentendibles, que generaron notable inseguridad jurídica.

La Ley de 2010 carece de este defecto, y su técnica es, por ello, mucho más adecuada. Una de las novedades de esta Ley es la regulación “provisional” de los procesos ante la justicia constitucional y electoral, incluyendo el procedimiento de las demandas por intereses difusos y colectivos, en tanto los procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuentan ya con una Ley propia, dictada en ese año 2010. En cuanto a la justicia constitucional, la Ley reafirma el monopolio de la Sala Constitucional para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad (artículo 32), y precisa además que la Sala Constitucional revisará las decisiones que ejerzan el control difuso de la constitucionalidad, a fin de ejercer de oficio el control de la constitucionalidad de la norma desaplicada (artículos 33 y 34). Esta solución, que no es ortodoxa, la estimamos útil, pues reduce la incertidumbre y desigualdad derivadas del control difuso de una norma sólo para un caso concreto. Sin embargo, los artículos refuerzan, todavía más, los poderes de la Sala Constitucional.

Un punto relevante fue la forma pautada para la elección de los Magistrados, que de acuerdo con los artículos 38 y 65, dependerá en definitiva de la mayoría simple de la Asamblea, tanto para el nombramiento de los integrantes del Comité de Postulaciones como la designación de los Magistrados. De hecho, posteriormente fue publicada una “corrección por error material”, entre otros, del artículo 70, a fin de reducir los plazos de designación de los Magistrados (GO N° 39.522 de 1 de octubre de 2010). Esta última reforma se aprobó luego de las elecciones de septiembre, en las cuales –como ya explicamos– los partidos que apoyan al Gobierno perdieron la mayoría calificada. Por ello, puede presumirse que la intención de esta “corrección” fue permitir la designación de los Magistrados antes del vencimiento del período de la Asamblea electa en 2005.

## *2. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Desde su última previsión constitucional en el Texto de 1961, la jurisdicción contencioso-administrativa no contaba con una Ley propia, de forma tal que su regulación estaba contenida en disposicio-

nes “transitorias” de la hoy derogada *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, situación que se agravó con la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* de 2005, que eliminó toda referencia a esta jurisdicción. Por ello, la aprobación de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* (GO N° 39.451 de 22 de junio de 2010) constituye un notable avance en la consolidación de esa justicia.

El balance de esa Ley es positivo. De esa manera, la Ley asume los cambios que habían operado en la jurisdicción contencioso-administrativa, al centrar su objeto en la *pretensión procesal* y no ya en el *acto administrativo*. De esa manera, la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de cualquier pretensión incoada contra la Administración, con ocasión a cualquier manifestación de su actividad o inactividad, con lo cual, el Derecho aplicable por la actividad administrativa ya no es, tampoco, criterio determinante (artículos 8 y 8). Por ello, la Ley supera el tasado sistema de “recursos contencioso-administrativos” que se había instaurado entre nosotros, a la usanza del régimen francés. Estos avances aparecen sin embargo opacados por una muy deficiente regulación de los procedimientos aplicables, a través de una distinción poco entendible, y que pareciera replantear la tesis de un “proceso objetivo” en caso de pretensiones de nulidad del acto administrativo, en contraste con los “procesos subjetivos” aplicables en caso de demandas de contenido patrimonial, vías de hecho e inactividad. Es también positivo, en este sentido, la organización de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues se elimina la centralización derivada de las Cortes de lo Contencioso-Administrativa, mediante la creación de Juzgados Nacionales, Juzgados Superiores Estadales y Juzgados de Municipio.

A pesar de lo anterior, la Ley consagró una excepción a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las demandas de nulidad contra actos de la Administración laboral en materia de inamovilidad, que corresponderá a los tribunales de la jurisdicción laboral, lo que llegó a ser interpretado con cierta laxitud en la sentencia de la Sala Constitucional de 23 de septiembre de 2010, caso *Bernardo Jesús Santeliz*.

Dentro de los cambios operados en la jurisdicción contencioso-administrativa, conviene asimismo reseñar la sentencia de la Sala Constitucional de 3 de junio de 2010, caso DIMCA, la cual extiende al Municipio los privilegios de la República, pese a que éstos deben ser de texto expreso y, por ende, de interpretación restrictiva. En un fallo posterior, de 17 de diciembre de 2010, la Sala Constitucional asumirá, contradictoriamente, un criterio distinto (caso *Joel Ramón Martín*).

Finalmente, la atípica figura del “recurso de juricidad” contemplado en la Ley como un medio excepcional de revisión de sentencias por parte de la Sala Político-Administrativa de sentencias que violen el ordenamiento jurídico, fue desaplicada por inconstitucional por la Sala Constitucional en sentencia de 17 de noviembre de 2010, caso *Hotel Tamanaco C.A.*, al considerar que ese recurso de revisión puede constituir un mecanismo contrario a la celeridad y certidumbre del proceso. Paradójicamente, ha sido la propia Sala Constitucional la que ha dado un uso expansivo al recurso de revisión de sentencias por infracción constitucional.

### 3. *El Código de Ética del Juez*

Durante el proceso constituyente de 1999, y de manera ilegítima, la Asamblea Nacional Constituyente asumió el control del Poder Judicial, iniciándose un régimen transitorio que se ha mantenido incluso después de la aprobación de la Constitución de 1999, hasta nuestros días. Tal régimen provisional reduce notablemente la estabilidad del Juez, mediante designaciones interinas o provisorias, que como tales son precarias. En la práctica, las normas constitucionales sobre la organización y funcionamiento del Poder Judicial han tenido, cuando mucho, una muy parca aplicación.

Quizás con el intento formal de comenzar a paliar esta irregular situación, fue dictado el *Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana* (GO N° 39.493 de 23 de agosto de 2010), el cual desarrolla el régimen disciplinario de los jueces (artículo 1). Pese a ser ése su objetivo, el *Código* está repleto de normas imprecisas que, en suma, afectan la estabilidad del juez al ampliar la potestad disciplinaria. Por

ejemplo, en su artículo 25, se afirma que *“la conducta del juez y la jueza deben fortalecer la confianza de la comunidad por su idoneidad y excelencia, integridad e imparcialidad para el ejercicio de la función jurisdiccional; y evitarán realizar actos que los hagan desmerecer la estimación pública o que puedan comprometer el respeto y el decoro que exige el ejercicio de su función”*. La imprecisión de esa norma abre paso a su arbitraria aplicación por parte de los órganos creados en esta Ley, el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial.

Lamentablemente, el Código no acaba con la transitoriedad del Poder Judicial. De acuerdo a su disposición transitoria primera, *“a partir de la entrada en vigencia del presente Código, y una vez constituido el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial cesará en el ejercicio de sus competencias y, en consecuencia, las causas que se encuentren en curso se paralizarán y serán remitidas al Tribunal Disciplinario Judicial”*. Por ello, hasta tanto no se realice tal designación, se mantendrá un régimen transitorio de reestructuración, cuyo origen es ilegítimo, insistimos, y que se ha extendido por más de diez años, vulnerándose de esa manera uno de los principios claves del Estado de Derecho, como es la independencia y estabilidad del Poder Judicial.

#### ***4. Actos excluidos del control judicial***

De acuerdo con la sentencia de la Sala Constitucional de 22 de julio de 2010, recaída en el caso *Francisco Javier Sánchez*, los actos derivados de los procedimientos de reforma constitucional escapan del control judicial, al punto que las demandas de nulidad contra estos actos resultan “improponible”. Además, en este fallo, la Sala Constitucional niega la vigencia de la acción popular de inconstitucionalidad, al cuestionar el proceder de la accionante, en concreto, en cuanto a las actividades de participación política a la asociación civil SÚMATE.

#### ***5. Interpretación de Leyes e interpretación de la Constitucional***

La sentencia de la Sala Constitucional de 22 de julio de 2010, recaída en el caso *Organización no Gubernamental Quinto Manda-*

*miento*, modifica –para el caso concreto– el criterio competencial para conocer del recurso de interpretación, al sostener que la pretensión de interpretación de Leyes que requiera interpretar la Constitucional, será competencia exclusiva de esa Sala y no de la Sala Político-Administrativa. En el fondo, la Sala Constitucional reitera el errado criterio según el cual, ella es la intérprete única de la Constitución, incluso, en materia de interpretación de Leyes.

## **VI. FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL Y LA HABILITACIÓN AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

### **1. *La reforma del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional***

La Ley que resume en mejor manera el impacto de las elecciones de septiembre de 2010 en la Asamblea Nacional, es el nuevo *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional* (GO N° 6.014 extraordinario del 23 de diciembre de 2010). La reforma altera varios artículos, pero siempre con una constante: reducir el debate parlamentario y concentrar todas las decisiones en la Junta Directiva –designada por mayoría simple– y en la propia mayoría simple de la Asamblea, como mecanismo para consolidar los resultados de las elecciones para la nueva Asamblea Nacional, en la cual –como ya explicamos– los partidos políticos afines al Gobierno obtuvieron la mayoría simple, pero no la mayoría calificada. Un ejemplo de ello es que las sesiones ordinarias se redujeron a un mínimo de cuatro sesiones al mes (artículo 98), la mitad de las sesiones de la Asamblea electa en 2005.

Este Reglamento no sólo es inconstitucional: es un fraude a la Constitución. Vencido su último período ordinario, en sesiones extraordinarias –reservadas para materias urgentes– y en la última semana del año, la Asamblea saliente redujo notablemente las funciones legislativas de la nueva Asamblea, como respuesta a los resultados electorales de septiembre de 2010.

## 2. *La Ley Habilitante*

Como última consecuencia de las inconstitucionales acciones de la saliente Asamblea Nacional por reducir la función legislativa de la nueva Asamblea, fue dictada 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* (GO N° 6.009 extraordinaria del 17 de diciembre de 2010). La justificación de esa Ley fueron las lamentables consecuencias de las lluvias de las últimas semanas de ese año. Pero esa justificación nada tiene que ver con el contenido de la Ley Habilitante, que transfirió el ejercicio regular de la función legislativa al Presidente de la República por dieciocho meses –un lapso exageradamente amplio– y para *cualquier materia*, pues el listado de materias contenidas en la habilitación fue, en definitiva, deliberadamente amplio y ambiguo. Por ejemplo, se lee en el artículo 1.5 la habilitación en esta materia:

“Dictar o reformar normas para adecuar el sistema financiero público y privado a los principios constitucionales y, en consecuencia, modernizar el marco regulatorio de los sectores tributario, impositivo, monetario, crediticio, del mercado de valores, de la banca y de los seguros”

Además, en el numeral 9 de ese artículo 1, se habilitó al Poder Ejecutivo para dictar cualquier Decreto-Ley en el marco de la Constitución económica y social, lo que evidencia la indeterminación de esa habilitación que, por ello, es inconstitucional:

“Dictar o reformar normas que desarrollen los derechos consagrados en el título VI de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para erradicar las desigualdades entre los ciudadanos y ciudadanas que se derivan de la especulación, la usura, la acumulación del capital; los monopolios, oligopolios y latifundios y. para crear las condiciones de igualdad en el acceso a la riqueza nacional, y la construcción del buen vivir de los pueblos urbanos, rurales y de las comunidades indígenas, a través de políticas culturales, ambientales, industriales, mineras, turísticas, alimentarias, agrícolas, de salud, educativas y laborales en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica y la mayor suma de felicidad social posible”

Se trata además de una habilitación que no guarda relación alguna con las lluvias y que resulta en exceso amplia e indeterminada. Tan absurda fue la habilitación, que en el numeral 8 de habilitó al Poder Ejecutivo para dictar la “*la autorización al Ejecutivo Nacional para la celebración de los contratos de interés público*”. Es decir, el Ejecutivo podía autorizarse, a sí mismo, a dictar contratos de interés público.

Al analizar la Ley Habilitante, puede llegarse cuando menos a una sospecha: su verdadero propósito fue reducir la función legislativa de la Asamblea Nacional, lo que además de inconstitucional es, igualmente, un fraude constitucional.